

**UNIVERSITE PANTHEON-ASSAS
ECOLE DOCTORALE DE DROIT PRIVE**

**LE JUGE ET LE CONTRAT DE TRAVAIL
Essai sur la relecture judiciaire d'un contrat**

Thèse pour le doctorat en Droit



Université Panthéon-Assas

Présentée et soutenue publiquement par :

Marie-Noëlle ROUSPIDE-KATCHADOURIAN

Le 15 juin 2013

JURY :

Directeur de thèse : **Monsieur Bernard TEYSSIE**
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)
Président honoraire de l'Université Panthéon-Assas

Membres du jury : **Monsieur Grégoire LOISEAU**
Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

Monsieur Arnaud MARTINON
Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

Madame Raymonde VATINET
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Monsieur Pierre-Yves VERKINDT
Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

A Hervé,

Eve et Valentine

REMERCIEMENTS

Je remercie très sincèrement Monsieur le Professeur Teyssié pour sa disponibilité sans faille, sa patience, son soutien. Qu'il trouve ici l'expression de ma profonde gratitude.

J'adresse également mes remerciements :

A Catherine Lebret pour son aide précieuse et ses encouragements,

Aux membres du laboratoire de droit social qui m'ont accompagnée durant ces années, Cécile, Magali, Camille, Lydie, Marie, Yannick, Vincent, Anne-Sophie, Hélène, Suzanne, Emeric, Maurice...

Une pensée particulière pour Marie,

A Madame Gonthier-Roulet, pour ses multiples relectures,

A Stéphane Béal et Gérard Kesztenbaum, pour leur soutien et leur compréhension,

A Sébastien qui m'a encouragée à entreprendre ce travail,

A Cordélia, Diana, Anne-Sophie, Olivia, Anna et Anne-Laure, pour leur aide et leur amitié.

Enfin, à mes parents pour leur présence à mes côtés.

PRINCIPALES ABREVIATIONS

Arch. de Philo. du Droit	Archives de philosophie du droit
Bull.	Bulletin de la Cour de cassation
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. crim	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
C.	Code
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
Cass. Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. ch. réunies	Chambres réunies de la Cour de Cassation
Cass. civ. 1 ^{ère}	Première chambre civile de la Cour de cassation
Cass. civ. 2 ^{ème}	Deuxième chambre civile de la Cour de cassation
Cass. crim	Chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
C. civ	Code civil
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
Cep.	Cependant
Chron.	Chronique
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union Européenne
Comp.	Comparer
Contrats, conc. consom.	Contrat concurrence consommation
CSS	Code de la sécurité sociale
C. trav.	Code du travail
D.	Recueil Dalloz
DC	Décision du Conseil constitutionnel
dir.	Direction
Dir.	Directive
Dr. et pat.	Droit et patrimoine
Dr. ouvr.	Droit ouvrier
Dr. soc.	Droit social
Egal.	Egalement
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Ibid	Ibidem (« au même endroit »)
in	Dans
infra	Ci-dessous
J-CI	Juris-Classeur
JCP E	Juris-Classeur périodique, édition entreprise et affaires

JCP G	Juris-Classeur périodique, édition générale
JCP S	Juris-Classeur périodique, édition sociale
JDI	Journal du droit international
JO	Journal officiel
JOCE	Journal officiel des communautés européennes
JSL	Jurisprudence sociale Lamy
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les petites affiches
Préc.	Précité
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
RDAI	Revue de droit des affaires international
RDC	Revue des contrats
RDT	Revue de droit du travail
Rev.	Revue
Rev. arb.	Revue de l'arbitrage
Rép. civ. Dalloz	Répertoire Dalloz de droit civil
Rev. cr. DIP	Revue critique de droit international public
Rev. crit. lég. jur.	Revue critique de législation et de jurisprudence
Rép. Defr.	Répertoire général du notariat Defrénois
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RPDS	Revue pratique de droit social
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
S.	Recueil Sirey
SSL	Semaine sociale Lamy
Supra	Ci-dessus
Thèse dactyl.	Thèse dactylographiée
TPS	Travail protection sociale
V.	Voir

SOMMAIRE

PARTIE I : L'ADAPTATION DU CONTRAT PAR LE JUGE

Titre 1 : L'addition

Chapitre 1 : L'addition, des manifestations diverses

Chapitre 2 : L'addition, des fondements divers

Titre 2 : La soustraction

Chapitre 1 : La soustraction dictée au juge

Chapitre 2 : La soustraction aménagée par le juge

PARTIE II : LA REFECTION DU CONTRAT PAR LE JUGE

Titre 1 : Le contrat rebâti

Chapitre 1 : La quête traditionnelle de la volonté des parties

Chapitre 2 : La quête illusoire de la volonté des parties

Titre 1 : Le contrat réécrit

Chapitre 1 : La réécriture fondée sur l'article 1152 du code civil

Chapitre 2 : La réécriture exclusive de l'article 1152 du code civil

Introduction

1. « *Les juges sont à certains égards, associés à l'esprit de la législation, mais ils ne peuvent partager le pouvoir législatif ; ils ne peuvent donc, dans leurs jugements se permettre aucune disposition réglementaire* »¹. Lors de l'élaboration du code civil, la crainte à l'égard du juge est manifeste. La rédaction de l'article 5 en sera la principale traduction. Selon ce texte, « *il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises* ». Le rôle du juge est strictement cantonné (§ 1).

La défiance à son égard revêt une dimension particulière en matière contractuelle. Selon l'article 1134, alinéa 1, du code civil, « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ». Selon la doctrine classique, ce texte justifierait l'exclusion de toute ingérence judiciaire. Cette analyse doit d'emblée être nuancée. La relecture judiciaire du contrat n'est pas sans incidence sur la teneur de l'accord de volontés originel (§ 2).

« *Le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun* »². Cependant, il présente certaines particularités. Déséquilibré, soumis à un ordre public spécifique, source d'un conflit de droits et de libertés, il est particulièrement dépendant du contexte économique, politique et social au sein duquel il évolue. La jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation revêt certaines singularités (§ 3).

¹ Présentation et exposé des motifs par J.-E.-M. Portalis, P. A. Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du code civil, t. VI, 1827, réimpr. 1968, p. 51.

² C. trav. art. L. 1221-1.

§ 1 : Le juge

2. Dans l'Ancien droit, le juge avait le pouvoir de régler (A). Désormais, il doit, en principe, se borner à interpréter la loi (B).

A) Un pouvoir réglementaire prohibé

3. **Les arrêts de règlement** - Des derniers temps du Moyen âge jusqu'à la fin de l'Ancien régime, les Parlements et cours souveraines³ avaient le pouvoir de rendre des arrêts de règlement. « *Le roi ne pouvant tout connaître, ni pourvoir par des lois à tous les besoins qui se révélaient* »⁴, il était permis aux « *cours souveraines d'y suppléer par des règlements obligatoires dans leur ressort* »⁵. Les arrêts étaient pris « *sous le bon plaisir de Sa Majesté* »⁶. Dotés d'un caractère provisoire, ils pouvaient être complétés ou remplacés par voie de décision royale. Supplétoires⁷, ils ne pouvaient jamais aller « *contre les lois et ordonnances qui sont déjà reçues* »⁸. Leur portée était limitée au ressort de leur auteur. Pour autant, « *la procédure d'élaboration des arrêts de règlement témoigne d'une large autonomie laissée aux parlements ce qui autorise à penser qu'ils étaient souvent loin de respecter les normes de soumission que s'efforçait de leur imposer en la matière la monarchie* »⁹. En réalité, existaient deux types d'arrêts de règlement¹⁰. Certains, les arrêts « *inter-partes* » surtout adoptés en droit privé, étaient

³ V. not. : J.-P. Royer, Histoire de la justice en France, 2^{ème} éd., PUF, 1995, n°29, p. 51.

⁴ A. Esmein, Cours élémentaire d'histoire du droit français, 15^{ème} éd., Sirey, 1925, p. 516.

⁵ A. Esmein, préc., p. 516.

⁶ C.-J. de Ferrière, Dictionnaire de droit et de pratique, t. I, 3^{ème} éd., Paris, éd. Bauche, 1771, p. 118. Les arrêts de règlement sont « *les décisions que les cours souveraines font pour être observées comme loi dans l'étendue de leur ressort sous le bon plaisir de sa majesté comme étant à cet égard, les dépositaires du pouvoir souverain du Prince* ». V. not. : P. Bayen, Les arrêts de règlement du Parlement de Paris au XVIII^{ème} siècle, Dimension et doctrine, PUF, 1997, p. 463.

⁷ A. Esmein, préc., p. 516 : « *Les parlements pouvaient bien statuer ainsi dans le silence de la loi, et de la coutume pour combler une lacune qu'elles présentaient ; mais il ne pouvaient modifier les dispositions légales et coutumières* ».

⁸ C. Le Bret, Traité de la souveraineté, livre I, Chap 9, Paris, 1689, p. 20.

⁹ A. Rigaudière, Histoire du droit et des institutions dans la France médiévale et moderne, Economica, 2010, p. 680. V. cep. P. Bayen, préc., p. 500. L'auteur écrit, à propos du Parlement de Paris, « *Les excès sont inévitables ; certains domaines où le Parlement s'est institué censeur de la politique royale, ou plutôt conservateur de principe figé, sont là pour le rappeler. Mais le train ordinaire de la pratique administrative ou juridique montre une soumission et des hésitations tout aussi nombreuses, sinon plus, que les franches ruptures qui sont une des marques historiographiques de l'arrêt de règlement. Il est loin d'être certain d'ailleurs, en l'absence de recensement, que les actes d'indépendance aient été aussi répandus qu'on se plaît à l'imaginer, non plus qu'ils aient été chicaniers par plaisir ou principe* ».

¹⁰ V. not. : J.-P. Royer, préc., p. 62.

pris à l'occasion d'un procès. Si la loi, la coutume, la jurisprudence ne permettaient pas au Parlement de se prononcer, celui-ci adoptait une solution « *à partir de l'équité, de son expérience, de sa sagesse* »¹¹. Cette décision pouvait constituer une solution de pur droit, appliquée aux causes semblables ultérieurement examinées. D'autres arrêts étaient pris en dehors de tout contentieux. Le Parlement décidait alors de régler une question de manière générale. Principalement édictés en matière de police et d'administration de la justice¹², ces arrêts avaient vocation à s'appliquer à l'ensemble du ressort du Parlement à l'origine de leur édicton¹³. La confusion des pouvoirs était manifeste.

4. La prohibition des arrêts de règlement - Le principe de séparation des pouvoirs, dont Montesquieu fut l'un des principaux inspirateurs¹⁴, fut érigé en fondement de l'organisation judiciaire telle qu'établie par la loi des 16 et 24 août 1790. Il fut consacré par les constitutions de 1791, de l'an III et de 1848. L'article 5 du code civil en est un « corollaire »¹⁵ : « *il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises* ». Dès lors, quel doit être le rôle des juges ?

B) Un pouvoir d'interprétation consacré

5. Le juge, un interprète - Les juges ne doivent-ils être - comme le préconisait Montesquieu - que « *la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur ?* »¹⁶. Telle n'était pas la conception

¹¹ A. Rigaudière, préc., p. 680.

¹² V. not. : A. Rigaudière, préc., p. 682. V. cep. : P. Bayen, préc., p. 449 : « *Si les arrêts de cette sorte s'appliquent principalement à des objets de police et d'administration de la justice, cela n'implique aucune exclusivité* ». V. aussi : F. Olivier Martin, Histoire du droit français, Des origines à la Révolution, Ed. CNRS, 1992, p. 539.

¹³ P. Bayen, préc., p. 449 : « *Le critère du ressort veut simplement dire que le pouvoir du Parlement ne peut excéder ce ressort, mais sûrement pas qu'il l'épouse nécessairement* ». L'auteur ajoute « *c'est si peu une loi pour le ressort, que le Parlement de Paris juge sauf exceptions, les difficultés qui lui sont soumises non d'après la coutume de Paris, loi du siège de la Cour, mais d'après les coutumes des lieux qui les ont vu naître...* ».

¹⁴ Montesquieu, De l'esprit des lois, livre XI, chap. IV, Gallimard, 1995, p. 325. Montesquieu s'est lui-même largement inspiré de la pensée de J. Locke, Le second traité du gouvernement civil, PUF, 1994, § 143 s., pp. 104 s.

¹⁵ J. Carbonnier, Droit civil, Introduction, texte de la 27^{ème} éd. refondue, 2002, 1^{ère} éd. Quadrige, PUF, Thémis, 2004, n°144, p. 273.

¹⁶ Montesquieu, préc., p. 337.

des rédacteurs du code civil¹⁷. D'après l'article 4, « *le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice* ». Ce texte avait notamment pour finalité la condamnation du référé législatif¹⁸ applicable durant la période intermédiaire¹⁹. Le discours préliminaire sur le projet de code civil révèle d'ailleurs la distance prise par Portalis à l'égard des idées de Montesquieu²⁰. « *L'interprétation par voie de doctrine, consiste à saisir le vrai sens des lois, à les appliquer avec discernement, et à les suppléer dans les cas qu'elles n'ont pas réglés. Sans cette espèce d'interprétation pourrait-on concevoir la possibilité de remplir l'office du juge ?* »²¹. Du juge, la puissance ne doit pas être « *invisible et nulle* »²². Ses décisions doivent constituer « *le vrai supplément de la législation* »²³.

¹⁷ Comp. : Loi 27 nov. - 1^{er} déc. 1790. Cette loi institua le tribunal de cassation, établi auprès du Corps législatif. Il « *annulera toutes procédures dans lesquelles les formes auront été violées, et tout jugement qui contiendra une contravention expresse au texte de la loi* ». Le juge devait se borner à appliquer la loi. Il ne pouvait l'interpréter. Ce vide fut comblé par la création du référé législatif par les lois des 16 et 24 août 1790. En cas de conflit persistant entre les juges du fond et de cassation, le juge devait recourir au Corps législatif afin qu'il interprète la loi.

¹⁸ Discours préliminaire sur le projet de code civil de Portalis, Tronchet, Bigot-Préameneu, Maleville, P. A. Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du code civil, t. I, 1827, réimpr. 1968, p. 463, spéc. p. 475 : « *Sur le fondement de la maxime que les juges doivent obéir aux lois et qu'il leur est défendu de les interpréter, les tribunaux, dans ces dernières années, renvoyaient par des référés les justiciables au pouvoir législatif, toutes les fois qu'ils manquaient de loi, ou que la loi existante leur paraissait obscure* ». Or, « *forcer le magistrat de recourir au législateur, ce serait admettre le plus funeste des principes ; ce serait renouveler parmi nous, la désastreuse législation des rescrits* ».

¹⁹ V. not. sur le référé législatif : M. Lesage, Les interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice (Contribution à l'étude du principe de séparation des pouvoirs), LGDJ, 1960, p. 29 ; Y. Huftau, Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi, PUF, 1965.

²⁰ V. not. : P. Pescatore, La séparation des pouvoirs et l'office du juge de Montesquieu à Portalis, Rapport présenté le 23 nov. 2004 à l'occasion du bicentenaire du code civil, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 62.

²¹ Discours préliminaire sur le projet de code civil de Portalis, Tronchet, Bigot-Préameneu, Maleville, P. A. Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du code civil, t. I, 1827, réimpr. 1968, p. 463, spéc. p. 474. V. aussi p. 476 : « *La science du législateur, consiste à trouver dans chaque matière, les principes les plus favorables au bien commun : la science du magistrat est de mettre ces principes en action, de les ramifier, des les étendre, par une application sage et raisonnée, aux hypothèses privées, d'étudier l'esprit de la loi quand la lettre tue ; et de ne pas s'exposer au risque d'être tour à tour, esclave et rebelle, et de désobéir par esprit de servitude* ». V. égal. : B. Teysié, Corpus Juris, in Le discours et le code, Portalis, deux siècles après le code Napoléon, Litec, 2004, p. 45.

²² Montesquieu, De l'esprit des lois, t. 1, livre XI, Chap. VI, Gallimard 1995, p. 330.

²³ Discours préliminaire sur le projet de code civil de Portalis, Tronchet, Bigot-Préameneu, Maleville, P. A. Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du code civil, t. I, 1827, réimpr. 1968, p. 463, spéc. p. 469 : « *Un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé, que mille questions inattendues viennent s'offrir au magistrat (...). C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application. De là, chez toutes les nations policées, on voit toujours se former, à côté du sanctuaire des lois, et sous la surveillance du législateur, un dépôt de maximes, de décisions et de doctrines qui s'épure journellement par la pratique et par le choc des débats judiciaires, qui s'accroît sans cesse de toutes les connaissances acquises, et qui a constamment été regardé comme le vrai supplément de la législation* ».

6. La Cour de cassation, garante de l'unité d'interprétation - Cependant, une loi du 16 septembre 1807 a réintroduit le référé législatif après deux cassations successives. L'interprétation devait alors résulter d'un règlement d'administration publique²⁴. Ce n'est que le 1^{er} avril 1837 qu'une loi imposa à la juridiction de renvoi de se conformer à la solution retenue par les chambres réunies de la Cour de cassation après une deuxième cassation²⁵. « *Le mécanisme par lequel la jurisprudence (au sens moderne) peut se constituer est ainsi achevé* »²⁶. La Cour de cassation est désormais garante de l'unité d'interprétation des textes en vigueur²⁷. Mais comment doit-elle les interpréter ?

7. Les méthodes d'interprétation - Le code civil, à la différence de certains codes étrangers, est muet sur les règles d'interprétation de la loi²⁸. Selon l'article 3.1 du code civil espagnol, les règles doivent être interprétées selon le sens naturel des mots, en fonction de leur contexte, des précédents historiques et législatifs et de la réalité sociale du moment où elles doivent recevoir application en prenant garde à leur esprit et à leur finalité²⁹. En France, jusqu'à la fin du XIX^{ème} siècle, la méthode exégétique prévalait³⁰. L'interprète devait rechercher l'intention du législateur³¹. Outre une analyse littérale du texte³², il s'aidait le cas échéant des travaux préparatoires³³.

²⁴ V. sur cette évolution : P. Rémy, La part faite au juge, Rev. Pouvoirs n°107, sept. 2003, p. 22, spéc. p. 23 ; J.L. Hufteau, préc., pp. 104 s.

²⁵ Une loi du 30 juillet 1828 a réalisé un premier pas vers l'autonomie du pouvoir judiciaire. Selon cette loi, l'arrêt de la Cour d'appel statuant sur le second renvoi, après cassation n'était plus susceptible de faire l'objet d'un pourvoi. Le Roi pouvait alors proposer aux Chambres pour l'avenir, une loi interprétative. V. not. : J.L. Hufteau, préc., p. 126.

²⁶ P. Rémy, préc., p. 29.

²⁷ V. not. : M.N. Jobard Bachellier, X. Bachellier, La technique de cassation, 7^{ème} éd., Dalloz, 2010, p. 53 : « *C'est le rôle noble de la Cour de cassation qui consiste à dire le droit en interprétant la loi ou même à créer le droit dans le silence du législateur* ».

²⁸ Comp. : Code civil suisse, art. 1. Selon ce texte, le juge se prononce « *selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur. Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence* ».

²⁹ Traduction de J.-L. Aubert, E. Savaux, Introduction au droit, 13^{ème} éd., Sirey, 2010, n° 128, p. 124.

³⁰ V. not. à propos des auteurs pouvant être rattachés à l'exégèse : E. Gaudemet, L'interprétation du code civil en France depuis 1804, Coll. du deuxième centenaire du code civil, éd. La mémoire du droit, 2002, pp. 57 s. ; F. Géa, Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle, t. I, vol. I, LGDJ, 2009, n°167, pp. 413 s. ; D. Alland, S. Rials, Dictionnaire de la culture juridique, Quadrige, PUF, 2003, Exégèse, p. 681, spéc. p. 682. V. égal. : P. Malaurie, P. Morvan, Introduction générale, 3^{ème} éd., Defrénois, 2012, n°113, p. 93. V. aussi sur l'exégèse : J. Bonnet, L'école de l'exégèse, 2^{ème} éd., Paris, de Boccard, 1924.

³¹ A. M. Demante, Cours analytique de code civil, Introduction, t. I, 2^{ème} éd., Paris, Plon et Cie, 1881, n°24, p. 13.

³² V. Marcadé, Explication théorique et pratique du Code Napoléon, t. I, 7^{ème} éd., Paris, Delamotte et fils, 1873, préface, p. 12 : « *Dans la méthode exégétique, (...) on suit le texte pas à pas ; on dissèque chacun des articles pour l'expliquer phrase par phrase, mot par mot ; on précise, par ce qui précède et par ce qui suit, le sens et la portée de chaque proposition, de chaque terme, et l'on en fait remarquer la justesse ou l'inexactitude, l'utilité ou l'insignifiance ; puis quand a compris et article en lui-même, on*

L'exégèse a été contestée dès la fin du XIX^{ème} siècle³⁴. Selon Saleilles, si la loi est « *une base ou un point de départ* »³⁵, elle doit être interprétée au regard des nécessités du présent. L'interprète doit pouvoir faire œuvre créatrice sans pour autant rompre avec la loi³⁶. Avec Gény, un pas est franchi : celui de la libre recherche scientifique³⁷ ; lorsque les sources formelles ne fournissent pas à l'interprète la solution, il décide en se fondant sur des données objectives. Les éléments de libre recherche doivent être puisés dans la raison, la conscience morale³⁸, dans la nature des choses de la vie³⁹. Le juge peut en venir à se substituer au législateur⁴⁰.

En réalité, il s'efforce de rattacher ses décisions à un texte : « *au-delà du code civil, mais par le code civil...* »⁴¹. Le choix de la méthode d'interprétation dépend des circonstances de la cause⁴². L'exégèse - et la recherche des travaux préparatoires - conservent un intérêt particulier en ce qui concerne les textes récents. Mais « *dans le mouvement d'extension croissante du rôle du juge en matière d'interprétation, on observera le développement de l'interprétation téléologique reposant sur la recherche*

étudie son harmonie ou sa discordance avec les autres articles qui s'y réfèrent, on en déduit les conséquences, on en signale les lacunes ». V. aussi : G. Baudry-Lacantinerie, Précis de droit civil, t. I, Paris, L. Larose et Forcel, 1882, n°100, p. 56 ; F. Laurent, Principes de droit civil, t. 1, Bruxelles, Bruylant, Christophe et Cie, Paris, A. Durand et Pédone Lauriel, 1869, n°272, p. 342.

³³ F. Laurent, Principes de droit civil, t. 1, Bruxelles, Bruylant, Christophe et Cie, Paris, A. Durand et Pédone Lauriel, 1869, n°274, p. 347. Il y avait également place pour une interprétation historique des textes. V. not. : A. M. Demante, préc., n°26, p. 14.

³⁴ L. Husson, Examen critique des assises doctrinales de la méthode de l'exégèse, RTD civ. 1976, p. 431. V. cep. sur le caractère excessif de certaines critiques : P. Rémy, Eloge de l'exégèse, Rev. Droits, 1985, p. 115. V. aussi : R. Saleilles, Préface de F. Gény, Méthode d'interprétation et sources en droit positif privé, t. I, LGDJ, 1919, p. XIV.

³⁵ R. Saleilles, préc., p. XIII.

³⁶ R. Saleilles, préc., p. XIX : « *Dans cette méthode d'évolution historique (...) on continue encore à poser en principe que tout se ramène à la loi écrite, considérée, non pas comme la seule source vivante du droit, mais comme le seul cadre scientifique et juridique qui lui serve en quelque sorte de passeport devant les tribunaux. Nul ne prétend plus que le droit soit une création du législateur (...). Mais ces créations toutes subjectives ou toutes spontanées, ne sauraient encore se faire reconnaître comme s'imposant légalement ; sinon ce serait l'arbitraire (...). Pour obtenir la valeur d'un droit objectif qui s'impose, il faut que ces créations puissent se rattacher à la loi, qu'elles rentrent dans son cadre, qu'elles se mettent en harmonie avec l'ensemble de la construction juridique ...* ».

³⁷ F. Gény, Méthode d'interprétation et sources en droit positif privé, t. I, LGDJ, 1919, p. 74. V. not. : La pensée de François Gény, ss. la dir. de O. Cachard, F.-X. Licari et F. Lormant, Dalloz, 2013 ; M. Auberger, Un autre regard sur François Gény et son œuvre, RTD civ. 2010, p. 261 ; C. Thomasset, Epilogue : l'actualité de François Gény et son œuvre, RTD civ. 2010, p. 279.

³⁸ F. Gény, Méthode d'interprétation et sources en droit positif privé, t. II, LGDJ, 1919, n°160, p. 93.

³⁹ F. Gény, préc., t. II, n°164, p. 113.

⁴⁰ F. Gény, préc., t. II, VIII, p. 407.

⁴¹ R. Saleilles, Préface de F. Gény, préc., p. XXV.

de la finalité de la règle »⁴³. Les objectifs de la loi semblent désormais le guide le plus ferme.

8. Les méthodes de raisonnement - Le raisonnement juridique est classiquement présenté comme la mise en œuvre d'un syllogisme⁴⁴. Cependant, le recours au syllogisme n'est souvent qu'un « habillage », un « artifice ». *« La majeure est faite d'une règle qu'il a d'abord fallu interpréter voire créer par induction de règles préexistantes ; dans les prémisses sont livrées une interprétation et une sélection des faits pertinents ainsi que leur qualification, à l'issue de différentes étapes de leur raisonnement dont chacune a obéi à ses propres méthodes... »*⁴⁵. Au syllogisme, procédé de logique formelle, s'en ajoutent d'autres relevant de la dialectique. Le raisonnement juridique repose sur un faisceau d'arguments, qu'ils soient empruntés à la logique formelle (*a pari, a contrario, a fortiori*)⁴⁶ ou participent du psychologique, de l'historique, de l'apagogique, ou du téléologique...⁴⁷. Le raisonnement juridique doit s'inscrire dans un cadre cohérent qui constitue une contrainte à l'égard du juge⁴⁸... dont certains veulent s'évader en recourant à des méthodes de rationalité matérielle proches du réalisme américain⁴⁹ : sont introduits *« des impératifs éthiques, des règles utilitaires,*

⁴² J.-L. Bergel, préc., n°223, p. 284.

⁴³ F. Terré, Introduction générale au droit, 9^{ème} éd., Dalloz, 2012, n°554, p. 474.

⁴⁴ V. not. : M.-L. Mathieu-Izorche, Le raisonnement juridique, Thémis, PUF, 2001, p. 195 ; G. Cornu, Introduction au droit, 13^{ème} éd., Domat, Montchrestien, 2007, n°190, p. 106 ; J. Ghestin, G. Goubeaux, M. Fabre-Magnan, Introduction générale, LGDJ, 1994, n°46 s., pp. 37 s. ; J. Flour J.-L. Aubert, E. Savaux, Introduction au droit, 13^{ème} éd., Sirey, 2010, n°71, p. 53 ; Y. Gaudemet, Méthodes du juge, Dictionnaire de la culture juridique, PUF, Quadriga, 2003, p. 1018.

⁴⁵ R. Vatinet, Les méthodes de raisonnement juridique en droit du travail, in Standards, principes et méthodes en droit du travail, Economica, p. 207, spéc. p. 208.

⁴⁶ V. not. : Y. Gaudemet, préc., p. 1019 ; J. Ghestin, G. Goubeaux, M. Fabre-Magnan, n°59, p. 43, spéc. n°61, p. 46. ; F. Terré, Introduction générale au droit, 9^{ème} éd., Dalloz, 2012, n°28, p. 25.

⁴⁷ V. not. : C. Pérelman, Logique juridique, nouvelle rhétorique, Dalloz, 1999, n°33, p. 55 ; J.-L. Bergel, Théorie générale du droit, Dalloz, 2012, n°244, p. 312. V. aussi : M.-L. Mathieu-Izorche, préc., p. 357 s.

⁴⁸ Rapp. : R. Dworkin, L'empire du droit, PUF, 1994, p. 261 : *« Le verdict du juge (...) doit provenir d'une interprétation qui corresponde aux développements antérieurs et qui les justifie, en même temps, autant que possible. [...] De même que l'interprétation, dans un roman à la chaîne, représente pour chaque interprète un équilibre précaire entre diverses attitudes littéraires et artistiques, en droit c'est un équilibre précaire entre des convictions politiques de diverses sortes ; en droit comme en littérature, celles-ci doivent être assez reliées et pourtant assez distinctes, pour permettre un jugement d'ensemble qui échange le succès d'une interprétation sur un type de critère contre son échec sur un autre type »*. V. aussi : N. MacCormick, Raisonnement juridique et théorie du droit, PUF, 1996, spéc. p. 181.

⁴⁹ En ce sens : R. Vatinet, préc., n°314, p. 210. V. not. : M. Troper, Interprétation, Dictionnaire de la culture juridique, PUF, Quadriga, 2003, p. 846 : *« En effet, si interpréter, c'est déterminer la signification d'un texte et si cette signification n'est pas autre chose que la norme exprimée par le texte, c'est l'interprète qui détermine la norme (...). C'est pourquoi il résulte de la théorie réaliste classique que s'il y a une cour souveraine, le véritable législateur n'est pas le Parlement, mais l'interprète de la*

des règles d'opportunité ou des maximes politiques »⁵⁰. Cette approche semble souvent présente en droit du travail⁵¹.

9. Crainte et débordements - Si les arrêts de règlement ont en principe disparu, la crainte du « gouvernement des juges » subsiste⁵². Un auteur s'interroge sur la « résurgence des arrêts de règlement »⁵³, un autre livre une réflexion sur les « nouveaux arrêts de règlement »⁵⁴. La loi serait-elle devenue « la bouche du juge »⁵⁵ ? Pour certains, la jurisprudence est une source du droit⁵⁶ ; pour d'autres, il existe une « autorité »⁵⁷. Quelle que soit l'analyse retenue, il est acquis que la jurisprudence a une fonction « prééminente »⁵⁸. Le juge n'est-il pas devenu le « *censeur des lois* »⁵⁹ via le contrôle de conventionalité⁶⁰ ? N'intervient-il pas dans le contrôle de constitutionnalité des lois⁶¹ en participant au processus susceptible d'aboutir à leur abrogation ? N'est-il pas susceptible de moduler, dans certaines hypothèses, les effets de ses revirements de jurisprudence⁶² ?

loi. » ; F. Hamon, Quelques réflexions sur la théorie réaliste de l'interprétation, Mélanges M. Troper, 2006, p. 487.

⁵⁰ M. Weber, Sociologie du droit, PUF, Quadrige, 2007, p. 42, cité par R. Vatinet, préc., n°314, p. 210.

⁵¹ En ce sens : R. Vatinet, préc., n°315, p. 211.

⁵² V. not. : D. de Béchillon, Le gouvernement des juges : une question à dissoudre, D. 2002, Chron., p. 973.

⁵³ H. Sinay, La résurgence des arrêts de règlement, D. 1958, Chron. p. 85.

⁵⁴ O. Tournafond, Considérations sur les nouveaux arrêts de règlement, Mélanges Jestaz, Dalloz, 2006, p. 547. V. aussi : R. Libchaber, Les articles 4 et 5 du code civil, ou les devoirs contradictoires du juge civil, ss. La direction de G. Fauré et G. Koubi, 2003, Etudes juridiques, Economica, p. 143 ; A. Sériaux, Le juge au miroir, L'article 5 du code civil et l'ordre juridictionnel français contemporain, Mélanges C. Mouly, Litec, 1998, p. 171

⁵⁵ Expression utilisée par P. Rémy, La part faite au juge, Rev. Pouvoirs, sept. 2003, n°107, p. 22, spéc. p. 31

⁵⁶ V. not. sur ce débat : O. Dupeyroux, La doctrine française et le problème juridique de la source de droit, Mélanges Marty, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 463 ; J.-L. Aubert, M. Bandrac, A. Breton, J. Carbonnier, G. Cornu, M. Gobert, F. Terré, A. Tunc, F. Zénati, La jurisprudence aujourd'hui, libres propos sur une institution controversée, RTD civ. 1992, p. 337 ; L. Bach, La jurisprudence est-elle oui ou non, une source du droit ?, Mélanges Héron, 2008, LGDJ, Lextenso, p. 47 ; P. Jestaz, La jurisprudence, Réflexion sur un malentendu, D. 1987, Chron. p. 11. V. égal. : J. Boulanger, Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence, RTD civ. 1961, p. 417 ; J. Maury, La jurisprudence source du droit, Mélanges Ripert, t. 1, LGDJ, 1950, p. 28 et spéc. p. 43 ; P. Hébraud, Le juge et la jurisprudence, Mélanges Couzinet, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 329.

⁵⁷ J. Carbonnier, préc., n°144, p. 274 ; J. Flour J.-L. Aubert, E. Savaux, préc., n°172, p. 173.

⁵⁸ J. Flour J.-L. Aubert, E. Savaux, préc., n°172, p. 176.

⁵⁹ P. Rémy, préc., p. 33.

⁶⁰ N. Molfessis, Loi et jurisprudence, Rev. Pouvoirs, n°126, sept. 2008, p. 87, spéc. p. 91.

⁶¹ Constitution, art. 61-1.

⁶² Cass. Ass. Plén. 21 déc. 2006 : Bull. civ. AP n°15, n°00-20493 ; D. 2007, p. 835, note P. Morvan ; JCP G 2007, II, 10040, note E. Dreyer, 10111, note X. Lagarde ; RTD civ. 2007, p. 72, obs. P. Deumier. V. aussi : Cass. civ. 1^{ère} 11 juin 2009 : Bull. civ. I, n°124, n°08-16914 et n°07-14932 ; RTD civ. 2009, p. 495, obs. P. Deumier ; RDC 2009, p. 1371, obs. S. Carval ; JCP G 2009, 38, p. 237. V. égal. : N.

§ 2 : *Le juge et le contrat*

10. Relecture – Relire consiste, notamment, « à lire en vue de corriger, de vérifier »⁶³. Si le juge entend procéder à la relecture d'un contrat, ne méconnaît-il pas la règle posée à l'article 1134, alinéa 1, du code civil selon laquelle « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » ? A la force de l'obstacle, il ne faut point, cependant, prêter trop de rigueur. La souveraineté de la volonté est limitée (A) ; l'intervention du juge est favorisée (B).

A) La souveraineté de la volonté limitée

11. La souveraineté de la volonté⁶⁴ - Selon la théorie de l'autonomie de la volonté, « de la volonté libre tout procède, à elle tout aboutit »⁶⁵ ; elle « crée l'acte juridique. Elle en constitue véritablement l'essence, le principe actif et générateur »⁶⁶ ; « le contrat oblige ... parce que le contrat oblige »⁶⁷. La volonté est toute-puissante : le contrat doit être interprété conformément à l'intention des parties ; la révision judiciaire est exclue⁶⁸. Librement conclu, il est nécessairement juste⁶⁹ ; la loi ne doit pas endiguer

Molfessis, La Cour de cassation face à la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence, D. 2009, p. 2567. V. aussi : Cass. soc. 26 mai 2010 : Bull. civ. V, n°114, n°09-60400, Dr. soc. 2010, p. 1158 et l'étude de C. Radé, La chambre sociale de la Cour de cassation et la modulation dans le temps des effets des revirements de jurisprudence, Dr. soc. 2010, p. 1150. Certes, dans ce cas, la modulation suppose une privation du droit à l'accès au juge. Elle intervient néanmoins « sans autorisation du Constituant ni même de la loi, en quoi, elle a des allures d'un coup de force. Qu'il s'opère sous le masque de la sécurité des justiciables ne le rend pas moins condamnable, seulement plus choquant » (T. Revet, La légisprudence, Mélanges Malaurie, Defrénois, 2005, p. 377, spéc. p. 390). V. aussi : F. Terré, préc., n°533, p. 459 : « Lui permettre de procéder à des affirmations nouvelles en les détachant des décisions à propos desquelles elles sont rendues, comme si les plaideurs devaient jouer à qui perd gagne ou plutôt à qui gagne perd, c'est pourtant à ce résultat qu'on aboutit au mépris de l'article 5 du code civil et de la prohibition des arrêts de règlement ».

⁶³ V° Relire, Le Robert, 2013.

⁶⁴ Apparue dans la doctrine internationaliste (v. not. à propos de Foelix et de Savigny, Ranouil, L'autonomie de la volonté, Naissance et évolution d'un concept, PUF, 1980, pp. 20 s. V. not. : M. F. C. de Savigny, Traité de droit romain, traduit par M. Guenoux, t. 8, 2^{ème} éd., Paris, éd. de Firmin, Didot, 1860, p. 110), elle trouverait, notamment, sa source dans la philosophie politique de Rousseau (En ce sens, v. not. : E. Gounot, Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique, A. Rousseau, 1912, p. 45) et de Kant (E. Kant, Critique de la raison pratique, publiée en 1788, Traduction de E. Barni, 1848, spéc. p. 179, et Les fondements de la métaphysique des mœurs, publié en 1785, Traduction de E. Barni, 1848, spéc. p. 90).

⁶⁵ E. Gounot, préc., p. 27.

⁶⁶ E. Gounot, préc., p. 3.

⁶⁷ E. Gounot, préc., p. 129.

⁶⁸ V. infra, n°142, sur la révision judiciaire pour imprévision.

la volonté⁷⁰. Appelé à se prononcer sur le contenu d'un acte juridique, le juge devrait, selon cette théorie, s'en remettre exclusivement à l'accord des parties : « *il ne s'adressera pas, pour dire le droit à des règles objectives, supérieures aux vouloirs individuels, et établies une fois pour toutes par le législateur ; c'est la volonté des auteurs de l'acte qu'il devra interroger ; c'est elle qui lui dictera la solution du litige et qui sera ainsi, au sens le plus complet du mot, source de droit* »⁷¹.

12. Une souveraineté limitée - Le propos va, en vérité, fort au-delà de ce que souhaitait Portalis : « *le maintien de l'ordre public dans une société est la loi suprême. Protéger des conventions contre cette loi, ce serait placer des volontés particulières au-dessus de la volonté générale, ce serait dissoudre l'Etat* »⁷². Si la volonté s'impose au juge, encore faut-il qu'elle ne s'affranchisse pas des exigences légales⁷³. Or, depuis la fin du XIX^{ème} siècle, l'étendue de la loi n'a cessé de s'accroître au détriment de la place laissée à la liberté contractuelle⁷⁴.

⁶⁹ E. Gounot, préc., p. 29 : « *Dans ce système, on le voit, le principe juridique de l'autonomie de la volonté (...) se suffit à lui-même. Loin d'exiger une justification, c'est lui qui sert à justifier les autres principes du droit. Il est l'alpha et l'omega de la philosophie juridique* ». V. aussi : A. Fouillée, La science sociale contemporaine, 2^{ème} éd., Paris, Hachette, 1885, p. 410 : « *Qui dit contractuel dit juste* ».

⁷⁰ Les règles légales doivent être des règles supplétives ; les règles impératives doivent faire l'objet d'une appréciation étroite. V. not. : E. Gounot, préc., p. 4 : « *Le code civil renferme bien, il est vrai, une longue liste d'articles qui précisent dans le détail les suites juridiques des principaux contrats, de la vente ou du louage par exemple. Mais ces textes ne sont pas impératifs. Le législateur ne fait que proposer aux contractants un modèle de réglementation ; ceux-ci restent libres de substituer à cette réglementation légale, une réglementation contractuelle qui aura, pour le juge, l'autorité même de la loi* ».

⁷¹ E. Gounot, préc., p. 4.

⁷² Présentation au Corps législatif, exposé des motifs par le Conseiller d'Etat Portalis, P.-A. Fenet, , Recueil complet des travaux préparatoires du code civil, t. VI, 1827, réimpr. 1968, p. 345, spéc. p. 362.

⁷³ C. Thibierge-Guelfucci, Libres propos sur la transformation du droit des contrats, RTD civ. 1997, p. 357, spéc. p. 365 : « *Le contrat, pour déployer valablement et efficacement ses effets doit (...) se plier aux contraintes de tous ordres qui émanent de l'ordre juridique* ».

⁷⁴ Depuis la fin du XIX^{ème} siècle, les lois impératives, en faveur de la « partie faible » dans les rapports de force inégalitaires n'ont cessé de se multiplier. V. not. pour des exemples : L. Josserand, Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats, RTD civ. 1937, p. 1, spéc. p. 26. V. aussi : J. Rochfeld, Les grandes notions du droit privé, Le contrat, PUF, 2011, p. 425, spéc. n°11, p. 443. V. égal. : R. Libchaber, Réflexions sur les effets du contrat, Mélanges Aubert, LGDJ, p. 211, spéc. p. 225 : « *A intervalles de vingt ans, le contrat a chancelé sous les coups du dirigisme dans les années cinquante, du consumérisme à partir des années soixante-dix, du solidarisme enfin à partir des années quatre-vingt-dix nouveau cycle de contestation ou de réajustement, dont il n'est pas encore sorti* ». V. aussi : H. Batiffol, La crise du contrat et sa portée, Arch. de Philo. du Droit, t. XIII, 1968, p. 13.

B) L'intervention du juge favorisée

13. L'interprétation de la loi - L'interprétation et l'application de la loi permettent au juge de s'immiscer dans le contrat. Son intervention ne consiste pas, dans ce cas, à interpréter la volonté des parties : il ne s'agit pas de rechercher et de révéler leur intention commune⁷⁵. La relecture du contrat est « modificatrice » en vertu de l'application de la loi. Ainsi, la Cour de cassation n'hésite plus à adapter l'accord de volontés, sur le fondement des articles 1134, alinéa 3, et 1135 du code civil⁷⁶. Bonne foi et équité constituent des instruments d'adaptation du contrat. De même, l'article 1131 du code civil peut servir de support à la correction de la volonté des parties, en vue d'un rééquilibrage des prestations⁷⁷. L'annulation de clauses⁷⁸ ou la réduction judiciaire d'obligations⁷⁹ en constituent les principales expressions. Cette relecture encourt-elle réellement la critique ? Le juge ne procède-t-il pas de même, dans d'autres systèmes juridiques ?

14. Droit comparé - En droit allemand, le § 157 du BGB⁸⁰ justifie une interprétation « constructive »⁸¹ ou « complétive » (eränzende Vertragsauslegung) du contrat⁸². S'il

⁷⁵ Dans ce cas, la relecture n'est pas, en principe, modificatrice. Encore faut-il que la rencontre des volontés sur le sens d'une clause contractuelle ne fasse pas défaut. « *La découverte de l'intention commune des parties se ramène alors à la recherche divinatoire d'une volonté hypothétique* » (F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, Les obligations, Dalloz, 10^{ème} éd., 2009, n°448, p. 465).

⁷⁶ V. sur ce point Partie I, Titre I : l'Addition, n°27 s.

⁷⁷ V. not. sur l'affaire *Chronopost* : Cass. com. 22 oct. 1996 : Bull. civ. IV, n°261, n°93-18632 ; D. 1997, p. 121, note A. Sériaux ; D. 1997, som., p. 7, note Delebecque ; D. 1997, Chron. C. Larroumet, p. 145 ; JCP G. 1997, II, 22881, note D. Cohen ; Cont. conc. consom. 1997, n°24, note L. Leveneur ; JCP G 1997, I, 4002, n°1, obs. M. Fabre-Magnan ; Rép. Défr. 1997, p. 333, obs. D. Mazeaud ; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t. 2, 12^{ème} éd., Dalloz, 2008, n°156. V. aussi l'affaire *Point Club Vidéo* : Cass. civ. 1^{ère}, 3 juill. 1996 : non publié au Bull., n°94-14800 ; D. 1997, p. 500, note P. Reigné ; JCP G 1997, I, 4015, note F. Labarthe. V. cep. : Cass. com 9 juin 2009 : non publié au Bull., n°08-11420 ; RDC 2009, p. 1345 obs. D. Mazeaud.

⁷⁸ V. not. : Cass. civ. 1^{ère} 19 déc. 1990 : Bull. civ I., n°303, n°88-12863 ; RTD civ. 1991, p. 325, obs. J. Mestre ; JCP G 1991, II, 21656, note J. Bigot. V. aussi : Cass. com. 6 avril 1993 : Bull. civ. IV, n°138, n°90-21198 ; D. 1993, p. 310, note C. Gavalda ; JCP G 1993, II, 22062, obs. J. Stoufflet ; RTD com. 1993, p. 548, obs. B. Teyssié et M. Cabrillac (condamnation de la pratique des dates de valeur qui pouvait avoir pour conséquence de faire supporter au client des intérêts partiellement dénués de cause).

⁷⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 11 mars 2003 : Bull. civ. I, n°67, n°99-12628 ; JCP 2003, I, 142, n°5, obs. J. Rochfeld ; RDC 2003, p. 39, note D. Mazeaud ; RTD civ. 2003, p. 287, obs. J. Mestre et B. Fages. V. aussi : J.-R. Binet, De la fausse cause, RTD civ. 2004, p. 655. V. infra, n°813.

⁸⁰ § 157 BGB : « *Les contrats doivent être interprétés comme l'exige la bonne foi, eu égard aux usages admis en affaires* ».

⁸¹ B. Fauvarque-Cosson, « Les arrêts Paragon Finance » et « Rice v. Great Yarmouth Borough Council », RDC 2004, p. 483, spéc. p. 484.

⁸² V. not. P. Jacques, Regards sur l'article 1135 du code civil, Dalloz, 2003, n°90 s., pp. 185 s. ; M. Pédamon, Le contrat en droit allemand, 2^{ème} éd., LGDJ, 2004, n°161 s., pp. 126 s.

comporte une lacune⁸³, le juge la comble en considération du but contractuel, de l'exigence de bonne foi et des usages⁸⁴. Sur le fondement du § 242 du BGB⁸⁵, la jurisprudence allemande a également dégagé l'existence des obligations accessoires (Nebenpflichten), détachées de toute recherche de volonté commune, ayant pour objet de garantir l'exécution effective du contrat⁸⁶. Les juges anglais ont recours aux *implied terms* ; ils ajoutent à l'accord de volontés des obligations nécessaires à son exécution. Leur action, justifiée par « *la business efficiency* »⁸⁷, serait également fondée, selon une partie de la doctrine, sur l'intention présumée des parties⁸⁸ : « *Les lacunes du contrat sont comblées par les stipulations que les parties sont censées avoir acceptées* »⁸⁹. Les principes européens des contrats ont consacré une telle analyse⁹⁰. L'accroissement judiciaire des obligations contractuelles n'est pas une « exception française »⁹¹...

Qu'en est-il du rééquilibrage du contrat. Dans la plupart des droits européens, ni l'équilibre des prestations, ni même la cause, ne sont une condition de sa validité⁹²...

⁸³ V. not. sur ce point : C. Witz, Droit privé allemand, t. 1, Actes juridiques, droits subjectifs, Litec 1992, n°197, p. 178.

⁸⁴ BGH 18 déc. 1954, BGHZ, 16, 71 cité par M. Pédamon, préc., n°165, p. 130 : « *Ici on ne prend pas en considération comme précédemment le point de vue du destinataire de la déclaration contractuelle, on prend en considération le point de vue des deux parties, de manière à dégager le règlement équilibré de leurs intérêts (gerechter Interessenausgleich) auquel elles seraient parvenues en agissant raisonnablement et de bonne foi* ». Cette recherche consiste donc à rechercher la volonté hypothétique des deux parties. « *C'est-à-dire déterminer ce qu'elles auraient voulu eu égard au but et au contenu du contrat, compte tenu des exigences de la bonne foi et des usages admis en affaires si elles s'étaient prononcées sur la question litigieuse* ».

⁸⁵ § 242 BGB : « *Le débiteur est tenu de fournir la prestation comme l'exige la bonne foi eu égard aux usages admis en affaires* ».

⁸⁶ V. not. : F. Ferrand, Droit privé allemand, Dalloz, 1997, n°290, p. 306.

⁸⁷ *The Moorcock*, [1889] 14, PD 64, cité notamment par R. Cabrillac, Droit européen comparé des contrats, LGDJ, 2012, p. 118.

⁸⁸ En ce sens : B. Fauvarque-Cosson, préc., p. 486.

⁸⁹ R. Cabrillac, préc., n°162, p. 118.

⁹⁰ Les principes du droit européen des contrats, G. Rouhette, I. de Lamberterie, D. Tallon, C. Witz, Droit privé comparé et européen, Société de législation comparée, 2003, p. 262 : « *En plus d'obligations expresses, un contrat peut contenir des obligations implicites qui découlent : a) de l'intention des parties, b) de la nature et du but du contrat, c) et de la bonne foi* ». V. aussi : Art. 32 du code européen des contrats, Gaz. Pal. 2003, 22 févr. 2003, n°53, p. 3 ; Les principes du droit européen des contrats auraient d'ailleurs influencé la rédaction de certaines législations récentes, notamment le code civil Bulgare ainsi que le code civil Roumain. En ce sens : R. Cabrillac, préc., p. 41.

⁹¹ V. aussi les développements très complets du Professeur Jacques à propos des droits influencés par le code civil français ; ces droits consacrent généralement une règle d'élargissement du champ contractuel : P. Jacques, préc., n°64 s., pp. 139 s.

⁹² V. not. : T. Kadner Graziano, Le contrat en droit privé européen, Exercices de comparaison, 2^{ème} éd., Helbing Lichtenhahn, LGDJ, Bruylant, 2010, p. 160 : « *Les notions de cause et de consideration partagent le douteux privilège de n'être pas comprise du juriste qui n'est pas de formation française ou de common law* ».

même si la « consideration »⁹³ anglaise peut être rapprochée de la « cause » : elle « serait un avantage donné par le bénéficiaire à l'auteur de la promesse ou un inconvénient que le bénéficiaire accepterait de subir en contrepartie de la promesse »⁹⁴. Le contrôle de l'équivalence des prestations par le juge anglais emprunte parfois la voie de l'« *undue influence* » (abus d'autorité ou de faiblesse)⁹⁵.

De même, les principes du droit européen des contrats donnent place à l'abus de faiblesse et à l'avantage excessif⁹⁶. Ainsi, certains déséquilibres paraissent commander l'intervention du juge.

§ 3 : *Le juge et le contrat de travail*

15. Le droit commun des contrats repose à l'origine, sur une analyse volontariste et égalitaire de l'accord de volontés. Or, « *le droit du travail, charpenté par l'action collective et la subordination, s'est nécessairement construit en opposition avec ce modèle* »⁹⁷. Même si le droit commun lui est applicable⁹⁸, ce dernier présente un certain « particularisme »⁹⁹(A), auquel fait écho celui de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation¹⁰⁰(B).

⁹³ V. not. : M. J. P. Walton, Clause et « consideration » dans le droit anglais des obligations, RTD civ. 1919, p. 469.

⁹⁴ O. Moréteau, Droit anglais des affaires, Dalloz, 2000, n°456, p. 256.

⁹⁵ *Lloyd's bank v. Bundy*, 37 [1975] Q. B. 326, cité par R. Cabrillac, préc., p. 101.

⁹⁶ V. not. Art. 4 : 109 des principes du droit européen des contrats. V. aussi : art. 4 : 110. V. égal. : Art. 30-3 du code européen des contrats.

⁹⁷ J. Péliissier, G. Auzero, E. Dockès, Droit du travail, 27^{ème} éd., Dalloz, 2013, n°28, p. 31.

⁹⁸ Sur l'autonomie du droit du travail, v. not. : G. H. Camerlynck, L'autonomie du droit du travail, D. 1956, Chron. p. 23 ; G. Lyon-Caen, Du rôle des principes généraux en droit du travail, RTD civ. 1974, p. 229. V. not. : P. Lokiec, Droit du travail, t. 1, Les relations individuelles, PUF, 2011, n°65, p. 70 : « *L'autonomie signifie seulement que la branche peut se donner des règles propres, qui, soit s'ajoutent au droit commun, soit se substituent à lui lorsque ses dispositions sont incompatibles avec la finalité de la branche* ».

⁹⁹ Expression utilisée par P. Durand, Le particularisme du droit du travail, Dr. soc. 1945, p. 298. V. aussi : J. Péliissier, G. Auzero, E. Dockès, préc., n°28, p. 31. V. not. sur le lien entre droit civil et droit du travail : G. Couturier, Les techniques civilistes et le droit du travail, D. 1975, Chron. p. 151 ; P.-Y. Gautier, Les interactions du droit civil et du droit du travail, in Les sources du droit du travail, PUF, 1998, p. 129. V. aussi : X. Lagarde, Aspects civilistes des relations individuelles de travail, RTD civ. 2002, p. 435 ; E. Lemoine, Les principes civilistes dans le contrat de travail, LPA 15 juin 2001, p. 8. V. aussi : A. Supiot, Pourquoi un droit du travail ?, Dr. soc. 1990, p. 485. V. égal. : C. Radé, La figure du contrat dans le rapport de travail, Dr. soc. 2001, p. 802. V. aussi : G. H. Camerlynck, préc., p. 23.

¹⁰⁰ La relecture du contrat de travail résulte principalement de l'intervention de la chambre sociale de la Cour de cassation. L'intervention du Conseil d'Etat est sur ce point relativement réduite. Il intervient principalement à propos de l'autorisation de licenciement des salariés protégés par l'inspecteur du travail. Certes, le changement des conditions de travail ou la modification du contrat ouvre droit à la

A) *Le particularisme du contrat de travail*

16. Le particularisme du contrat de travail découle d'éléments qui lui sont intrinsèques et extrinsèques.

17. **Des éléments intrinsèques** - « *En droit civil la volonté s'engage, en droit du travail, elle se soumet* »¹⁰¹. Dès la formation du contrat, le déséquilibre est manifeste. L'exécution du contrat de travail est marquée par l'existence du lien de subordination¹⁰². Il en résulte que « *pendant toute la durée de la relation de travail, le salarié se trouve vis-à-vis de l'employeur dans une situation qui ne lui permet pas d'exprimer une volonté réelle libre* »¹⁰³. Dès lors, « *le contrat de travail heurte l'égalité contractuelle dans ses deux composantes que sont l'égalité des contractants et l'équivalence des prestations* »¹⁰⁴. Le contrat de travail constitue, par ailleurs, le « *berceau d'un conflit de libertés* »¹⁰⁵. Liberté du travail et liberté d'entreprendre se confrontent. Dotée d'une valeur constitutionnelle¹⁰⁶, la liberté d'entreprendre suppose que son titulaire puisse « *librement exploiter son bien, gérer son entreprise à sa guise* »¹⁰⁷ et dispose de la liberté de choisir ses collaborateurs¹⁰⁸ ; elle exclut l'ingérence du juge dans les choix de gestion de l'employeur¹⁰⁹. Visé à l'article 23 de la Déclaration universelle des droits de

protection. Toutefois, les incidences de l'intervention du Conseil d'Etat sur la détermination du contenu contractuel demeurent limitées. V. sur la convergence des jurisprudences de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat, A. Morin, *Dr. soc.* 2008, p. 546.

¹⁰¹ A. Supiot, *Le juge et le droit du travail*, th. dactyl., Bordeaux I, 1979, n°4, p. 127. V. aussi : G. Couturier, *Les relations entre employeurs et salariés en droit français*, in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, ss. Dir. J. Ghestin et M. Fontaine, LGDJ, 1996, p. 143, spéc. p. 148 : « *Le contrat de travail est lors de sa conclusion à prendre tel que, ou à laisser...* ».

¹⁰² P.-Y. Verkindt, *Le contrat de travail. Modèle ou anti-modèle du droit civil des contrats ?*, in *La nouvelle crise du contrat*, ss. la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Dalloz, 2003, p. 197, spéc. p. 201 : « *A l'infériorité initiale vient s'adjoindre une subordination juridique qui est le résultat du contrat* ».

¹⁰³ G. Couturier, préc., p. 148.

¹⁰⁴ P.-Y. Verkindt, préc., p. 201.

¹⁰⁵ Expression utilisée à propos des clauses de non-concurrence par M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat*, LGDJ, 2004, n°547, p. 332.

¹⁰⁶ V. not. : Décis. n°2000-439 DC du 16 janv. 2001 : D. 2001, p. 1841, note M. Fatin Rouge ; LPA 12 févr. 2001, p. 18, note J.-E. Schoettl - Décis. n°2001-455 DC du 12 janv. 2002. V. aussi : Décis. n°2012-242, DC du 14 mai 2012.

¹⁰⁷ R. Letteron, *Libertés publiques*, 9^{ème} éd., Dalloz, 2012, n°727, p. 577.

¹⁰⁸ Décis. n°88-244, DC du 20 juill. 1988 : *Dr. soc.* 1988, p. 762 et l'étude de X. Prétot, *L'inconstitutionnalité du droit à réintégration du salarié protégé licencié pour faute lourde*, p. 755.

¹⁰⁹ V. not. : Cass. Ass. plén., 8 déc. 2000 : Bull. civ. AP n° 11, n°97-44219 ; *Dr. soc.* 2001, p. 126, concl. P. de Caigny, *L'employeur seul juge du choix économique* et note A. Cristau, *Le juge ne peut contrôler*

l'homme, à l'article 6 du Pacte civil des Nations Unies de 1966 sur les droits économiques, sociaux et culturels, à l'article 15 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et proclamé par le préambule de la Constitution de 1946, le droit au travail accompagne la liberté du travail. Cette dernière, de valeur constitutionnelle¹¹⁰, suppose la liberté de travailler¹¹¹ ; elle justifie l'intervention du juge dans le contrat de travail chaque fois qu'une clause lui porte atteinte¹¹². Elle emporte également la liberté « de ne pas travailler », le salarié devant pouvoir rompre le lien contractuel et refuser un emploi¹¹³.

18. Des éléments extrinsèques - Le contrat de travail est soumis à un ordre public spécifique. Dans le code civil de 1804, deux dispositions étaient consacrées au louage de services¹¹⁴ : l'article 1780¹¹⁵ et l'article 1781¹¹⁶. Désormais, la liberté contractuelle des

le choix de l'employeur entre plusieurs solutions de réorganisation de l'entreprise, p. 133 ; JCP E 2001, p. 426, note F. Duquesne ; P. Waquet, Quelques réflexions sur l'arrêt SAT en particulier et sur le licenciement économique en général, RJS 2001, p. 567 ; A. Jeammaud, M. Le Friand, Du silence de l'arrêt SAT sur le droit à l'emploi, Dr. soc. 2001, p. 417.

Dans cet arrêt, la Cour de cassation ne fait pas référence à la liberté d'entreprendre. Toutefois, au regard d'une décision du Conseil constitutionnel du 12 janvier 2002 (spéc. considérant 49 et considérant 50), il est permis de penser que la liberté d'entreprendre est à l'origine du principe de non ingérence du juge dans les choix de gestion de l'employeur (Décis. n°2001-455, DC du 12 janv. 2002 : B. Holleaux, La modernisation sociale à l'épreuve du Conseil constitutionnel, SSL 2002, n°1062, p. 6 ; L. Gay, D. 2003, p. 1129 ; B. Mathieu, La loi de modernisation sociale à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité, Dr. ouvrier 2002, p. 44 ; LPA 24 sept. 2002, p. 15, note B. Mathieu ; X. Prétot, Le Conseil constitutionnel et la loi de modernisation sociale, d'une annulation et de quelques réserves d'interprétation..., Dr. soc. 2002, p. 244 ; F. Saramito, Une décision décevante du Conseil constitutionnel, Dr. ouvrier 2002, p. 41 ; J.-E. Schoettl, La loi de modernisation sociale devant le Conseil constitutionnel, LPA 21 janv. 2002, p. 3 ; B. Teyssié, Liberté, égalité, TPS, mars 2002, p. 3). La Cour de cassation a expressément visé le principe fondamental de la liberté d'entreprendre à propos de l'organisation matérielle interne de l'entreprise. V. not. à propos de l'emplacement, dans l'entreprise, du matériel de pointage : Cass. soc. 13 juill. 2004 : Bull. civ. V, n°205 ; n°02-15142 ; Dr. soc. 2004, p. 1026, obs. B. Gauriau ; D. 2004, IR p. 2350 ; Lexbase Hebdo, éd. soc., n°131, 29 juill. 2004, obs. C. Radé. V. aussi à propos des modalités de nettoyage des tenues de travail par l'employeur : Cass. soc. 12 déc. 2012 : A paraître au Bull., n°11-26585 ; JCP S 2013, 1089, note C. Puigelier ; JSL 2013, n°336, p. 8, note J.-E. Tourreil ; Lexbase Hebdo, éd. soc., n°511, 10 janv. 2013, obs. C. Radé.

¹¹⁰ En ce sens à propos d'une décision du Conseil constitutionnel (Décis. 83-156, DC du 28 mai 1983) ; J. Péliissier, G. Auzero, E. Dockès, préc., n°654, p. 669. Selon la chambre sociale de la Cour de cassation, il s'agit d'une liberté « *garantie par la Constitution* ». V. not. : Cass. soc. 19 nov. 1996 : Bull. civ. V, n°392, n°94-19404 ; Dr. soc. 1997, p. 95, obs. G. Couturier - Cass. soc. 18 déc. 1997 : Bull. civ. V, n°459, n°95-43409 ; Dr. soc. 1998, p. 194, obs. J. Savatier.

¹¹¹ V. not. : J. Péliissier, La liberté du travail, Dr. soc. 1990, p. 19.

¹¹² Le juge se réfère au principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle : Cass. soc. 10 juill. 2002 (3 arrêts), v. infra, n°469.

¹¹³ J. Péliissier, préc., p. 23.

¹¹⁴ En effet, le code civil retenait une conception matérialiste et civiliste du contrat, confirmée d'ailleurs par la doctrine du XIX^{ème} siècle (V. not. : A. M. Demante, Cours analytique de code civil, t. VII, éd. Plon, 1873, n°231, p. 336). Une telle conception reposait sur le postulat selon lequel le contrat résultait de la rencontre de volontés libres et égales. Mais le XIX^{ème} siècle fut marqué par la misère extrême

parties au contrat de travail est considérablement restreinte. Celui-ci demeure la source indispensable du rapport de travail¹¹⁷. Pour autant, la prolixité des normes internes spéciales et générales, leur « indérogeabilité relative »¹¹⁸, l'existence d'un environnement conventionnel original¹¹⁹, l'importance croissante des règles supra-étatiques¹²⁰ limitent le champ d'action des contractants. La norme sociale est dense ; elle est également mouvante. Son instrumentalisation à des fins politiques aboutit à une fluctuation et une multiplication des textes dont la réversibilité a été soulignée¹²¹. Particulièrement lié au contexte économique au sein duquel elle évolue, son contenu oscille entre le souci de protection de la stabilité des rapports de travail¹²² et la recherche, désormais privilégiée, de la flexibilité¹²³ ou « flexisécurité »¹²⁴.

d'une partie de la population (V. not. à propos de l'enquête de Villermé, A. Brun et H. Galland, Droit du travail, Sirey, 1958, n°I-22, p. 33). L'intervention du Parlement fut sollicitée. La loi du 22 mars 1841 relative au travail des enfants employés dans les manufactures, usines ou ateliers fut adoptée. Au cours de la seconde moitié du XIX^{ème} siècle, le droit du travail s'épanouit « *en tant qu'ensemble organisé de normes régissant les relations de travail* ». V. not. : P.-Y. Verkdint, préc., p. 217.

¹¹⁵ C. civ. art. 1780 : « *On ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée...* ».

¹¹⁶ Anc. C. civ., art. 1781 : « *Le maître est cru sur son affirmation pour la quotité des gages, pour le paiement des salaires de l'année échue et pour les acomptes donnés pour l'année courante* ». Ce texte a été abrogé par une loi de 1868.

¹¹⁷ G. Lyon-Caen, Défense et illustration du contrat de travail, Arch. de Philo. du Droit, t. XIII, Sirey, 1968, p. 59, spéc. p. 69. V. aussi : G. H. Camerlynck, Traité de droit du travail, Le contrat de travail, 2^{ème} éd., Dalloz, 1982, n°19, p. 23 : « *A divers égards, le rôle joué par le contrat individuel comme source génétique et normative réglementant les rapports de travail demeure en réalité, sur le terrain du droit et du fait, essentiel* ». V. à propos de la théorie institutionnelle : P. Durand, avec le concours de A. Vitu, Traité de droit du travail, t. II, Dalloz, 1950, n°115, pp. 200 s., spéc. n°117, p. 205. V. aussi : E. Gounot, préc., p. 326. V. égal. p. 290.

¹¹⁸ Sur l'ordre public social, v. infra, n°291.

¹¹⁹ Sur le principe de faveur, v. infra, n°352.

¹²⁰ La législation interne résulte, en partie, de la transposition de directives européennes. Tel est le cas en matière de discrimination (Loi n°2008-496 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations). Certaines règles supra-étatiques sont parfois visées expressément par la chambre sociale de la Cour de cassation (V. infra, n°286, n°133). La jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne influence également les solutions de la chambre sociale (V. infra, n°838).

¹²¹ A. Lyon-Caen, Le droit du travail, une technique réversible, Dalloz, 1995, p. 5.

¹²² V. not. : Loi n°73-680 du 13 juill. 1973.

¹²³ V. sur la flexibilité : A. Jeammaud, Flexibilité : le procès du droit du travail, in Flexibilité du droit du travail, objectif ou réalité, éd. législatives et administratives, 1986, p. 23 ; F. Eymard-Divernay, Le lien durable d'emploi : des accommodements difficiles avec le marché, Dr. soc. 1988, p. 544 ; G. Lyon-Caen, La bataille truquée de la flexibilité, Dr. soc. 1985, p. 801.

¹²⁴ V. à propos de la flexisécurité : A. Mazeaud, Droit du travail, 8^{ème} éd., Montchrestien, 2012 n°52, p. 36 ; F. Favennec-Héry, La sécurisation des parcours professionnels, Dr. soc. 2007, p. 1105 ; A. Bevort, A. Jobert, Sociologie du travail, Les relations professionnelles, 2^{ème} éd., A. Colin, 2011, p. 34 ; P. Penaud, Y.-G. Amghar, J.-F. Bourdais, B. Deumié, S. Dupays, F. Laloue, H. Léost, M. Moleux, C. Scotton, Politiques sociales, 2^{ème} éd., Presses de Sciences Po et Dalloz, 2013, p. 224. V. aussi : P. Lokiec, Droit du travail, t. 1, Les relations individuelles de travail, PUF, 2011, n°486, p. 442.

B) Le particularisme de la jurisprudence de la chambre sociale

19. Au-delà de l'interprétation des textes, la jurisprudence de la chambre sociale a un caractère normatif (1). Découle-t-il du particularisme du contrat de travail (2) ?

1) Une jurisprudence normative

20. **Un constat** - La jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation apparaît « *normative et doctrinale* »¹²⁵. Se livrant à une interprétation « libre »¹²⁶ des dispositions légales, la Cour n'hésite pas, notamment, à rendre ses décisions au visa de principes, parfois qualifiés de « principes fondamentaux »¹²⁷ par elle forgés, qu'il s'agisse du « *principe d'égalité de traitement* »¹²⁸ ou de celui selon lequel « *la responsabilité du salarié n'est engagée envers son employeur qu'en cas de faute lourde* »¹²⁹. La chambre sociale s'expose par là-même au reproche de privilégier des « *méthodes de raisonnement considérablement dégradées* »¹³⁰, aux conséquences économiques parfois mal mesurées¹³¹. Encore faut-il tenir compte du « *particularisme du droit du travail et [des] difficultés d'application du droit civil dans les relations de*

¹²⁵ A. Mazeaud, Droit du travail, 8^{ème} éd., Montchrestien, 2012, n°85, p. 65 ; La jurisprudence sociale créatrice de droit : regard sur la chambre sociale de la Cour de cassation, Mélanges J. Pélissier, Dalloz, 2004, p. 383. V. aussi : J. Pélissier, G. Auzero, E. Dockès, préc., n°63, p. 73.

¹²⁶ J.-Y. Frouin, Manifestations et instruments de la construction prétorienne du droit du travail, JCP S 2009, 1501, n°6. Dans certains cas, la jurisprudence de la chambre sociale va à l'encontre des dispositions légales. V. not. J.-Y. Frouin, préc., n°12.

¹²⁷ Tel est le cas du principe de faveur (v. infra, n°352) ou du libre exercice d'une activité professionnelle (v. infra, n°469.).

¹²⁸ Cass. soc. 30 janv. 2008 : non publié au Bull., n°06-46447 à n°06-46474 ; JCP S 2008, 1274, note J.-F. Cesaro. V. infra, n°846 s.

¹²⁹ Cass. soc. 27 nov. 1958 : Bull. civ. IV, n°1269 ; D. 1959, p. 20, note R. Lindon ; JCP G 1959, II, 11143, note J. Brethe de la Gressaye ; RTD civ. 1959, p. 753, obs. J. Carbonnier ; J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, Les grands arrêts du droit du travail, 4^{ème} éd., Dalloz, 2008, n°47, p. 255. V. aussi : Cass. soc. 12 avril 1995 : Bull. civ. V, n°131, n°92-12373 ; Dr. soc. 1995, p. 654 et l'étude de J. Savatier, La nullité de la reconnaissance par un salarié de sa responsabilité civile envers l'employeur en l'absence de faute lourde, p. 651 ; RJS 5/95, n°487, 1^{ère} esp.

¹³⁰ R. Vatinet, Les méthodes de raisonnement juridique en droit du travail, in Standards, principes et méthodes en droit du travail, ss. la dir. de B. Teyssié, Economica, 2011, p. 207, spéc. p. 228. V. aussi : P. Langlois, La Cour de cassation et le respect de la loi en droit du travail, D. 1997, Chron., p. 45 : « *Comment ne pas éprouver un certain malaise lorsqu'on suit le cheminement de la jurisprudence qui, prenant ses distances avec des textes de loi afin de combler des vides législatifs en vient à poser des règles nouvelles, puis à prendre l'initiative de véritables réformes* ».

¹³¹ V. not. : R. Vatinet, préc., p. 224. V. aussi : R. Vatinet, Les conditions de validité des clauses de non-concurrence : l'imbroglie, Dr. soc. 2002, p. 949, spéc. p. 953 : « *Créer ex nihilo, de nouvelles règles, au mépris des situations acquises et des contrats en cours c'est se donner un pouvoir supérieur à celui du législateur lui-même, dont les lois ne sont pas en principe rétroactives, ou qui peut prévoir des dispositions transitoires* ». V. aussi à propos de la rétroactivité de la jurisprudence : P.-H. Antonmattei, préc., p. 11.

travail »¹³² ; il inciterait « la Cour de cassation à faire une application très libre du droit commun, c'est-à-dire au fond, à créer ses propres règles ¹³³ », d'autant plus nécessaires que les défaillances du législateur sont nombreuses¹³⁴.

2) Une conséquence du particularisme du contrat de travail ?

21. Juge et particularisme du contrat de travail - Le caractère normatif de la jurisprudence de la chambre sociale paraît faciliter son immixtion dans le contrat de travail. Outre les fondements textuels, s'ajoutent ceux qu'elle édicte. Mais ce raisonnement n'est-il pas susceptible d'être inversé ? N'est-ce pas le particularisme du contrat de travail qui fonde la spécificité de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation ? Son caractère normatif semble constituer l'attribut de toute juridiction appelée à relire un contrat de travail.

22. Droit comparé - L'interventionnisme du juge dans le contrat de travail est patent, en effet, dans de nombreux pays. Il l'est en Grande Bretagne par le recours aux « *implied terms* »¹³⁵ qui ont permis de découvrir à la charge du salarié des obligations de coopération¹³⁶ et de fidélité¹³⁷, à la charge des employeurs une obligation de sécurité¹³⁸ et à l'égard de tous, une obligation de confiance mutuelle ou de bonne foi¹³⁹. La jurisprudence allemande se révèle également constructive en s'appuyant sur les textes du

¹³² J.-Y. Frouin, Raisons de la construction prétorienne du droit du travail, JCP S 2009, 1516, spéc. n°9.

¹³³ J.-Y. Frouin, préc., n°10. Le Conseiller Waquet est revenu sur les critiques émises à l'encontre de la Cour de cassation, dans une étude détaillée : Les arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation, Dr. soc. 1998, p. 62

¹³⁴ V. not. le Rapport Virville, 2004, p. 11 : « Il faut dire, à la décharge du juge, qu'il doit souvent composer avec les ambiguïtés ou les malfaçons qui affectent les textes législatifs, réglementaires ou conventionnels » disponible sur : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapportspublics>.

V. aussi : P.-H. Antonmattei, Bref retour sur la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation, Mélanges C. Mouly, Litec, 1998, p. 3, spéc. p. 12 ; J.-Y. Frouin, préc., n°13.

¹³⁵ V. supra, n°14.

¹³⁶ V. not. : *Secretary of State for Employment v ASLEF (No2)* [1972] 2 QB 455, Napier 1972 et *Sim v Rotherham Metropolitan Borough Council*, [1987] Ch. 216, cités par S. Deakin, G. S. Morris, Labour Law, Fifth Edition, Hart Publishing, 2009, 4.100, pp. 304 et 305.

¹³⁷ *Hivac Ltd v Park Royal Scientific Instruments Ltd* [1946] Ch 169, cité par S. Deakin, G. S. Morris, préc., 4.109, p. 313.

¹³⁸ V. not. : *Johnstone v Bloomsbury Health Authority* [1992] QB 333, cité par S. Deakin, G. S. Morris, préc., 4.93, p. 296.

¹³⁹ V. not. S. Deakin, G. S. Morris, Labour Law, Fifth Edition, Hart Publishing, 2009, 4.98 s., pp. 304s. V. égal. : H. Collins, Regards, Droit des contrats et droit du travail, RDT 2007, p. 342, spéc. p. 343. Il s'agit néanmoins de règles supplétives ; les parties ont la faculté d'y déroger. V. not. : P. Lokiec et S. Robin-Olivier, Regards, Droit des contrats et droit du travail, RDT 2007, p. 339, spéc. p. 342 ; H. Collins, préc., p. 343.

code civil (§242 du BGB et § 241 II du BGB¹⁴⁰). En Suisse, l'article 321a du code des obligations impose au travailleur une obligation de fidélité (impliquant de sauvegarder fidèlement les intérêts légitimes de l'employeur) ; une obligation de diligence s'y ajoute¹⁴¹. La jurisprudence en déduit l'existence d'une obligation de réserve¹⁴². Sur le fondement du principe de l'exécution de bonne foi, le juge belge découvre l'existence d'une obligation de non-concurrence¹⁴³.

L'interventionnisme judiciaire est également manifeste à propos de la modification du contrat de travail. En droit anglais, lorsque le contrat ne fixe pas le lieu de travail, les *implied terms* autorisent la reconnaissance d'une clause de mobilité implicite¹⁴⁴. Le juge suisse contrôle la régularité des clauses de mobilité¹⁴⁵. En Allemagne, les clauses de variation relatives à la rémunération¹⁴⁶ ou à la durée du travail sont soumises à certaines conditions édictées par le juge¹⁴⁷.

En ce qui concerne les clauses de non-concurrence - attentatoires à la liberté du travail - le juge anglais prend en considération la nature des activités soumises à restriction¹⁴⁸, le poste occupé par le salarié¹⁴⁹, la durée de la clause¹⁵⁰ et son champ d'application géographique¹⁵¹. La clause illicite n'est pas nécessairement réputée non écrite. Elle peut être « *rectifiée et rendue raisonnable* » ou modifiée grâce à la suppression de certains termes¹⁵².

¹⁴⁰ § 241 II : « *Le rapport d'obligation peut selon son contenu, obliger chaque partie à prendre en considération, les droits, les biens et les intérêts de l'autre partie* ». V. not. : P. Rémy et R. Kause, Regards, Droit des contrats et droit du travail, RDT 2007, p. 475, spéc. p. 479.

¹⁴¹ Art. 321 a du code suisse des obligations.

¹⁴² V. not. la jurisprudence citée par R. Wyler, Droit du travail, Stämpfli Editions SA Berne, 2008, p. 113, note 272.

¹⁴³ V. not. la jurisprudence citée par V. Vannes, Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques, 3^{ème} éd., Bruylant, 2011, n°521, p. 414.

¹⁴⁴ V. not. la jurisprudence citée par S. Deakin, G. S. Morris, Labour Law, Fifth Edition, Hart Publishing, 2009, 4.107, p. 311. V. aussi : P. Lokiec, La modification du contrat de travail, Les leçons du droit anglais, RDT 2006, p. 76, spéc. p. 82.

¹⁴⁵ En ce sens : R. Wyler, préc., p. 135.

¹⁴⁶ V. not. : BAG 12 janvier 2005, NZA 2005, p. 466, cité par P. Rémy et R. Kause, préc., p. 482. V. aussi : M. Henssler, Regards, La modification du contrat de travail, RDT 2009, p. 261.

¹⁴⁷ V. not. : *ErfK, U. Preis*, 2007, §305-310, n°55, cité par P. Rémy et R. Kause, préc., p. 483.

¹⁴⁸ *Mason v Provident Clothing and Supply Co* [1913] AC 724 cité par S. Deakin et G. S Morris, préc., n°4.113, p. 320.

¹⁴⁹ *M. and S. Drapers v Reynolds* [1956] 3 All ER 814 at 817 E, cité par S. Anderman, Regards, La clause de non-concurrence, RDT 2007, p. 674, spéc. p. 676.

¹⁵⁰ V. not. la jurisprudence citée par S. Deakin et G. S. Morris, préc., n°4.113, p. 320.

¹⁵¹ *Greer v Sketchley*, [1979] IRLR 445, cité par S. Anderman, préc., p. 676.

¹⁵² V. not. : S. Anderman, préc., p. 677.

Enfin, en se référant à la législation relative aux clauses abusives, le juge procède, dans certains Etats, à un contrôle de l'équivalence des prestations. Tel est notamment le cas en Allemagne¹⁵³.

23. En définitive, l'interventionnisme judiciaire dans le contrat de travail est un phénomène répandu ; il est lié au particularisme de cet accord. « *Modèle du contrat civil de dépendance* »¹⁵⁴, le contrat de travail appelle parfois une relecture liée à cette spécificité de nature à conduire à son adaptation (Partie I) ou à sa réfection (Partie II).

¹⁵³ § 305 et s. du BGB. Le § 310 (4) précise néanmoins qu'il y a lieu de prendre en considération les particularités propres au contrat de travail.

¹⁵⁴ P.-Y. Verkindt, *Le contrat de travail. Modèle ou anti-modèle du droit civil des contrats ?*, in *La nouvelle crise du contrat*, ss. la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Dalloz, 2003, p. 197, spéc. p. 200.

PREMIERE PARTIE : L'ADAPTATION DU CONTRAT PAR LE JUGE

24. L'adaptation du contrat de travail constitue l'une des principales manifestations de l'immixtion du juge dans le contrat. Son intervention doit néanmoins être relativisée. Elle ne consiste pas à « refaire » l'accord de volontés des parties. Le juge se borne à apporter des « ajustements » à ce dernier. Ces « retouches » ne sont pas dépourvues de conséquences. A l'égard des contractants, elles sont susceptibles d'emporter des effets radicaux.

25. L'adaptation du contrat de travail consiste, tout d'abord, à ajouter des obligations à l'accord de volontés des parties. Ce dernier recouvre l'ensemble des obligations envisagées - expressément ou implicitement - par les contractants. Or, l'adjonction n'a pas pour effet de modifier ces obligations, intégrées par accord des parties, dans le champ contractuel¹⁵⁵. Certes, les engagements des contractants sont démultipliés par l'action du juge ; cependant, l'intégrité de l'accord originel n'est pas affectée. Celui-ci est enrichi. L'adaptation se manifeste alors exclusivement par une addition (Titre 1).

26. L'adaptation du contrat de travail consiste également à écarter, éradiquer, détruire certaines clauses, fruit d'un accord de volontés des parties. Le contrat de travail doit, en effet, être « légalement » formé. Le juge est garant de sa conformité aux normes supérieures, au respect de l'ordre public social et au principe de faveur. Le respect de ce droit objectif le conduit à procéder à l'amputation du contrat. L'adaptation se traduit alors exclusivement par une soustraction (Titre II).

¹⁵⁵ Rapp. : P. Jacques, Regards sur l'article 1135 du code civil, Dalloz, 2005, n°169, p. 321.

TITRE 1 : L'ADDITION

27. Le forçage du contrat, une notion péjorative - L'adaptation du contrat par le juge est révélée par l'ajout de multiples obligations non expressément envisagées par les parties. Cet ajout est susceptible de porter atteinte à l'équilibre du contrat, tel que l'avaient dessiné ceux qui l'avaient négocié. C'est la raison pour laquelle ce procédé a été qualifié de « forçage du contrat » par Josserand¹⁵⁶. Cette expression, maintes fois utilisée¹⁵⁷, à caractère péjoratif¹⁵⁸, contribue à dénoncer l'action par laquelle le juge insère des obligations « de vive force »¹⁵⁹ dans le contrat¹⁶⁰.

28. L'addition d'obligations, une notion neutre - D'autres auteurs font référence au « renforcement du contenu du contrat »¹⁶¹, à son « enrichissement »¹⁶², à l'« adjonction »¹⁶³ d'obligations. Ces termes sont préférables aux précédents. Ils n'expriment pas une opinion sur le bien fondé éventuel de l'action du juge. D'ailleurs, l'addition judiciaire d'obligations au contrat est-elle contestable ? Ses manifestations sont diverses (Chapitre 1) ; plusieurs justifications peuvent y être trouvées (Chapitre 2).

¹⁵⁶ L. Josserand, *Le contrat dirigé*, D. 1933, Chron., p. 89, spéc. p. 91.

¹⁵⁷ V. not. : L. Leveneur, *Le forçage du contrat*, Dr. et pat. 1998, n°58, p. 69 ; P. Jourdain, RTD civ. 1997, p. 431, spéc. p. 433 ; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 10^{ème} éd., Dalloz, 2009, n°567, p. 571 ; P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, *Droit civil, Les obligations*, 5^{ème} éd., Defrénois, 2011, n°774, p. 392 ; J. Mestre et A. Laude, *L'interprétation « active » du contrat par le juge*, in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p. 9.

¹⁵⁸ En ce sens : L. Leveneur, préc., p. 70 : « *Si Josserand utilisa l'expression de « forçage », c'était pour mieux stigmatiser le procédé et dénoncer son anormalité ; il y voyait la négation même de l'autonomie de la volonté contractuelle* ».

¹⁵⁹ L. Josserand, *Le contrat dirigé*, préc., p. 90.

¹⁶⁰ L. Josserand, préc., p. 91 : « *Les contractants ne sont plus maîtres chez eux ; le contenu obligatoire n'est plus tel qu'ils l'ont voulu, mais tel qu'on le leur impose ; leur volonté privée est dominée par une volonté supérieure devant laquelle ils doivent s'incliner : elle est dirigée* ».

¹⁶¹ J. Ghestin, C. Jamin, M. Billiau, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, 3^{ème} éd., LGDJ, 2001, n°47, p. 65.

¹⁶² A. Lyon-Caen, *Le droit et la gestion des compétences*, Dr. soc. 1992, p. 573, spéc. p. 577. V. aussi : C. Vigneau, *L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail*, Dr. soc. 2004, p. 706, spéc. p. 707.

¹⁶³ En ce sens : J. Mestre et A. Laude, préc., p. 9, spéc. p. 18. Ces auteurs utilisent néanmoins l'expression de « *forçage du contrat* », « *lorsque l'adjonction d'obligations échappe plus ouvertement à la volonté des parties* ». V. aussi : A. Rieg, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, LGDJ, 1961, n°403, p. 464. Cet auteur fait référence à « *l'interprétation adjonction* ».

CHAPITRE 1 : L'ADDITION, DES MANIFESTATIONS DIVERSES

29. Certaines obligations ajoutées au contrat par le juge sont susceptibles d'être qualifiées d'obligations « à fin de complément ». Elles se bornent à compléter le contrat ; elles n'ont pas pour objet une modification des obligations préexistantes (Section 1). D'autres sont en revanche susceptibles d'aboutir à une révision du contrat. Il s'agit des obligations « à fin de révision » (Section 2).

SECTION 1 : DES OBLIGATIONS « A FIN DE COMPLEMENT »

30. La prestation de travail est l'objet de l'obligation contractuelle du salarié. Son exécution suppose un engagement physique de ce dernier. Dès lors, le juge reconnaît deux types d'obligations « à fin de complément ». Certaines sont liées à la prestation de travail (§ 1). D'autres visent la protection de la personne du salarié (§ 2).

§ 1 : Des obligations liées à la prestation de travail

31. **Identification des obligations ajoutées au contrat** - Quelles sont les obligations « à fin de complément » liées à la prestation de travail découvertes par le juge ? Quels en sont les débiteurs ? « L'addition » a pour objet des obligations salariales (I) et des obligations patronales (II).

I) Des obligations salariales

32. **La bonne foi, une exigence textuelle** - La chambre sociale de la Cour de cassation reconnaît l'existence d'une « obligation »¹⁶⁴ « contractuelle » de bonne foi à la charge sur le salarié. *A priori*, la reconnaissance d'une telle « obligation » ne surprend pas. Selon l'article 1134, alinéa 3, du code civil, « les conventions doivent être exécutées de bonne foi ». Les cocontractants doivent adopter un comportement loyal, honnête, dépourvu de malice lors de

¹⁶⁴ V. infra, n°183 s. sur la référence contestable à l'existence d'une « obligation » de bonne foi.

l'exécution de leurs obligations¹⁶⁵. L'article L. 1222-1 du code du travail rappelle d'ailleurs cette exigence à propos du contrat de travail.

33. La bonne foi, une exigence jurisprudentielle - Toutefois, la Cour de cassation précise qu'il s'agit d'une obligation « contractuelle » (A). Par ailleurs, la reconnaissance d'une « obligation » de bonne foi est source d'un pouvoir d'interprétation judiciaire important. Elle permet au juge de dicter au salarié un comportement spécifique, susceptible de justifier l'exécution d'obligations précisément définies. En effet, la signification de l'obligation de « bonne foi » est l'œuvre du juge (B).

A) La reconnaissance d'une obligation « contractuelle » de bonne foi

34. Une partie de la doctrine considère que l'exigence d'un comportement loyal dans l'exécution du contrat relève de l'ordre délictuel (1). Selon une telle analyse, la découverte d'une « obligation » contractuelle de bonne foi ou de loyauté n'aboutirait pas à un ajout au contrat de travail. Telle n'est pas l'interprétation retenue par la Cour de cassation (2).

1) La bonne foi extérieure au contrat, une analyse doctrinale

35. Selon le Professeur Stoffel-Munck, l'exigence de bonne foi constituerait un devoir de morale sociale extérieur au contrat.

36. L'article 1134, alinéa 3, dans l'ordre délictuel - Le Professeur Stoffel-Munck fait notamment valoir que la bonne foi visée à l'article 1134, alinéa 3, du code civil « *exprime un devoir qui ne prend pas sa source dans le contrat mais dans les exigences sociales pesant in ou ex contractu* »¹⁶⁶. Ce devoir pesant sur tous, il estime que « *l'article 1134, al. 3, se borne à indiquer que les conventions doivent être exécutées avec la civilité généralement exigée de n'importe quel particulier* »¹⁶⁷. Ce texte serait « *l'ambassade de la responsabilité délictuelle*

¹⁶⁵ J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, Droit civil. Les obligations, 1/ l'acte juridique, 15^{ème} éd., Sirey Université, 2012, n°378, p. 381.

¹⁶⁶ P. Stoffel-Munck, L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, LGDJ, 2000, n°118 s., pp. 109 s., spéc. n°128, p. 118.

¹⁶⁷ P. Stoffel-Munck, préc., n°128, p. 118.

sur les terres du contrat »¹⁶⁸. Le non-respect de l'exigence de bonne foi par un contractant relèverait de l'article 1382 du code civil.

37. L'article 1134, alinéa 3, hors l'ordre contractuel - Le Professeur Stoffel-Munck explique, en outre, que le contrat tend « à faire respecter les prévisions économiques qu'ont formalisées les parties dans leur convention »¹⁶⁹. Telle serait la spécificité de la responsabilité contractuelle¹⁷⁰. Le régime particulier de cette responsabilité « est tourné vers la dimension économique du contrat envisagé en tant que bien et vers le service de ce que les parties se sont spécialement promis ». Or, « ce double caractère jure avec l'aspect moral et la source sociale du devoir de loyauté auquel renvoie l'article 1134, al.3 »¹⁷¹. La violation de l'exigence de bonne foi par un contractant devrait donc engager sa responsabilité délictuelle. La Cour de cassation refuse de consacrer une telle analyse.

2) La bonne foi contractuelle, une consécration justifiée

38. Une consécration jurisprudentielle¹⁷² - Selon la chambre sociale de la Cour de cassation, le non-respect de l'exigence de bonne foi par un contractant relève de l'ordre contractuel. Elle vise, en effet, la « bonne foi contractuelle »¹⁷³ ; elle fait référence à l'« obligation contractuelle de bonne foi »¹⁷⁴.

¹⁶⁸ P. Stoffel-Munck, préc., n°134, p. 122.

¹⁶⁹ P. Stoffel-Munck, préc., n°144, p. 131.

¹⁷⁰ Ainsi, selon le Professeur Stoffel-Munck, l'exigence d'une mise en demeure en matière contractuelle « semble exprimer l'idée selon laquelle les règles propres à cet ordre se préoccupent d'abord d'efficacité économique plutôt que de la civilité de la conduite des contractants » (préc., n°140, p. 129). De même, l'article 1150 du code civil et, plus précisément, l'exigence d'un dommage prévisible, exprimerait une « vision essentiellement matérialiste du phénomène contractuel » (n°141, p. 130). Les parties procèderaient à un calcul économique des risques. Par ailleurs, la solution du conflit de lois selon laquelle la loi applicable est celle qui l'était à la date du contrat affirmerait, « une nouvelle fois, l'idée selon laquelle l'ordre légal doit servir l'économie du contrat telle qu'elle a été envisagée » (préc., n°142, p. 130). Enfin, les délais spéciaux de prescription propres à certains contrats ne pourraient s'expliquer que par une lecture économique du contrat (préc., n°143, p. 131).

¹⁷¹ P. Stoffel-Munck, préc., n°144, p. 131.

¹⁷² V. en sens contraire, la jurisprudence citée par le Professeur Stoffel-Munck, préc., n°115, p. 106.

¹⁷³ V. not. : Cass. soc. 23 févr. 2005 : Bull. civ. V, n°64, n°03-42018 ; JCP E 2005, 1069, note D. Corrignan-Carsin ; JCP E 2005, 566, obs. S. Béal ; Dr. soc. 2005, p. 576, obs. J. Mouly ; RJS 5/05, n°477 - Cass. soc. 28 mars 2006 : Bull. civ. V, n°126, n°04-41016 ; JCP S 2006, 1381, note P.-Y. Verkindt ; JCP G 2006, II, 10209, note J. Mouly ; D. 2006, pan., p. 2004, obs. B. Reynès - Cass. soc. 4 avril 2006 : Bull. civ. V, n°132, n°04-43506 - Cass. soc. 26 oct. 2011 : non publié au Bull., n°09-72219 - Cass. soc. 12 juill. 2010 : non publié au Bull., n°08-45516.

¹⁷⁴ Cass. soc. 21 sept. 2006 : Bull. civ. V, n°285, n°05-41155 ; JCP S 2007, 1038, note B. Bossu ; D. 2006, jurisp. p. 2901, note H. Kobina Gaba ; RTD civ. 2007, p. 114, obs J. Mestre et B. Fages ; CSBP 2007, n°186, A 5, p. 11, note F.-J. Pansier et Y. Maharsi ; RDT 2006, p. 314, note E. Dockès ; RJS 11/06, n°1148. V. aussi à propos de la responsabilité « contractuelle » de l'employeur ayant manqué à

39. Une solution fondée - L'analyse précédente est justifiée¹⁷⁵. La norme de loyauté « joue d'une manière plus pesante lorsque les agents se placent dans une perspective contractuelle »¹⁷⁶. Son intensité est plus forte lorsqu'elle s'insère dans un rapport contractuel. Le rôle joué par le contrat est fondamental. Imposée à des contractants, l'exigence de loyauté revêt une signification particulière. « La civilité (...) n'est juridiquement (...) présente, prégnante et obligatoire qu'à raison de la convention dont elle doit servir la réalisation ... »¹⁷⁷. L'exigence de bonne foi dicte des comportements spécifiques dont la teneur dépend du contrat visé. Lorsqu'elle s'insère dans le contrat de travail, elle revêt une signification particulière qui découle de la spécificité de ce type d'accord.

B) La signification de l'« obligation » jurisprudentielle de bonne foi

40. L'utilité de la prestation de travail recherchée - La chambre sociale de la Cour de cassation admet l'existence d'une « obligation de bonne foi »¹⁷⁸, d'une « obligation de loyauté »¹⁷⁹, d'une « obligation de probité »¹⁸⁰. Que recouvrent exactement ces notions ? En réalité, la Cour de cassation édicte une norme de comportement. Le salarié doit agir de manière à garantir l'utilité de sa prestation de travail ; son comportement ne doit pas éluder l'efficacité de cette dernière (1). Mais, dans certains cas, ce comportement induit l'accomplissement de véritables obligations. La notion « d'obligation » de bonne foi

son obligation d'exécution de bonne foi du contrat de travail : Cass. soc. 4 juin 2002 : Bull. civ. V, n°188, n°00-42280 ; RJS 8-9/02, n°942 ; JCP G 2003, I, 152, obs. G. Viney.

¹⁷⁵ V. not. en faveur de la responsabilité contractuelle : H de la Massue, Responsabilité contractuelle et délictuelle sous la notion d'abus de droit, RTD civ. 1948, p. 27, spéc. p. 33.

¹⁷⁶ P. Stoffel-Munck, L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, LGDJ, 2000, n°134, p. 122. Selon cet auteur, il s'agirait d'une « différence dans le degré d'exigence et non pas d'une différence de nature des normes de loyauté in et ex contractu ». C'est pourquoi, l'article 1134, al. 3, ne constituerait pas un simple « doublon » de l'article 1382 : « s'il exprime bien la même norme de civilité, il l'incarne avec l'intensité particulière qu'elle prend dans le contrat ».

¹⁷⁷ P. Jacques, Regards sur l'article 1135 du code civil, Dalloz, 2005, n°164, pp. 310 et 311 : « La formation d'une convention ne fait pas que hausser le degré de rigueur attendue du comportement. Elle imprime aux relations des parties une direction, une orientation, qui n'est autre que la réalisation du but qui les a fait s'unir ».

¹⁷⁸ Cass. soc. 21 sept. 2006 préc., note de bas de page n°174.

¹⁷⁹ V. not. : Cass. soc. 20 mars 2007 : non publié au Bull, n°05-42635 ; RJS 6/07, n°699 - Cass. soc. 21 oct. 2003 : Bull. civ. V, n°258, n°01-43943 ; RJS 12/03, n°1384 - Cass. soc. 8 nov. 1989 : non publié au Bull., n°86-44323 ; RJS 1/90, n°6 - Cass. soc. 5 juin 1996 : Bull. civ. V, n°231, n°93-42588.

¹⁸⁰ Cass. soc. 25 févr. 2003 : Bull. civ. V, n°66, n°00-42031 ; Dr. soc. 2003, p. 629 et l'étude de J. Savatier, Portée de l'immunité disciplinaire du salarié pour les actes de sa vie personnelle, p. 625.

dissimule alors l'existence d'obligations spécifiques garantissant l'utilité de la prestation de travail (2).

1) Un comportement garantissant l'utilité de la prestation de travail

41. L'obligation de bonne foi reconnue par le juge justifie parfois l'adoption d'un comportement « négatif » de la part du salarié. Ce dernier n'est pas tenu d'agir ; il doit s'abstenir. Ce sont alors ses agissements qui font l'objet d'une condamnation (a). A l'inverse, dans certaines hypothèses, son abstention lui est reprochée (b).

a) Des agissements prohibés

42. Agissements autorisés et prohibés - Quels sont les agissements qui font échec à l'obligation de bonne foi ? Le fait pour un salarié d'« avoir accepté une mutation sur un établissement ou un poste déterminé » et de se porter candidat dans d'autres établissements est-il constitutif d'un manquement à l'obligation de loyauté ? La Cour de cassation répond à juste titre par la négative¹⁸¹. La liberté du travail justifie une telle décision. Sous réserve d'un abus dans l'exercice du droit de démissionner, le salarié doit pouvoir « à tout moment reprendre sa liberté en mettant fin à un état de subordination estimé désormais par lui insupportable »¹⁸². L'exercice de cette liberté ne saurait être considéré comme un manquement à l'exigence de loyauté. La liberté de démissionner du salarié ne saurait être annihilée par le respect de l'exigence de bonne foi. En réalité, c'est principalement la reconnaissance d'une « obligation de probité » qui fonde la condamnation de certains comportements adoptés par le salarié (i). Le devenir de cette obligation s'avère incertain (ii).

¹⁸¹ Cass. soc. 9 déc. 2009 : Bull. civ. V, n°281, n°08-41213 ; JCP S 2010, 1229, note B. Bossu ; RDT 2010, p. 164, note B. Lardy-Pélissier.

¹⁸² J. Pélissier, G. Auzero, E. Dockès, Droit du travail, 27^{ème} éd., Dalloz, 2013, n°385, p. 423 ; B. Lardy-Pélissier, ss. Cass. soc. 9 déc. 2009, RDT 2010, p. 164. V. aussi : B. Bossu, ss. Cass. soc. 9 déc. 2009, JCP S 2010, 1229 : « Un salarié est toujours libre de démissionner et de rechercher un emploi plus conforme à ses souhaits ».

i) La reconnaissance d'une obligation de probité

43. Une obligation consacrée - La Cour de cassation a notamment reconnu l'existence d'une obligation de probité dans un arrêt en date du 25 février 2003. Une salariée de la caisse d'allocations familiales de Villefranche sur Saône était chargée de poursuivre les fraudes aux allocations familiales. Elle est licenciée pour avoir minoré pendant plusieurs années ses déclarations de ressources auprès de la CAF dont elle était allocataire afin de bénéficier de prestations sociales indues. La Cour de cassation relève « *que les faits commis par la salariée (...) étaient ceux qu'elle était chargée de poursuivre dans ses fonctions de rédacteur (...) qui la soumettaient à une obligation particulière de loyauté et de probité* ». Dès lors, « *le comportement de l'intéressée avait rendu impossible la poursuite du contrat de travail pendant la durée du préavis et constituait une faute grave* »¹⁸³. Dans cette affaire, ce n'est pas l'inexécution d'une obligation contractuelle expressément prévue par le contrat qui est reprochée à la salariée. *A priori*, cette dernière avait « correctement » exécuté sa prestation de travail. En revanche, son comportement, en dehors du temps et du lieu de travail, était condamnable. L'objet de sa prestation de travail consistait à rechercher et réprimer les fraudes aux allocations familiales. Or, elle n'hésitait pas à commettre de telles fraudes en dehors du temps et du lieu de travail.

44. Etendue - Dans cette hypothèse, les faits reprochés à la salariée relevaient de sa vie personnelle. En principe « *les faits relevant de la vie personnelle ne peuvent constituer une faute* »¹⁸⁴. Il peut être procédé au licenciement¹⁸⁴ du salarié si son comportement a créé un trouble objectif caractérisé au sein de l'entreprise. Cependant, dans ce cas, le licenciement n'est pas de nature disciplinaire¹⁸⁵. Des arrêts ont pu faire douter du maintien de cette solution¹⁸⁶. Un arrêt du 25 janvier 2006 relevait, notamment, l'existence cumulative d'un trouble objectif et d'un manquement à l'obligation de probité. La Cour de cassation semblait

¹⁸³ Cass. soc. 25 févr. 2003 : préc., note de bas de page, n°180.

¹⁸⁴ Cass. soc. 16 déc. 1997 : Bull. civ. V, n°441, n°95-41326 ; JCP G 1998, II, 10101, note M.-C. Escande-Varniol ; RJS 2/98, n°141.

¹⁸⁵ C. Mathieu-Geniaut, L'immunité disciplinaire de la vie personnelle du salarié en question, Dr. soc. 2006, p. 848, spéc. p. 855 : « *Le licenciement est une réponse non au comportement du salarié mais au trouble objectif qui en découle* ».

¹⁸⁶ V. not. : Cass. soc. 3 déc. 2002 : Bull. civ. 2002, V, n°361, n° 00-44321 ; JCP E 2003, 1076, note C. Puigelier - Cass. soc. 16 mars 2004 : non publié au Bull., n°01-45062 ; JCP E 2004, 1394, note J. Colonna - Cass. soc. 25 janv. 2006 : Bull. civ. V, n°26, n°04-44918 ; JCP S 2006, 1261, note J.-Y. Frouin ; Dr. soc. 2006, p. 856, et l'étude de C. Mathieu-Geniaut, L'immunité disciplinaire de la vie personnelle du salarié en question, p. 848 ; RJS 4/06, n°404.

considérer que le salarié à l'origine du trouble objectif avait nécessairement manqué à son obligation de probité. Une telle analyse était contestable¹⁸⁷. Elle aboutissait « à généraliser les obligations particulières de loyauté (...) et, par voie de conséquence, à vider de sa substance la notion de vie personnelle »¹⁸⁸. La Cour de cassation statuant en chambre mixte a condamné une telle solution. Elle a décidé dans un arrêt du 18 mai 2007 « qu'un trouble objectif dans le fonctionnement de l'entreprise ne permet pas en lui-même de prononcer une sanction disciplinaire à l'encontre de celui par lequel il est survenu »¹⁸⁹. Autrement dit, si le fait reproché au salarié relève de sa vie personnelle, il bénéficie, en principe, d'une immunité disciplinaire¹⁹⁰.

Toutefois, cette immunité est limitée¹⁹¹ : « 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 »¹⁹². Or, l'obligation de probité découle du contrat de travail. Certains comportements relevant de la sphère privée sont donc susceptibles d'être sanctionnés sur le fondement de l'exigence de bonne foi. Tel fut le cas du comportement de la salariée de la CAF.

45. Champ d'application - La reconnaissance d'une obligation de probité doit néanmoins être entendue restrictivement. « En généralisant les obligations de loyauté et de probité, et

¹⁸⁷ V. not. : P. Waquet, Le « trouble objectif dans l'entreprise » : une notion à redéfinir, RDT 2006, p. 306, spéc. p. 310 : « De deux choses l'une. Ou bien le salarié a commis une faute : point n'est besoin d'invoquer un trouble objectif ; la faute qu'elle soit sérieuse, grave ou lourde, justifiera le licenciement. Ou bien le salarié n'a pas commis de faute, et le licenciement pourra, si un trouble objectif et sérieux est établi, être prononcé et justifié ».

¹⁸⁸ J. Mouly, ss. Cass. soc. 9 mars 2011, JCP S 2011, 1230.

¹⁸⁹ Cass. ch. mixte, 18 mai 2007 : Bull. civ. ch. mixte, n°3, n°05-40803 ; JCP S 2007, 1538, note A. Barège et B. Bossu ; D. 2007, p. 2137, note J. Mouly ; RJS 7/07, n°810. V. aussi : Cass. soc. 23 juin 2009 : non publié au Bull., RJS 10/09, n°796 - Cass. soc. 9 mars 2011 : Bull. civ. V, n°69, n°09-42150 ; JCP S 2011, 1230, note J. Mouly ; RJS 5/11, n°402.

¹⁹⁰ V. not. : B. Bossu, La loyauté, in Les notions fondamentales du droit du travail, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, 2009, p. 185, spéc. n°329, p. 198.

¹⁹¹ V. not. sur la notion de rattachement matériel : Cass. soc. 18 mai 2011 : non publié au Bull., n°10-11907 - Cass. soc. 6 avril 2011 : non publié au Bull., n° 09-72520. V. aussi : P. Adam, Sur la vie personnelle : cinquante ans après Despax, Regard sur quelques arrêts rendus en 2011, RDT 2012, p. 100.

¹⁹² Cass. soc. 3 mai 2011 : Bull. civ. V, n°105, n°09-67464 ; JCP S 2011, 1311, note D. Corrigan-Carsin : « Que le fait pour un salarié qui utilise un véhicule dans l'exercice de ses fonctions de commettre, dans le cadre de sa vie personnelle, une infraction entraînant la suspension ou le retrait de son permis de conduire ne saurait être regardé comme une méconnaissance par l'intéressé de ses obligations découlant de son contrat de travail ». V. aussi : CE 15 déc. 2010 : n°316856 ; JCP G 2011, 353, note J. Mouly ; RDT 2011, p. 99, concl. G. Dumortier, et p. 116 note P. Adam.

Pour un manquement aux obligations contractuelles, v. not. : Cass. soc. 27 mars 2012 : Bull. civ. V, n°106, n°10-19915 ; SSL 2012, n°1535, p. 11, note A. Marcon. V. aussi sur ces questions : G. Loiseau,

corrélativement, le raisonnement inauguré par l'arrêt de 2003, l'on vide de substance la jurisprudence patiemment élaborée entre 1990 et 1997. On autorise alors en effet l'employeur à procéder à des licenciements pour des faits relevant de la vie personnelle des salariés, sans qu'il ait besoin pour autant d'établir la preuve d'éléments objectifs excluant toute appréciation subjective de sa part »¹⁹³. Dès lors, quels sont les critères d'application de l'obligation de probité ?

46. Différents critères envisagés - Selon une partie de la doctrine, l'exigence de probité ne devrait s'imposer qu'à l'égard de certaines professions¹⁹⁴ et à l'égard des salariés appartenant à des entreprises de tendance. La Cour européenne des droits de l'homme admet d'ailleurs que ces entreprises imposent à leurs salariés des obligations de loyauté spécifiques¹⁹⁵.

Toutefois, dans son arrêt du 25 février 2003, la Cour de cassation s'est attachée exclusivement à la nature des fonctions exercées par le salarié. Le comportement de la salariée de la CAF n'était fautif « *qu'en raison de la nature des actes frauduleux commis par la salariée qui était semblables à ceux qu'elle était chargée de poursuivre dans ses fonctions* »¹⁹⁶. « *On ne*

Le retour du licenciement disciplinaire pour un fait tiré de la vie personnelle, Paroles d'experts, Décideurs, oct. 2012, p. 10.

¹⁹³ J. Mouly, Le licenciement du salarié pour des faits relevant de sa vie personnelle : le retour discret de la perte de confiance, Dr. soc. 2006, p. 839, spéc. n°6, p. 841.

¹⁹⁴ En ce sens, v. not. : B. Bossu, in La loyauté, Les notions fondamentales du droit du travail, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, 2009, p. 185, spéc. n°329, p. 189 : « *L'observation rigoureuse des principes de justice et de morale n'est concevable que pour certaines professions particulières sauf à réduire de façon significative la protection du salarié dans le cadre de sa vie personnelle* » ; J. Mouly, ss. CE 15 déc. 2010 : n°316856, JCP G 2011, 353, p. 597 : « *Il devrait s'agir ici de professions soumises à un code de déontologie particulier, telles certaines professions médicales ou juridiques* ».

¹⁹⁵ CEDH 23 sept. 2010, n°425/03, n°1620/03, Obst et Schüth c/ Allemagne : JCP G 2010, act. 1006, obs. M. Levinet ; RJS 1/11, n° 85 - CEDH 3 févr. 2011, n°18136/02, Siebenhaar c/ Allemagne : RJS 5/11, n°490. V. cep. : Cass. soc. 17 avril 1991 : Bull. civ. V, n°201, n°90-42636 ; JCP G 1991, II, 21724, note A. Sériaux ; RJS 5/91, n°558. V. aussi sur cet arrêt : D. Corrigan-Carsin, Loyauté et droit du travail, Mélanges en l'honneur de H. Blaise, Economica, 1995, p. 125, spéc. n°41, p. 148.

¹⁹⁶ J. Savatier, Portée de l'immunité disciplinaire du salarié pour les actes de sa vie personnelle, Dr. soc. 2003, p. 625, spéc. p. 626. Comp. : Cass. soc. 25 janv. 2006 : Bull. civ. V, n°26, n°04-44918 ; JCP S 2006, 1261, note J.-Y. Frouin ; Dr. soc. 2006, p. 856, et l'étude de C. Mathieu-Geniaut, L'immunité disciplinaire de la vie personnelle du salarié en question, p. 848 ; RJS 4/06, n°404. Cet arrêt relève l'existence d'une obligation de probité. Pourtant, la salariée cadre commercial dans une banque était poursuivie pour des délits reconnus d'atteinte à la propriété privée. Comme le souligne le Professeur Mouly « *il n'existait aucune similitude entre les actes imputés au salarié et la nature de ses fonctions au sein de l'entreprise* ». L'auteur ajoute : « *On eût mieux compris la décision, si par exemple, la salariée avait été spécialement affectée au maniement de fonds dans le cadre de ses activités professionnelles. Tel n'était pas le cas* » (J. Mouly, Le licenciement du salarié pour des faits relevant de sa vie personnelle : le retour discret de la perte de confiance, Dr. soc. 2006, p. 839, spéc. n°8, p. 842).

confie pas en effet des fonctions de contrôle à un fraudeur patenté »¹⁹⁷. Ses agissements entraient en contradiction avec son engagement initial. Ils étaient « *incompatibles avec sa mission habituelle dans l'entreprise* »¹⁹⁸. En outre, cette incompatibilité avait probablement altéré la confiance de l'employeur. Mais depuis 1990, la perte de confiance « *ne constitue pas en soi un motif de licenciement* »¹⁹⁹.

47. L'utilité de la prestation, critère déterminant - En réalité, il est permis de penser que le comportement de la salariée de la CAF était fautif car il contrevenait directement à l'objet de sa prestation de travail. La salariée était chargée de poursuivre les fraudes commises à l'égard de la CAF de Villefranche sur Saône. Elle se livrait elle-même à de telles fraudes à l'égard de la CAF dont elle était allocataire. Certes, chaque caisse territoriale a sa personnalité juridique ; elle est seule employeur de ses salariés. Toutefois, toutes les caisses appartiennent à un même réseau ; elles relèvent de la Caisse nationale des allocations familiales²⁰⁰. Elles ont nécessairement des intérêts communs²⁰¹. Dès lors, en fraudant la CAF dont elle était allocataire, la salariée ne garantissait pas la pleine efficacité de sa prestation de travail. D'ailleurs, la solution de la Cour de cassation aurait probablement été différente si la salariée avait minoré ses revenus auprès des services fiscaux²⁰².

Un tel raisonnement pourrait également permettre à l'employeur de sanctionner le chauffeur routier ayant commis des infractions au code de la route. La Cour de cassation a considéré dans un arrêt du 2 décembre 2003 « *que le fait pour un salarié affecté en exécution de son contrat de travail à la conduite de véhicules automobiles de se voir retirer son permis de conduire pour des faits de conduite sous l'empire d'un état alcoolique, même commis en dehors de son temps de travail, se rattache à sa vie professionnelle* »²⁰³. Elle est néanmoins

¹⁹⁷ J. Mouly, préc., p. 839, spéc. n°6, p. 841.

¹⁹⁸ J. Mouly, préc., p. 839, spéc. n°12, p. 843.

¹⁹⁹ Cass. soc. 29 nov. 1990 : Bull. civ. V, n°597, n°87-40184 ; D. 1991, 1, 190, note J. Pélissier ; Dr. soc. 1992, p. 38 et l'étude de F. Gaudu, Le licenciement pour perte de confiance, p. 32 ; J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, Les grands arrêts du droit du travail, 4^{ème} éd., Dalloz, 2008, n°103, p. 459.

²⁰⁰ La Cour d'appel avait d'ailleurs considéré qu'elles ne pouvaient être considérées comme indépendantes les unes des autres.

²⁰¹ V. cep. : P. Sargos, L'homme n'est pas une île, Dr. soc. 2004, p. 89. L'auteur relève que les caisses étaient « totalement indépendantes ».

²⁰² J. Savatier, Portée de l'immunité disciplinaire du salarié pour les actes de sa vie personnelle, Dr. soc. 2003, p. 625, spéc. p. 626.

²⁰³ Cass. soc. 2 déc. 2003 : Bull. civ. V, n°304, n°01-43227 ; JCP G 2004, II, 10025, note D. Corrigan-Carsin ; Dr. soc. 2004, p. 550, obs. J. Savatier.

revenue sur cette solution²⁰⁴. Le chauffeur routier peut, en effet, adopter une conduite dangereuse dans sa vie personnelle ; il n'en fera pas nécessairement de même pendant son temps de travail. Cependant, la prestation de travail du chauffeur routier consiste à conduire, et ce, durablement. Or, l'utilité de sa prestation de travail n'est pas garantie s'il s'expose dans sa vie personnelle au risque que son permis lui soit retiré²⁰⁵. A cet égard, il devrait pouvoir être condamné sur le terrain disciplinaire. Une telle analyse ne doit pas être généralisée. Peu importe qu'un salarié de la caisse d'allocations familiales ait commis des infractions au code de la route. Même s'il n'est plus en mesure de se rendre sur son lieu de travail en raison du retrait de son permis, les infractions au code de la route ne sauraient justifier, dans ce cas, un licenciement pour faute²⁰⁶. La détention du permis de conduire n'est pas une condition déterminante de l'engagement de la salariée de la CAF. En revanche, elle en est une de l'embauche du chauffeur routier. La gravité de l'infraction devrait alors être prise en considération. Le retrait de permis consécutif à de multiples contraventions tels que des dépassements de vitesse de moins de 30 km heures ne devrait pas justifier un licenciement pour faute grave. En revanche, la commission d'un délit, telle que la conduite « *sous l'empire d'un état alcoolique caractérisé par une concentration d'alcool dans le sang égale ou*

²⁰⁴ V. infra n°49. Cette hypothèse doit être distinguée des situations dans lesquelles des faits répréhensibles sont commis par un salarié à l'égard d'un autre salarié ou par l'employeur à l'égard d'un salarié, hors du temps et du lieu de travail. Ainsi, le fait pour un salarié d'abuser de son pouvoir hiérarchique dans le but d'obtenir des faveurs sexuelles constitue un harcèlement sexuel même si les agissements ont lieu en dehors du temps et du lieu de travail (Cass. soc. 11 janv. 2012 : Bull. civ. V, n°9, n°10-12930 ; JCP S 2012, 1283, note C. Leborgne-Ingelaere). Dans ce cas, le lien professionnel est indéniable. Les faits trouvent leur origine dans l'exécution du contrat de travail. V. aussi : Cass. soc. 19 oct. 2011 : Bull. civ. V, n°236, n°09-09-72672 ; JCP S 2012, 1042, note B. Bossu : « *Qu'en statuant ainsi, alors que les propos à caractère sexuel et les attitudes déplacées du salarié à l'égard de personnes avec lesquelles l'intéressé était en contact en raison de son travail ne relevaient pas de sa vie personnelle, la cour d'appel a violé les textes susvisés* ». V. égal. : Cass. soc. 23 janv. 2013 : A paraître au Bull., n°11-20356 : « *Mais attendu que la cour d'appel a constaté que dans la soirée du 28 juin 2006, alors que la salariée, qui était en arrêt de travail depuis le même jour, s'était rendue à son club de bridge, l'employeur avait fait irruption brutalement dans la pièce où se trouvait Mme Y..., remettant en cause avec véhémence l'état de santé de celle-ci et exigeant qu'elle lui remette son arrêt de travail, et qu'agressée publiquement, l'intéressée, choquée, s'était trouvée dans un état de sidération nécessitant le secours des personnes présentes ; qu'elle a ainsi caractérisé un manquement suffisamment grave de l'employeur à ses obligations justifiant la prise d'acte, peu important que les faits, qui étaient relatifs à un différend d'ordre professionnel, se soient déroulés en dehors du temps et du lieu de travail* ».

²⁰⁵ En ce sens : J.-Y. Frouin, Protection de la personne du salarié, intérêt de l'entreprise et construction prétorienne du droit du travail, JCP S 2010, 1087 : « *N'y avait-il pas faute professionnelle du salarié dans le simple fait de s'être placé dans l'impossibilité d'accomplir durablement sa prestation de travail par suite de l'adoption d'un comportement délictueux et de ses conséquences, peu important que ce soit un fait de vie privée ?* ».

²⁰⁶ Si le salarié ne se rend plus sur son lieu de travail, l'employeur peut néanmoins le licencier pour abandon de poste.

supérieure à 0,80 gramme par litre »²⁰⁷ devrait pouvoir fonder un licenciement pour faute grave.

Qu'en est-il d'un moniteur de colonie condamné pour des faits de pédophilie, commis en dehors de son temps et de son lieu de travail ? Estimer qu'il ne peut être licencié pour faute, à la différence de la salariée de la CAF, serait particulièrement choquant²⁰⁸. La Cour de cassation a considéré qu'était fondé le licenciement pour faute grave du salarié dont les fonctions le mettaient en contact permanent avec des mineurs, « *et qui avait imprimé avec le matériel mis à sa disposition par l'employeur 929 photographies à caractère pédopornographique qui avaient été découvertes dans le logement de fonction qu'il occupait dans l'enceinte du centre* »²⁰⁹. Cette solution pouvait néanmoins être justifiée par le rattachement matériel des faits, à la vie professionnelle du salarié (utilisation du matériel de l'entreprise, photographies découvertes dans le logement de fonction)²¹⁰.

Or, le raisonnement fondé sur l'utilité de la prestation de travail permet d'envisager le licenciement pour faute grave du moniteur de colonie, condamné pour des faits de pédophilie. En effet, les moniteurs de colonie doivent répondre à des conditions de moralité spécifiques prévues par le code de l'action sociale et des familles, lors de leur embauche²¹¹. La condamnation définitive pour crime ou à une peine d'au moins deux mois d'emprisonnement sans sursis pour les délits prévus par l'article L. 133-6 du code de l'action sociale et des familles est un obstacle à l'exercice des fonctions d'animateur ou de directeur d'accueil collectif des mineurs²¹². En conséquence, le salarié condamné pour des faits de pédophilie a inéluctablement manqué à son devoir de bonne foi. Il a commis des actes d'une particulière

²⁰⁷ C. de la route, Art. L. 234-1.

²⁰⁸ V. not. : J. Mouly, Le licenciement du salarié pour des faits relevant de la sa vie personnelle : le retour discret de la perte de confiance, Dr. soc. 2006, p. 839, spéc. n°24, p. 846 : « *Outre la réalisation probable, dans une telle hypothèse, d'un trouble caractérisé dans l'entreprise, notamment, du fait de l'attitude des parents, il ne paraît pas excessif de considérer que ce salarié est tenu, en raison de la nature même de ses fonctions, d'une obligation particulière de moralité dont la violation autoriserait son licenciement immédiat pour faute grave* ».

²⁰⁹ Cass. soc. 8 nov. 2011 : non publié au Bull., n°10-23593.

²¹⁰ En ce sens, v. not. : P. Adam, Sur la vie personnelle, cinquante ans après Despax, Regard sur quelques arrêts rendus en 2011, RDT 2012, p. 100, spéc. p. 102.

²¹¹ V. not. C. act. soc. et des fam., art. L. 133-6. V. aussi à propos des éducateurs sportifs : C. sport, art. L.212-9.

²¹² V. aussi : C. act. soc. fam., art. L. 227-10.

gravité qui vont l'empêcher d'exercer ses fonctions. Il devrait donc pouvoir être sanctionné sur le terrain disciplinaire²¹³. Dans cette hypothèse, la faute grave serait caractérisée.

48. Un tel raisonnement, fondé sur la recherche de l'utilité de la prestation de travail, reposerait sur des éléments relativement objectifs. Le juge devrait répondre aux questions suivantes : le salarié a-t-il éludé l'efficacité de sa prestation de travail ? A-t-il pris le risque, en adoptant un comportement contraire à une condition déterminante de son engagement de ne plus pouvoir exercer ses fonctions ? Toutefois, le juge n'entend pas s'engager dans cette voie.

ii) L'obligation de probité, un devenir incertain

49. Une existence écartée - Selon un arrêt rendu par la Cour de cassation le 3 mai 2011, « *le fait pour un salarié qui utilise un véhicule dans l'exercice de ses fonctions de commettre, dans le cadre de sa vie personnelle, une infraction entraînant la suspension ou le retrait de son permis de conduire ne saurait être regardé comme une méconnaissance par l'intéressé de ses obligations découlant du contrat de travail* »²¹⁴.

50. Une mise à l'écart limitée - Cette solution ne remettait pas en cause la solution dégagée dans l'arrêt du 25 février 2003 à propos de la salariée de la CAF²¹⁵. Cependant, la Cour de cassation a décidé dans un arrêt du 11 avril 2012 « *que le comportement personnel du salarié, qui occupant les fonctions de directeurs de deux foyers de travailleurs migrants, chargé de l'encaissement des redevances locatives pour l'association, avait cessé depuis près de 14 mois de régler ses propres loyers malgré des rappels et des procédures contentieuses, constituait un trouble objectif* »²¹⁶. Certes, cette décision n'est pas publiée. Sa portée doit être relativisée. Elle semble néanmoins revenir sur l'existence d'une obligation de probité. Est-elle fondée sur l'absence d'infraction pénale ? La salariée de la CAF à l'origine de fausses déclarations avait commis une telle infraction²¹⁷. Le retard dans le paiement des loyers n'est

²¹³ Il devrait en aller différemment si le salarié est « seulement » mis en examen. Dans ce cas, il pourrait être licencié en raison du « discrédit jeté sur l'établissement ». Mais la faute du salarié est alors hypothétique. Rapp. : Cass. soc. 21 mai 2002 : non publié au Bull., n° 86-44323 ; JCP E 2002, 1604, note C. Puigelier.

²¹⁴ Cass. soc. 3 mai 2011 : Bull. civ. V, n°105, n°09-67464 ; JCP S 2011, 1311, note D. Corrignan-Carsin. V. aussi : CE 15 déc. 2010 : n°316856 ; JCP G 2011, 353, note J. Mouly ; RDT 2011, p. 99, concl. G. Dumortier, et p. 116 note P. Adam.

²¹⁵ V. supra n°43.

²¹⁶ Cass. soc. 11 avril 2012 : non publié au Bull., n° 10-25764 ; RJS 7/12, n°622.

²¹⁷ V. not. : CSS, art. L. 114-13 et C. pén. art. 441-7.

pas une infraction pénale. Une telle différence pourrait éventuellement justifier la solution de la Cour de cassation.

b) Des abstentions reprochées

51. Suspension du contrat et absence de collaboration - Outre les agissements contraires à « la probité », certaines abstentions du salarié - hors du temps et du lieu de travail - font également échec à l'exigence de bonne foi. Ainsi, en cas de suspension du contrat de travail, le salarié n'est pas, en principe, tenu de poursuivre une collaboration avec son employeur²¹⁸. Toutefois, ici encore, le « rayonnement » de l'exigence de loyauté dépasse la sphère strictement professionnelle.

52. Suspension du contrat et obligation de loyauté - Pendant les périodes de suspension de son contrat de travail, le salarié reste tenu envers son employeur d'une obligation de loyauté. Cette « obligation » le contraint, notamment, à « *communiquer à l'employeur qui en fait la demande les informations détenues par lui qui sont nécessaires à la poursuite de l'activité de l'entreprise* »²¹⁹. Le salarié est tenu de restituer à l'employeur les fichiers clients nécessaires à la poursuite de l'activité de l'entreprise²²⁰. De même, la communication d'un mot de passe informatique est susceptible de découler de l'obligation de loyauté²²¹. Ces solutions sont justifiées. L'absence du salarié ne doit pas avoir pour effet d'entraver le fonctionnement de l'entreprise. La fourniture de la prestation de travail perdrait alors, en partie, de son utilité. Dans certaines hypothèses, l'exigence de loyauté est d'ailleurs source de véritables obligations.

²¹⁸ Cass. soc. 15 juin 1999 : Bull. civ. V, n°279, n°96-44772 ; RJS 8-9/99, n°1049 ; Dr. soc. 1999, p. 842, obs. A. Mazeaud.

²¹⁹ Cass. soc. 6 févr. 2001 : Bull. civ. V, n°43, n°98-46345 ; SSL 19 févr. 2001, n°1016, p. 10, note F. Champeaux ; JCP G 2001, II, 10576, note C. Puigelier ; Dr. soc. 2001, p. 439, obs. B. Gauriau ; RJS 4/01, n°434.

²²⁰ Cass. soc. 6 févr. 2001, préc.

²²¹ Cass. soc. 18 mars 2003 : non publié au Bull., n°01-41343 ; Dr. soc. 2003, p. 770, obs. J. Savatier ; RJS 6/03, n°723.

2) Des obligations garantissant l'utilité de la prestation de travail

53. L'obligation de bonne foi ou de loyauté dissimule fréquemment l'existence d'obligations spécifiques. Il s'agit principalement d'obligations de ne pas faire. Elles ont pour objet de garantir l'efficacité de la prestation de travail.

54. Des obligations de ne pas faire - La reconnaissance d'une obligation de bonne foi ou de loyauté correspond souvent à une obligation de discrétion. Le juge consacre d'ailleurs expressément l'existence d'une telle obligation²²². Le salarié doit faire preuve de discrétion - notamment à l'extérieur de l'entreprise - à l'égard des informations qui lui sont fournies dès lors qu'elles revêtent un caractère confidentiel²²³. Le juge reconnaît également l'existence d'une obligation de réserve²²⁴. Cette obligation exclut tout dénigrement de la part du salarié vis-à-vis de sa hiérarchie ou de ses collaborateurs²²⁵. Elle s'applique également hors du temps et du lieu de travail²²⁶. Enfin, la Cour de cassation admet l'existence d'une obligation de non-concurrence²²⁷ qualifiée parfois d'obligation de « *loyauté* »²²⁸ ou de « *fidélité* »²²⁹. Cette obligation interdit au salarié d'exercer pendant la durée de son contrat une activité

²²² V. not. : Cass. soc. 30 juin 1982 : Bull. civ. V, n°425, n°80-41114 - Cass. soc. 17 déc. 1992 : non publié au Bull., n°91-45481.

²²³ V. not. : Cass. soc. 28 juin 1972 : Bull. civ. V, n°472, n°71-40583 - Cass. soc. 11 oct. 1972 : Bull. civ. V, n°536, n°71-40509 : Dr. soc. 1973, p. 304, obs. J. Savatier. V. aussi : Cass. soc. 25 mars 1981 : Bull. civ. V, n°253 ; n°79-40976.

²²⁴ Cass. soc. 11 déc. 1991 : Bull. civ. V, n°564, n°89-42000 ; RJS 2/92, n°119.

²²⁵ Cass. soc. 5 févr. 1976 : Bull. civ. V, n°77, n°75-40140 - Cass. soc. 13 oct. 1976 : Bull. civ. V, n°483, n°75-40182 - Cass. soc. 13 mai 1981 : Bull. civ. V, n°413, n°79-41665 ; JCP 1981, IV, 264 - Cass. soc. 3 avril 2007, non publié au Bull., n° 05-45123 - Cass. soc. 15 avril 2008 : non publié au Bull., n° 06-45383. Cette obligation concernerait plus spécifiquement les cadres. V. not. : Y. Picod, L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat, JCP G 1988, I, 3318, spéc. n° 30. Le juge se place désormais sur le terrain de l'abus de l'exercice de la liberté d'expression du salarié afin d'apprécier le comportement du salarié (En ce sens : C. Vigneau, L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail, Dr. soc. 2004, p. 706). V. not. : Cass. soc. 12 juin 2007 : non publié au Bull., n°05-45333 ; RJS 8-9/07, n°912 - Cass. soc. 7 juin 2006, non publié au Bull., n°04-45781 - Cass. soc. 22 juin 2004 : Bull. civ. V, n°175, n°02-42446 ; RJS 11/04, n°1120 - Cass. soc. 3 juill. 2012 : A paraître au Bull., n°11-10793 ; RJS 10/12, n°819.

²²⁶ V. not. sur les propos tenu par un salarié en arrêt de travail lors d'une visite au sein de l'entreprise : Cass. soc. 25 juin 2002 : Bull. civ. V, n°211, n°00-44001 ; RJS 10/02, n°1094 ; Dr. soc. 2002, p. 1017, obs. F. Duquesne.

²²⁷ Cass. soc. 5 mai 1971 : Bull. civ. V, n°327, n°70-40021 ; D. 1971, p. 575.

²²⁸ V. not. : Cass. soc. 20 mars 2007 : non publié au Bull., n°05-42635 ; RJS 6/07, n°699 - Cass. soc. 21 oct. 2003 : Bull. civ. V, n°258, n°01-43943 ; RJS 12/03, n°1384 - Cass. soc. 8 nov. 1989 : non publié au Bull., n°86-44323 ; RJS 1/90, n°6 - Cass. soc. 5 juin 1996 : Bull. civ. V, n°231, n°93-42588.

²²⁹ V. not. : Cass. soc. 16 mai 2007, non publié au Bull., n°06-40148 - Cass. soc. 13 févr. 1997, non publié au Bull., n°94-42031 - Cass. soc. 30 avril 1987 : Bull. civ. V, n°236, n°86-42266 - Cass. soc. 15 nov. 1984 : Bull. civ. V, n°442, n°83-43278.

concurrente de celle de son employeur. Elle s'applique, notamment, en cas de suspension du contrat²³⁰.

55. L'utilité de la prestation de travail privilégiée - Ces obligations garantissent l'efficacité de la prestation de travail. Si le salarié intervient en faveur d'entreprises concurrentes, dévoile des informations confidentielles ou dénigre sa hiérarchie, la fourniture de la prestation de travail *stricto sensu* ne permet pas la satisfaction de l'intérêt recherché par l'employeur. Dans ce cas, elle ne revêt pas un caractère « utile ». Le comportement du salarié ne permet pas de garantir la « bonne fin »²³¹ du contrat. Les effets attendus de la prestation de travail sont éludés par le comportement du salarié. De même, l'employeur ne doit pas adopter un comportement contradictoire.

II) Des obligations patronales

56. Un comportement dicté par le juge - A l'instar de ce qu'elle admet pour le salarié, la Cour de cassation décide que l'employeur est tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail. Ainsi, l'employeur qui faisait prendre une salariée inventoriste depuis plus de dix ans à son domicile par un véhicule de l'entreprise et qui a cessé ultérieurement de la faire bénéficier de cet avantage manque à l'exécution de bonne foi du contrat de travail. Son comportement met, en effet, la salariée dans l'impossibilité de travailler²³². L'exécution de bonne foi du contrat de travail dicte un comportement spécifique à l'employeur²³³.

²³⁰ V. not. : Cass. soc. 30 mars 2005 : Bull. civ. V, n°110, n°03-16167 ; RJS 7/05, n°709 - Cass. soc. 23 nov. 2010 : non publié au Bull., n°09-67249 ; RJS 2/11, n°121. V. en cas de congé sabbatique : Cass. soc. 1^{er} avril 2003 : non publié au Bull., n°00-44902 ; Dr. soc. 2003, p. 771, obs. J. Savatier - Cass. soc. 5 juin 1996 : Bull. civ. V, n°231, n°93-42588. V. aussi, dans le cadre d'un congé individuel de formation : Cass. soc. 10 mai 2001 : Bull. civ. V, n°159, n°99-40584 ; Dr. soc. 2001, p. 888, obs. A. Mazeaud ; TPS 2002, com. 303 ; RJS 7/01, n°833. V. égal. sur cette question : A. Teissier, Loyauté et contrat de travail : contre quelques idées reçues, SSL 30 mai 2005, n°1217, p. 5.

²³¹ Expression utilisée par le Professeur B. Fages, *Le comportement du contractant*, PUAM, 1997, n°570, p. 308.

²³² Cass. soc. 10 mai 2006 : Bull. civ. V, n°169, n°05-42210 ; JCP S 2006, 1727, note B. Bossu ; D. 2007, pan. p. 179, obs. A. Jeammaud ; RDT, 2006, p. 7, note F. Guiomard.

²³³ V. aussi : A propos de la mise à la retraite d'un salarié ne pouvant bénéficier de la retraite supplémentaire mise en place au sein de l'entreprise : Cass. soc. 4 juin 2002 : Bull. civ. V, n°188, n°00-42280. Rappr. : Cass. soc. 11 févr. 2009 : non publié au Bull., n°07-43204 ; JCP S 2009, 1214, note L. Drai : « *Attendu que le fait pour un salarié, directeur de magasin, de délivrer à une salariée une dispense de se présenter sur les lieux de son travail, puis de la licencier pour abandon de poste, sans avertir sa hiérarchie de l'autorisation d'absence ainsi délivrée, constitue une violation de l'obligation de loyauté tant à l'égard de la salariée que de l'employeur rendant impossible le maintien du salarié dans l'entreprise, et constitue une faute grave* ». Certes, dans cette affaire, ce n'est pas l'employeur qui avait manqué à son obligation de loyauté ; il s'agissait d'un salarié. Toutefois, ce dernier disposait d'une

57. Des obligations dictées par le juge - Ce dernier est également tenu de diverses obligations découvertes par le juge. Leur fondement ne repose pas nécessairement sur l'exigence de bonne foi. L'employeur est lié par une obligation de remboursement de frais et diverses obligations d'information.

A) L'obligation de remboursement de frais

58. La découverte de l'obligation de remboursement de frais repose sur l'article 1135 du code civil. Elle permet d'écarter un obstacle éventuel à l'exécution de la prestation de travail.

59. Une obligation fondée sur l'article 1135 - La chambre sociale de la Cour de cassation décide que « *les frais qu'un salarié justifie avoir exposés pour les besoins de son activité professionnelle et dans l'intérêt de l'employeur doivent [lui] être remboursés...* »²³⁴. Elle se fonde sur 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* »²³⁵. Autrement dit, le juge reconnaît l'existence d'une obligation contractuelle de remboursement des frais professionnels. Cette solution doit être approuvée. « *Il est normal en effet que les frais exposés par le salarié pour les besoins de sa profession soient supportés par l'employeur. Le salaire doit s'entendre, non de la rémunération intégrale, mais de la rémunération réelle et effective, déduction faite des frais professionnels* »²³⁶.

délégation de pouvoirs. Dès lors, la solution vise probablement l'employeur qui ayant dispensé un salarié de la fourniture de sa prestation de travail, le licencie pour abandon de poste. Dans cette hypothèse, le comportement contradictoire de l'employeur entrave l'exécution de la prestation de travail.

²³⁴ Cass. soc. 10 nov. 2004 : Bull. civ. V, n°282, n°02-41881 ; RJS 3/05, n° 275 ; Dr. soc. 2005, p. 216, obs. C. Radé. V. aussi : Cass. soc. 23 sept. 2009 : Bull. civ. V, n°204, n°07-44477 ; RDT 2009, p. 726, note M. Vericel.

²³⁵ Cependant, dans ses arrêts antérieurs, la Cour de cassation ne visait pas l'article 1135 du code civil. Elle se référait notamment à « *la règle selon laquelle les frais professionnels engagés par le salarié doivent être supportés par l'employeur* ». Elle qualifiait d'ailleurs cette règle de « *principe* ». V. not. : Cass. soc. 24 oct. 2001 : non publié au Bull., n°99-45068 ; RJS 01/02, n° 3 - Cass. soc. 9 janv. 2001 : Bull. civ. V, n°1, n°98-44833 ; RJS 5/01, n° 604 ; Dr. soc. 2001, p. 441, obs. J. Mouly - Cass. soc. 25 févr. 1998 : Bull. civ. V, n°106, n°95-44096 et n°96-40144 ; RJS 4/98, n° 464.

²³⁶ J. Mouly, ss. Cass. soc. 9 janv. 2001, Dr. soc. 2001, p. 441, spéc. p. 442.

De même, selon la chambre sociale de la Cour de cassation, l'employeur doit prendre en charge les frais exposés par le salarié pour sa défense dans un contentieux pénal dont l'objet est lié à l'exercice de ses fonctions. « *Investi par la loi du pouvoir de direction et de contrôle des salariés placés sous sa subordination juridique, l'employeur est tenu de garantir ceux-ci à raison des actes ou faits qu'ils passent ou accomplissent en exécution du contrat de travail* »²³⁷. Ici encore, la chambre sociale de la Cour de cassation se fonde sur l'article 1135 du code civil. L'obligation de remboursement de frais pesant sur l'employeur est donc relativement étendue. Elle est à l'origine d'une véritable obligation de « *protection juridique* »²³⁸.

60. L'exécution de la prestation de travail facilitée - Ces obligations de remboursement de frais œuvrent à la pérennité de la relation de travail²³⁹. Si le salarié devait supporter le paiement des frais liés à l'exercice de ses fonctions, l'exécution de sa prestation de travail pourrait s'avérer particulièrement coûteuse. Cette prise en charge serait alors susceptible de constituer une entrave à la fourniture de la prestation. Ce coût étant pris en charge par l'employeur, l'exécution de celle-ci est facilitée. Le salarié est mis en mesure de l'exécuter.

B) Les obligations d'information

61. Outre les obligations légales d'information²⁴⁰, le juge relève l'existence, dans le contrat de travail, de multiples obligations d'information et de renseignement pesant principalement sur l'employeur²⁴¹ (1). Ce dernier paraît tenu d'une obligation générale d'information à l'égard du salarié (2).

²³⁷ Cass. soc. 18 oct. 2006 : Bull. civ. V, n°307, n°04-48612 ; SSL 2006, 6 nov. 2006, n°1281, p. 13, avis de J. Duplat ; D. 2007, jurispr., p. 695, note J. Mouly ; JCP G 2007, I, 139, n°2, note Y.-M. Serinet ; JCP E 2006, 2679, note C. Puigelier ; RDT 2006, p. 282, obs. A. Moulinier ; RJS 12/06, n°1243.

²³⁸ V. en ce sens : J. Mouly, ss. Cass. soc. 18 oct. 2006, D. 2007, jurispr., p. 695 ; C. Puigelier, JCP E 2006, 2679 : « *C'est d'une obligation de garantie issue du rapport contractuel particulier qu'est le contrat de travail dont l'employeur est tenu* ».

²³⁹ V. not. : J. Mouly, ss. Cass. soc. 18 oct. 2006, D. 2007, jurispr., p. 695, spéc. p. 696.

²⁴⁰ V. not. : C. trav. art. L. 1221-9 ; C. trav., art. R. 2262-1 ; C. trav. art. D. 3171-11.

²⁴¹ L'obligation d'information pesant sur le salarié doit être relativisée. Le salarié n'est pas tenu d'informer l'employeur de son handicap. En ce sens : Cass. soc. 7 nov. 2006 : Bull. civ. V, n°326, n°05-41380 ; JCP S 2007, 1053, note P.-Y. Verkindt. Cependant, le salarié doit informer l'employeur de son incapacité de travailler en raison d'une maladie ou d'un accident. V. not. : Cass. soc. 10 janv. 1980 : Bull. civ. V, n°32, n°78-40946. V. aussi : Cass. soc. 21 nov. 2012 : non publié au Bull., n°11-18686. V. supra n°52. à propos de la communication d'un mot de passe informatique. V. égal. sur cette question : B. Bossu, La loyauté, in Les notions fondamentales du droit du travail, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, 2009, p. 185, spéc. n°339, p. 204 ; L. Pécaut-Rivolier, Donner l'information : les obligations du salarié, Dr. soc. 2013, p. 103.

1) Des obligations variées

62. Plan de sauvegarde de l'emploi - L'employeur est tenu d'informer les salariés concernés par un plan de sauvegarde de l'emploi quittant volontairement l'entreprise, du régime fiscal des indemnités d'aide à la réorientation qui leur sont versées. A défaut, il manque à « *son obligation de renseignement de bonne foi* »²⁴². De même, « *l'employeur qui, dans le cadre de la mise en œuvre d'un plan de sauvegarde de l'emploi qu'il a établi propose aux salariés des mesures de reclassement dans une autre entreprise, doit les informer loyalement des risques que peuvent présenter les emplois proposés* »²⁴³. Il résulte de ces arrêts que l'obligation d'information doit être exécutée de bonne foi. Pour autant, son existence ne découle pas de cette exigence²⁴⁴.

63. Régime de prévoyance - Par ailleurs, l'employeur doit informer les salariés du régime de prévoyance applicable dans l'entreprise. La remise au salarié de la notice d'information élaborée par l'organisme assureur auprès duquel le contrat a été souscrit²⁴⁵ n'est pas suffisante. C'est notamment ce qui résulte d'un arrêt en date du 15 février 1995²⁴⁶. Dans cette affaire, la cour d'appel avait estimé qu'il n'existait « *aucune obligation contractuelle d'affiliation ou de proposition d'affiliation imposée à l'employeur* ». La Cour de cassation a annulé sur ce point la décision précédente. Selon elle, « *l'employeur qui a souscrit un régime de prévoyance pour ses salariés a le devoir de les informer en temps utile, de la possibilité d'y adhérer et du contenu des droits et obligations résultant de leur adhésion* » L'existence de l'obligation d'information dans cette hypothèse n'est pas douteuse. Mais, ici encore, son fondement n'est pas clairement précisé par le juge²⁴⁷.

²⁴² Cass. soc. 2 avril 1996 : non publié au Bull., n°93-42082 ; RJS 5/96, n°513 - Cass. soc. 27 nov. 1996 : non publié au Bull., n° 95-41238 - Cass. soc. 23 juin 1998 : non publié au Bull., n°96-41953.

²⁴³ Cass. soc. 6 juin 2007 : non publié au Bull., n°06-41001 ; RJS 8-9/07, n°936 ; JCP S 2007, 1647. V. aussi : Cass. soc. 30 janv. 2008 : non publié au Bull., n°06-42000 ; JCP E 2008, 1878, p. 37, note S. Béal.

²⁴⁴ La plupart des arrêts sont des décisions de rejet. Certaines décisions de cassation se fondent sur l'article 1147 du code civil (Cass. soc. 27 nov. 1996 : non publié au Bull., n°95-41238 - Cass. soc. 23 juin 1998 : non publié au Bull., n°96-41953). Toutefois, ce texte ne permet pas de justifier la découverte d'obligations d'information. Il concerne les conséquences de l'inexécution de l'obligation ou du retard dans l'exécution.

²⁴⁵ V. not. : C. des ass., art. L. 141-4 ; CSS. L. 932-6.

²⁴⁶ Cass. soc. 15 févr. 1995 : non publié au Bull., n°90-45690 ; RJS 5/95, n°575 ; Dr. soc. 1995, p. 399, obs. J. Barthélémy.

²⁴⁷ Dans l'arrêt préc. du 15 février 1995, la Cour de cassation s'appuie notamment sur l'ancien article R 140-5 du code des assurances selon lequel « *la police doit comporter une clause prévoyant que le souscripteur tient à la disposition des assurés une notice résumant d'une manière très précise leurs droits et obligations* ». Toutefois, l'obligation d'information dégagée par la jurisprudence est plus

64. Adhésion à une convention de préretraite progressive - La Cour de cassation a également décidé que l'employeur devait informer le salarié adhérent à une convention de préretraite progressive des conséquences liées à la modification de l'assiette des cotisations servant au calcul de la retraite de base versée par la sécurité sociale. A défaut, il manque à son obligation d'information²⁴⁸. Le fondement de cette dernière n'avait pas été précisé. La Cour de cassation a ultérieurement souligné que dans l'hypothèse où l'employeur délivre une information incomplète, il manque à son obligation d'exécuter loyalement le contrat de travail²⁴⁹.

65. Protection sociale et expatriation - Enfin, selon un arrêt du 25 janvier 2012, « *l'employeur, tenu d'une obligation de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail, doit informer le salarié expatrié de sa situation au regard de la protection sociale pendant la durée de son expatriation* »²⁵⁰. Cette obligation est expressément fondée sur l'exigence de bonne foi. Eu égard à la multiplicité des obligations « spéciales » d'information, il est permis de penser que l'employeur est, en définitive, tenu « d'une » obligation générale d'information.

2) Une obligation générale

66. La communication d'informations utiles - La diversité des obligations d'information découvertes par le juge paraît révéler l'existence d'une obligation générale d'information pesant sur l'employeur²⁵¹. Celui-ci doit, semble-t-il, communiquer au salarié

étendue. Dès lors, ce texte ne peut fonder la reconnaissance d'une obligation générale d'information sur le régime de prévoyance applicable. En ce sens : Cass. soc. 20 mai 2009 : non publié au Bull., n°07-42424 ; RJS 8-9/09, n°747.

²⁴⁸ Cass. soc. 23 juin 2010 : non publié au Bull., n° 09-42286.

²⁴⁹ Cass. soc. 25 janv. 2011 : non publié au Bull., n°09-66832, n°09-66833, n°09-66838, n°09-66849.

²⁵⁰ Cass. soc. 25 janv. 2012 : Bull. civ. V, n°19, n°11-11374 ; RJS 4/12, n°393 ; CSBP 2012, n°239, A23, p. 83, note F. J. Pansier.

²⁵¹ Sur les fondements de cette obligation, v. infra, n°248, 276..

toute information utile liée à l'exécution du contrat²⁵². La jurisprudence caractérise une véritable « obligation d'assistance »²⁵³.

67. La protection des droits du salarié - L'obligation d'information a-t-elle pour effet de faciliter l'exécution de la prestation de travail ? Elle dispense le salarié de l'obligation de se renseigner. Elle lui permet également de « *tirer un meilleur profit de sa prestation* »²⁵⁴. L'employeur détient « *souvent des connaissances dont les salariés sont en principe dépourvus* »²⁵⁵. Ainsi, les obligations du salarié sont allégées ; ses droits sont préservés.

68. En conséquence, la chambre sociale de la Cour de cassation n'hésite pas à insérer de multiples obligations dans le contrat ayant vocation à compléter ce dernier. Ces obligations garantissent l'utilité de la prestation de travail, facilitent son exécution et préservent les droits du salarié. Le juge reconnaît également l'existence d'une obligation liée à la personne du salarié. Le contrat est complété ; la personne du salarié est protégée.

§ 2 : Une obligation liée la personne du salarié

69. Selon certains auteurs, le « *corps* » du travailleur serait l'objet du contrat de travail²⁵⁶. Il mérite, en conséquence, une protection particulière. Telle est la finalité de l'obligation de sécurité. D'abord reconnue en matière d'accident du travail et de maladie professionnelle, elle est devenue le principe « *en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs dans l'entreprise* »²⁵⁷. Sa nature, et plus précisément celle de l'obligation patronale de

²⁵² En ce sens : R. Demogue, *Traité des obligations en général*, II, Effets des obligations, t. VI, Librairie Arthur Rousseau, 1931, n°29, p. 38 : « *Une des conséquences de l'idée de collaboration entre contractants est l'obligation pour chacun d'avertir l'autre, en cours, de contrat, des évènements qu'il a intérêt à connaître pour l'exécution du contrat* ». V. aussi : Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ, 1989, n°97, p. 114.

²⁵³ Expression utilisée par le Professeur Fages, *Le comportement du contractant*, PUAM, 1997, n°563, p. 304.

²⁵⁴ Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ, 1989, n°97, p. 115.

²⁵⁵ B. Bossu, *La loyauté*, in *Les notions fondamentales du droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, 2009, p. 185, spéc. n°340, p. 204. V. aussi : B. Lardy-Pélissier, *L'information du salarié*, *Etudes offertes à J. Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 331, spéc. p. 332.

²⁵⁶ A. Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF, 1994, p. 51 s. V. cep. : J. Savatier, *La liberté dans le travail*, *Dr. soc.* 1990, p. 49, spéc. p. 56.

²⁵⁷ A. Mazeaud, *Droit du travail*, 8^{ème} éd., Montchrestien, 2012, n°975, p. 591. V. aussi : P.-Y. Verkindt, *Les obligations de sécurité du chef d'entreprise : aspects de droit civil*, *SSL* 2006, n°1286, suppl., p. 24, spéc. p. 27 : « *Son histoire depuis les arrêts amiante est celle d'une expansion continue* ». V. aussi, P.-Y. Verkindt, *L'obligation de sécurité de résultat ... encore et toujours !*, *Cah. Dr. de l'entr.* n°1, janv. 2011, dossier 5.

sécurité, est controversée²⁵⁸. Est-elle contractuelle ? Sa reconnaissance par le juge aboutit-elle à un enrichissement du contrat ? La Cour de cassation a répondu par l'affirmative (I). Elle précise qu'il s'agit d'une obligation de résultat (II).

I) Une obligation contractuelle

70. La chambre sociale de la Cour de cassation a consacré la nature contractuelle de l'obligation de sécurité (A). Son analyse aboutit à rejeter la thèse de la « dé-contractualisation » avancée par une partie de la doctrine (B).

A) La consécration de l'analyse contractuelle

71. Dans un premier temps, la nature contractuelle de l'obligation de sécurité a été rejetée par le juge (1). Elle a été consacrée en 2002 par la chambre sociale de la Cour de cassation. Elle a été confirmée par la suite (2).

1) Une analyse initialement rejetée

72. A la fin du XIX^{ème} siècle, une partie de la doctrine se prononçait en faveur de la reconnaissance d'une obligation patronale de sécurité ayant une nature contractuelle (a). Mais la Cour de cassation ne retenait pas une telle analyse (b).

a) L'analyse contractuelle, une thèse doctrinale

73. Dès la fin du XIX^{ème} siècle, la doctrine s'est intéressée à l'existence d'une obligation de sécurité qui pèserait sur le patron au profit de l'ouvrier²⁵⁹. Cette thèse a notamment été

²⁵⁸ C'est principalement l'existence d'une obligation contractuelle, patronale, de sécurité qui a fait l'objet de controverses.

²⁵⁹ Pour un rappel des différentes thèses doctrinales, v. not. : J.-L. Halpérin, La naissance de l'obligation de sécurité, Gaz. Pal. 1997, 23 sept. 1997, n° spéc., p. 1176 ; C. Bloch, L'obligation contractuelle de sécurité, PUAM, 2002, n°2 ss., pp. 11 s. V. aussi à propos du contrat de transport : L. Josserand, De la responsabilité du fait des choses inanimées, éd. A. Rousseau, 1897, p. 765, spéc. p. 775 : « Toutes ces théories contractuelles, - c'est là leur faiblesse commune, - violentent le contrat de transport pour y faire rentrer, bon gré mal gré, une obligation ayant trait à la sécurité du voyageur », et p. 794 : « Nous estimons donc que rien ne s'oppose à ce que la responsabilité du transporteur de personnes soit isolée de l'article 1382 pour être rattachée à l'article 1384 al. 1^{er} pour être objectivée ».

défendue par Sauzet²⁶⁰, Saintelette²⁶¹, Labbé²⁶², Esmein²⁶³. A l'inverse, selon Saleilles, l'obligation de sécurité était une obligation légale²⁶⁴.

b) L'analyse délictuelle, une thèse jurisprudentielle

74. Obligation de sécurité et contrat de travail - Dans son arrêt Teffaine du 18 juin 1896, la chambre civile de la Cour de cassation a refusé de reconnaître l'existence d'une obligation « contractuelle » de sécurité. Elle s'est prononcée en faveur d'une responsabilité délictuelle objective fondée sur la théorie du risque : la responsabilité civile du fait des choses²⁶⁵. De même, la loi du 9 avril 1898 a consacré un régime de réparation des dommages

²⁶⁰ M. Sauzet, De la responsabilité des patrons vis-à-vis des ouvriers dans les accidents industriels, Rev. crit. lég. jur. 1883, p. 596. V. aussi, p. 617 : « Cette obligation de prendre toutes les mesures protectrices de la vie et de la santé de l'ouvrier, qui aboutit à la responsabilité du patron, au cas d'accident, elle est contractuelle ; elle existe en vertu du contrat de louage même, comme conséquence nécessaire des rapports juridiques qui se forment entre le patron et l'ouvrier ». V. égal. p. 629 : « Nous obligeons le patron, non pas à démontrer qu'il y a eu faute de l'ouvrier, mais à prouver simplement que lui, patron, n'est pas en faute ».

²⁶¹ C. Saintelette, De la responsabilité et de la garantie, Bruxelles-Paris, Bruyland-Christophe, A. Chevalier-Marescq, 1884, spéc. p. 118. Cet auteur estimait qu'existait une « dette de sûreté » du patron envers ses ouvriers., 1884, spéc. p. 118. V. aussi p. 169 : « Le contrat de services (...) oblige non seulement à ce qu'il exprime, mais à ce qu'il implique ; que de toutes les suites que l'équité donne à l'engagement de services, la plus virtuelle est que celui qui fait travailler, qui dirige et commande le travail, soit, pendant toute la durée du travail, garant, à raison de la nature du travail, de la sûreté de celui qui travaille ».

²⁶² J.-E. Labbé, note ss. Cass. civ. 28 avril 1885, S. 1885, 4, p. 25, spéc. p. 26 : « Entre les personnes qui sont liées par un contrat et relativement à l'objet de ce contrat, toute question de faute doit être jugée d'après les clauses du contrat, d'après la volonté des parties. L'art. 1382, qui régit les rapports des personnes n'ayant point contracté ensemble devient inapplicable. Tel est notre principe ». V. aussi, p. 29 : « L'ouvrier blessé doit premièrement établir que le dommage dérive d'une substance ou d'une machine procurée par le maître. Cette preuve faite, il a justifié sa prétention à une indemnité. Au maître à démontrer que l'engin était de bonne qualité, bien approprié au travail (...) que toutes les précautions ont été prises pour prévenir l'accident ou en atténuer les effets préjudiciables ; ce qui revient à peu près à démontrer le cas fortuit ou la faute de l'ouvrier blessé ».

²⁶³ A. Esmein, note ss. Cass. civ. 16 juin 1896, S. 1897, 1, p. 17, spéc. p. 20. L'auteur invoque « le principe de la responsabilité contractuelle dérivant du contrat de louage ou d'industrie ». Il s'appuie notamment sur la théorie de Saintelette et de Sauzet. Cependant, selon lui, « la promesse de sécurité ne figure point là comme spécifiquement contenue au contrat. Mais en vertu même des principes généraux qui régissent le louage, par cela seul que c'est un contrat de bonne foi, chacun des contractants est responsable des vices que peuvent présenter les choses qu'il remet ou confie à l'autre partie en exécution du contrat ; des vices que peuvent présenter les lieux où il installe l'autre partie en exécution du contrat ... ».

²⁶⁴ R. Saleilles, Les accidents du travail et la responsabilité civile, Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle, éd. A. Rousseau, 1897, p. 19, spéc. p. 22 : « On attribue à la volonté des parties ce que l'on considère comme la volonté ou le désir de la loi : donc c'est encore à un principe d'ordre public que l'on se trouve ramené (...). Si la justice l'exige, la loi le leur impose : obligation légale ».

²⁶⁵ Cass. civ. 18 juin 1896 : D. 1897, 1, p. 433, note R. Saleilles, ccl. L. Sarrut, p. 439 ; S. 1897, 1, 17, note A. Esmein.

causés aux victimes d'accidents du travail fondé sur le risque professionnel²⁶⁶. En contrepartie, l'indemnisation du salarié était forfaitaire²⁶⁷. La faute inexcusable de l'employeur lui permettait, néanmoins, d'obtenir un complément d'indemnisation²⁶⁸.

75. Obligation de sécurité et contrat de transport - Cependant, dans d'autres contrats, l'existence d'une obligation de sécurité fut reconnue²⁶⁹. Ainsi, la chambre civile a admis dès 1911 que « *l'exécution du contrat de transport comporte (...) pour le transporteur, l'obligation de conduire le voyageur sain et sauf à destination* »²⁷⁰. Cette obligation de sécurité a été étendue à de multiples contrats. Elle pèse notamment sur le restaurateur²⁷¹, l'hôtelier²⁷², le moniteur de sport²⁷³...

2) Une consécration confirmée

76. Dans ses arrêts *amiante*, la chambre sociale de la Cour de cassation a admis l'existence d'une obligation contractuelle de sécurité ; elle fait expressément référence au contrat de travail (a). Postérieurement, l'analyse contractuelle a été implicitement confirmée (b).

a) Une reconnaissance expresse

77. Les arrêts *amiante* : la référence au contrat - Le 28 février 2002, la chambre sociale de la Cour de cassation a décidé, au visa de l'article 1147 du code civil, « *qu'en vertu du*

²⁶⁶ V. aussi la loi n°46-2426 du 30 octobre 1946 et la loi n°76-1106 du 6 décembre 1976 (N. Catala et J.-C. Soyer, La loi du 6 décembre 1976 relative au développement de la prévention des accidents du travail, JCP G 1977, I, 2268).

²⁶⁷ V. not. : X. Prétot, ss. Cass. soc. 11 avril 2002, D. 2002, jurisp., p. 2696 : « *A la prise en charge de l'accident ou de l'affection sur le seul fondement du risque répond en contrepartie, une indemnisation à caractère forfaitaire, limitée pour l'essentiel à la couverture des soins et à la compensation de la perte de capacité de gain* ». V. aussi : P. Sargos, L'évolution du concept de sécurité au travail et ses conséquences en matière de responsabilité, JCP G 2003, I, 104, 3.

²⁶⁸ Jusqu'aux arrêts *Amiante* (v. infra), la faute inexcusable devait s'entendre d'une « *faute d'une gravité exceptionnelle, dérivant d'un acte ou d'une omission volontaire, de la conscience du danger que devait en avoir son auteur, de l'absence de toute cause justificative, et se distinguant par le défaut d'un élément intentionnel de la faute visée au paragraphe 1^{er} dudit article* » (Cass. ch. réunies, 15 juill. 1941 : Bull. civ. n°183 ; D. 1941, jurisp., p. 117, note A. Rouast ; JCP G 1941, II, 1705, note J. Mihura).

²⁶⁹ Cette reconnaissance a été vivement critiquée par une partie de la doctrine. V. not. : L. Josserand, Le contrat dirigé, D. 1933, Chron., p. 89, spéc. p. 90.

²⁷⁰ Cass. civ. 21 nov. 1911 : D. 1913, I, p. 249, note L. Sarrut.

²⁷¹ V. not. : Cass. civ. 1^{ère}, 14 mars 1995 : Bull. civ. I, n°129, n°93-14458.

²⁷² V. not. : Cass. civ. 1^{ère}, 22 mai 1991 : Bull. civ. V, n°163, n°89-21791.

contrat de travail le liant à son salarié, l'employeur est tenu envers celui-ci d'une obligation de sécurité de résultat notamment en ce qui concerne les maladies professionnelles contractées par ce salarié du fait des produits fabriqués ou utilisés par l'entreprise ; le manquement à cette obligation a le caractère d'une faute inexcusable, au sens de l'article L. 452-1 du code de la sécurité sociale lorsque l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié, et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver »²⁷⁴. Elle a retenu une même solution en ce qui concerne les accidents du travail²⁷⁵.

78. Un contexte spécifique - Il existe de nombreux régimes de responsabilité pour risque assurant une réparation intégrale du préjudice subi. Dès lors, « *le caractère forfaitaire de l'indemnisation légale (...) [était] désormais contraire à l'esprit d'équité qui avait inspiré la loi du 9 avril 1898* »²⁷⁶. En outre, la directive n°89/391/CEE du 12 juin 1989 dont il résulte que « *l'employeur est obligé d'assurer la sécurité et la santé des travailleurs dans tous les aspects liés au travail* »²⁷⁷ a été transposée aux articles L. 4121-1 et suivants du code du travail. Or, « *tous les auteurs ont mis l'accent sur l'ampleur et l'intensité des devoirs de l'employeur résultant de cette directive et de sa transposition (...). C'est en ce sens que sont allés, en matière de maladie professionnelle, les arrêts « Amiante » du 28 février 2002* »²⁷⁸.

²⁷³ V. not. : Cass. civ. 1^{ère}, 16 nov. 2004 : Bull. civ. V, n°278, n°01-17629.

²⁷⁴ Cass. soc. 28 févr. 2002 : Bull. civ. V, n°81, n°99-17201, Bull. civ. V, n°81, n°99-21255 ; Bull. civ. V, n°81, n°00-11793 ; Bull. civ. V, n°81, n°00-10051 ; Bull. civ. V, n°81, n°99-18389 ; Bull. civ. V, n°81, n°00-13172 ; Bull. civ. V, n°81, n°99-17221 ; D. 2002, jurisp., p. 2696, note X. Prétot ; JCP G 2002, II, 10053, ccl. A. Benmakhlouf ; RJS 05/02, p. 403 ; JCP E 2002, Act 68, note P. Coursier ; D. 2002 jurisp., p. 2079, note H. Kobina Gaba ; Dr. soc. 2002, p. 447 et l'étude d'A. Lyon-Caen, Une révolution dans le droit des accidents du travail, p. 445 ; Dr. ouvr. 2002, p. 166, note F. Meyer ; TPS 2002, 116, obs. X. Prétot ; JCP E 2002, 643, note G. Strebelle ; JCP E 2002, 668, note F. Taquet. V. égal. : G. Vachet, Une nouvelle définition de la faute inexcusable, TPS 2002, n°5, Chron. n°8.

V. aussi à propos de l'obligation salariale de sécurité : Cass. soc. 28 févr. 2002 : Bull. civ. V, n°82, n°00-41220 ; Dr. soc. 2002, p. 539 et l'étude de R. Vatinet, En marge des « affaires de l'amiante » : l'obligation de sécurité du salarié, p. 533.

²⁷⁵ Cass. soc. 11 avril 2002 : Bull. civ. V, n°127, n°00-16535 ; TPS 2002, 236, obs. X. Prétot ; D. 2002 jurisp. p. 2215, note Y. Saint-Jours - Cass. soc. 23 mai 2002 : Bull. civ. V, n°177, n°00-14125 ; RJS 8-9/02, n°1028 - Cass. soc. 11 juill. 2002 : Bull. civ. V, n°261, n°00-14125 ; RJS 10/02, n°1177 - Cass. soc. 31 oct. 2002 : Bull. civ. V, n°336, n°00-18359 ; RJS 1/03, n°86 - Cass. Ass. plén. 24 juin 2005 : Bull. civ. AP n°7, n°03-30038 ; JCP S 2005, 1056, note P. Morvan.

²⁷⁶ P. Morvan, *Securitas omnia corrumpit* ou le principe selon lequel il incombe à l'employeur de protéger la sécurité et la santé des travailleurs, Dr. soc. 2007, p. 674, spéc. n°10, p. 676.

²⁷⁷ Art. 5 1) de la directive 89/391 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail (JOCE n°L 183, 29 Juin 1989, p.1).

²⁷⁸ P. Sargos, L'évolution du concept de sécurité au travail et ses conséquences en matière de responsabilité, JCP G 2003, I, 104, spéc. n°8 et 9.

79. Une nature contractuelle annoncée - La référence au contrat de travail se situait « dans le prolongement d'une doctrine bien établie de la chambre sociale »²⁷⁹ de la Cour de cassation. Dans des arrêts antérieurs, cette dernière avait décidé que « le salarié, qui attribuait son état de santé aux mauvaises conditions de son travail imposées par l'employeur était en droit d'agir sur le terrain de la responsabilité contractuelle, il ne pouvait se prévaloir des dispositions de l'article 1384 du code civil »²⁸⁰.

b) Une reconnaissance implicite

80. L'abandon de la référence au contrat de travail - Depuis les arrêts *amiante*, l'existence de l'obligation de sécurité a été consacrée à de multiples reprises en l'absence d'accident du travail ou de maladie professionnelle. « Son histoire depuis les arrêts *amiante* est celle d'une expansion continue »²⁸¹. Elle a notamment été admise à propos de la protection contre le tabagisme²⁸², de l'organisation de la visite de reprise²⁸³ ainsi que dans des hypothèses de harcèlement moral ou sexuel et de violences commises par un collègue ou un supérieur hiérarchique à l'égard d'un autre salarié²⁸⁴. De même, la Cour de cassation a décidé que l'employeur qui ne se rapproche pas du médecin du travail pour prononcer le détachement d'un salarié, déclaré apte sous réserve, manque à son obligation de sécurité²⁸⁵. Cependant, la référence au contrat de travail ne figure plus dans les arrêts de la chambre

²⁷⁹ P. Sargos, préc., 10.

²⁸⁰ Cass. soc. 11 oct. 1994 : Bull. civ. V, n°269, n°91-40025 ; D. 1995 jurisp., p. 440, note C. Radé. V. aussi : Cass. soc. 28 oct. 1997 : Bull. civ. V, n°339, n°95-40272 et n°95-40509 ; D. 1998 jurisp. p. 219, note C. Radé.

²⁸¹ P.-Y. Verkindt, Les obligations de sécurité du chef d'entreprise : aspects de droit civil, SSL 2006, n°1286, suppl., p. 24, spéc. p. 27.

²⁸² Cass. soc. 29 juin 2005 : Bull. civ. V, n°219, n°03-44412 ; RJS 10/05, n°945 ; D. 2005 jurisp., p. 2565, note A. Bugada ; Dr. soc. 2005, p. 975 et l'étude de J. Savatier, La protection contre le tabagisme sur le lieu de travail, p. 971 ; SSL, 11 juill. 2005, n°1223, p. 12, note F. Champeaux ; JCP S 2005, 1154, note F. Favennec-Héry.

²⁸³ Cass. soc. 28 févr. 2006 : Bull. civ. V, n°87, n°05-41555 ; JCP S 2006, 1278, note P. Sargos ; Dr. ouvr. 2006, p. 408, note A. de Senga ; Dr. soc. 2006, p. 517 et l'étude de J. Savatier, La reprise du travail sans visite de reprise par le médecin du travail, p. 514 ; Dr. soc. 2006, p. 661 et l'étude de S. Bourgeot et M. Blatman, De l'obligation de sécurité de l'employeur au droit à la santé des salariés, p. 653. V. aussi à propos de la visite médicale d'embauche : Cass. soc. 5 oct. 2010 : non publié au Bull., n°09-40913.

²⁸⁴ Cass. soc. 21 juin 2006 : Bull. civ. V, n°223, n°05-43914 ; D. 2006, jurisp., p. 2831, note M. Miné ; Dr. soc. 2006, p. 832 et l'étude de C. Radé, Harcèlement moral et responsabilités au sein de l'entreprise : l'obscur éclaircissement, p. 826 - Cass. soc. 3 févr. 2010 : Bull. civ. V, n°30, n°08-40144 ; Bull. civ. V, n°30, n°08-44019 ; Dr. soc. 2010, p. 472, obs. C. Radé ; RDT 2010, obs. M. Vericel ; JCP G 2010, 321, p. 592, note J. Mouly - Cass. soc. 19 oct. 2011 : Bull. civ. V, n°235, n°09-68272 ; JCP S 2011, 1569, note C. Leborgne-Ingelaere - Cass. soc. 4 avril 2012 : Bull. civ. V, n°116, n°11-10570 ; JCP S 2012, 1330, note D. Boulmier.

²⁸⁵ Cass. soc. 26 sept. 2012 : A paraître au Bull., n°11-14742 ; JSL 2012, n°332, p. 19, note A. Boucheret.

sociale de la Cour de cassation. La nature contractuelle de l'obligation de sécurité est-elle, pour autant, remise en cause²⁸⁶ ? Une réponse négative s'impose.

81. La position de la deuxième chambre civile - La deuxième chambre civile de la Cour de cassation, en charge du contentieux de la sécurité sociale depuis 2003, n'a jamais abandonné la référence au contrat de travail. Elle rappelle régulièrement, au visa de l'article 1147 du code civil, « *qu'en vertu du contrat de travail le liant à son salarié, l'employeur est tenu envers celui-ci d'une obligation de sécurité de résultat ...* »²⁸⁷. Selon elle, l'obligation de sécurité a donc une nature contractuelle.

82. La sanction de l'inexécution – La chambre sociale de la Cour de cassation semble retenir une même analyse. Le non-respect de l'obligation de sécurité rejaillit sur le contrat de travail. Lorsque l'employeur manque à son obligation de sécurité, la prise d'acte du salarié produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse²⁸⁸. « *Ne peut-on imaginer plus bel ancrage contractuel ?* »²⁸⁹. L'expression « prise d'acte » « *dissimule en réalité la reconnaissance au salarié d'un droit de résiliation unilatérale du contrat de travail pour inexécution* »²⁹⁰. La résiliation sanctionne l'inexécution d'une obligation contractuelle par

²⁸⁶ La Cour de cassation a reconnu l'existence d'une obligation de sécurité pesant sur le salarié. Elle ne fait pas référence au contrat de travail. V. not. : Cass. soc. 28 févr. 2002 : Bull. civ. V, n°82, n°00-41220 ; Dr. soc. 2002, p. 539 et l'étude de R. Vatinet, En marge des « affaires de l'amiante » : l'obligation de sécurité du salarié, p. 533 - Cass. soc. 30 sept. 2005 : Bull. civ. V, n°278, n°04-40625 ; Dr. soc. 2006, p. 102, obs. J. Savatier ; D. 2006, jurisp., p. 973, note H. Kobina Gaba - Cass. soc. 5 déc. 2006 : non publié au Bull., n°04-41199 - Cass. soc. 28 mai 2008 : non publié au Bull., n°06-40629 : « *Les manquements à l'obligation faite à un salarié de prendre soin de sa sécurité et de santé ainsi que de celle des autres personnes du fait de ses actes ou de ses omissions au travail engagent sa responsabilité et peut constituer une faute grave* ». V. aussi : Cass. soc. 1^{er} juill. 2008 : Bull. civ. V, n°145, n°06-46421 ; JCP S 2008, 2148, note D. Corrignan-Carsin ; JCP S 2008, 1435, note A. Bugada - Cass. soc. 23 juin 2010 : Bull. civ. V, n° 151, n°09-41607 ; RJS 10/10, n°776 - Cass. soc. 4 oct. 2011 : Bull. civ. V, n°22, n°10-18862 ; RJS 12/11, n°949.

²⁸⁷ V. not. : Cass. civ. 2^{ème}, 8 nov. 2007 : Bull. civ. II, n°248, n°07-11219 ; JCP S 2008, 1038, note M. Babin ; Dr. soc. 2008, p. 258, obs. P. Chaumette ; RJS 1/08, n°67 - Cass. civ. 2^{ème}, 12 juill. 2007 : non publié au Bull., n°06-17144 ; JCP S 2007, 1769, note T. Tauran - Cass. civ. 2^{ème}, 25 oct. 2006 : non publié au Bull., n°05-10630 - Cass. civ. 2^{ème}, 11 oct. 2006 : non publié au Bull., n° 04-30847 - Cass. civ. 2^{ème}, 31 mai 2006 : Bull. civ. II, n°141, n°04-30654. V. aussi : Cass. soc. 8 nov. 2012 : non publié au Bull., n°11-18668.

²⁸⁸ Cass. soc. 29 juin 2005 : Bull. civ. V, n°219, n°03-44412 ; RJS 10/05, n°945 ; D. 2005 jurisp., p. 2565, note A. Bugada ; Dr. soc. 2005, p. 975 et l'étude de J. Savatier, La protection contre le tabagisme sur le lieu de travail, p. 971 ; SSL, 11 juill. 2005, n°1223, p. 12, note F. Champeaux ; JCP S 2005, 1154, note F. Favennec-Héry. V. aussi : Cass. soc. 3 févr. 2010 : Bull. civ. V, n°30, n°08-40144, n°08-44019 ; Dr. soc. 2010, p. 472, obs. C. Radé ; RDT 2010, obs. M. Véricel ; JCP G 2010, 321, p. 592, note J. Mouly ; RJS 4/10, n°348.

²⁸⁹ G. Pignarre, L'obligation de sécurité patronale, entre incertitudes et nécessité, RDT 2006, p. 155.

²⁹⁰ J.-Y. Frouin, Les ruptures à l'initiative du salarié et le droit de la rupture du contrat de travail, JCP S 2008, 1407.

l'une des parties au contrat²⁹¹. Ainsi, en admettant la prise d'acte du salarié, le juge reconnaît implicitement que l'employeur qui n'a pas respecté l'obligation de sécurité a manqué à une obligation contractuelle. De même, le salarié qui viole l'obligation de sécurité est susceptible d'être licencié pour faute grave²⁹². Ici encore, la résiliation du contrat résulte de l'inexécution d'une obligation contractuelle. Dès lors, même si la chambre sociale de la Cour de cassation ne l'admet pas expressément, elle consacre implicitement la nature contractuelle de l'obligation de sécurité. Elle rejette ainsi la thèse de la « dé-contractualisation ».

B) Le rejet de la thèse de la « dé-contractualisation »

83. La qualification d'« obligation contractuelle » de sécurité est critiquée par une partie de la doctrine favorable à sa « dé-contractualisation »²⁹³ (1). Pourtant, une telle analyse est peu convaincante (2).

1) La « dé-contractualisation », une analyse doctrinale

84. Les auteurs favorables à une « dé-contractualisation » de l'obligation de sécurité avancent divers arguments. L'exigence de sécurité a une source légale ; elle constitue un devoir (a). En outre, la « dé-contractualisation » permettrait de garantir une égalité de traitement entre les victimes de l'inexécution de l'obligation de sécurité (b).

²⁹¹ Sur la résolution, v. not. : T. Genicon, La résolution du contrat pour inexécution, LGDJ, 2007.

²⁹² Cass. soc. 28 févr. 2002 : Bull. civ. V, n°82, n°00-41220 ; Dr. soc. 2002, p. 539 et l'étude de R. Vatinet, En marge des « affaires de l'amiante » : l'obligation de sécurité du salarié, p. 533 - Cass. soc. 30 sept. 2005 : Bull. civ. V, n°278, n°04-40625 ; Dr. soc. 2006, p. 102, obs. J. Savatier ; D. 2006, jurispr., p. 973, note H. Kobina Gaba - Cass. soc. 5 déc. 2006, non publié au Bull., n°04-41199 - Cass. soc. 28 mai 2008, non publié au Bull., n°06-40629. V. aussi : Cass. soc. 1^{er} juill. 2008 : Bull. civ. V, n°145, n°06-46421 ; JCP S 2008, 2148, note D. Corrignan-Carsin ; JCP S 2008, 1435, note A. Bugada - Cass. soc. 23 juin 2010 : Bull. civ. V, n° 151, n°09-41607 ; RJS 10/10, n°776 - Cass. soc. 4 oct. 2011 : Bull. civ. V, n°22, n°10-18862 ; RJS 12/11, n°949.

²⁹³ V. not. : J. Carbonnier, Droit civil, Les obligations, t. 4, 21^{ème} éd. refondue, PUF Thémis, 1998, n°295, p. 490 : « Ce que l'on appelle responsabilité contractuelle devrait être conçu comme quelque chose de très limité : l'obligation de procurer au créancier l'équivalent de l'intérêt (pécuniaire) qu'il attendait du contrat ; c'est artifice que de faire entrer là-dedans des bras cassés et des morts d'hommes ; les tragédies sont de la compétence des a. 1382 s. » ; P. Morvan, Securitas omnia corrumpit ou le principe selon lequel il incombe à l'employeur de protéger la sécurité et la santé des travailleurs, Dr. soc. 2007, p. 674, spéc. n°15, p. 678 : « L'obligation contractuelle de sécurité n'est qu'un leurre. Son siège véritable n'est pas dans le lien conventionnel qui unit le salarié à son employeur. Il n'est pas d'« obligation » de sécurité qui résulterait du contrat de travail. Au demeurant, l'obligation de sécurité que la Cour de cassation impose au salarié n'en a jamais été extraite ! ».

a) *Une obligation légale et un devoir, des obstacles avancés*

85. L'exigence de sécurité, une source légale - Une partie de la doctrine estime que la source de l'obligation de sécurité se trouve dans la loi. En effet, lorsqu'il reconnaît l'existence d'une obligation patronale de sécurité, le juge vise notamment l'article L. 4121-1 du code du travail, interprété parfois à la lumière de la directive CE n°89/391 du 12 juin 1989²⁹⁴. En ce qui concerne la protection contre le tabagisme, il fonde sa solution sur les articles R. 3511-4 et R. 3511-5 du code de la santé publique²⁹⁵. L'obligation salariale repose, quant à elle, sur l'article L. 4122-1 du code du travail. Ainsi, l'obligation de sécurité aurait un fondement légal²⁹⁶.

86. L'exigence de sécurité, un devoir - D'autres auteurs semblent considérer qu'il existe un devoir de ne pas porter atteinte à la sécurité d'autrui²⁹⁷. S'imposant aux contractants et aux tiers, il serait source d'une responsabilité extracontractuelle. *« La sécurité d'autrui qui s'impose en toutes circonstances, n'est-elle pas en effet nécessairement hors contrat ? »*²⁹⁸.

²⁹⁴ V. not. : Cass. soc. 28 févr. 2006 : Bull. civ. V, n°87, n°05-41555 ; JCP S 2006, 1278, note P. Sargos ; Dr. ouvr. 2006, p. 408, note A. de Senga ; Dr. soc. 2006, p. 517 et l'étude de J. Savatier, La reprise du travail sans visite de reprise par le médecin du travail, p. 514 ; Dr. soc. 2006, p. 661 et l'étude de S. Bourgeot et M. Blatman, De l'obligation de sécurité de l'employeur au droit à la santé des salariés, p. 653.

²⁹⁵ Cass. soc. 29 juin 2005 : Bull. civ. V, n°219, n°03-44412 ; RJS 10/05, n°945 ; D. 2005 jurisp., p. 2565, note A. Bugada ; Dr. soc. 2005, p. 975 et l'étude de J. Savatier, La protection contre le tabagisme sur le lieu de travail, SSL, 11 juill. 2005, n°1223, p. 12, note F. Champeaux ; JCP S 2005, 1154, note F. Favennec-Héry.

²⁹⁶ V. à propos de l'obligation salariale de sécurité : G. Pignarre, L'obligation de sécurité patronale, entre incertitudes et nécessité, RDT 2006, p. 150, spéc. p. 154 : *« l'obligation de sécurité du salarié visée à l'article L. 230-3 [L. 4122-1 nouv.] du code du travail a un fondement légal et existe, en soi, indépendamment des obligations qui lui sont imposées au titre du contrat »*. V. aussi : C. Radé, ss. Cass. soc. 11 oct. 1994, D. 1995, p. 442.

²⁹⁷ P. Jourdain, Les principes de la responsabilité civile, Dalloz, 8^{ème} éd., 2010, p. 35 s. ; D. Mazeaud, Le régime de l'obligation de sécurité, Gaz. Palais 1997, 23 sept. 1997, p. 1201, spéc. p. 1205. V. aussi en faveur de l'existence d'un droit à la santé : G. Pignarre, L'obligation de sécurité patronale, entre incertitude et nécessité, RDT 2006, p. 150, spéc. p. 156. V. aussi : P. Sargos, ss. Cass. soc. 28 févr. 2006, JCP S 2006, 1278 : *« Mais en matière de relation de travail, la montée en puissance du droit fondamental de tout travailleur à la protection de sa santé et de sécurité au travail rend inutile, sinon frustratoire, le recours au vecteur contractuel »*. V. cep. : P. Morvan, préc. n°22, p. 680. Selon cet auteur, *« le prétendu « droit à la sécurité dans le travail évoqué dans l'arrêt relatif à la visite de reprise est le fruit d'une erreur de qualification »*. En effet, *« la sécurité n'est pas l'objet d'une obligation ni d'un droit mais la valeur dont un délit civil assure la protection... »*. Ainsi, l'auteur reconnaît l'existence d'un *« principe selon lequel il incombe à l'employeur de protéger la sécurité et la santé des travailleurs dans l'entreprise »*.

²⁹⁸ P. Jourdain, préc., p. 36 ; D. Mazeaud, préc., p. 1205. V. aussi : P. le Tourneau, Droit de la responsabilité des contrats, 7^{ème} éd., Dalloz Action, 2008/2009, n°3309, p. 846 : *« S'il existe un devoir général de ne pas porter atteinte à la sécurité d'autrui, le manquement à ce devoir engage la responsabilité nécessairement délictuelle de son auteur »*.

D'ailleurs, la responsabilité contractuelle de l'employeur en cas de manquement à l'obligation de sécurité serait source d'inégalités.

b) La responsabilité contractuelle, une source d'inégalités

87. La responsabilité contractuelle, source d'une disparité de traitement - Admettre la nature contractuelle de l'obligation de sécurité serait susceptible de présenter un caractère inéquitable. Cette critique viserait spécifiquement l'hypothèse dans laquelle l'obligation de sécurité est une obligation de moyens. En effet, la victime, tiers au contrat, a la faculté d'invoquer l'article 1384, alinéa 1^{er}, du code civil en cas de dommage causé par le fait d'une chose. Elle est dispensée de prouver la faute du gardien dont la chose est à l'origine du dommage. De même, le salarié victime de harcèlement commis par un autre salarié pourrait se fonder sur l'article 1384, alinéa 5 du code civil. Ici encore, il serait dispensé de rapporter la preuve d'une faute. A l'inverse, si l'obligation de sécurité est une obligation de moyens, le contractant est tenu de prouver une faute du débiteur²⁹⁹. Or, « *n'est-il pas choquant (...) de voir une victime par ricochet mieux traitée qu'une victime directe, parce que la première peut se prévaloir de l'article 1384, alinéa 1^{er}, l'autre non ?* »³⁰⁰.

88. La responsabilité contractuelle écartée par une partie de la doctrine - La « dé-contractualisation » de l'obligation de sécurité permettrait d'éviter cette différence de traitement. C'est pourquoi, la responsabilité de l'employeur devrait reposer sur l'article 1384, alinéa 1^{er}, du code civil³⁰¹ ou sur l'article 1384, alinéa 5. Cependant, selon le Professeur Morvan, le juge aurait édicté « *un délit civil spécifique* »³⁰². Le principe selon lequel il incombe à l'employeur de protéger la sécurité et la santé des travailleurs dans l'entreprise constituerait une déclinaison de l'article 1382 du code civil dont il évincerait les conditions³⁰³. Enfin, d'autres auteurs transcendent la distinction traditionnelle des responsabilités contractuelle et délictuelle. A cet effet, l'un d'eux suggère la reconnaissance d'une responsabilité objective uniforme fondée sur l'existence d'une « *obligation naturelle du*

²⁹⁹ V. not. : P. Jourdain, Le fondement de l'obligation de sécurité, Gaz. Pal. 1997, 23 sept. 1997, n° spéc., pp. 1196 s., spéc. p. 1198.

³⁰⁰ Ibid.

³⁰¹ En ce sens, v. not. : C. Radé, ss. Cass. soc. 11 oct. 1994, D. 1995, p. 442 et p. 443. V. aussi : P. Jourdain, préc., p. 1200.

³⁰² P. Morvan, préc., n°20, p. 680.

³⁰³ P. Morvan, préc., n°21, p. 680 et 686.

respect de l'intégrité physique d'autrui »³⁰⁴. Un autre propose d'exclure tous les dommages corporels du droit commun de la responsabilité civile. Ceux-ci seraient réparés forfaitairement par la sécurité sociale³⁰⁵. Cependant, outre ce régime indemnitaire objectif, une responsabilité subjective classique serait maintenue. La faute retrouverait alors un rôle fondamental³⁰⁶. Mais la Cour de cassation refuse, à juste titre, de consacrer ces propositions.

2) *La « dé-contractualisation » une analyse peu convaincante*

89. L'existence de dispositions légales relatives l'obligation de sécurité ainsi que celle d'un devoir général de sécurité ne constituent pas des obstacles dirimants à la reconnaissance d'une obligation contractuelle de sécurité dans le contrat de travail (a). De même, l'existence éventuelle d'une inégalité de traitement entre les victimes tiers au contrat et les cocontractants paraît justifiée (b).

a) *Une obligation légale et un devoir, des obstacles surmontables*

90. Une obligation légale et contractuelle - Lorsqu'il reconnaît l'existence d'une obligation de sécurité, le juge s'appuie sur des textes légaux. Pour autant, doit-on en déduire que l'obligation de sécurité n'est pas contractuelle ? En réalité, la qualification « d'obligation légale » n'est pas exclusive de celle « d'obligation contractuelle »³⁰⁷. Le contenu du contrat de travail est principalement déterminé par le législateur. Ce dirigisme contractuel a d'ailleurs conduit une partie de la doctrine à considérer que le salarié adhère à un véritable

³⁰⁴ Y. Lambert-Faivre, *Fondement et régime de l'obligation de sécurité*, D. 1994, Chron. p. 81.

³⁰⁵ P. le Tourneau, préc., n°91, p. 91; C. Bloch, *L'obligation contractuelle de sécurité*, PUAM, 2002, n° 315, p. 182.

³⁰⁶ En ce sens : P. le Tourneau, préc., n°94, p. 94.

³⁰⁷ V. not. en ce sens : P. Jacques, *Regards sur l'article 1135 du code civil*, Dalloz, 2005, n°408, p. 867. Selon cet auteur, l'expression « d'obligation légale » tend « à souligner qu'aucun accord de volontés ne réside à sa source. Partant, elle ne signifie pas qu'il conviendrait d'attribuer à cette obligation une nature extracontractuelle. Si, en matière contractuelle, la source d'une obligation n'est pas la volonté, son activation, le déclenchement de son mécanisme reste - sans que ce point souffre la moindre contestation - un accord de volontés ». V. égal. : H. et L. Mazeaud, A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, 5^{ème} éd., Montchrestien, 1957, n°154, p. 196 : « La loi peut compléter (...) la volonté des parties par des règles supplétives ou impératives, qui s'intègrent au contrat et créent des obligations contractuelles ».

« statut »³⁰⁸. Cependant, le contrat individuel demeure un acte indispensable. Sa conclusion entraîne l'application de dispositions impératives. Les obligations contenues dans le contrat sont imposées par la loi. Mais elles n'existent qu'en vertu d'un accord de volontés. Sans contrat, l'obligation légale n'a pas lieu d'être. En conséquence, même si l'obligation de sécurité trouve sa source dans un texte légal, sa nature contractuelle ne doit pas être écartée.

91. Un devoir et une obligation - La reconnaissance du devoir de ne pas porter atteinte à la sécurité d'autrui ne suffit pas à exclure l'existence d'une obligation contractuelle de sécurité³⁰⁹. En effet, « *parce qu'il est général, le devoir ne saurait parfaitement convenir à la spécificité d'un rapport contractuel...* »³¹⁰. L'obligation de sécurité, qu'elle soit patronale ou salariale, implique un comportement spécifique des contractants. S'abstenir de porter atteinte à autrui est insuffisant. L'obligation du salarié est plus « contraignante ». Ce dernier doit « *prendre soin (...) de sa santé et de sa sécurité ainsi que de celle des autres personnes concernées par ses actes ou ses omissions au travail* »³¹¹. Le contenu de l'obligation patronale de sécurité est déterminé avec précision par de multiples dispositions législatives. Ainsi, les mesures que doit notamment prendre l'employeur « *comprennent : 1° des actions de prévention des risques professionnels et de la pénibilité au travail ; 2° des actions d'information et de formation ; 3° la mise en place d'une organisation et de moyens adaptés* »³¹². Le « *devoir de ne pas porter atteinte à la sécurité d'autrui* » n'implique pas la mise en place de ces mesures à l'égard des tiers. L'obligation de sécurité revêt donc une intensité particulière liée à la spécificité du rapport contractuel au sein duquel elle s'insère.

b) La responsabilité contractuelle, une source apparente d'inégalités

92. Obligation contractuelle, responsabilité contractuelle - Si l'obligation de sécurité a une nature contractuelle, elle doit engager la responsabilité contractuelle de son débiteur. La

³⁰⁸ V. not. sur cette doctrine : A. Mazeaud, *Droit du travail*, 8^{ème} éd., Montchrestien, 2012, n°582, p. 335. V. aussi supra n°18 et infra, n°540.

³⁰⁹ V. not : P. Jacques, préc., n°415, p. 880 : « *Posons cette question, ici cruciale : pour certifier la nature contractuelle d'une exigence, faut-il réellement s'assurer qu'elle n'est pas par ailleurs, déjà prise en considération par un devoir ?* ».

³¹⁰ P. Jacques, préc., n°415, p. 880.

³¹¹ C. trav., art. L. 4122-1.

³¹² C. trav., art. L. 4121-1.

responsabilité est nécessairement contractuelle lorsque le dommage résulte de l'inexécution d'une obligation créée par le contrat³¹³.

D'ailleurs, la détermination des obligations contractuelles étant parfois « malaisée »³¹⁴, un autre critère a été proposé. Si la survenance du dommage est liée à l'existence du contrat, la responsabilité doit être contractuelle. Or, l'application de ce critère confirme que le non-respect de l'obligation de sécurité engage la responsabilité contractuelle des parties au contrat de travail³¹⁵. En effet, la conclusion du contrat de travail augmente les risques de dommages auxquels est exposé le salarié³¹⁶. Si l'existence du contrat a permis la survenance du dommage, n'est-il pas justifié d'écarter la responsabilité extracontractuelle³¹⁷ ? Il ne s'agit pas d'admettre que l'existence d'un contrat avec la victime suffise à engager la responsabilité contractuelle du débiteur de l'obligation de sécurité. Toutefois, si le contrat est une des causes du dommage, la responsabilité qui en découle est contractuelle.

Le caractère extensif de cette conception a été critiqué par certains auteurs³¹⁸. Le contrat ne doit pas seulement être une condition du dommage. Il est essentiel que les parties se trouvent

³¹³ En ce sens : Cass. civ. 11 janv. 1922 : D. 1922, 1, p. 16 ; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t. 2, 12^{ème} éd., Dalloz, 2008, 181, p. 185. V. aussi : H. et L. Mazeaud, A. Tunc, préc., n°145, p. 180 et n° 172, p. 223 : « *Il faut ensuite que le dommage résulte de l'inexécution par l'une des parties d'une obligation mise à sa charge par le contrat, soit expressément, soit tacitement, soit en vertu d'une loi ou d'un usage impératif* » ; M. Planiol et G. Ripert, t. VI, Obligations, LGDJ, 1952, n°488, p. 661 : « *La responsabilité contractuelle est celle du débiteur qui n'exécute pas l'obligation mise à sa charge par un contrat, ou qui l'exécute mal, causant un dommage au créancier* ».

³¹⁴ En ce sens : G. Durry, ss. Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} déc. 1969, RTD civ. 1970, p. 776. V. aussi : H. et L. Mazeaud, A. Tunc, préc., n°150, p. 190 : « *Le problème naît essentiellement du fait qu'un contrat, à côté des obligations essentielles qu'il impose aux parties contient des obligations accessoires. Ce sont ces dernières qu'il est délicat de préciser* ».

³¹⁵ En pratique, il s'agit principalement de la responsabilité de l'employeur. La responsabilité du salarié n'est engagée envers son employeur qu'en cas de faute lourde : Cass. soc. 27 nov. 1958 : Bull. civ. IV, n°1269 ; D. 1959, p. 20, note R. Lindon ; JCP G 1959, II, 11143, note J. Brethe de la Gressaye ; RTD civ. 1959, p. 753, obs. J. Carbonnier ; J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, Les grands arrêts du droit du travail, 4^{ème} éd., Dalloz, 2008, n°47, p. 255. V. aussi : Cass. soc. 12 avril 1995 : Bull. civ. V, n°131, n°92-12373 ; Dr. soc. 1995, p. 654 et l'étude de J. Savatier, La nullité de la reconnaissance par un salarié de sa responsabilité civile envers l'employeur en l'absence de faute lourde, p. 651 ; RJS 5/95, n°487, 1^{ère} esp.

³¹⁶ V. not. : J.-E. Labbé, ss. Cass. civ. 16 juin 1896, S. 1885, 4, p. 25 s., spéc. p. 26 : « *Le contrat met le débiteur en rapport, en contact avec la chose qui en est l'objet, contact qui l'expose à détériorer cette chose, contact qui n'existerait pas s'il était demeuré dans la pure situation d'un tiers* ». V. égal. M. Bacache-Gibeili, Droit civil, Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle, t. V, 1^{ère} éd., Economica, 2007, n°59, p. 58 : « *La convention crée une situation nouvelle et fournit aux parties l'occasion de se causer de multiples dommages* ».

³¹⁷ V. not. : J.-E. Labbé, préc., p. 26 ; R. Demogue, RTD civ. 1923, pp. 657 et 658.

³¹⁸ J. Huet, Responsabilité contractuelle et délictuelle, Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité, th. dactyl., Paris II, 1978, n°353, p. 328 : « *Un lien simplement occasionnel entre le dommage et le contrat apparaît (...) trop faible* ». L'auteur ajoute : « *il faut rechercher un rapport*

« dans une situation originale qui les distingue de simples tiers »³¹⁹. Or, « le contrat de travail crée une situation originale, où l'ouvrier est exposé à souffrir des dommages corporels »³²⁰. A la différence d'un simple tiers, le salarié s'expose au risque que sa santé soit détériorée « du fait des produits fabriqués ou utilisés par l'entreprise »³²¹, du maniement des machines ou encore « des vapeurs nocives qui l'entourent »³²². De même, le lien de subordination et le fait d'exercer sa prestation de travail au sein d'une collectivité de travailleurs sont propices aux risques de harcèlement. Dès lors, les dommages subis par le salarié lors de l'exécution de son contrat doivent engager la responsabilité contractuelle de l'employeur.

93. Le contrat de travail, source apparente d'une différence de traitement - Retenir la responsabilité contractuelle des parties au contrat de travail serait susceptible de créer une différence de traitement entre tiers et contractants. Tel serait le cas lorsque le débiteur au contrat est tenu d'une obligation de moyens. A cet égard, l'analyse qui consiste à retenir une responsabilité contractuelle du fait des choses peut a priori paraître préférable. Mais comment justifier la responsabilité de l'employeur en ce qui concerne la protection contre le tabagisme ? Ne serait-il pas contestable de considérer que l'employeur a « la garde » de la fumée de cigarettes³²³ ?

De surcroît, la différence de traitement créée par la reconnaissance de la responsabilité contractuelle est-elle réellement contestable ? Contractants et tiers ne sont pas dans une situation identique. Ils ont l'un et l'autre la qualité de victime. Mais celle-ci n'est pas, à elle seule, créatrice de droits. En revanche, le contrat l'est. Ainsi, « ce n'est (...) pas parce que l'imagination permet de placer un contractant victime et un tiers victime dans une même situation de fait que, en droit, leur position respective appelle une identité de traitement, à

comparable à celui de la causalité adéquate, propre à éliminer les hypothèses de coïncidence fortuite entre l'existence d'une convention et la survenance d'un préjudice ». V. not. : H. et L. Mazeaud, A. Tunc, préc., n°149, p. 189 : « On ne saurait (...) s'en tenir à la constatation que, sans le contrat, le dommage n'aurait pu se produire ». Selon ces auteurs, « ce qu'il faut trouver, c'est un lien juridique ».

³¹⁹ J. Huet, préc., n°361, p. 334.

³²⁰ J. Huet, préc., n°385, p. 355.

³²¹ Cass. soc. 28 févr. 2002, préc. n°77.

³²² En ce sens : J. Huet, préc., n°385, p. 355.

³²³ Rapp. : J. Huet, préc., n°385, p. 355. L'auteur écrit à propos de l'article 1384 al. 1^{er} que « ce texte repose sur des notions de contrôle et de direction de la chose dommageable qui ne sont pas adaptés à une telle situation : dire que l'employeur assume la « garde » des émanations toxiques, qui peuvent affecter la santé de ses ouvriers, dissimule mal une volonté de faire peser sur lui les risques de dommages survenus au cours de cette activité contractuelle dont l'entreprise est le lieu d'exécution ».

moins de nier toute particularité contractuelle »³²⁴. Autrement dit, peu importe que le régime de la responsabilité contractuelle puisse s'avérer moins favorable à l'égard des contractants. Juridiquement, cette différence de traitement est justifiée³²⁵. Au demeurant, il n'existe plus désormais de réelles différences de traitement entre la victime, tiers au contrat de travail et la victime partie au contrat. La chambre sociale de la Cour de cassation décide, en effet, que l'employeur est tenu d'une obligation de résultat.

II) Une obligation de résultat

94. La Cour de cassation a décidé à plusieurs reprises que l'obligation patronale de sécurité était une obligation de résultat. Certains arrêts étaient néanmoins sources d'incertitudes, eu égard à la distinction traditionnelle des obligations de moyens et de résultat (A). Celles-ci paraissent désormais levées (B).

A) Des incertitudes

95. L'obligation de sécurité pesant sur l'employeur est une obligation de résultat. Est ainsi parfois visé l'article 1147 du code civil³²⁶. Pourtant, au regard de la distinction doctrinale des obligations de moyens et de résultat (1), la jurisprudence présentait des incohérences (2).

1) La distinction des obligations de moyens et de résultat

96. Les obligations de moyens - La distinction des obligations de moyens et de résultat a été proposée à l'origine par Demogue³²⁷. Selon cette thèse, lorsque l'obligation est de moyens, « *le débiteur s'engage à employer les meilleurs moyens possibles de parvenir au*

³²⁴ P. Jacques, Regards sur l'article 1135 du code civil, Dalloz, 2005, n°416, p. 885.

³²⁵ A cet égard, les salariés mis à disposition et les salariés de l'entreprise d'accueil ne sont pas placés dans une situation identique. C'est pourquoi, à l'égard des premiers, la responsabilité de l'entreprise utilisatrice doit être extracontractuelle. En revanche, celle de leur employeur doit demeurer contractuelle. V. not. : Cass. civ. 2^{ème}, 8 nov. 2007 : Bull. civ. II, n°248, n°07-11219 ; JCP S 2008, 1038, note M. Babin ; Dr. soc. 2008, p. 258, obs. P. Chaumette ; RJS 1/08, n°67.

³²⁶ V. not. : Cass. soc. 11 juill. 2002 : Bull. civ. V, n°261, n°00-14125 - Cass. civ. 2^{ème}, 8 nov. 2007 : préc., n°81 - Cass. civ. 2^{ème}, 31 mai 2006 : Bull. civ. II, n°14, n°04-30654.

³²⁷ R. Demogue, Traité des obligations en général, I, Sources de obligations, t. V, Librairie Arthur Rousseau, 1925, n°1237, p. 540.

résultat envisagé »³²⁸. Dans cette hypothèse, il revient au créancier de prouver une faute du débiteur, un manquement à ses obligations. A défaut, la responsabilité du débiteur n'est pas engagée. La responsabilité est dite subjective.

97. Les obligations de résultat - En revanche, lorsque l'obligation est de résultat, est promis un résultat déterminé. S'il n'est pas atteint, la responsabilité du débiteur est, en principe, engagée. Le créancier n'a pas à prouver que le fait du débiteur est à l'origine du dommage. Il existe une présomption de causalité³²⁹. La responsabilité du débiteur n'est alors susceptible d'être renversée que par la preuve d'une cause étrangère. Peu importe que le débiteur se soit « bien comporté ». Sa responsabilité est dite objective³³⁰.

2) Une application source d'incohérences

98. La chambre sociale de la Cour de cassation qualifiait l'obligation de sécurité de « résultat » mais semblait refusé de lui en faire produire les effets. La responsabilité de l'employeur paraissait subjective (a). L'obligation de sécurité constituait une obligation de moyens (b).

a) *L'obligation de sécurité, une responsabilité subjective*

99. Les arrêts *amiante*, une véritable obligation de résultat - La Cour de cassation décide dans ses arrêts *amiante* « *qu'en vertu du contrat de travail le liant à son salarié, l'employeur est tenu envers celui-ci d'une obligation de sécurité de résultat (...); le manquement à cette obligation a le caractère d'une faute inexcusable (...)* lorsque l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié, et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver »³³¹. Un auteur relève qu'« *il est artificiel et incohérent de qualifier une obligation de sécurité comme étant de résultat*

³²⁸ J. Flour, J.-L. Aubert, Y. Flour, E. Savaux, Droit civil. Les obligations, 3/Le rapport d'obligation, 7^{ème} éd., Sirey Université, 2011, n°201, p. 176.

³²⁹ V. not. Cass. civ. 1^{ère}, 16 févr. 1988 : Bull. civ. I, n°42, n°86-14918 ; JCP G 1988, IV, 156 ; RTD civ. 1988, p. 767, obs. P. Jourdain - Cass. civ. 1^{ère}, 2 févr. 1994 : Bull. civ. I, n°41, n°91-18764 ; D. 1994, IR p. 55.

³³⁰ V. not. : C. Larroumet, Droit civil. Les obligations, Le contrat, t. III, 6^{ème} éd., Economica, 2007, n°609, p. 640 et n°607, p. 637.

³³¹ V. supra n°77.

pour en déduire que le manquement à cette obligation constitue une faute inexcusable »³³². En outre, s'agissant d'une obligation de résultat, seule la preuve d'une cause étrangère aurait dû permettre à l'employeur de s'exonérer. « *La condition de la conscience du danger [serait] (...) déplacée dans un système reposant sur une présomption de responsabilité qui admet la seule force majeure comme cause d'exonération* »³³³.

Cependant, le seul manquement à l'obligation de sécurité ne suffit pas à caractériser la faute inexcusable. L'employeur doit, en outre, avoir eu conscience du danger auquel était exposé le salarié et ne pas avoir pris les mesures nécessaires pour l'en préserver³³⁴. Ainsi, « *le débat ne (...) [porte] pas sur l'exonération de responsabilité liée à l'obligation de sécurité* »³³⁵. Cette dernière constitue une véritable obligation de résultat. Le fait de prouver que l'employeur n'a pas eu conscience du danger auquel était exposé le salarié et a pris les mesures nécessaires pour l'en préserver permet d'exclure l'existence d'une faute inexcusable. Mais cette preuve ne l'exonère pas de sa responsabilité liée au non-respect de l'obligation de sécurité. « *La traduction de cette obligation d'indemnisation est (...) [alors] assurée au sein des relations de travail par le régime des accidents du travail et des maladies professionnelles* »³³⁶.

100. L'extension de l'obligation, une responsabilité subjective - Cependant, l'obligation de sécurité a été reconnue par le juge dans d'autres hypothèses. Un employeur se borne, malgré les réclamations d'un salarié, à interdire aux autres membres du personnel de fumer en la présence de ce dernier. Il appose des panneaux d'interdiction de fumer dans le bureau à usage collectif. La Cour de cassation a décidé « *qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires* » pour faire respecter l'interdiction de fumer³³⁷. La prise d'acte de l'auteur des réclamations produit alors les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Dans cette hypothèse,

³³² C. Larroumet, préc., n° 613, p. 654.

³³³ P. Morvan, ss. Cass. Ass. plén. 24 juin 2005, JCP S 2005, 1056.

³³⁴ V. not. : Cass. civ. 2^{ème}, 8 juill. 2004 : Bull. civ. II, n°394, n°02-30984 ; SSL 4 oct. 2004, n°1184, p. 12, note A. Dejean de La Bâtie ; D. 2004, IR p. 2474 ; Dr. soc. 2004, p. 1044, obs. X. Prétot - Cass. civ. 2^{ème}, 14 déc. 2004 : Bull. civ. V, n°520, n°03-30247 ; TPS 2005 com. 87 - Cass. civ. 2^{ème}, 16 nov. 2004 : non publié au Bull., RJS 2/05, n°211. V. aussi : Cass. civ. 2^{ème}, 8 nov. 2007, préc., n°81 : « *Lorsque le travail s'exécute dans les locaux d'une autre entreprise, l'employeur a le devoir de ses renseigner sur les dangers courus par les salariés* ».

³³⁵ S. Tournaux, L'intensité de l'obligation de sécurité de l'employeur : un traitement aux effets mal mesurés, Dr. ouvr. 2012, p. 571, spéc. p. 573.

³³⁶ Y. Pagnerre, Harcèlement entre salariés et responsabilité sans faute de l'employeur, JCP S 2011, 1565.

³³⁷ Cass. soc. 29 juin 2005, préc., note de bas de page n°295.

le résultat qui n'a pas été atteint semble correspondre au « *risque de dégradation de la santé du salarié* »³³⁸. Or, la Cour de cassation a considéré qu'il appartenait à l'employeur qui entendait déroger à l'interdiction de fumer dans les bureaux à usage collectif « *d'établir, après consultation du médecin du travail, du comité d'hygiène et de sécurité et des conditions de travail ou, à défaut, des délégués du personnel, un plan d'organisation ou d'aménagement destiné à assurer la protection des non-fumeurs* ». Si l'employeur avait pu prouver la mise en place d'un tel plan ou l'adoption de « mesures nécessaires » au respect de l'interdiction de fumer, la prise d'acte n'aurait probablement pas été prononcée à ses torts. La preuve d'une cause étrangère n'apparaissait pas nécessaire. Il était permis de penser que la preuve de l'absence de faute aurait suffi³³⁹. De même, dans un arrêt du 7 février 2007, la Cour de cassation relève que la Cour d'appel avait démontré que « *l'employeur avait connaissance de la situation de danger* »³⁴⁰. La chambre sociale ne caractérise donc pas une véritable obligation de sécurité de résultat ; « *le juge (...) [rechercherait] toujours la faute de l'employeur* »³⁴¹.

b) L'obligation de sécurité, une obligation de moyens

101. L'obligation de moyens, une solution cohérente - L'obligation de sécurité pesant sur l'employeur n'était-elle, en définitive, qu'une obligation de moyens ? Lorsque le créancier conserve une importante part d'initiative, la jurisprudence considère parfois que cette obligation est une obligation de moyens³⁴². En ce qui concerne le contrat de travail, le salarié n'est pas passif. Il est d'ailleurs lui-même tenu d'une obligation « horizontale »³⁴³ de sécurité³⁴⁴. Celle-ci a la nature d'une obligation de moyens³⁴⁵. Ainsi, comment expliquer la position de la Cour de cassation ?

³³⁸ En ce sens : M. Miné, ss. Cass. soc. 21 juin 2006 : D. 2006, jurispr., p. 2831, spéc. p. 2833.

³³⁹ V. cep. infra n°110.

³⁴⁰ Cass. soc. 7 févr. 2007 : non publié au Bull., n°05-44097, JCP S 2007, p. 249, note M. Véricel.

³⁴¹ S. Tournaux, préc., p. 574.

³⁴² V. not. : J. Flour, J.-L. Aubert, Y. Flour, E. Savaux, Droit civil. Les obligations, 3/Le rapport d'obligation, 7^{ème} éd., Sirey Université, 2011, n°204, p. 181 ; P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, Droit civil, Les obligations, 5^{ème} éd., Defrénois, 2011, n°948, p. 502 ; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, Droit civil. Les obligations, Dalloz, 10^{ème} éd., 2009, n°590, p. 600 ; G. Viney, P. Jourdain, Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité, 3^{ème} éd., LGDJ, 2006, n°552, p. 548.

³⁴³ P. Morvan, Securitas omnia corrumpit ou le principe selon lequel il incombe à l'employeur de protéger la sécurité et la santé des travailleurs, Dr. soc. 2007, p. 674, spéc. p. 682.

³⁴⁴ C. trav. art. L. 4122-1.

³⁴⁵ Le salarié doit agir selon ses possibilités. Cass. soc. 28 févr. 2002 : Bull. civ. V, n°82, n°00-41220 ; Dr. soc. 2002, p. 539 et l'étude de R. Vatinet, En marge des « affaires de l'amiante » : l'obligation de

102. La présomption de faute, une solution envisageable - S'agissait-il de dispenser le salarié d'apporter la preuve d'une faute de l'employeur ? Le juge aurait néanmoins pu consacrer l'existence d'une obligation de moyens et admettre une présomption de faute à l'encontre du débiteur³⁴⁶. Dans ce cas, la charge de la preuve aurait incombé à l'employeur. Il aurait dû prouver qu'il n'avait pas commis de faute³⁴⁷. La Cour de cassation a précisé sa position dans des arrêts ultérieurs.

B) Des incohérences corrigées

103. L'obligation de sécurité pesant sur l'employeur est une véritable obligation de résultat (1). Elle revêt, en réalité, un double aspect (2).

1) Une véritable obligation de résultat

104. La Cour de cassation a consacré l'existence d'une véritable obligation de résultat. Il s'agit d'une obligation de résultat renforcée.

a) Une solution consacrée

105. Une solution annoncée - Dans un arrêt du 21 juin 2006, la Cour de cassation a semblé caractériser l'existence d'une véritable obligation de résultat. « *L'employeur est tenu envers ses salariés d'une obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs dans l'entreprise, notamment en matière de harcèlement moral et*

sécurité du salarié, p. 533 - Cass. soc. 30 sept. 2005 : Bull. civ. V, n°278, n°04-40625 ; Dr. soc. 2006, p. 102, obs. J. Savatier ; D. 2006, jurisp., p. 973, note H. Kobina Gaba.

³⁴⁶ V. not. : R. Vatinet, En marge des « affaires de l'amiante » : l'obligation de sécurité du salarié, Dr. soc. 2002, p. 533, spéc. p. 537 : « *On pourrait imaginer une obligation de sécurité de résultat, stricte ou allégée, là où les salariés ont un rôle nécessairement peu actif (responsabilité du fait des produits ou des machines), et une obligation de moyens dans d'autres cas, où les salariés ont eux-mêmes un devoir de sécurité à respecter, étant entendu que l'obligation de moyens peut être elle-même différemment appréciée, en fonction du caractère plus ou moins dangereux de l'activité exercée par le débiteur* ».

³⁴⁷ Rapp. : Sauzet, v. supra, n°73. V. aussi : R. Demogue, Traité des obligations en général, I, Sources de obligations, t. V, Librairie Arthur Rousseau, 1925, n°1237, p. 540.

que l'absence de faute de sa part ne peut l'exonérer de sa responsabilité »³⁴⁸. Un auteur relevait néanmoins qu'il n'apparaissait pas, en l'espèce, que l'employeur avait mis en place une politique de prévention. En outre, l'employeur avait tardé à réagir³⁴⁹. Dès lors, il était permis de douter de la consécration d'une véritable obligation de sécurité, détachée de la reconnaissance d'une faute.

106. Une solution confirmée - Toutefois, dans des arrêts du 3 février 2010, la Cour de cassation décide « *que l'employeur tenu d'une obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs manque à cette obligation lorsqu'un salarié est victime sur le lieu de travail de violences physiques ou morales, exercées par l'un ou l'autre de ses salariés, quand bien même il aurait pris de mesures en vue de faire cesser ces agissements* »³⁵⁰.

107. Une solution cohérente - Ainsi, l'employeur « *ne peut s'exonérer de sa responsabilité ni en démontrant qu'il a fait en aval tout ce qui était en son pouvoir pour faire cesser les agissements coupables, ni en établissant en amont qu'il ne pouvait prévenir le dommage. C'est donc bien la logique de l'obligation de résultat qui triomphe de manière éclatante* »³⁵¹. Peu importe qu'aucune faute ne puisse être reprochée à l'employeur. Le harcèlement exercé par un salarié à l'encontre d'un autre suffit à démontrer que le résultat visé par l'obligation de sécurité n'est pas atteint³⁵². L'obligation patronale de sécurité peut alors paraître relativement lourde. « *Le respect de la réglementation est une condition nécessaire mais non suffisante du respect de l'obligation de sécurité...* »³⁵³. Une telle analyse n'est-elle pas artificielle?

³⁴⁸ Cass. soc. 21 juin 2006 : Bull. civ. V, n°223, n°05-43914 ; D. 2006, jurispr., p. 2831, note M. Miné ; JCP S 2006, 1566, note C. Leborgne-Ingelaere ; RDT 2006, p. 245, obs. P. Adam ; JCP G 2006, II, 10166, note F. Petit.

³⁴⁹ M. Miné ss. Cass. soc. 21 juin 2006 : D. 2006, jurispr., p. 2831, spéc. p. 2834.

³⁵⁰ Cass. soc. 3 févr. 2010 : Bull. civ. V, n°30, n°08-40144, n°08-44019 ; Dr. soc. 2010, p. 472, obs. C. Radé ; RDT 2010, p. 303, obs. M. Véricel ; JCP G 2010, 321, p. 592, note J. Mouly ; RJS 4/10, n°348 ; JCP S 2010, 1125, note C. Leborgne-Ingelaere. V. aussi : Cass. soc. 12 janv. 2011 : Bull. civ. V, n°14, n°09-70838 ; JCP S 2011, 1168, note M. d'Allende : « *Attendu, cependant, qu'il appartient à l'employeur qui considère injustifiée la prise d'acte de la rupture par un salarié qui, étant victime d'un accident du travail, invoque une inobservation des règles de prévention et de sécurité, de démontrer que la survenance de cet accident est étrangère à tout manquement à son obligation de sécurité de résultat* ». V. égal. : Cass. soc. 23 janv. 2013 : A paraître au Bull., n°11-18855 : JSL 2013, n°339, p. 15, note J.-E. Tourreil.

³⁵¹ J. Mouly, ss. Cass. soc. 3 févr. 2010, JCP G 2010, 321, p. 592, spéc. p. 593.

³⁵² J. Mouly, préc., p. 592, spéc. p. 593 : « *L'employeur a par hypothèse failli à son obligation de sécurité faute d'avoir su prévenir le harcèlement* »

³⁵³ P.-Y. Verkindt, ss. Cass. soc. 6 oct. 2010, JCP S 2011, 1043.

b) Une obligation de résultat renforcée

108. La force majeure, une cause d'exonération écartée - L'employeur ne pourrait-il pas faire valoir que le harcèlement d'un salarié par un autre est constitutif d'un cas de force majeure ? Dans ce cas, la responsabilité de l'employeur ne serait pas engagée³⁵⁴. La rupture ne serait pas pour autant exclue. Le juge pourrait prononcer la résiliation judiciaire du contrat, à la demande du salarié. Mais elle ne serait imputable ni à ce dernier, ni à l'employeur³⁵⁵. La prise d'acte ne produirait pas les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Elle pourrait produire les effets d'un licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse.

Cependant, la force majeure doit d'emblée être écartée en cas de harcèlement d'un salarié par un autre. En effet, la force majeure doit présenter trois caractères. L'évènement doit être imprévisible, irrésistible et extérieur³⁵⁶. Or, il n'est pas extérieur à l'employeur, lorsqu'il est imputable à un salarié dont l'employeur doit répondre³⁵⁷.

Qu'en est-il lorsque le salarié a subi des violences de la part d'une personne extérieure à l'entreprise ? La force majeure ne devrait-elle pas permettre à l'employeur de s'exonérer ? La Cour de cassation n'a pas retenu une telle analyse. Un salarié avait été agressé par l'épouse de l'employeur sur son lieu de travail. Selon la Cour d'appel, *« aucun manquement de l'employeur à son obligation de sécurité n'est caractérisé en raison de la cause étrangère exonératoire que constitue le fait d'agression, imprévisible et irrésistible, commis par son conjoint, tiers à la relation de travail »*. La Cour de cassation décide *« qu'en statuant ainsi, par des motifs impropres à établir le caractère irrésistible et imprévisible de l'évènement ayant pour effet de rendre impossible la poursuite du contrat de travail, la cour d'appel a violé les articles L. 4121-1 du code du travail et l'article 1148 du code civil »*³⁵⁸. Une telle

³⁵⁴ C. civ., art. 1148.

³⁵⁵ V. not. T. Genicon, La résolution du contrat pour inexécution, LGDJ, 2007, n°149, p. 111 : *« L'article 1184 du code civil s'applique à tous les cas d'inexécution, (...) le mode de résolution ne varie pas selon que le manquement est dû ou non à une faute du débiteur. La résolution est prononcée et non constatée. Le juge est en principe compétent, et dispose, en toute hypothèse, de son pouvoir d'apprécier de l'opportunité de la résolution. Il peut allouer des dommages-intérêts, même si bien évidemment ce pouvoir ne sera pas mis en œuvre si le manquement est la conséquence d'un cas de force majeure »*.

³⁵⁶ V. not. : Cass. soc. 16 mai 2012 : A paraître au Bull., n°10-17726 : *« Attendu que 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 évènement extérieur, imprévisible lors de la conclusion du contrat et irrésistible dans son exécution »*.

³⁵⁷ J. Mouly, ss. Cass. soc. 3 févr. 2010, JCP G 2010, 321, p. 592, spéc. p. 594.

³⁵⁸ Cass. soc. 4 avril 2012 : Bull. civ. V, n°116, n°11-10570, JCP S 2012, 1330, note D. Boulmier. V. cep. : Cass. soc. 26 sept. 2012 : non publié au Bull., n°10-16307 ; JCP S 2012, 1509, note D. Jacotot.

solution ne surprend pas ; la force majeure est rarement admise par la chambre sociale de la Cour de cassation. Elle peut néanmoins paraître sévère. De surcroît, lorsque l'employeur n'a pas mis en œuvre tous les moyens de prévention nécessaires, il s'expose à une « double condamnation ».

2) *Le double aspect de l'obligation de sécurité*

109. Une double indemnisation - Le comportement de l'employeur n'est pas sans incidence sur le montant de la réparation. En cas de harcèlement d'un salarié, la responsabilité de l'employeur est engagée ; peu importe qu'il ait mis en œuvre tous les moyens de prévention nécessaires. Mais s'il s'est en outre abstenu de prévenir le harcèlement, il s'expose au risque de devoir réparer un préjudice distinct. Dans un arrêt du 6 juin 2012, la Cour de cassation a considéré que les obligations résultant de l'article L. 1152-4 du code du travail (prévention du harcèlement)³⁵⁹ et de l'article L. 1152-1 (interdiction du harcèlement)³⁶⁰ « *sont distinctes en sorte que la méconnaissance de chacune d'elles, lorsqu'elle entraîne des préjudices différents, peut ouvrir droit à des réparations spécifiques* »³⁶¹. Une telle analyse a pu paraître artificielle. La Cour de cassation semble avoir voulu « sanctionner » plus lourdement l'employeur qui n'a pas mis en œuvre les moyens de prévention nécessaires. « *On ne peut qu'être frappé ici par l'utilisation à peine voilée de la responsabilité civile comme*

Dans cette affaire, un salarié responsable de magasin été agressé sur son lieu de travail par une personne extérieure à l'entreprise. Dans son arrêt, la Cour de cassation ne fait pas référence à une « obligation de résultat ». Elle s'intéresse au comportement de l'employeur : « *que la seule mesure prise à la fin de l'année 2006 était l'installation d'une caméra de surveillance placée à l'extérieur du magasin, que la proposition de soutien psychologique avait été faite le 2 août 2007 après la quatrième agression et retenu que cette proposition ne constituait pas une mesure de protection, que la proposition d'une mutation vers un autre magasin dont il n'est pas allégué qu'il était équipé d'un dispositif de sécurité était insuffisante et que les mesures de protection proposées par le salarié et par le CHSCT n'avaient pas été suivies d'effet* ». Dès lors, il était permis de se demander si la Cour de cassation entendait consacrer l'existence d'une obligation de moyens. Cependant, comme le souligne justement un auteur, une autre interprétation est possible : « *les juges ont constaté, en l'espèce, que l'employeur avait commis une faute d'abstention (...); le comportement de l'employeur étant répréhensible, il n'était pas techniquement nécessaire de viser l'obligation de résultat* » (D. Jacotot, ss. Cass. soc. 26 sept. 2012, JCP S 2012, 1509).

³⁵⁹ C. trav., art. L. 1152-4 : « *L'employeur prend toutes les dispositions nécessaires en vue de prévenir les agissements de harcèlement moral* ».

³⁶⁰ C. trav. art. L. 1152-1 : « *Aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de travail susceptibles de porter atteinte à ses droits ou sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel* ».

³⁶¹ Cass. soc. 6 juin 2012 : A paraître au Bull., n°10-27694 ; Lexbase Hebdo, éd. soc., n°490, 21 juin 2012, obs. C. Radé ; JCP S 2012, 1418, note Céline Leborgne-Ingelaere.

moyen de pénalisation du comportement de l'employeur, sous couvert de réparer un préjudice aux contours bien indéfinissables »³⁶².

110. Une logique double - En réalité, si l'employeur est tenu d'une obligation de sécurité de résultat, il est permis de penser que celle-ci revêt une double signification. Son non-respect est susceptible de découler d'une atteinte avérée à l'intégrité physique ou mentale d'un salarié. Dans ce cas, seule la preuve d'une force majeure permet à l'employeur de s'exonérer ; l'absence de faute et la mise en œuvre des mesures de prévention est inopérante³⁶³.

Mais la violation de l'obligation de sécurité peut également résulter de l'absence de mise en œuvre des dispositions légales et réglementaires relatives à la prévention. Autrement dit, le non-respect de l'obligation de prévention engage la responsabilité de l'employeur ; peu importe l'absence d'atteinte à l'intégrité physique ou mentale du salarié. La solution selon laquelle la non-fourniture d'un masque de protection constitue « *un manquement de l'entreprise (...) à son obligation de sécurité de résultat causant nécessairement un préjudice au salarié* » milite en faveur d'une telle analyse³⁶⁴. De même, la décision rendue à propos du tabagisme passif pourrait être interprétée en ce sens³⁶⁵. Dès lors, « *il ne s'agit plus de faciliter la réparation du dommage subi par le salarié, mais d'assurer l'effectivité du principe de prévention. En d'autres termes, la prévention est devenue ce résultat attendu de l'employeur* »³⁶⁶. Ainsi, en cas d'atteinte avérée à l'intégrité physique ou mentale d'un salarié, l'employeur encourt le risque de devoir réparer deux préjudices distincts, dès lors qu'il n'a pas pris les mesures de prévention nécessaires.

111. Les obligations « à fin de complément » découvertes par le juge sont relativement nombreuses. Leur nature et leur régime résultent principalement des décisions rendues par la

³⁶² C. Radé, ss. Cass. soc. 6 juin 2012, préc..

³⁶³ V. supra n°105 s.

³⁶⁴ Cass. soc. 30 nov. 2010 : Bull. civ. V, n°270, n°08-70390. V. not. sur l'implication du dommage dans l'inexécution de l'obligation : J. Carbonnier, Droit civil, Les obligations, t. 4, 21^{ème}éd. refondue, PUF Thémis, 1998, n°155. Cependant, l'existence d'un préjudice pourrait néanmoins être envisagée ; il s'agit de la crainte du salarié de subir ultérieurement une atteinte à son intégrité physique ou mentale. Serait ainsi visé un préjudice d'inquiétude. Rapp. : Cass. soc. 6 oct. 2010 : non publié au Bull., n°08-45609 ; RJS 1/11, n°47 - Cass. soc. 4 déc. 2012 : Bull. civ. V, n°, n°11-26294, JCP S 2013, 1042, note P. Plichon.

³⁶⁵ V. supra n°100.

³⁶⁶ S. Fantoni-Quinton et P.Y. Verkindt, Obligation de résultat en matière de santé au travail : à l'impossible, l'employeur est tenu ?, Dr. soc. 2013, p. 229, spéc. p. 231.

chambre sociale de la Cour de cassation. Leur fondement est, quant à lui, incertain. Qu'en est-il des obligations « à fin de révision » ?

SECTION 2 : DES OBLIGATIONS « A FIN DE REVISION »

112. Le juge ajoute au contrat de travail des obligations susceptibles de corriger la volonté des parties. Ces obligations, imposées exclusivement à l'employeur (§1), aboutissent parfois à une véritable révision du contrat (§ 2).

§ 1 : Des obligations imposées

113. Le juge révèle l'existence de diverses obligations « à fin de révision ». Ces obligations ont pour finalité l'adaptation du contrat. Elles sont généralement édictées à l'appui de la vie professionnelle du salarié (I). Mais certaines obligations semblent avoir pour finalité l'adaptation du contrat à la vie personnelle de ce dernier (II).

I) Des obligations à l'appui de la vie professionnelle du salarié

114. L'obligation d'adaptation et de reclassement a été consacrée par le juge (A). Malgré l'intervention du législateur, elle conserve une nature jurisprudentielle (B).

A) Une origine jurisprudentielle

115. L'existence de l'obligation d'adaptation et de reclassement a été admise par le juge en cas d'inaptitude physique du salarié et de licenciement pour motif économique.

116. Une obligation applicable en cas d'inaptitude - D'après le Conseil d'Etat, l'obligation de reclassement applicable en cas d'inaptitude physique du salarié a la valeur d'un principe général du droit³⁶⁷. La Cour de cassation, quant à elle, a longtemps refusé de consacrer l'existence de cette obligation. Elle estimait que si l'employeur ne s'était pas

³⁶⁷ CE 2 oct. 2002 : n° 227868 ; RJS 1/03, n°94.

contractuellement engagé à reclasser le salarié, il n'y était pas tenu³⁶⁸. En effet, « *l'employeur (...) [ne pouvait] se voir imposer unilatéralement, une modification d'un élément substantiel du contrat de travail* »³⁶⁹. Pourtant, elle est revenue sur cette solution. Elle a notamment admis, implicitement, l'existence d'une obligation de reclassement en cas d'inaptitude d'origine professionnelle. En effet, le licenciement n'était sans cause réelle et sérieuse que « *s'il était constaté qu'il n'avait pas été nécessaire de remplacer le salarié ou qu'un emploi auquel il pouvait prétendre était vacant au jour où il avait été en mesure de reprendre le travail* »³⁷⁰. En cas d'inaptitude d'origine non professionnelle, la position du juge a longtemps été incertaine. Dans certaines affaires, la Cour de cassation excluait l'existence d'une obligation de reclassement³⁷¹. Dans d'autres, elle paraissait l'admettre³⁷². Puis, la Cour a expressément consacré celle-ci sur le fondement de L. 4624-1 du code du travail³⁷³ relatif à l'action du médecin du travail³⁷⁴. Désormais, cette obligation résulte des articles L. 1226-10 et suivants du code du travail en cas d'inaptitude d'origine professionnelle³⁷⁵ et des articles L. 1226-2 et suivants en cas d'inaptitude d'origine non professionnelle³⁷⁶.

³⁶⁸ Cass. civ. 2 déc. 1955 : D. 1956, jurispr., p. 137 : « *Or, attendu qu'étant établi que la maladie dont se prévalait lui-même l'ouvrier ne lui permettait pas de reprendre le travail dans l'atelier où il avait été originellement affecté, l'employeur était en droit de se refuser à lui donner un autre emploi* ». V. aussi : Cass. civ. 18 mai 1938 : Gaz. Pal. 1938, 2, p. 275. V. égal. : Cass. soc. 18 déc. 1978 : Bull. civ. V, n°875, n°77-40445 - Cass. soc. 10 déc. 1985 : Bull. civ. V, n°597, n°83-42186 ; JCP E 1986, I, 15578, n°5, obs. B. Teyssié.

³⁶⁹ Cass. soc. 9 avril 1987 : Bull. civ. V, n°211, n°83-42186.

³⁷⁰ Cass. soc. 19 janv. 1977 : Bull. civ. V, n°36, n°76-40093. V. not. : F. Héas, Le reclassement du salarié en droit du travail, LGDJ, 2000, n°35, p. 38. V. égal. : Cass. soc. 16 déc. 1976 : non publié au Bull., n°75-40991. Dans cet arrêt, la chambre sociale relève que l'employeur avait offert au salarié « *après étude des reclassements possibles, un poste correspondant à sa situation de santé, d'une qualification et d'une rétribution inférieures à son emploi primitif* ». Le salarié ayant refusé l'emploi proposé, il avait été licencié. Or, la chambre sociale décide : « *que les juges d'appel qui ont apprécié la portée des preuves produites, ont pu déduire de ces éléments que le licenciement prononcé unilatéralement par l'employeur était fondé sur des causes réelles et sérieuses* ».

³⁷¹ V. la jurisprudence préc., note de bas de page n°368.

³⁷² V. not. : Cass. soc. 29 févr. 1984 : Bull. civ. V, n°77, n°81-42681. V. aussi : Cass. soc. 7 avril 1987 : Bull. civ. V, n°187, n°84-41665 ; JCP E 1987, II, 14981, p. 396, obs. P. Chaumette ; Dr. soc. 1987, p. 436, ccl. Av. gén. P. Franck, A propos du licenciement pour incapacité physique du salarié : les devoirs de l'employeur au regard de l'article L. 241-10-1, p. 432 ; Dr. ouvr. 1987, p. 327, note M. Bonnechère.

³⁷³ C. trav., anc. art. L. 241-10-1.

³⁷⁴ V. not. : Cass. soc. 29 nov. 1989 : Bull. civ. V, n°687, n°87-40129 - Cass. soc. 27 mars 1990 : non publié au Bull., n°87-41391 ; RJS 6/90, n°469 - Cass. soc. 8 juill. 1992 : Bull. civ. V, n°447, n°88-45802 ; RJS 8-9/92, n°973. V. aussi : Cass. soc. 22 oct. 1996 : Bull. civ. V, n°337, n°93-43787 ; Dr. soc. 1997, p. 8, obs. J. Savatier. V. égal. : CE 11 juin 1990 : n°84650 ; RJS 8-9/1990, n°696.

³⁷⁵ L'obligation de reclassement en cas d'inaptitude d'origine professionnelle résulte de la loi n°81-3 du 7 janvier 1981 (JO 8 janv. 1981, p. 191).

³⁷⁶ L'obligation de reclassement en cas d'inaptitude d'origine non professionnelle résulte de la loi n°92-1446 du 31 décembre 1992 (JO 1^{er} janv. 1993, p. 19).

117. Une obligation applicable en cas de licenciement pour motif économique - Le juge est également à l'origine de la reconnaissance d'une obligation d'adaptation et de reclassement en cas de licenciement pour motif économique. L'obligation de reclassement est une condition de ce licenciement. L'obligation d'adaptation a vocation à s'appliquer durant l'exécution du contrat.

118. L'obligation de reclassement, une condition du licenciement - La chambre sociale a admis dans un arrêt *Expovit* du 25 février 1992 que l'employeur « *tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois* »³⁷⁷. Puis, elle a décidé que « *le licenciement économique d'un salarié ne peut intervenir, en cas de suppression d'emploi, que si le reclassement de l'intéressé dans l'entreprise n'est pas possible* »³⁷⁸. Elle a précisé que « *l'employeur, doit (...) proposer aux salariés concernés des emplois disponibles de même catégorie, ou à défaut, de catégorie inférieure, fût-ce par voie de modification substantielle des contrats de travail* »³⁷⁹. En outre, « *les possibilités de reclassement des salariés doivent être recherchées à l'intérieur du groupe parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel* »³⁸⁰. Cette jurisprudence, maintes fois réaffirmée³⁸¹, marque la reconnaissance d'une obligation prétorienne

³⁷⁷ Cass. soc. 25 févr. 1992 : Bull. civ. V, n°122, n°89-41634 ; Dr. soc. 1992, p. 379 ; D. 1992, jurisp. p. 390, note M. Défossez ; D. 1992, som. p. 294, obs. A. Lyon-Caen ; JCP G 1992, I, 3610, n°8, obs. D. Gatumel ; RJS 4/92, n°421. V. aussi : Cass. soc. 23 sept. 1992 : Bull. civ. V, n°472, n°90-44466 ; JCP G 1993, II, 430, note J.-J. Serret ; Dr. soc. 1992, p. 922 ; RJS 11/92, n°1246.

³⁷⁸ Cass. soc. 1^{er} avril 1992 : Bull. civ. V, n°228, n°89-43494 ; Dr. soc. 1992, p. 480 ; RJS 5/92, n°598.

³⁷⁹ Cass. soc. 8 avril 1992 : Bull. civ. V, n°258, n°89-41548 ; Dr. soc. 1992, p. 626 ; JCP E 1992, II, 360, note J. Savatier ; RJS 5/92, n°598.

³⁸⁰ Cass. soc. 5 avril 1995 : Bull. civ. V, n°123, n°93-42690 ; Bull. civ. V, n°123, n°93-43866 ; RJS 5/95, n°497 ; D. 1995, jurisp., p. 503, note M. Keller ; JCP E 1995, II, 709, note G. Picca. V. aussi : Cass. soc. 2 avril 1996 : non publié au Bull., n°94-41673 ; RJS 5/96, n°525 - Cass. soc. 10 déc. 1996 : non publié au Bull., n°45-40703.

V. égal. la jurisprudence antérieure : Cass. soc. 25 juin 1992 : Bull. civ. V, n°420, n°90-41244 ; Dr. soc. 1992, p. 826, ccl. av. gén. R. Kessous.

³⁸¹ V. not. : Cass. soc. 8 juill. 1998 : non publié au Bull., n°96-42527 - Cass. soc. 7 oct. 1998 : Bull. civ. V, n°407, n°96-42812 ; TPS 1998, com. 385 - Cass. soc. 5 oct. 1999 : Bull. civ. V, n°368, n°97-41838 ; RJS 11/99, n°1356 - Cass. soc. 27 oct. 1999 : non publié au Bull., n° 97-43951 ; RJS 12/99, n°1449 - Cass. soc. 9 janv. 2002 : non publié au Bull. n°00-40437 ; RJS 3/02, n°277 - Cass. soc. 12 mars 2003 : non publié au Bull., n°00-46700 ; RJS 5/03, n°585 - Cass. soc. 18 nov. 2003 : non publié au Bull., n°01-44671 ; RJS 1/04, n°18 - Cass. soc. 14 janv. 2004 : Bull. civ. V, n°11 ; RJS 3/04, n°296 - Cass. soc. 7 juill. 2004 : non publié au Bull., n°02-44613 ; RJS 10/04, n°1017 - Cass. soc. 9 nov. 2004 : non publié au Bull., n° 02-44202 ; RJS 1/05, n°25 - Cass. soc. 7 déc. 2005 : non publié au Bull., n°03-45012 ; RJS 3/06, n°324 - Cass. soc. 14 déc. 2005 : non publié au Bull., n°03-47961 ; RJS 2/06, n°183.

d'adaptation et de reclassement. Cette dernière figure désormais à l'article L. 1233-4 du code du travail³⁸².

119. L'obligation d'adaptation, une « obligation continue » - L'obligation d'adaptation est une « modalité »³⁸³, une « facette »³⁸⁴ de l'obligation de reclassement. Le reclassement peut nécessiter « l'adaptation du salarié »³⁸⁵. La mise en œuvre de l'obligation d'adaptation est alors susceptible d'aboutir à une révision du contrat³⁸⁶. Toutefois, l'obligation d'adaptation n'est pas seulement une condition du licenciement pour motif économique. Elle consiste à adapter le salarié à son poste de travail durant l'exécution du contrat³⁸⁷. Dès lors, elle n'implique pas, à elle seule, une quelconque révision de ce dernier³⁸⁸. Elle n'est susceptible d'emporter une telle conséquence que lorsque sa mise en œuvre a pour finalité le reclassement du salarié. D'ailleurs, le législateur a consacré son existence à l'article L. 6321-1 du code du travail au sein d'un livre relatif à la formation professionnelle continue.

³⁸² Loi n°2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale (JO 18 janv). V. not. : P.-H. Antonmattei, L'obligation de reclassement préalable au licenciement pour motif économique : nouvelles dispositions, Dr. soc. 2002, p. 274. Le législateur a entendu consacrer la jurisprudence de la Cour de cassation. En ce sens, v. not. la décision du Conseil constitutionnel Décis. n°2001-455, DC du 12 janvier 2002 (JO 18 janv., p. 1053).

³⁸³ A. Martinon, Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée, Dalloz, 2005, n°134, p. 121 : « *On admettra que l'obligation d'adaptation et de reclassement se confondent, la première étant une modalité de la seconde : l'obligation de reclassement sera effectivement admise lorsque l'employeur aura tout mis en œuvre pour réaliser le reclassement, au besoin en procédant à l'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi* ».

³⁸⁴ F. Héas, Le reclassement du salarié en droit du travail, LGDJ, 2000, n°225, p. 172.

³⁸⁵ V. not. : Cass. soc. 18 févr. 1998 : Bull. civ. V, n°88, n°95-45502, n°96-43307- Cass. soc. 18 nov. 1998 : Bull. civ. V, n°499, n°96-42991 - Cass. soc. 14 janv. 2004 : Bull. civ. V, n°11, n°02-46678.

³⁸⁶ V. infra n°161.

³⁸⁷ En ce sens : A. Lyon-Caen, Le droit et la gestion des compétences, Dr. soc. 1992, p. 573, spéc. p. 579 : « *L'adaptation ne devrait pas se résumer au reclassement* ». V. aussi : F. Géa, Licenciement pour motif économique : l'obligation générale de reclassement. Une manifestation du « principe de l'ultime remède », RJS 2000, p. 511.

³⁸⁸ En ce sens, v. not. : A. Bouilloux, L'adaptabilité du contrat de travail, Dr. ouvr. 1997, p. 487, spéc. p. 489 : « *Vivace tout au long du contrat, le devoir d'adaptation impose à l'employeur de prévoir, d'anticiper, les évolutions pour adapter à temps les salariés en conséquence* » ; A. Lyon-Caen, Le droit et la gestion des compétences, Dr. soc. 1992, p. 573, spéc. p. 579 : « *Il est vrai que le premier [le devoir d'adaptation] fait corps avec le contrat, pendant toute son exécution, alors que l'obligation de reclassement ne semble « exigible » qu'au moment d'une décision de suppression ou de transformation d'emploi* ». V. aussi : B. Lardy-Pélissier, L'obligation de reclassement, D. 1998, Chron., p. 399, spéc. p. 401 ; F. Héas, Le reclassement du salarié en droit du travail, LGDJ, 2000, n°224, p. 173 : « *La finalité du devoir d'adaptation est de maintenir le salarié sur le même poste de travail. Or, la mise en œuvre de l'obligation de reclassement peut entraîner un changement de poste* ».

B) Un caractère jurisprudentiel persistant

120. Si l'obligation d'adaptation et de reclassement figure dans le code du travail, sa reconnaissance demeure parfois l'œuvre du juge (1). Il en est de même de la définition de son régime juridique (2).

1) Une source jurisprudentielle ponctuelle

121. L'inaptitude constatée à l'occasion d'examens périodiques - D'après les articles L. 1226-2 et L. 1226-10 du code du travail, l'obligation légale de reclassement en cas d'inaptitude physique n'a vocation à s'appliquer qu'à l'issue de la visite de reprise. Qu'en est-il lorsque la déclaration d'inaptitude intervient à l'occasion d'examens périodiques ? Doit-on considérer que l'esprit des articles L. 1226-2 et L. 1226-10 du code du travail commande leur application au cours de l'exécution du contrat de travail ? En réalité, ces articles ont pour but d'éviter que l'employeur soit tenté de laisser perdurer la suspension du contrat. C'est la raison pour laquelle il semble difficile d'interpréter ces textes « *comme imposant une obligation de reclassement dans les cas où le risque contre lequel la disposition a entendu lutter n'existe pas* »³⁸⁹. Pourtant, la chambre sociale de la Cour de cassation admet l'existence d'une obligation de reclassement en cours d'exécution du contrat. Elle se fonde, à cet égard, sur l'article L. 4624-1 du code du travail relatif au médecin du travail³⁹⁰.

2) Un régime jurisprudentiel

122. Le juge précise le régime juridique de l'obligation de reclassement (a). Il se prononce ainsi, implicitement, sur sa nature juridique (b).

³⁸⁹ J. Savatier, L'obligation de reclassement d'un salarié déclaré inapte à tout emploi dans l'entreprise, Dr. soc. 2005, p. 31, spéc. p. 32.

³⁹⁰ Cass. soc. 17 déc. 2003 : non publié au Bull., n°01-44444 ; RJS 3/04, n°304. V. aussi : Cass. soc. 4 janv. 2000 : non publié au Bull., n°97-43483 : « *L'article L. 241-10-1 du code du travail impose à l'employeur une obligation de reclassement du salarié déclaré inapte au cours de l'exécution du contrat de travail* ».

a) *Un régime juridique précisé par le juge*

123. Les conditions de mise en œuvre, le champ d'application et la sanction de l'obligation de reclassement sont définis, dans le silence de la loi, par la chambre sociale de la Cour de cassation.

124. Les conditions de mise en œuvre de l'obligation - D'après cette dernière, « *les recherches de reclassement doivent s'effectuer à compter du moment où le licenciement [pour motif économique] est envisagé* »³⁹¹. En ce qui concerne le contenu de l'obligation de reclassement en cas d'inaptitude, le juge décide que la proposition de reclassement doit être précise³⁹² ; le reclassement doit être recherché parmi les postes disponibles³⁹³. Ces précisions - à l'origine jurisprudentielles - figurent désormais dans la loi en cas de licenciement pour motif économique³⁹⁴.

125. Le champ d'application de l'obligation - Par ailleurs, le juge n'hésite pas à étendre le champ de l'obligation de reclassement. Celle-ci s'impose lorsqu'un plan de sauvegarde de l'emploi a été établi³⁹⁵ ou qu'une modification du contrat de travail pour motif économique a été proposée au salarié³⁹⁶. En outre, la Cour de cassation estime que l'avis d'inaptitude à tout

³⁹¹ V. not. : Cass. soc. 13 févr. 2008 : non publié au Bull., n°06-44036 ; RJS 4/08, n°390 - Cass. soc. 23 mai 2007 : non publié au Bull., n°05-45578 ; JCP S 2007, 1648 - Cass. soc. 4 déc. 2007 : Bull. civ. V, n°204, n°05-46073 ; JCP S 2008, 1186, note P.-Y. Verkindt - Cass. soc. 11 oct. 2006 : non publié au Bull., n°04-44082 ; RJS 1/07, n°29 - Cass. soc. 30 mars 1999 : Bull. civ. V, n°146, n°97-41265 ; RJS 5/99, n°645.

³⁹² Cass. soc. 6 févr. 2001 : Bull. civ. V, n°40, n°98-43272 ; RJS 4/01, n°433.

³⁹³ Cass. soc. 16 mai 2007 : non publié au Bull., n°06-41887. L'employeur n'est pas tenu d'imposer à un salarié une modification de son contrat de travail à l'effet de libérer son poste pour le proposer en reclassement à un salarié. En ce sens : Cass. soc. 15 nov. 2006 : Bull. civ. V, n°339, n°05-40408 ; JCP S 2007, 1020, note P.-Y. Verkindt.

³⁹⁴ L'article L. 1233-4 du code du travail précise que « *le reclassement du salarié s'effectue sur un emploi relevant de la même catégorie que celui qu'il occupe ou sur un emploi équivalent. A défaut, et sous réserve de l'accord exprès du salarié, le reclassement s'effectue sur un emploi d'une catégorie inférieure* ». Ces dispositions consacrent la jurisprudence antérieure. V. not. : Cass. soc. 8 avril 1992 : Bull. civ. V, n°258, n°89-41548 ; Dr. soc. 1992, p. 626 ; JCP 1992 E, II, 360, note J. Savatier ; RJS 5/92, n°598. Toutefois, l'article L. 1233-4 du code du travail prévoit également que « *les offres de reclassement proposées au salarié sont écrites et précises* ». Or, sur ce point, comme le souligne le Professeur Couturier, « [la loi] a prolongé la construction jurisprudentielle relative à l'obligation de reclassement en la complétant par cette double exigence censée donner à l'obligation plus d'effectivité » (G. Couturier, Les offres de reclassement, Dr. soc. 2006, p. 1151, spéc. p. 1153).

³⁹⁵ Cass. soc. 22 févr. 1995 : Bull. civ. V, n°66, n°93-43404 ; RJS 6/95, n°633 - Cass. soc. 1^{er} juill. 1997 : non publié au Bull., n°96-40789 ; TPS 1997, comm. 290 - Cass. soc. 7 juill. 1998 : Bull. civ. V, n°370, n°96-41565 ; RJS 8-9/98, n°966 ; TPS 1998, com. 319, obs. P.-Y. Verkindt ; RJS 8-9/98, n°966 - Cass. soc. 26 mars 2002 : Bull. civ. V, n°106, n°00-40898 ; RJS 6/02, n°665 - Cass. soc. 14 janvier 2004 : Bull. civ. V, n°11, n°02-46678 ; RJS 3/04, n°296.

³⁹⁶ Cass. soc. 31 mai 2005 : non publié au Bull., n°03-40840 ; JCP S 2005, 1053, note S. Darmaisin.

emploi « *ne dispense pas l'employeur de rechercher une possibilité de reclassement au sein de l'entreprise et, le cas échéant, du groupe auquel elle appartient ...* »³⁹⁷.

126. Le périmètre de l'obligation - Le périmètre de l'obligation de reclassement fait également l'objet d'une interprétation extensive³⁹⁸. L'employeur doit rechercher les possibilités de reclassement du salarié inapte dans son secteur d'activité ainsi que dans les autres secteurs d'activité de l'entreprise³⁹⁹. En outre, comme en matière de licenciement pour motif économique⁴⁰⁰, les possibilités de reclassement du salarié inapte doivent être appréciées à l'intérieur du groupe auquel appartient l'employeur, parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation lui permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel⁴⁰¹. En ce qui concerne le licenciement pour motif économique, la Cour de cassation précise que l'obligation s'applique « *même si certaines de ces entreprises sont situées à l'étranger, sauf à l'employeur à démontrer que la législation applicable localement aux salariés étrangers ne permet pas le reclassement* »⁴⁰². Elle décide également que

³⁹⁷ Cass. soc. 7 juill. 2004 : Bull. civ. V, n°196, n°02-47458 et Bull. civ. V, n°197, n°02-43141 ; Dr. soc. 2004, p. 1039, obs. B. Gauriau ; Dr. soc. 2005, p. 35, et l'étude de J. Savatier, L'obligation de reclassement d'un salarié déclaré par le médecin du travail inapte à tout emploi dans l'entreprise, p. 31 ; RJS 10/04, n°1028 ; SSL 19 juill. 2004, n°1178, p. 12, note F. Champeaux - Cass. soc. 10 mars 2004 : Bull. civ. V, n°84, n° 03-42744 ; Dr. soc. 2004, p. 556, obs. G. Couturier ; SSL 5 mars 2004, n°1163, p. 9, note F. Champeaux ; Dr. ouvr. 2004, p. 541, note F. Héas - Cass. soc. 19 oct. 2005 : Bull. civ. V, n°293, n°02-46173 ; JCP S 2005, 1401, note P.-Y. Verkindt - Cass. soc. 2 nov. 2005 : non publié au Bull., n°03-44895 ; JCP S 2006, 1006, note P.-Y. Verkindt - Cass. soc. 20 sept. 2006 : Bull. civ. V, n°283, n°05-40526 ; RJS 11/06, n°1171 ; JCP S 2006, 1861, note P.-Y. Verkindt - Cass. soc. 28 mars 2007 : non publié au Bull., n°06-41068 ; RJS 6/07, n°723. V. aussi : Cass. soc. 29 mai 1991 : Bull. civ. V, n°272 ; Dr. soc. 1991, p. 669, Ccl. Av. gén. Y. Chauvy, Portée de l'avis médical d'inaptitude totale dans la justification d'impossibilité de reclassement du salarié victime d'accident du travail, p. 663.

³⁹⁸ Sur la contestation de l'étendue de ce périmètre, v. infra n°246.

³⁹⁹ Cass. soc. 27 oct. 1993 : Bull. civ. V, n°250, n°90-42560 ; RJS 12/93, n°1189.

⁴⁰⁰ En ce qui concerne le licenciement pour motif économique, le périmètre de l'obligation de reclassement d'origine jurisprudentielle est désormais défini par l'article L. 1233-4 du code du travail. Le reclassement doit être recherché « *dans l'entreprise ou dans les entreprises du groupe auquel elle appartient* ». La jurisprudence continue néanmoins de faire référence au critère tenant à la permutation du personnel. Ce critère n'a pas été repris par le législateur. V. not. : Cass. soc. 4 déc. 2007 : Bull. civ. V, n°204, n°05-46073 ; JCP S 2008, 1186, com. P.-Y. Verkindt.

⁴⁰¹ Cass. soc. 24 oct. 1995 : Bull. civ. V, n°283, n°94-40188 ; RJS 12/95, n°1240 ; D. 1996, jurisp. p. 634, note G. Yamba ; JCP G 1996, II, 22954, com. A. Arséguet et P. Fadeuilhe. V. aussi : Cass. soc. 10 juill. 2002 : non publié au Bull., n°00-43948 ; Dr. soc. 2002, p. 1010, obs. J. Savatier - Cass. soc. 19 mai 1998 : Bull. civ. V, n°264, n°96-41265 ; RJS 7/98, n°846 - Cass. soc. 16 juin 1998 : Bull. civ. V, n°322, n°96-41877 ; RJS 8-9/98, n°975 - Cass. soc. 26 nov. 2002 : Bull. civ. V, n°354, n°00-41633 ; RJS 2/03, n°178 - Cass. soc. 6 févr. 2008 : non publié au Bull., n° 06-43944 - Cass. soc. 21 mai 2008, non publié au Bull., n°07-41742. V. aussi : Cass. soc. 16 nov. 2011 : non publié au Bull., n°10-19518, RJS 1/12, n°26. V. aussi : J. Savatier, ss. Cass. soc. 10 juill. 2002 : Dr. soc. 2002, p. 1010, spéc. p. 1012 ; A. Brice, Obligations de l'employeur au titre du reclassement du salarié inapte, JCP S 2008, 1408. Cet auteur relève que la définition du groupe est variable. En définitive, « *le seul critère retenu par la Cour de cassation est celui de la permutableté des salariés* ».

⁴⁰² Cass. soc. 4 déc. 2007 : Bull. civ. V, n°204, n°05-46073 ; JCP S 2008, 1186, note P.-Y. Verkindt. V. aussi : Cass. soc. 7 oct. 1998 : Bull. civ. V, n°407, n° 96-42812 ; RJS 11/98, n°1352.

l'employeur ne peut limiter ses offres en se fondant sur la volonté présumée du salarié de les refuser⁴⁰³. Toutefois, l'article L. 1233-4-1 du code du travail prévoit désormais que « *lorsque l'entreprise ou le groupe auquel elle appartient est implanté hors du territoire national, l'employeur demande au salarié, préalablement au licenciement, s'il accepte de recevoir des offres de reclassement hors de ce territoire, dans chacune des implantations en cause, et sous quelles restrictions éventuelles quant aux caractéristiques des emplois offerts, notamment en matière de rémunération et de localisation* »⁴⁰⁴.

127. La sanction de l'obligation - Enfin, selon la Cour de cassation, le non-respect de l'obligation de reclassement prive le licenciement pour motif économique de cause réelle et sérieuse⁴⁰⁵. Il en est de même en cas d'inaptitude d'origine non professionnelle⁴⁰⁶. En cas d'inaptitude d'origine professionnelle, le législateur a inscrit des dispositions spécifiques à l'article L. 1226-15 du code du travail. La jurisprudence en a précisé la portée. Elle décide, notamment, que l'indemnité prévue par ce texte est cumulable avec une indemnité conventionnelle qui vise à compenser la perte de l'emploi du salarié déclaré inapte⁴⁰⁷.

b) La nature juridique de l'obligation révélée par le juge

128. Le régime de la preuve révélateur de la nature de l'obligation - La chambre sociale de la Cour de cassation s'est prononcée sur la charge de la preuve en cas de manquement à l'obligation de reclassement. La solution retenue révèle la nature de cette obligation.

⁴⁰³ Cass. soc. 24 juin 2008 : Bull. civ. V, n°138, n°06-45870 à n°06-45876 ; JCP S 2008, 1522, note F. Dumont ; RDT 2008, p. 598, obs. J.-Y. Frouin ; Dr. soc. 2009, p. 116, obs. G. Couturier ; Cass. soc. 19 janv. 2011 : non publié au Bull., n°09-67876 ; JCP S 2011, 1216 - Cass. soc. 29 févr. 2012, non publié au Bull., n°10-26657.

⁴⁰⁴ Cette disposition résulte de la loi n°2010-499 du 18 mai 2010. Elle a pris le contre-pied de la jurisprudence antérieure. Cette dernière retenait une solution contestable. L'employeur se trouvait parfois contraint de proposer des postes à l'étranger à des conditions de salaire particulièrement défavorables. V. not. : F. Géa, Propositions indécentes en matière de reclassement, SSL 2009, n°1420, p. 2.

⁴⁰⁵ Cass. soc. 19 févr. 1992 : Bull. civ. V, n°100, n°90-46107 ; JCP E 1992, 162, n° 8, obs. D. Gatamel ; RJS 3/92, n°420. V. aussi : Cass. soc. 21 mars 2001 : non publié au Bull., n°99-43108 ; RJS 5/01, n°584 - Cass. soc. 19 nov. 2008 : non publié au Bull., n°07-44416 ; RJS 2/09, n°158.

⁴⁰⁶ V. not. : Cass. soc. 26 mai 2004 : non publié au Bull., n°02-43969.

⁴⁰⁷ V. not. : Cass. soc. 17 déc. 1997 : Bull. civ. V, n°454, n°95-44026 ; TPS 1998, com. 66, obs. P.-Y. Verkindt.

129. Une obligation de moyens renforcée - La charge de la preuve de l'impossibilité de reclassement pèse sur l'employeur⁴⁰⁸. Ainsi, pour certains, il s'agit d'« *une obligation de résultat atténuée* »⁴⁰⁹. Le salarié n'ayant pas été reclassé, le résultat n'a pas été atteint. « *L'atténuation tient au fait que, l'employeur pourra établir que, malgré ses efforts, il s'est trouvé dans l'impossibilité de parvenir au résultat recherché* »⁴¹⁰. Toutefois, la qualification d'« *obligation de résultat atténuée* » n'est pas satisfaisante⁴¹¹. L'employeur ne s'engage pas à atteindre un résultat déterminé. Il n'est pas tenu de parvenir au reclassement du salarié. Il doit rechercher des « *possibilités de reclassement* »⁴¹². En cas d'impossibilité de reclassement, le licenciement n'est pas nécessairement privé de cause réelle et sérieuse. L'obligation de reclassement n'est donc pas une obligation de résultat ; elle est une « *obligation de moyens* »

⁴⁰⁸ V. en cas d'inaptitude : Cass. soc. 28 oct. 2009 : non publié au Bull., n°08-44253 - Cass. soc. 28 mars 2007 : non publié au Bull., n°06-41088 ; RJS 6/07, n°724 - Cass. soc. 7 juill. 2004 : Bull. civ. V, n°194, n°02-47686, n°03-43906 ; RJS 10/04, n°1030 - Cass. soc. 14 déc. 2005 : non publié au Bull., n°04-40268 - Cass. soc. 10 juill. 2002 : non publié au Bull., n°00-43948 - Cass. soc. 13 février 1991 : non publié au Bull., n°87-42118. V. aussi : Cass. soc. 30 nov. 2010 : Bull. civ. V, n°271, n°09-66687. V. not. sur la charge de la preuve : H. Blaise, Une jurisprudence en pleine évolution : maladies et accidents non professionnels, inaptitude physique du salarié, RJS 1992, p. 83, spéc. n°45, p. 90.

V. not. en cas de licenciement pour motif économique : Cass. soc. 5 juill. 2011 : non publié au Bull., n°10-14625 ; RJS 10/11, n°767 - Cass. soc. 28 mai 2008 : Bull. civ. V, n°115, n°06-45572 ; RJS 8-9/08, n°873 - Cass. soc. 22 janv. 1998 : non publié au Bull., n°95-42278 - Cass. soc. 24 juin 1998 : non publié au Bull., n°96-42301 : « *Mais attendu, d'abord, qu'il appartient à l'employeur qui se prétend libéré de son obligation de reclassement d'en justifier* » - Cass. soc. 19 mars 1998 : non publié au Bull., n°95-45259 - Cass. soc. 19 nov. 1992 : Bull. civ. V, n°564, n°90-45970.

⁴⁰⁹ En ce sens : H. Blaise, préc., p. 90 ; F. Géa, Licenciement pour motif économique : l'obligation générale de reclassement. Une manifestation du « principe de l'ultime remède », RJS 2000, p. 511, spéc. p. 516 ; P. Bara, L'obligation de reclassement en matière de licenciement économique : une obligation de « résultat atténuée », JSL 2005, n°162, p. 4.

⁴¹⁰ H. Blaise, préc., n°45, p. 90. V. aussi : F. Géa, préc., p. 516.

⁴¹¹ En ce sens, v. not. : D. Corrignan-Carsin, La protection de l'emploi des salariés victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, D. 1981, Chron. p. 255, spéc. n°30, p. 264 ; B. Teyssié, La protection des salariés victimes d'accident du travail ou de maladies professionnelles, JCP G 1982, I, 3060 ; F. Héas, Le reclassement du salarié en droit du travail, LGDJ, 2000, n°162, p. 124 et n°164, p. 127 ; M. Del Sol, L'obligation prétorienne de reclassement en matière de licenciement économique : esquisse d'un régime juridique, JCP E 1995, 498.

V. aussi : A. Martinon, Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée, Dalloz, 2005, n°136 s., pp.122 s. ; A. Brice, Obligations de l'employeur au titre du reclassement du salarié inapte, JCP S 2008, 1408 ; G. Couturier, Vers un droit du reclassement, Dr. soc. 1999, p. 497, spéc. p. 501.

⁴¹² En ce sens, v. not. : Cass. soc. 5 avril 1995 : Bull. civ. V, n°123, n°93-42690, n°93-43866 ; RJS 5/95, n°497 ; D. 1995, jurisp., p. 503, note M. Keller ; JCP E 1995, II, 709, note G. Picca - Cass. soc. 24 oct. 1995 : Bull. civ. V, n°283, n°94-40188 ; RJS 12/95, n°1240 ; D. 1996, jurisp. p. 634, note G. Yamba ; JCP G 1996, II, 22954, com. A. Arséguet et P. Fadeuilhe - Cass. soc. 2 avril 1996 : non publié au Bull., n°94-41673 ; RJS 5/96, n°525 - Cass. soc. 16 juin 1998 : Bull. civ. V, n°322, n°96-41877 ; RJS 8-9/98, n°975 - Cass. soc. 2 juin 1999 : non publié au Bull., n°97-43134 - Cass. soc. 6 juill. 1999 : Bull. civ. V, n°333, n°96-45665 ; RJS 10/99, n°1237 ; TPS 1999, com. 388 - Cass. soc. 30 mars 1999 : Bull. civ. V, n°146, n°97-41265 ; RJS 5/99, n°645 - Cass. soc. 26 nov. 2002 : Bull. civ. V, n°354, n°00-41633 ; RJS 2/03, n°178 - Cass. soc. 20 sept. 2006 : Bull. civ. V, n°283, n°05-40526 ; RJS 11/06, n°1171 ; JCP S 2006, 1861, note P.-Y. Verkindt - Cass. soc. 7 juill. 2004 : Bull. civ. V, n°196, n°02-47458 et Bull. civ. V, n°197, n°02-43141 ; Dr. soc. 2004, p. 1039, obs. B. Gauriau ; Dr. soc. 2005, p. 35, et l'étude de J. Savatier, L'obligation de reclassement d'un salarié déclaré par le médecin du travail inapte à tout emploi dans l'entreprise, p. 31 ; RJS 10/04, n°1028 ; SSL 19 juill. 2004, n°1178, p. 12, note F. Champeaux.

renforcée »⁴¹³. Elle emporte une présomption de faute à l'égard de l'employeur défaillant. En prouvant l'impossibilité de reclassement, ce dernier démontre qu'il n'a pas commis de faute.

130. L'obligation d'adaptation et de reclassement revêt incontestablement un caractère prétorien. Mais la Cour de cassation ne s'en est pas tenue à la découverte d'obligations favorisant la vie professionnelle du salarié. La vie personnelle et familiale de ce dernier a parfois paru susciter la reconnaissance d'obligations « à fin de révision ».

II) Des obligations à l'appui de la vie personnelle du salarié

131. La chambre sociale de la Cour de cassation a semblé consacrer l'existence d'une obligation patronale d'adaptation à la vie personnelle du salarié (A). En réalité, l'employeur dispose d'un droit de refus. L'exercice de ce droit est néanmoins limité (B).

A) Une obligation envisagée

132. L'existence d'une obligation d'adaptation du contrat de travail, à la vie personnelle et familiale du salarié paraissait résulter d'un arrêt du 24 janvier 2007 rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation⁴¹⁴. La reconnaissance d'une telle obligation était contestable.

133. L'arrêt du 24 janvier 2007 - La protection de la liberté de choisir son domicile et l'exigence de bonne foi limitent traditionnellement l'exercice du pouvoir de direction de l'employeur. Selon la Cour de cassation, une clause en vertu de laquelle l'employeur se réserve « *le droit de modifier la région d'activité en demandant au salarié d'être domicilié sur cette région dans les six mois suivant ce changement d'affectation* »⁴¹⁵ porte atteinte à la liberté du salarié de choisir son domicile. De même, la clause de mobilité doit être mise en œuvre conformément à l'exigence de bonne foi et dans l'intérêt de l'entreprise⁴¹⁶. Ainsi,

⁴¹³ En ce sens : B. Lardy-Pélissier, L'obligation de reclassement, D. 1998, Chron., p. 399, spéc. p. 402.

⁴¹⁴ Cass. soc. 24 janv. 2007 : non publié au Bull., n°05-40639, D. 2007, jurisp., p.1480, note G. Loiseau ; JCP G 2007, II, 10110, note J. Mouly ; JSL 2007, n° 206, p. 10, note M. Hautefort ; JCP S 2007, 1243, com. S. Béal et A.-L. Dodet ; RDC 2007, p. 1220, note C. Radé.

⁴¹⁵ Cass. soc. 12 janv. 1999 : Bull. civ. V, n°7, n°96-40755 ; RJS 2/99, n°151 ; J. Richard de la Tour, RJS 2/99, p. 94 ; Dr. ouvr. 1999, p. 254, note P. Moussy ; RTD civ. 1999, p. 358, obs. J. Hauser.

⁴¹⁶ V. not. : Cass. soc. 4 avril 2006 : Bull. civ. V, n°132, n°04-43506 ; JCP S 2006, 1426 note Bossu - Cass. soc. 23 févr. 2005 : Bull. civ. V, n°64, n°04-45463 ; SSL 7 mars 2005, n°1205, p. 12 ; JCP E 2005, 1069, note D. Corrignan-Carsin ; JCP E 2005, 566, obs. S. Béal ; Dr. soc. 2005, p. 576, note J. Mouly ;

l'employeur « *fait un usage abusif de (...) [la clause de mobilité] en imposant au salarié, qui se trouvait dans une situation familiale critique, un déplacement immédiat dans un poste qui pouvait être pourvu par d'autres salariés* »⁴¹⁷. La liberté de choisir son domicile et l'exigence de bonne foi permettent au salarié de résister au pouvoir de direction de l'employeur.

Or, dans un arrêt du 24 janvier 2007, la Cour de cassation admet que la liberté de choisir son domicile et l'exigence de bonne foi sont susceptibles d'imposer une action positive à l'employeur⁴¹⁸. Une salariée exerçant les fonctions de vendeuse à Valenciennes avait été licenciée pour faute grave à l'issue de son congé parental. Au cours de celui-ci, elle avait sollicité sa mutation dans la région d'Avignon où son concubin avait lui-même été affecté. N'ayant pu obtenir satisfaction, elle avait refusé de reprendre son poste et avait été licenciée pour ce motif. La cour d'appel avait considéré que « *l'obligation de bonne foi n'impliquait pas, nonobstant les contraintes familiales de l'intéressée, l'obligation (...) de proposer (...) les postes disponibles dans la région d'Avignon* ».

La Cour de cassation a annulé la décision précédente au visa de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article L. 1221-1⁴¹⁹ du code du travail. La cour d'appel n'avait pas expliqué « *les raisons objectives qui (...) [s'opposaient] à ce que l'un des postes disponibles dans la région d'Avignon soit proposé à la salariée, contrainte de changer son domicile pour des raisons familiales sérieuses, alors, de surcroît, que la décision de l'employeur informé depuis plusieurs mois de cette situation, de maintenir son affectation à Valenciennes portait atteinte de façon disproportionnée à la liberté de choix du domicile de la salariée et était exclusive de la bonne foi contractuelle* »⁴²⁰.

RJS 5/05, n°477. V. aussi : Cass. soc. 14 oct. 2008 : Bull. civ. V, n°192, n°07-40523; JCP S 2008, 1668, note B. Bossu ; SSL 3 nov. 2008, n°1373, p. 11, obs. F. Champeaux et p. 13, entretien avec M.-F. Mazars ; RJS 12/08, n°1160.

⁴¹⁷ Cass. soc. 18 mai 1999 : Bull. civ. V, n°219, n°96-44315.

⁴¹⁸ Cass. soc. 24 janv. 2007, préc..

⁴¹⁹ Anc. C. trav., art. L. 120-4.

⁴²⁰ La référence faite à la liberté de choisir son domicile s'avère contestable. En effet, il résulte d'un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation « *qu'une mutation géographique ne constitue pas en elle-même une atteinte à la liberté fondamentale du salarié quant au libre choix de son domicile* » (Cass. soc. 28 mars 2006 : Bull. civ. V, n°126, n°04-41016 ; JCP S 2006, 1381, note P.-Y. Verkindt. ; JCP G 2006, II, 10209, note J. Mouly ; D. 2006, pan., p. 2004, obs. B. Lardy-Pélissier). Dès lors, comment justifier que le refus d'une mutation par l'employeur puisse constituer une telle atteinte ? V. sur ce point : J. Mouly, ss. Cass. soc. 24 janv. 2007, JCP G 2007, II, 10110. Le recours à la liberté de choisir son domicile aurait été justifié si le contrat de travail avait comporté une clause de résidence. En ce sens : S. Béal et A.-L. Dodet, ss. Cass. soc. 24 janv. 2007, JCP S 2007, 1243.

Autrement dit, le juge semblait avoir consacré, dans cet arrêt, le droit pour le salarié d'exiger sa mutation en raison de contraintes familiales⁴²¹.

134. Une obligation contestable - Admettre l'existence d'une obligation de muter un salarié en raison de contraintes familiales s'avérait contestable. Certes, la solution qui consiste à obliger l'employeur à prendre en compte la vie familiale du salarié n'est pas nouvelle. Il est acquis que l'employeur doit se préoccuper des conséquences qu'emporte l'exercice de son pouvoir de direction⁴²². Cependant, dans l'arrêt du 24 janvier 2007, la prise en considération de la vie familiale du salarié impose à l'employeur une action « positive ». Ce n'est pas l'exercice du pouvoir de direction qui a des répercussions sur la vie personnelle du salarié. Est en cause un événement sans lien avec le contrat de travail ou l'exercice du pouvoir de direction de l'employeur⁴²³. Cet événement ne rend pas « en soi » l'exécution du contrat plus difficile. La mutation du conjoint n'a aucune incidence « directe » sur l'exécution du contrat par le salarié. C'est parce que ce dernier entend suivre son conjoint que l'exécution du contrat s'avère plus difficile. C'est pourquoi il était permis de douter du bien-fondé de la reconnaissance d'une obligation d'adaptation du contrat en raison de contraintes familiales. Comme pour les convictions religieuses, les contraintes familiales « *n'entrent pas dans le cadre du contrat de travail* »⁴²⁴. Une chose est d'admettre que l'employeur doit mesurer les conséquences qu'emporte l'exercice de son pouvoir de direction sur la vie personnelle et familiale du salarié ; une autre est de considérer que l'employeur doit adapter le contrat de travail à la vie personnelle et familiale du salarié. Toutefois, une lecture plus approfondie de

⁴²¹ V. not. en ce sens : S. Béal et A.-L. Dodet, JCP S 2007, 1243. V. aussi : C. Radé, ss. Cass. soc. 24 janv. 2007, RDC 2007, p. 1220. Cet auteur s'interroge : « *la Cour de cassation consacrerait-elle, sous couvert de la bonne foi contractuelle (de l'employeur), le droit au rapprochement familial (du salarié) ?* ». V. égal. : J. Mouly ; JCP G 2007, II, 10110.

⁴²² V. not. sur ce point : M. Del Sol, Variations jurisprudentielles sur le lieu de travail, JCP S 2006, 1663, n°25 : « *Si on pousse à l'extrême le raisonnement, on peut considérer que, dans le souci d'éviter un contentieux, l'employeur doit s'interroger en amont sur les conséquences extra-professionnelles pour chaque salarié concerné de l'application de ses décisions. Il ne peut plus faire l'économie d'une telle démarche. Cela va complètement à l'encontre de toute logique managériale* ».

⁴²³ V. not. G. Loiseau, ss. Cass. soc. 24 janv. 2007, D. 2007, jurispr., p. 1480, spéc. n°2, p. 1481 : « *[L'obligation de bonne foi] est mise au service de l'intérêt personnel de l'autre partie, un intérêt qui plus est extracontractuel puisque la préservation de la vie familiale comme le libre choix du domicile sont étrangers à la réalisation de l'opération contractuelle et relèvent avant tout d'un domaine réservé à la personne du salarié* ».

⁴²⁴ Cass. soc. 24 mars 1998 : Bull. civ. V, n°171, n°95-44738 ; RJS 6/98, n°701. Dans cette affaire, un salarié de confession musulmane avait été engagé en qualité de boucher dans un magasin d'alimentation de détail. En contact avec de la viande de porc et estimant que cette situation n'était pas compatible avec ses convictions religieuses, il avait sollicité une mutation dans un autre service. La Cour de cassation avait estimé que le refus de l'employeur était justifié. V. aussi sur ce point : G. Loiseau, ss. Cass. soc. 24 janv. 2007 : D. 2007, jurispr., p. 1480, spéc. n°3, p. 1481

cet arrêt - au demeurant non publié - ainsi que des décisions postérieures conduit à exclure la reconnaissance d'une obligation d'adaptation à la vie personnelle et familiale du salarié.

B) Un droit de refus limité

135. La Cour de cassation n'impose pas à l'employeur de muter le salarié qui en ferait la demande. L'employeur dispose d'un droit de refus (1). L'exercice de ce droit ne doit pas être abusif (2).

1) Le refus, un droit consacré

136. Des raisons objectives susceptibles de justifier le refus - Il résulte de l'arrêt du 24 janvier 2007 que lorsque le salarié sollicite l'adaptation de son contrat, l'employeur doit s'efforcer d'y répondre favorablement. Toutefois, il n'est pas tenu d'y faire droit. « *La Cour de cassation n'impose pas à l'employeur de créer un poste pour les besoins de la cause* »⁴²⁵. Des « raisons objectives » semblent pouvoir justifier son refus⁴²⁶.

137. L'absence de droit acquis à une mutation - D'ailleurs, dans un arrêt du 28 octobre 2009, la Cour de cassation décide que le salarié n'a « *pas de droit acquis à une mutation* »⁴²⁷. Elle relève que « *l'employeur en cherchant une autre affectation pour sa salariée, avait pris loyalement en considération son souhait de se rapprocher de la région parisienne pour rejoindre son mari qui y avait été muté et que l'absence de proposition d'un poste ne constituait pas en soi une mesure à caractère discriminatoire de la part de l'employeur* ».

138. L'exercice du pouvoir de direction - Cette analyse est confirmée dans un arrêt du 12 septembre 2012⁴²⁸. Dans cette affaire, la Cour de cassation relève « *que le refus de l'employeur d'accéder à la demande de modification d'horaires de travail formulée par la salariée à l'issue de son congé de maternité résultait de l'exercice légitime de son pouvoir de direction sans porter abusivement atteinte au droit à une vie personnelle et familiale* ».

⁴²⁵ M. Hautefort, ss. Cass. soc. 24 janv. 2007, JSL 2007, n°206, p. 9-10.

⁴²⁶ Sur cette notion, v. not. : J. Mouly, ss. Cass. soc. 24 janv. 2007, JCP G 2007, II, 10110 ; S. Béal et A.-L. Dodet, JCP S 2007, 1243.

⁴²⁷ Cass. soc. 28 oct. 2009 : non publié au Bull., n° 08-41883 ; RJS 1/10, n°10.

⁴²⁸ Cass. soc. 12 sept. 2012 : non publié au Bull., n°11-21494 ; RJS 12/12, n°938.

Autrement dit, l'employeur peut refuser la demande d'un salarié consistant en une modification de ses horaires. Pour autant, l'exercice de ce droit ne doit pas être abusif.

2) *L'abus, une limite justifiée*

139. Le refus encadré - Dans l'arrêt du 24 janvier 2007, la Cour de cassation admet que l'employeur peut refuser la demande du salarié dès lors qu'il justifie de « raisons objectives »⁴²⁹. Dans la décision rendue le 28 octobre 2009, le juge s'interroge sur la question de savoir si l'employeur a pris en considération, « loyalement », la demande du salarié⁴³⁰. Enfin, dans l'arrêt du 12 septembre 2012, la Cour de cassation énonce qu'en l'espèce, l'exercice du droit de refus ne portait pas « *abusivement atteinte au droit à une vie personnelle et familiale* »⁴³¹. Autrement dit, l'employeur doit avoir examiné la demande du salarié au regard des contraintes de l'entreprise⁴³². Son refus doit être justifié par l'intérêt de cette dernière. A défaut, il est caractéristique d'un abus que le salarié devrait prouver⁴³³.

140. Il n'existe pas d'obligation patronale d'adaptation à la vie personnelle du salarié. Seules les obligations d'adaptation - au poste de travail - et de reclassement constituent de véritables obligations « à fin de révision » insérées par le juge dans le contrat. Leur reconnaissance n'aboutit-elle pas à une révision pour imprévision ?

§ 2 : *Des obligations contestées*

141. La révision judiciaire pour imprévision est prohibée (I). Cependant, les obligations d'adaptation et de reclassement ne semblent pas faire échec à cette interdiction. En effet, le juge se borne à reconnaître l'existence d'une obligation de renégociation (II).

⁴²⁹ Cass. soc. 24 janv. 2007, préc. n°133.

⁴³⁰ Cass. soc. 28 oct. 2009, préc..

⁴³¹ Cass. soc. 12 sept. 2012, préc. n°138.

⁴³² M. Hautefort, JSL 2007, n° 206 p. 9-10 : « *La Cour de cassation n'impose pas à l'employeur de créer un poste pour les besoins de la cause, le reproche qu'elle lui fait est justifié par l'existence de postes disponibles là où le salarié souhaitait être affecté. Elle ne l'oblige pas à sacrifier l'intérêt de l'entreprise à celui du salarié. L'intérêt de l'entreprise reste souverain mais, dans la mesure où il n'est pas menacé, pourquoi ne pas satisfaire à celui du personnel ?* »

⁴³³ Or, telle n'est pas, semble-t-il, l'analyse de la Cour de cassation. V. : Cass. soc. 24 janv. 2007, préc. n°133. L'employeur doit expliquer les raisons objectives qui s'opposent à la mutation.

I) La révision judiciaire, une solution prohibée

142. Le juge refuse d'admettre la révision judiciaire pour imprévision (A). Il a néanmoins assoupli sa solution (B).

A) Une solution jurisprudentielle

143. L'interdiction jurisprudentielle de la révision pour imprévision est une solution ancienne (1). Elle s'avère originale (2).

1) Une solution ancienne

144. L'affaire du canal de Craponne - Lorsque le contrat est à exécution successive, un changement de circonstances imprévisible lors de sa conclusion peut rendre son exécution particulièrement onéreuse pour l'une des parties. Ce contractant désavantagé peut-il obtenir la révision judiciaire du contrat ? Dès 1876, la Cour de cassation a répondu par la négative⁴³⁴. Peu importe qu'un bouleversement du contexte économique, politique, social ou monétaire, postérieur à la conclusion du contrat, rende l'exécution de celui-ci ruineuse pour l'une des parties.

145. Les justifications - A la lecture de l'article 1134, alinéa 1^{er}, du code civil, cette solution peut paraître justifiée⁴³⁵. Si le juge est autorisé à réviser le contrat, qu'advient-il de la force obligatoire de ce dernier ? « *Le contrat révisé n'a plus du contrat que le nom* »⁴³⁶. En outre, permettre la révision judiciaire revient à abandonner le contrat aux mains du juge. Or, l'appréciation arbitraire de celui-ci ne risque-t-elle pas de compromettre la sécurité

⁴³⁴ Cass. civ. 6 mars 1876 : D. 1876, 1, p. 193, note A. Giboulot ; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t. 2, 12^{ème} éd., Dalloz, 2008, n°165, p. 183 : « *Dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, 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 contractants* ».

⁴³⁵ M. Lalou, La révision des contrats par le juge en droit français, in Rapport général, La révision des contrats par le juge, Travaux de la semaine internationale de droit, Paris, Sirey, 1937, p. 45, spéc. p. 51 : « *Aux termes de l'article 1134 C. civ. les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites de telle sorte que les tribunaux ne peuvent qu'appliquer les conventions, non les modifier* ».

⁴³⁶ J.-P. Niboyet, La révision des contrats par le juge. Rapport général, La révision des contrats par le juge, Travaux de la semaine internationale de droit, Paris, Sirey, 1937, p. 1, spéc. p. 11.

contractuelle⁴³⁷ ? Par ailleurs, « on peut présumer qu'un contrat judiciairement révisé sera souvent voué à l'échec. On ne peut exclure en effet un sentiment de frustration de la part du « révisé »⁴³⁸. Enfin, la révision appelle la révision⁴³⁹. « Admettre la révision dans un cas, c'est risquer de mettre le cocontractant dans l'impossibilité d'exécuter les obligations assumées par lui dans d'autres contrats et par là même provoquer un déséquilibre généralisé⁴⁴⁰ ». Pourtant, la position de la Cour de cassation s'avère originale.

2) Une solution originale

146. Seul le juge judiciaire refuse d'admettre la révision pour imprévision (a). Cette solution est propre au droit français (b).

a) Une spécificité du juge judiciaire

147. L'arrêt *Gaz de Bordeaux* - Le Conseil d'Etat a admis, implicitement, la théorie de l'imprévision dans un arrêt du 30 mars 1916⁴⁴¹. Dans cette affaire, la Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux ne pouvait plus supporter l'aggravation des charges résultant de la hausse des prix du charbon en appliquant les tarifs prévus dans l'acte de concession. Le Conseil d'Etat a estimé que si la compagnie devait continuer d'assurer le service, elle devait seulement supporter les conséquences « que l'interprétation raisonnable du contrat permet de laisser à sa charge ». Pour le reste, la ville de Bordeaux était tenue de verser une indemnité

⁴³⁷ V. not. : D. Mazeaud, La révision du contrat, LPA, 30 juin 2005, n°129, p. 4, spéc. n°25. V. aussi : F. Terré, Y. Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t. 2, 12^{ème} éd., Dalloz, 2008, n°165, p. 189 « Les tribunaux ont craint, d'une part, que les contractants de mauvaise foi ne cherchent à se dérober à leurs engagements, d'autre part, que l'arbitraire du juge, favorisant l'instabilité du contrat, ne se retourne contre la sécurité juridique ». V. égal. : P. Stoffel-Munck, Le juge et la stabilité du contrat, in le renouveau des sanctions contractuelles, ss. la direction de F. Collart-Dutilleul et C. Coulon, Etudes juridiques, vol. 28, Economica, 2007, p. 121, spéc. p. 139.

⁴³⁸ T. Genicon, Théorie de l'imprévision ... ou de l'imprévoyance, D. 2010, p. 2485, spéc. p. 2488. V. aussi : P. Stoffel-Munck, préc., p. 140.

⁴³⁹ J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, Droit civil. Les obligations, 1/ l'acte juridique, 15^{ème} éd., Sirey Université, 2012, n°410, p. 336 : « Le contractant qui la subit, pour les opérations où il est débiteur d'une somme d'argent, la demande à son tour pour celles où c'est sa créance qui est pécuniaire (...) et ainsi de suite. Pour remédier à un déséquilibre qui ne s'est parfois manifesté que dans un secteur déterminé de l'économie, on risquerait alors par un jeu de réactions en chaîne impossible à limiter et même à prévoir, de provoquer un déséquilibre généralisé. C'est le phénomène classique des « incidences » ... ».

⁴⁴⁰ H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t. 2, 12^{ème} éd., Dalloz, 2008, n°165, p. 190.

⁴⁴¹ CE 30 mars 1916 : D. 1916, III, p. 25, ccl. Chardenet ; M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé et B. Genevois, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 16^{ème} éd., Dalloz, 2007, n°31, p. 191.

« d'imprévision ». Autrement dit, si un évènement imprévisible et extérieur à la volonté des parties entraîne un bouleversement de l'économie du contrat, le contractant lésé peut obtenir provisoirement une contrepartie financière⁴⁴².

b) Une spécificité du droit français

148. Droit comparé - De nombreux systèmes juridiques étrangers admettent la théorie de l'imprévision⁴⁴³. Tel est notamment le cas des codifications européennes les plus récentes⁴⁴⁴. Ainsi, le code civil allemand (§ 313 BGB) et le code civil néerlandais (art. 6.258) consacrent la révision pour imprévision⁴⁴⁵. De même, dans le silence des textes, les juges acceptent fréquemment celle-ci⁴⁴⁶.

149. Les principes Unidroit et les principes du Droit européen des contrats - Les articles 6.2.3 des Principes Unidroit et 6 : 111 des principes du Droit européen des contrats prévoient, en cas de changements de circonstances⁴⁴⁷, une obligation de renégocier le contrat. Si les négociations échouent, le juge peut soit mettre fin au contrat, soit l'adapter⁴⁴⁸.

⁴⁴² V. not. sur la justification traditionnelle de cette solution, les observations de B. Fauvarque-Cosson, Le changement de circonstances, RDC 2004, p. 67, spéc. p. 73. V. aussi : D. Tallon, La révision pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé, Mélanges Sayag, Litec, 1997, p. 403, spéc. p. 404.

⁴⁴³ V. not. : Y. Picod, Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, LGDJ, 1989, n°197 s., pp. 220 s. ; D. Tallon, La révision pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé, Mélanges Sayag, Litec, 1997, p. 403 s., spéc. p. 406 ; B. Fauvarque-Cosson, Le changement de circonstances, RDC 2004, p. 67 s., spéc. p. 74 ; Projet de cadre commun de référence, Terminologie contractuelle commune, Association Henri Capitant des amis de la culture Juridique Française, Société de Législation Comparée, vol. 6, 2008, pp. 256 et 257.

⁴⁴⁴ V. les nombreux exemples de textes relatifs à l'imprévision en Amérique, en Europe ou dans les pays arabes cités par le Professeur Mekki, (Hardship et révision des contrats, 1. Quelle méthode au service d'une harmonisation entre les droits, JCP G 2010, 1219, n°8). V. cep. les exemples d'Etats n'ayant pas consacré de mécanisme général de révision pour imprévision : M. Mekki, préc., n°14. V. aussi sur les systèmes de Common law : Y.-M. Laithier, L'incidence de la crise économique sur le contrat dans les droits de common law, RDC 2010, p. 407.

⁴⁴⁵ V. not. : B. Fauvarque-Cosson, préc., p. 74.

⁴⁴⁶ En Suisse, la jurisprudence se fonde sur l'article 2 du code civil suisse relatif à la bonne foi. V. not. : B. Fauvarque-Cosson, préc., p. 74. V. également sur la jurisprudence allemande antérieure à la réforme du 1^{er} janvier 2002 : Projet de cadre commun de référence, Terminologie contractuelle commune, Association Henri Capitant des amis de la culture Juridique Française, Société de Législation Comparée, vol. 6, 2008, p. 257. V. aussi : Y. Picod, Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, LGDJ, 1989, n°199, pp. 221 s. La jurisprudence allemande se fondait sur l'article § 242 BGB relatif à la bonne foi. V. égal. les nombreux exemples cités par le Professeur Mekki (M. Mekki, Hardship et révision des contrats, 1. Quelle méthode au service d'une harmonisation entre les droits, JCP G 2010, 1219, n°8).

⁴⁴⁷ Les principes Unidroit font référence à la notion de « hardship ».

⁴⁴⁸ A propos du Draft common frame of reference préparé par le Study Group on a European Civil Code And the Research Group on EC Private Law, V. : M. Mekki, Hardship et révision des contrats, 1. Quelle méthode au service d'une harmonisation entre les droits, JCP G 2010, 1219, n°8.

B) Une solution assouplie

150. En droit français, la révision judiciaire pour imprévision est prohibée par le juge judiciaire. Cependant, « *quelques fissures, quelques lézardes sont apparues sur le Canal de Craponne* »⁴⁴⁹. Cet assouplissement a été consacré par le juge (1). La révision judiciaire pour imprévision a d'ailleurs été consacrée par la plupart des projets de réforme (2).

1) Un assouplissement consacré

151. La révision judiciaire pour imprévision est suggérée par une partie de la doctrine (a). La Cour de cassation n'a pas consacré ces thèses doctrinales. Elle a néanmoins nuancé sa jurisprudence *Canal de Craponne* (b).

a) Une révision suggérée

152. Un facteur de sécurité contractuelle - De nombreux auteurs estiment que la révision pour imprévision doit être admise. En effet, la crainte du juge s'est estompée. Celui-ci a généralement « *fait preuve d'une sagesse et d'une modération qui ont été unanimement saluées* »⁴⁵⁰. Par ailleurs, il apparaît que la fixité n'assure pas nécessairement la sécurité contractuelle. En réalité, « *si les circonstances dévalorisent complètement la créance, monétaire ou non monétaire, ce n'est que par une révision que sera garantie une sécurité réelle au cocontractant* »⁴⁵¹.

153. Une application du principe de la force obligatoire - A cet égard, la révision ne constitue pas nécessairement une atteinte à la force obligatoire du contrat. A l'inverse, elle constituerait une application du principe de la force obligatoire. « *La prévisibilité des parties renvoie aussi au futur contractuel. Il s'agit de respecter l'équilibre voulu par les parties au stade même de l'exécution (...). C'est encore respecter la force obligatoire du contrat que*

⁴⁴⁹ D. Mazeaud, La révision du contrat, LPA, 30 juin 2005, n°129, p. 4, n°26.

⁴⁵⁰ Ibid.

⁴⁵¹ P. Stoffel-Munck, Regards sur la théorie de l'imprévision, vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain, PUAM, 1994, n°64 p. 51 : « *on passe d'une sécurité statique, trompeuse, à une sécurité dynamique, authentiquement protectrice des prévisions contractuelles* ».

d'essayer de respecter le but voulu par les parties »⁴⁵². « La volonté des parties serait ainsi conçue de manière dynamique et non statique »⁴⁵³.

154. Un facteur de stabilité contractuelle - Enfin, dans certaines hypothèses, l'adaptation judiciaire du lien contractuel *« constitue la seule alternative à l'inexécution du contrat »⁴⁵⁴*. Elle *« apparaît alors comme un facteur de stabilité, de continuité, dans la mesure où elle seule permet de sauver un contrat promis, dans une vision classique, à une disparition certaine »⁴⁵⁵*. Dès lors, la jurisprudence *Canal de Craponne* s'avère contestable.

b) Une interdiction nuancée

155. La reconnaissance d'une obligation de renégociation - Dans un arrêt *Huard*, la Cour de cassation a condamné une compagnie pétrolière en raison des prix qu'elle pratiquait à l'égard de l'un de ses distributeurs⁴⁵⁶. Ce dernier n'était plus en mesure de faire face à la concurrence compte tenu du mécanisme de prix prévu par le contrat. La chambre commerciale de la Cour de cassation a considéré *« qu'en privant M. X... des moyens de pratiquer des prix concurrentiels, la société BP n'avait pas exécuté le contrat de bonne foi »*. Elle a réaffirmé sa solution dans un arrêt *Chevassus-Marche*⁴⁵⁷. Il en résulte que l'interdiction de la révision judiciaire pour imprévision demeure⁴⁵⁸. Le juge s'octroie néanmoins la faculté

⁴⁵² M. Mekki, *Hardship et révision des contrats*, 1. Quelle méthode au service d'une harmonisation entre les droits, JCP G 2010, 1219, n°12. V. aussi : C. Jamin, *Révision et intangibilité du contrat*, Dr. et pat., 1998, p. 46, spéc. n°58, p. 52 : *« Ne pourrait-on pas reconnaître la théorie de l'imprévision au nom même de la prévisibilité contractuelle (mais une prévisibilité limitée) qui a jusqu'à présent servi à la condamner »*.

⁴⁵³ M. Mekki, préc., n°12.

⁴⁵⁴ D. Mazeaud, *L'arrêt Canal « moins » ?*, D. 2010, p. 2481, spéc. p. 2483.

⁴⁵⁵ D. Mazeaud, *La révision du contrat*, LPA, 30 juin 2005, n°129, p. 4, spéc. n°6.

⁴⁵⁶ Cass. com. 3 nov. 1992 : Bull. civ. IV, n°338, n°90-18547 ; JCP G 1993, II, 22164, note G. Virassamy ; RTD civ. 1993, p. 124, obs. J. Mestre.

⁴⁵⁷ Cass. com. 24 nov. 1998 : Bull. civ. IV, n°277, n°96-18357 ; Rép. Defr. 1999, art. 36953, p. 371, obs. D. Mazeaud ; RTD civ. 1999, p. 98, obs. J. Mestre ; JCP G 1999, I, 143, n°6, obs. C. Jamin. V. aussi : CA Nancy 26 sept. 2007, n°06/02221 : D. 2008, p. 1120, note M. Boutonnet ; JCP G 2008, II, 10091, note M. Lamoureux. Dans cette affaire, la cour d'appel admet sur le fondement des articles 1134, alinéa 3 et 1135 du code civil, l'existence d'une obligation de renégociation. V. cep. : Cass. 3^{ème} civ., 10 déc. 2003 : non publié au Bull., n°02-14990.

⁴⁵⁸ En faveur de la « caducité pour imprévision » : Cass. com. 29 juin 2010 : non publié au Bull., n°09-67369 ; D. 2010, p. 2481, note D. Mazeaud ; D. 2010, p. 2484, note T. Genicon ; RTD civ. 2010, p. 782, obs. B. Fages ; JCP G 2010, 1056, note T. Favario ; Dr. et pat. 2011, n° 200, p. 68, obs. P. Stoffel-Munck ; RDC, 2011, p. 34, obs. E. Savaux. La Cour de cassation a admis implicitement dans cet arrêt la caducité d'un contrat à exécution successive pour imprévision, sur le fondement de la cause. Cette décision a été critiquée par une partie de la doctrine. Elle serait inopportune ; elle emporterait un effet mécanique qui ne paraît pas souhaitable. V. not. : T. Genicon, *Théorie de l'imprévision ... ou de l'imprévoyance*, D. 2010, p. 2485.

d'imposer, sur le fondement de la bonne foi, une obligation de renégociation⁴⁵⁹. Mais les projets de réforme du droit des obligations envisagent, quant à eux, la révision judiciaire pour imprévision.

2) Une révision projetée

156. Les projets de réforme⁴⁶⁰ - A l'exception de l'avant-projet Catala⁴⁶¹, les différents projets de réforme du droit des contrats sont favorables à la révision judiciaire de ces derniers en cas d'imprévision. Ainsi, l'article 136 du projet de réforme du droit des obligations proposé par la Chancellerie en juillet 2008 autorise, sous certaines conditions, la révision pour imprévision⁴⁶². Si un changement de circonstances rend l'exécution du contrat particulièrement onéreuse pour l'une des parties, celle-ci peut demander une renégociation à son cocontractant. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, le juge est autorisé à réviser le contrat. Toutefois, l'accord des parties est indispensable. A défaut, le juge peut simplement mettre fin à l'accord⁴⁶³.

⁴⁵⁹ La portée de ces arrêts a néanmoins été discutée. V. not. à propos de l'arrêt *Huard* : C. Jamin, Révision et intangibilité du contrat, Dr. et pat. 1998, p. 46, spéc. n°58, p. 55 ; N. Molfessis, le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat, LPA., 30 sept. 1998, n°117 p. 21 s., n°6 : « *On aura beau lire et relire le fameux arrêt Huard, qui fait office de mythe, on n'y verra jamais cette admission de la théorie de l'imprévision qu'une partie de la doctrine y découvre, pour mieux, en réalité, faire advenir la solution* ». V. aussi : D. Mazeaud, La révision du contrat, LPA, 30 juin 2005, n°129, p. 4, spéc. n°27. D'après cet auteur, la révision conventionnelle apparaissait « *moins comme un tempérament au refus de la révision pour imprévision que comme une exception frontale à la règle de l'intangibilité du contrat* ».

⁴⁶⁰ V. not. : E. Savaux, L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision, RDC 2010, p. 1057.

⁴⁶¹ P. Catala, Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, La documentation française, 2006, Article 1135-2 « (...) *la partie qui perd son intérêt dans le contrat peut demander au président du tribunal de grande instance d'ordonner une nouvelle négociation* » ; Article 1135-3 : « *Le cas échéant, il en irait de ces négociations comme il est dit au chapitre I du présent Titre. Leur échec, exempt de mauvaise foi, ouvrirait à chaque partie la faculté de résilier le contrat sans frais ni dommage* ».

⁴⁶² Article 136 du projet de réforme du droit des obligations (juillet 2008) : « *Si un changement de circonstances, imprévisible et insurmontable, rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation à son cocontractant mais doit continuer d'exécuter ses obligations durant la négociation.*

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, le juge peut si les parties en sont d'accord, procéder à l'adaptation du contrat, ou à défaut y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe ».

⁴⁶³ La formulation de cette disposition a quelque peu évolué dans le projet de réforme du droit des contrats de mai 2009 : Art. 101 du projet de réforme du droit des contrats (mai 2009) : « *Si un changement de circonstances imprévisible rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation à son cocontractant mais doit continuer à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, le juge peut procéder à l'adaptation du contrat si les parties en sont d'accord, ou à défaut y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe* ». V. aussi : Pour une réforme du droit des contrats, Réflexions et propositions d'un groupe de travail sous l'impulsion de M. François Terré, président de l'Académie des Sciences morales et politiques, in Pour une réforme du droit des contrats, ss. la direction

157. Leur application au contrat de travail - Ces dispositions feraient certainement l'objet d'une application limitée en ce qui concerne le contrat de travail. Tout d'abord, si la révision judiciaire supposait l'accord des parties, il est probable que l'employeur refuserait de laisser au juge un tel pouvoir. D'ailleurs, comment ce dernier pourrait-il décider du reclassement du salarié sur un autre poste? Une telle décision suppose une connaissance très précise de l'entreprise ou du groupe auquel elle appartient. Quant à la rupture du contrat de travail, elle ne serait sans doute jamais prononcée par le juge. Elle aboutit, en effet, à priver le salarié de son emploi. Au demeurant, aucun de ces projets n'a encore abouti. Dès lors, la reconnaissance des obligations d'adaptation et de reclassement ne fait-elle pas échec à la révision judiciaire pour imprévision ?

II) La révision contractuelle, une solution admise

158. En imposant des obligations « à fin de révision » de la volonté contractuelle, le juge ne procède pas à une révision judiciaire du contrat. Il oblige les parties à renégocier ce dernier (A). Cette renégociation est d'autant plus justifiée qu'elle a pour finalité la stabilité contractuelle (B).

A) Une obligation exclusive d'une révision judiciaire

159. Le juge n'impose-t-il pas aux parties une « *correction qu'il n'ose lui-même prodiguer ?* »⁴⁶⁴. Si l'employeur est tenu de reclasser le salarié, le juge n'est-il pas, en définitive, l'auteur de la révision du contrat ? En réalité, la renégociation est imposée par le juge. Mais la révision du contrat est conventionnelle.

de F. Terré, Dalloz, 2009, p. 23, article 92 : « *Les parties doivent renégocier le contrat en vue de l'adapter ou d'y mettre fin, lorsque l'exécution devient excessivement onéreuse pour l'une d'elles par suite d'un changement imprévisible des circonstances et qu'elle n'a pas accepté d'en assumer le risque lors de la conclusion du contrat. En l'absence d'accord des parties dans un délai raisonnable, le juge peut adapter le contrat en considération des attentes légitimes des parties ou y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe* ».

⁴⁶⁴ H. Lécuyer, Le contrat acte de prévision, Mélanges en l'honneur de F. Terré, Dalloz 1999, p. 643 s., spéc. p. 656.

160. La renégociation imposée par le juge - L'exécution de l'obligation d'adaptation et de reclassement conduit l'employeur à proposer au salarié un emploi différent de celui qu'il occupe. En formulant cette proposition, l'employeur renégocie les termes de l'engagement initial. Pourtant, selon le Professeur Stoffel-Munck, la jurisprudence n'impose pas une obligation de renégociation. L'arrêt *Expovit* « *prescrit un résultat à atteindre, si celui-ci est possible, par le biais de la négociation ou par tout autre biais (usage d'un pouvoir unilatéral, notamment)* »⁴⁶⁵. Selon cette analyse, l'obligation de renégociation serait « *un moyen à essayer* »⁴⁶⁶. Toutefois, l'obligation de renégociation n'est pas seulement une modalité de mise en œuvre des obligations d'adaptation et de reclassement. Elle est l'unique voie permettant d'aboutir à l'adaptation du contrat. En effet, le reclassement du salarié suppose, en toute hypothèse, l'accord de ce dernier.

161. La révision décidée par les parties - L'employeur est tenu de rechercher des possibilités de reclassement. Cependant, le salarié a la faculté de refuser celles-ci⁴⁶⁷. Son refus ne peut être considéré comme étant abusif⁴⁶⁸. L'obligation d'adaptation et de reclassement n'est donc pas, à elle seule, correctrice de la volonté des parties. Encore faut-il que le salarié

⁴⁶⁵ P. Stoffel-Munck, Le juge et la stabilité du contrat, in Le renouveau des sanctions contractuelles, ss. la direction de F. Collart-Dutilleul et C. Coulon, Etudes juridiques, vol. 28, Economica, 2007, p. 121, spéc. p. 133 et p. 134. Selon cet auteur, il ne s'agit pas « *de discuter avec le partenaire mais d'adapter sa situation dans l'hypothèse où l'équilibre économique de la relation vient à devenir instable* ».

⁴⁶⁶ P. Stoffel-Munck, préc., p. 133.

⁴⁶⁷ V. not. à propos du salarié inapte : Cass. soc. 15 juill. 1998 : Bull. civ. V, n°380, n°95-45362 ; RJS 10/98, n°1208 - Cass. soc. 14 juin 2000 : Bull. civ. V, n°228, n°98-42882 ; RJS 7-8/00, n°790 ; Dr. soc. 2000, p. 1026, obs. J. Savatier : « *Attendu, cependant, que ne peut être déclaré abusif le refus par un salarié du poste de reclassement proposé par l'employeur (...), dès lors que la proposition de reclassement entraîne une modification du contrat de travail* ». Sur cette solution, v. not J. Péliissier, G. Auzero, E. Dockès, Droit du travail, Dalloz, 27^{ème} éd., 2013, n°344, note 6, pp. 382 et 383 : « *Affirmation à vrai dire surprenante car s'il n'y a pas modification de contrat, il n'y a pas à proprement parler « reclassement », mais simple exécution du contrat initial ; et si toute modification du contrat est incompatible avec le caractère abusif du refus, ceci revient à affirmer qu'il ne peut y avoir de refus abusif de reclassement pourtant expressément prévu par la loi* ». En effet, l'article L. 1226-14 du code du travail prévoit que certaines indemnités « *ne sont pas dues par l'employeur qui établit que le refus par le salarié du reclassement qui lui est proposé est abusif* ». V. cep. : Cass. soc. 26 janv. 2011 : Bull. civ. V, n°32, 09-43193 ; RJS 4/11, n°286 : « *Ne peut constituer en soi une cause réelle et sérieuse de licenciement le refus par le salarié du poste de reclassement proposé par l'employeur en application de l'article L 1226-2 du Code du travail lorsque la proposition de reclassement emporte modification du contrat de travail ou des conditions de travail* ».

V. égal. : Cass. soc. 30 nov. 2010 : Bull. civ. V, n°271, n°09-66687 ; Dr. soc. 2011, p. 215, obs. F. Favennec-Héry ; RJS 2/11, n°128 ; JCP S 2011, 1140, note A. Barège. V. en matière de licenciement économique : CA Paris 17 mai 1995 : JurisData n°1995-023263 ; RJS 11/95, n°1122 - Cass. soc. 29 janv. 2003 : Bull. civ. V, n°28, n°00-46322, n°00-46323 ; RJS 4/03, n°436 : « *Le salarié menacé de licenciement est en droit de refuser les mesures de reclassement qui lui sont proposées par l'employeur* ».

⁴⁶⁸ L'obligation de négociation n'est pas « bilatérale ». L'employeur est tenu de faire des propositions. En revanche, le salarié peut refuser discrétionnairement tout proposition. Peu importe leur caractère raisonnable. Sur ce point, v. infra, n°686 et 687.

accepte la proposition de reclassement. Ce n'est que dans cette hypothèse que le contrat fait l'objet d'une modification. Il ne s'agit donc pas d'une modification judiciaire.

B) Une obligation source de stabilité contractuelle

162. La poursuite du contrat rendue possible - Outre le caractère conventionnel de la révision, la finalité de l'obligation d'adaptation et de reclassement justifie la solution retenue par le juge. La révision conventionnelle du contrat permet, en effet, de garantir la stabilité du lien contractuel. Un évènement extérieur au contrat, tel que l'accident à l'origine de l'inaptitude physique, peut rendre l'exécution de celui-ci particulièrement difficile pour l'une des parties. Or, « *l'autorité dont dispose l'employeur dans l'entreprise l'oblige à assumer certaines responsabilités ; celles-ci passent par le devoir de fournir du travail et de stabiliser la relation contractuelle* »⁴⁶⁹. Le licenciement doit, en conséquence, apparaître comme « *l'issue ultime* »⁴⁷⁰. Le fait d'imposer une obligation d'adaptation et de reclassement à l'employeur permet d'« *assurer au mieux la continuité de la relation contractuelle* »⁴⁷¹. Ainsi, l'intervention du juge n'est pas source d'insécurité contractuelle. A l'inverse, elle garantit la stabilité du lien contractuel.

163. Dès lors, les obligations d'adaptation et de reclassement n'aboutissent pas à une révision judiciaire du contrat, prohibée par le juge. L'obligation de reclassement oblige l'employeur à proposer une adaptation du contrat. La révision du contrat suppose l'accord du salarié. En outre, cette révision contractuelle est justifiée. Elle tend à garantir la continuité du contrat de travail.

⁴⁶⁹ A. Martinon, Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée, Dalloz, 2005, n°129, p. 117 et n° 134, pp. 120 et 121 : « *L'obligation de reclassement est à l'évidence une illustration de la stabilité en tant que finalité sociale : des particularités de la relation de travail justifient l'effort demandé à l'employeur de maintenir la relation contractuelle* ». V. aussi : P. Stoffel-Munck, Le juge et la stabilité du contrat, in Le renouveau des sanctions contractuelles, ss. la direction de F. Collart-Dutilleul et C. Coulon, Etudes juridiques, vol. 28, Economica, 2007, p. 121, spéc. p. 134.

⁴⁷⁰ G. Couturier, Vers un droit du reclassement, Dr. soc. 1999, p. 487, spéc. p. 503.

⁴⁷¹ B. Lardy-Pélissier, L'obligation de reclassement, D. 1998, Chron., p. 399, spéc. p. 402. V. aussi, p. 399 : « *le reclassement apparaît comme une obligation d'entretenir, voire de garantir la poursuite de l'exécution contractuelle. (...) le reclassement exprime la continuité de l'emploi en l'absence de rupture et surtout pour éviter une rupture* ». V. aussi : F. Héas, Les obligations de reclassement en droit du travail, Dr. soc. 1999, p. 504, spéc. p. 505 ; C. Jamin, Révision et intangibilité du contrat, Dr. et pat., 1998, n°58, p. 46, spéc. p. 55 ; A. Martinon, Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée, Dalloz, 2005, n°131, p. 118 et, n°137, p. 123 : « *La stabilité du lien contractuel demeure la finalité du dispositif* » ; C. Vigneau, L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail, Dr. soc. 2004, p. 706, spéc. p. 713.

164. Conclusion du chapitre 1 : Certaines obligations découvertes par le juge se bornent à compléter le contrat. Tel est le cas de « l'obligation »⁴⁷² de bonne foi. Sa nature contractuelle est consacrée. Elle est justifiée ; la norme de loyauté revêt une intensité particulière lorsqu'elle s'insère dans un rapport contractuel. Elle impose au salarié d'agir en vue de garantir l'efficacité et l'utilité de sa prestation de travail. Dans certaines hypothèses, la reconnaissance d'une obligation de « bonne foi » ou de « loyauté » dissimule l'existence d'obligations spéciales garantissant l'efficacité de la prestation de travail (obligations de réserve, de discrétion et de non-concurrence). L'employeur ne doit pas entraver l'exécution de la prestation de travail. Il doit garantir une exécution « paisible » de cette dernière. A cet effet, il est tenu d'une obligation de remboursement de frais ainsi que de diverses obligations d'information. Outre ces obligations liées à la prestation de travail, le juge a reconnu l'existence d'une obligation de sécurité. Il s'agit d'une obligation contractuelle. Désormais, l'obligation patronale de sécurité est une véritable obligation de résultat.

Le juge a également reconnu l'existence d'obligations « à fin de révision ». Il s'agit de l'obligation d'adaptation au poste de travail et de reclassement. En revanche, la reconnaissance d'une obligation d'adaptation à la vie familiale du salarié n'est qu'un leurre. Le salarié peut solliciter une modification de son contrat pour des raisons familiales ; l'employeur dispose néanmoins d'un droit de refus. Au demeurant, la reconnaissance d'une obligation de reclassement n'aboutit pas à une révision judiciaire - prohibée - du contrat. La renégociation est imposée par le juge. Mais la révision suppose un accord des parties.

Les obligations ajoutées au contrat sont nombreuses. Quel fondement justifie leur insertion dans le contrat ? Le juge fait parfois référence à l'exigence de bonne foi. Cette dernière constitue-t-elle un fondement pertinent et suffisant ?

⁴⁷² V. cep. infra, n°183 s., sur le caractère contestable de cette qualification.

CHAPITRE 2 : L'ADDITION, DES FONDEMENTS DIVERS

165. La volonté tacite, un fondement artificiel - Divers fondements ont été avancés pour justifier l'adjonction d'obligations dans le contrat. Le juge s'est d'abord fondé sur la volonté tacite des parties. Il estimait que le contrat de transport comportait une stipulation implicite au profit du conjoint et des enfants de la victime d'un accident mortel⁴⁷³. Celle-ci leur permettait d'être indemnisés sans avoir à prouver l'existence d'une faute imputable à la Compagnie de chemins de fer. Le recours à cette prétendue volonté des parties subsiste encore dans certains arrêts⁴⁷⁴. Pourtant, la doctrine n'a pas manqué de relever les insuffisances d'une telle analyse⁴⁷⁵. La volonté des parties est, dans cette hypothèse, « *singulièrement (...) hypothétique et divinatoire* »⁴⁷⁶.

166. Les articles 1134, alinéa 3, et 1135 du code civil, des fondements proposés - Ainsi, d'autres fondements ont été envisagés. Selon certains auteurs, c'est l'article 1134, alinéa 3, du code civil qui justifie la découverte d'obligations non expressément prévues par le contrat⁴⁷⁷. D'autres se fondent sur 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* »⁴⁷⁸. La chambre sociale de la Cour de

⁴⁷³ Cass. civ. 6 déc. 1932 : D. 1933, I, p. 36.

⁴⁷⁴ V. not. : Cass. civ. 1^{ère}, 14 juin 1989 : Bull. civ. I, n°243, n°87-16981.

⁴⁷⁵ V. not. : E. Gounot, Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique, Rousseau, 1912, p. 213 ; L. Josserand, Le contrat dirigé, D. 1933, Chron., p. 89, spéc. p. 90. V. aussi : L. Leveneur, Le forçage du contrat, Dr. et pat. 1998, n°58, p. 69, spéc. p. 72 : « *Assurément, rares sont les voyageurs qui prennent leur billet de train en songeant à la perspective d'un accident ; et encore plus rares sont certainement ceux qui, envisageant que l'accident pourrait être mortel, ont l'intention de stipuler au profit de leurs proches* ».

⁴⁷⁶ L. Josserand, Le contrat dirigé, D. 1933, Chron., p. 89, spéc. p. 90.

⁴⁷⁷ V. not. : R. Demogue, Traité des obligations en général, II, Effets des obligations, t. VI, Librairie Arthur Rousseau, 1931, pp. 17 s. ; Y. Picod, Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, LGDJ, 1989, n° 10, p. 18 ; D. Corrignan-Carsin, Loyauté et droit du travail, Mélanges en l'honneur de H. Blaise, Economica, 1995, p. 125, spéc. n°3, p. 127 : « *Mais la bonne foi n'est pas seulement un moyen utilisé par le législateur et les tribunaux pour faire pénétrer la morale dans le droit positif. En droit du travail, (...) elle est aussi une règle juridique, source de droits et d'obligations aux multiples applications pratiques* ».

⁴⁷⁸ V. not. : L. Josserand, Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats, RTD civ. 1937, p. 1, spéc. p. 15 : « *Ce procédé technique d'enrichissement du contrat est assurément une des créations les plus intéressantes, les plus ingénieuses de la jurisprudence française ; il s'étaye, d'une part, sur la disposition de l'article 1135 du code civil, aux termes de laquelle « 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*

cassation fait principalement référence à l'exigence de bonne foi. Pourtant de nombreuses critiques ont été émises à l'encontre de ce fondement (Section 1). En réalité, il est permis de penser que les articles 1134, alinéa 3, et 1135 du code civil justifient l'un et l'autre l'action du juge (Section 2).

SECTION 1 : LA BONNE FOI, UN FONDEMENT DISCUTE

167. La bonne foi est visée dans de nombreux arrêts reconnaissant l'existence d'obligations non prévues par les parties (§ 1). La pertinence de ce fondement est discutée (§2).

§ 1 : La référence opérée à la bonne foi

168. La bonne foi justifie parfois l'adjonction d'obligations au contrat. Toutefois, la consécration de ce fondement s'avère ponctuelle (I) et confuse (II).

I) Une référence ponctuelle

169. Seules certaines obligations « à fin de complément » (A) et « à fin de correction » (B) sont fondées sur l'exigence de bonne foi.

A) Fondement ponctuel des obligations « à fin de complément »

170. Obligations de non-concurrence, de réserve et de discrétion - Selon le juge, les obligations de non-concurrence, de réserve et de discrétion trouvent leur fondement dans l'exigence de bonne foi. C'est notamment ce qui résulte des arrêts de la chambre sociale de la

donnent à l'obligation d'après sa nature ... ». V. aussi : H. Lalou, ss. Trib. de com. de Corbeil, 8 mars 1935, D. 1936, II, p. 14. D'après cet auteur, l'article 1135 du code civil « confère aux tribunaux le pouvoir d'apprécier quel est le contenu d'un contrat déterminé, et par suite, si d'après la nature de la convention, l'équité commande d'inclure une obligation tacite de sécurité parmi les obligations incombant à l'un des contractants ». V. aussi : L. Leveneux, Le forçage du contrat, Dr. et pat. 1998, n°58, p. 69, spéc. p. 74. ; P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, Droit civil, Les obligations, 5^{ème} éd., Defrénois, 2011, n°774, p. 392 ; J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, Droit civil. Les obligations, 1/ l'acte juridique, 15^{ème} éd., Sirey Université, 2012, n°378, p. 383.

Cour de cassation. Lorsque cette dernière entend désigner les obligations de non-concurrence, de réserve et de discrétion, elle relève généralement l'existence d'une « obligation de loyauté »⁴⁷⁹. De même, elle vise parfois le « devoir de loyauté » dont le contenu correspond à celui des obligations de non-concurrence, de réserve et de discrétion⁴⁸⁰. Ainsi, « obligation » et « devoir de loyauté »⁴⁸¹ emportent - et justifient - aux yeux du juge, la reconnaissance implicite d'obligations de non-concurrence, de réserve et de discrétion.

171. Obligation d'information - Qu'en est-il de l'obligation d'information et de renseignement ? Le juge vise fréquemment l'exigence de loyauté lorsqu'il s'interroge sur la question de savoir si l'obligation d'information et de renseignement a été exécutée de bonne foi⁴⁸². Dans ce cas, l'existence de l'obligation d'information ne découle pas de l'exigence de bonne foi. La référence à ce fondement lors de la reconnaissance d'une obligation d'information est exceptionnelle⁴⁸³. Dès lors, à la différence des obligations de non-concurrence, de réserve et de discrétion, le fondement jurisprudentiel de l'obligation d'information est incertain.

⁴⁷⁹ A propos de l'obligation de non-concurrence, v. not. : Cass. soc. 16 mai 2007, non publié au Bull., n°06-40062 - Cass. soc. 4 déc. 2001 : non publié au Bull., n°99-43665 - Cass. soc. 10 nov. 1998 : Bull. civ. V, n°484, n°96-41308, n°96-45857 - Cass. soc. 12 mai 1998 : Bull. civ. V, n°247, n°95-44214 - Cass. soc. 5 juin 1996 : Bull. civ. V, n°231, n°93-42588 - Cass. soc. 13 oct. 1994 : non publié au Bull., n°91-41443 - Cass. soc. 30 avril 1987 : Bull. civ. V, n°237, n°84-40936 - Cass. soc. 22 févr. 1978 : Bull. civ. V, n°134, n°76-40488. V. aussi : Cass. soc. 30 oct. 2007 : non publié au Bull., n°06-44551 - Cass. soc. 21 octobre 2003 : Bull. civ. V, n°258, n°01-43943 ; RJS 12/03, n°1384 - Cass. soc. 8 nov. 1989 : non publié au Bull., n°86-44323 ; RJS 1/90, n°6.

A propos de l'obligation de réserve et de discrétion, v. not. : Cass. soc. 15 avril 2008 : non publié au Bull., n° 06-45383 - Cass. soc. 3 avril 2007, non publié au Bull., n° 05-45123.

⁴⁸⁰ A propos de l'obligation de non-concurrence, v. not. : Cass. soc. 1^{er} déc. 1999, non publié au Bull., n°97-43945. A propos de l'obligation de réserve et de discrétion, v. not. : Cass. soc. 25 juin 2002 : Bull. civ. V, n°211, n°00-44001. V. aussi : Cass. soc. 9 janv. 2008, non publié au Bull., n°06-44522 ; Cass. soc. 13 janv. 1999 : non publié au Bull., n°96-45322.

⁴⁸¹ La notion de « devoir de loyauté » renvoie à l'exigence de bonne foi. Certains auteurs préfèrent avoir recours à l'expression de « devoir de loyauté » en raison des diverses significations que recouvre la notion de bonne foi. Cette dernière vise à la fois la « croyance erronée » et « l'exécution loyale des obligations ». Sur cette distinction, v. infra n°210. Or, l'article 1134, alinéa 3, ne concerne que cette dernière conception de la bonne foi. Ainsi, certains auteurs estiment qu'il paraît « préférable de recourir au concept de « devoir de loyauté », plus précis, que d'utiliser la notion polysémique de « bonne foi » (Y. Picod, Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, LGDJ, 1989, n°6, p. 13).

⁴⁸² V. supra n°62.

⁴⁸³ V. not. : Cass. soc. 25 janv. 2012 : Bull. civ. V, n°19, n°11-11374 ; RJS 4/12, n°393 ; CSBP 2012, n°239, A23, p. 83, note F. J. Pansier. V. supra, n°65.

V. aussi : Cass. soc. 21 sept. 2006 : Bull. civ. V, n°285, n°05-41155 ; JCP S 2007, 1038, com. B. Bossu ; D. 2006, jurisp. p. 2901, note H. Kobina Gaba ; RTD civ. 2007, p. 114, obs J. Mestre et B. Fages ; CSBP 2007, n°186, A 5, p. 11, note F.-J. Pansier et Y. Maharsi ; RDT 2006, p. 314, obs. E. Dockès ; RJS 11/06, n°1148. Le juge décide, à l'égard du salarié qui n'a pas informé sa hiérarchie de la situation de son épouse, qu'« aucun manquement (...) à l'obligation contractuelle de bonne foi n'était caractérisé ». Dans cette hypothèse, l'exigence de bonne foi ne justifie pas l'existence de l'obligation d'information. Elle en révèle l'inexistence.

172. Obligation de sécurité et de remboursement de frais - Quant à l'obligation de sécurité, la Cour de cassation refuse de faire appel à l'article 1134, alinéa 3, du code civil. Elle vise notamment l'article L. 4121-1 du code du travail interprété, dans certaines hypothèses, à la lumière de la directive CE n°89/391 du 12 juin 1989⁴⁸⁴. En ce qui concerne la protection contre le tabagisme, elle fonde sa solution sur les articles R. 3511-4 et R. 3511-5 du code de la santé publique⁴⁸⁵. Par ailleurs, l'obligation de remboursement des frais professionnels qui pèse sur l'employeur repose sur l'article 1135 du code civil⁴⁸⁶. Il en est de même de l'obligation de prendre en charge les frais exposés par le salarié pour sa défense dans un contentieux pénal⁴⁸⁷.

B) Fondement ponctuel des obligations « à fin de révision »

173. L'exigence de bonne foi justifie ponctuellement la reconnaissance des obligations « à fin de révision ». D'autres fondements sont avancés (1). Une unité de fondement serait souhaitable (2).

1) L'obligation de reclassement, des fondements divers

174. Reclassement et licenciement économique - C'est sur le fondement de la bonne foi que la Cour de cassation a reconnu l'existence d'une obligation d'adaptation et de reclassement en cas de licenciement pour motif économique⁴⁸⁸. « *L'employeur tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi* »⁴⁸⁹. A défaut, le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse.

175. Reclassement et licenciement pour inaptitude - Mais qu'en est-il de l'obligation de reclassement en cas d'inaptitude ? Dans ce cas, la Cour de cassation semble se fonder sur

⁴⁸⁴ V. supra n°85.

⁴⁸⁵ V. supra n°85.

⁴⁸⁶ V. supra n°59

⁴⁸⁷ V. supra n°59.

⁴⁸⁸ Désormais, l'obligation de reclassement figure à l'article L. 1233-4 du code du travail, v. supra n°124.

⁴⁸⁹ Cass. soc. 25 févr. 1992 : préc., note de bas de page, n°377.

l'article L. 4624-1 du code du travail⁴⁹⁰. En effet, avant l'intervention du législateur, ce texte relatif à l'action du médecin du travail justifiait l'existence d'une obligation de reclassement⁴⁹¹. Désormais, il constitue le fondement exclusif de celle-ci dans des hypothèses non visées par la loi, notamment lorsque l'inaptitude est constatée au cours de l'exécution du contrat⁴⁹².

2) *L'obligation de reclassement, une unité de fondement souhaitable*

176. N'est-il pas contestable de considérer que l'obligation de reclassement trouve son origine dans l'exigence de bonne foi, en cas de licenciement pour motif économique et dans l'article L. 4624-1 du code du travail en cas d'inaptitude ?

177. Régime et nature de l'obligation, une unité acquise - Certes, l'obligation de reclassement obéit à des dispositions légales différentes selon la nature du licenciement en cause⁴⁹³. Cependant, « *aux obligations de reclassement qu'elle reconnaît en cas d'inaptitude physique et à celle qu'elle pose en cas de suppression d'emploi, la jurisprudence entend manifestement appliquer les mêmes règles* »⁴⁹⁴. La Cour de cassation semble, en effet, élaborer un véritable « *droit commun des obligations de reclassement* »⁴⁹⁵. Non seulement ces obligations ont un objet identique mais le juge tend à leur reconnaître une unité de régime et de nature. Ainsi, il précise que les recherches de reclassement en cas d'inaptitude physique doivent être appréciées à l'intérieur du groupe auquel appartient l'employeur, parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation lui permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel⁴⁹⁶. Il applique ainsi les dispositions de l'article

⁴⁹⁰ V. supra n°121.

⁴⁹¹ V. not. : Cass. soc. 29 nov. 1989 : Bull. civ. V, n°687, n°87-40129.

⁴⁹² Cass. soc. 17 déc. 2003 : non publié au Bull., n° 01-44444 ; RJS 3/04, n°304. V. aussi : Cass. soc. 4 janv. 2000 : non publié au Bull., n°97-43483 : « *L'article L. 241-10-1 du code du travail impose à l'employeur une obligation de reclassement du salarié déclaré inapte au cours de l'exécution du contrat de travail* ».

⁴⁹³ V. not. : F. Héas, Le reclassement du salarié en droit du travail, LGDJ, 2000, n°58, p. 53 : « *En matière de licenciement pour motif économique et d'inaptitude physique du salarié, la multiplicité des fondements juridiques des obligations de reclassement est la conséquence de processus d'émergence disparates, longs et laborieux. Cette variété originelle participe de la diversité des obligations de reclassement : c'est précisément parce que leurs genèses respectives diffèrent que les obligations ne sont pas mises en œuvre dans des conditions identiques* ».

⁴⁹⁴ G. Couturier, Vers un droit du reclassement ?, Dr. soc. 1999, p. 497, spéc. p. 501.

⁴⁹⁵ F. Héas, préc., p. 506. V. aussi : G. Couturier, préc., p. 497.

⁴⁹⁶ V. supra n°126.

L. 1233-4 du code du travail, relatives au licenciement pour motif économique. De même, la charge de la preuve de l'impossibilité de reclassement pèse sur l'employeur qu'il s'agisse d'un licenciement pour motif économique⁴⁹⁷ ou d'un licenciement pour inaptitude physique⁴⁹⁸.

178. Une unité de fondement, facteur de cohérence - Dès lors, un seul et même fondement ne devrait-il pas justifier l'adjonction de cette obligation au contrat ? La consécration de cette analyse serait un gage de cohérence. Mais quel fondement retenir ? L'article L. 4624-1 du code du travail n'a vocation à s'appliquer qu'en cas d'inaptitude physique. Cependant, même dans ce cas, est-il justifié de considérer qu'il fonde l'obligation de reclassement ? Ce texte prévoit que « *le médecin du travail est habilité à proposer des mesures individuelles telles que mutations ou transformations de postes (...). L'employeur est tenu de prendre en considération ces propositions ...* ». Or, le juge estime que l'avis d'inaptitude à tout emploi « *ne dispense pas l'employeur de rechercher une possibilité de reclassement au sein de l'entreprise et, le cas échéant, du groupe auquel elle appartient...* »⁴⁹⁹. Si l'obligation de reclassement trouvait réellement sa source dans l'article L. 4624-1 du code du travail, elle ne subsisterait pas en présence d'un avis d'inaptitude à tout emploi⁵⁰⁰. Ainsi, en cas d'inaptitude, le recours à l'article L. 4624-1 du code du travail ne paraît pas pertinent. Pour autant, la référence à « l'obligation de bonne foi » serait-elle justifiée ? Rien n'est moins sûr. En réalité, la chambre sociale de la Cour de cassation est particulièrement confuse lorsqu'elle se réfère à l'exigence de bonne foi.

⁴⁹⁷ V. supra n°129.

⁴⁹⁸ V. supra n°129.

⁴⁹⁹ Cass. soc. 7 juill. 2004 : Bull. civ. V, n°196, n°02-47458 ; Bull. civ. V, n°197, n°02-43141 ; Dr. soc. 2004, p. 1039, obs. B. Gauriau ; Dr. soc. 2005, p. 35 et l'étude de J. Savatier, L'obligation de reclassement d'un salarié déclaré par le médecin du travail inapte à tout emploi dans l'entreprise, p. 31 ; RJS 10/04, n°1028 ; SSL 19 juill. 2004, n°1178, p. 12, note F. Champeaux - Cass. soc. 10 mars 2004 : Bull. civ. V, n°84, n° 03-42744 ; Dr. soc. 2004, p. 556, obs. G. Couturier ; SSL 5 mars 2004, n°1163, p. 9, note F. Champeaux ; Dr. ouvr. 2004, p. 541, note F. Héas - Cass. soc. 19 oct. 2005 : Bull. civ. V, n°293, n°02-46173 ; JCP S 2005, 1401, note P.-Y. Verkindt - Cass. soc. 2 nov. 2005 : non publié au Bull., n°03-44895 ; JCP S 2006, 1006, note P.-Y. Verkindt - Cass. soc. 20 sept. 2006 : Bull. civ. V, n°283, n°05-40526 ; RJS 11/06, n°1171 ; JCP S 2006, 1861, note P.-Y. Verkindt - Cass. soc. 28 mars 2007 : non publié au Bull., n°06-41068 ; RJS 6/07, n°723.

⁵⁰⁰ V. not. J. Savatier, L'obligation de reclassement d'un salarié déclaré par le médecin du travail inapte à tout emploi dans l'entreprise, p. 31, spéc. p. 32.

II) Une référence source de confusions

179. Le juge consacre l'existence d'une « *obligation de bonne foi* ». Cette solution révèle une confusion. Le juge ne distingue pas les notions de « devoir » et « d'obligation ». Pourtant, elles ont des significations différentes. (A). En outre, la chambre sociale de la Cour de cassation confond fréquemment deux hypothèses distinctes : celle dans laquelle une partie n'a pas exécuté son obligation et celle dans laquelle l'obligation a été exécutée de manière déloyale (B).

A) *Devoir et obligation, des notions confondues*

180. La chambre sociale de la Cour de cassation s'est référée, à de multiples reprises, à l'« *obligation contractuelle de bonne foi* », de « *loyauté* » ou « *de probité* »⁵⁰¹. Cette référence est contestable (1). Elle s'avère artificielle (2).

1) *L'obligation de bonne foi, une référence contestable*

181. **Devoir et obligation, des notions distinctes** - L'article 1134, alinéa 3, du code civil décide que les conventions doivent être exécutées de bonne foi. Il prescrit une règle de comportement à laquelle doivent se conformer les contractants. L'exigence de bonne foi répond, en conséquence, à la définition d'un devoir⁵⁰². Ce terme fait référence à une « *prescription de comportement assez vague (une « attitude à avoir : être diligent, ne pas nuire, etc.) qui incombe à chacun, avec des nuances diverses selon son statut social, et dont tous peuvent se prévaloir* »⁵⁰³. Le devoir est général. Il pèse sur tous.

En revanche, l'obligation est un lien de droit, en vertu duquel une personne (le créancier) est en droit d'exiger d'une autre (le débiteur) une prestation déterminée. Le terme « obligation »

⁵⁰¹ V. supra n°40.

⁵⁰² V. néanmoins : R. Desgorges, *La bonne foi dans le droit des contrats : rôle actuel et perspectives*, th. dactyl., Paris II, 1992, pp. 122 s. Sur l'utilisation de la notion « d'obligation de bonne foi ». V. aussi : R. Vouin, *La bonne foi, notion et rôle actuels en droit privé français*, LGDJ, 1939, n°49 s., pp. 77 s ; S. Darmaisin, *Le contrat moral*, LGDJ, 2000, n°211, p. 140.

⁵⁰³ P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, *Droit civil, Les obligations*, 4^{ème} éd., Defrénois, 2009, n°1, p. 1. Cette « définition » du devoir n'est pas reprise, dans ces termes, dans la dernière édition. V. aussi : M. Willey, *Métamorphoses de l'obligation*, Arch. de Philo. du Droit, t. XV, Philosophie du droit anglaise et américaine et divers essais, Sirey, 1970, p. 287.

viserait l'accomplissement d'une prestation à caractère économique⁵⁰⁴. Autrement dit, l'obligation est spéciale.

182. L'exigence de bonne foi, un devoir - Admettre l'existence d'une obligation de bonne foi s'avère dès lors incohérent. L'exigence de bonne foi répond parfaitement à la définition d'un devoir. D'ailleurs, quel pourrait être le contenu de l'obligation de bonne foi? Quelle serait la prestation que le créancier serait en droit d'exiger? L'obligation de bonne foi est dépourvue de tout contenu « obligationnel » propre⁵⁰⁵. En réalité, lorsqu'un contractant ne se conforme pas à l'exigence de bonne foi, ce n'est pas l'inexécution d'une obligation contractuelle qui lui est reprochée. Ce contractant méconnaît la force obligatoire du contrat⁵⁰⁶.

Un argument en faveur du caractère non obligationnel de l'exigence de bonne foi résiderait dans sa sanction. Le Professeur Stoffel-Munck fait valoir que les sanctions de l'inexécution d'une obligation contractuelle sont inadaptées en ce qui concerne la bonne foi. En effet, l'exécution forcée en nature est impossible⁵⁰⁷. La résolution est, sur un plan technique, discutable. Il peut paraître artificiel de sanctionner la faute morale, et non l'inexécution d'une

⁵⁰⁴ J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, Droit civil. Les obligations, 1/ l'acte juridique, 15^{ème} éd., Sirey Université, 2012, n°2, p. 2 : « L'obligation apparaît ainsi comme la mise en œuvre juridique des rapports économiques qui s'établissent entre les hommes ». V. aussi : P. Stoffel-Munck, L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, LGDJ, 2000, n°157, p. 141 : « Pour peu qu'on adopte une lecture réaliste de l'engagement contractuel, on se rend compte que les parties n'envisagent le rapport contraignant d'obligation que pour en retirer chacune un avantage matériel (un bien) ou intellectuel (une satisfaction) par le biais d'un transfert d'une chose issue de leur patrimoine, c'est à dire dotée d'une valeur. En somme les parties ont avant tout en vue la réalisation d'une opération d'ordre économique dont les obligations figurant au contrat dessinent les contours et les modalités ».

⁵⁰⁵ Contra : R. Desgorges, La bonne foi dans le droit des contrats : rôle actuel et perspectives, th. dactyl., Paris II, 1992, p. 131. V. not. p. 133 : « Avec l'obligation de bonne foi, la prestation consiste à faire quelque chose qui au contraire est bien précisé, puisqu'il s'agit de la bonne foi ». Selon cet auteur, à chacune des obligations qui composent le contrat, « dites obligations principales, est associée une obligation de bonne foi, encore appelée obligation accessoire » (p. 139).

⁵⁰⁶ En ce sens : P. Ancel, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, RTD civ. 1999, p. 771, spéc. p. 796. Cet auteur insiste sur la différence fondamentale entre le contenu obligationnel du contrat et la force obligatoire de ce dernier : « Il est vrai, sans doute, qu'une obligation contractuelle est complètement configurée par le contrat qui la fait naître, qu'elle est complètement sous la dépendance de sa source. Mais on ne saurait en déduire à l'inverse que le contrat (la source) se ramène entièrement aux obligations qu'il fait naître. Dire que les parties sont obligées par le contrat (...) ne signifie pas nécessairement et pas seulement qu'elles sont tenues (débitrices) de l'autre. Et même lorsqu'elles sont tenues, le lien contractuel n'est pas entièrement absorbé par leur rapport d'obligation. Autrement dit, (...), ce qu'on appelle force obligatoire du contrat ne se réduit pas à son contenu obligationnel » (p. 774). Cet auteur écrit qu'on peut être « sceptique devant l'utilisation de la notion d'obligation de loyauté pour rendre compte de l'encadrement jurisprudentiel du comportement du créancier contractuel » (p. 796).

⁵⁰⁷ P. Stoffel-Munck, L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, LGDJ, 2000, n°159, p. 143.

prestation, par la résolution⁵⁰⁸. Enfin, l'exception d'inexécution s'avère inopportune. Elle suppose notamment que l'obligation dont l'exécution est suspendue soit comparable à celle dont l'exécution est en attente. Or, comment comparer une « *obligation morale* » et une « *obligation représentant une valeur économique* » ?⁵⁰⁹

Cette analyse, qui milite en faveur du caractère non-obligationnel de l'exigence de bonne foi, paraît convaincante. Elle doit néanmoins être nuancée.

Le Professeur Stoffel-Munck a souhaité mettre en exergue le caractère extracontractuel de l'exigence de bonne foi. Pourtant, il résulte de ce qui précède que l'exigence de bonne foi, lorsqu'elle s'impose à des contractants, revêt une nature contractuelle⁵¹⁰. Par ailleurs, un auteur a très justement démontré qu'un contrat peut être résolu pour manquement à l'exigence de bonne foi⁵¹¹. Il se fonde, notamment, sur un certain nombre d'arrêts ayant admis la résolution du contrat en raison du comportement déloyal d'un contractant⁵¹². Il s'interroge sur le critère permettant de considérer que le comportement du contractant aboutit à une inexécution du contrat⁵¹³. Il propose de retenir que « *ce n'est que lorsque les faits et gestes imputables au contractant sont dirigés spécifiquement contre le contrat, conçu comme l'opération globale des parties, que l'on est en présence d'une inexécution* »⁵¹⁴. Ainsi, « *à chaque fois qu'un des contractants entrave le bon déroulement de la relation contractuelle, et commet un acte qui, contrariant la mise en application de leur opération, empêche cette dernière de correspondre à l'anticipation idéale qui en a été faite lors de l'échange des consentements, une inexécution est avérée* »⁵¹⁵. Il s'agit de l'inexécution du contrat et non de

⁵⁰⁸ P. Stoffel-Munck préc., n° 166, p. 152 : « *Comme la plupart des mécanismes propres à la responsabilité contractuelle, la résolution semble d'abord sanctionner la rupture de l'équilibre commutatif des prestations plutôt qu'une faute morale* ».

⁵⁰⁹ P. Stoffel-Munck, préc., n°161, p. 146. En outre, le Professeur Stoffel-Munck fait valoir qu'admettre le mécanisme de l'exception d'inexécution risque d'encourager le débiteur à refuser l'exécution de l'obligation au motif que le créancier manque à son obligation de bonne foi. De même, si le débiteur n'exécute pas son obligation, l'exception d'inexécution reviendrait à permettre au créancier de ne pas exécuter son obligation de bonne foi. Cette analyse emporte des conséquences inadmissibles « *puisque'elle aboutit à légitimer la mauvaise foi, par « suspension de l'obligation de bonne foi* » ».

⁵¹⁰ V. supra n°34 s.

⁵¹¹ T. Genicon, La résolution du contrat pour inexécution, LGDJ, 2007, n°295 s., pp. 217 s.

⁵¹² T. Genicon, préc., n°295 s., pp. 217 s. L'auteur fait valoir que la jurisprudence sollicite parfois de manière excessive l'obligation de bonne foi alors qu'une obligation déterminée du contrat n'a pas été respectée (n°293, p. 216). A l'inverse, dans d'autres hypothèses, c'est « *une pure obligation de bonne foi* » qui a fait l'objet d'une violation (n°295, p. 217).

⁵¹³ T. Genicon, préc., n°298, p. 219.

⁵¹⁴ T. Genicon, préc., n°300, p. 220.

⁵¹⁵ T. Genicon, préc., n°300, p. 220. V. aussi, p. 221 : « *En d'autres termes, pour s'assurer qu'il y a bien manquement au contrat, il ne suffit pas qu'un évènement ait pour effet de remettre en cause la pertinence* ».

l'inexécution d'une obligation contractuelle déterminée. Autrement dit, c'est la violation du contrat, et non celle d'une obligation contractuelle au sens strict, qui autorise la résolution⁵¹⁶.

Cette analyse doit être approuvée. Une partie n'exécute pas son obligation de bonne foi. Cette absence de bonne foi compromet l'objectif en vue duquel les parties se sont engagées. Elle empêche la réalisation du but qu'elles ont entendu atteindre lors de la conclusion du contrat. Est-il encore possible de considérer que le contrat a été exécuté ? En réalité, le contrat n'a pas produit les effets escomptés. Dès lors, la loi contractuelle n'a pas été respectée et l'inexécution du contrat est avérée. Au demeurant, cette inexécution devrait également permettre le recours à l'exception d'inexécution.

En conséquence, les sanctions de l'inexécution d'une obligation contractuelle n'ont pas nécessairement vocation à être écartées lorsqu'un contractant manque à l'exigence de bonne foi. Certes, cette dernière ne relève pas du contenu obligationnel du contrat. Mais le non-respect de l'exigence de bonne foi entraîne, dans certains cas, l'application des sanctions de l'inexécution d'une obligation contractuelle. Ce n'est point alors l'inexécution d'une obligation contractuelle qui est sanctionnée, mais la violation du contrat à laquelle aboutit le non-respect de l'exigence de bonne foi.

Il en résulte que c'est principalement la signification de l'exigence de bonne foi - et non sa sanction - qui rend contestable la qualification d'obligation au sens strict. D'ailleurs, la consécration d'une obligation de bonne foi revêt un caractère artificiel.

2) L'obligation de bonne foi, une référence artificielle

183. Lorsque le juge se réfère à l'obligation de bonne foi, il vise, en réalité, le devoir de bonne foi ou l'existence d'obligations spécifiques.

de la relation contractuelle, il faudra encore établir qu'il s'agit d'un événement dont on peut imputer la survenance au débiteur et qui a pour objet immédiat de troubler la relation contractuelle. Alors, et alors seulement, on pourra dire que ce qui est un manquement à un devoir social est aussi, dans le même temps, un manquement au contrat ».

⁵¹⁶ T. Genicon, préc., n°302, p. 222.

184. L'obligation de bonne foi, dissimulatrice d'un devoir de bonne foi - Dans un arrêt du 25 février 2003, il est reproché à une salariée d'une caisse d'allocations familiales, rédacteur au service contentieux, d'avoir minoré pendant plusieurs années ses déclarations de ressources afin de bénéficier de prestations sociales indues. Le juge retient que la salariée était soumise « à une obligation particulière de loyauté et de probité ⁵¹⁷ ». Dans cette affaire, malgré la référence faite à l'obligation de loyauté et de probité, ce n'est pas l'inexécution d'une obligation au sens strict qui est reprochée à la salariée. Quel serait le contenu de cette obligation ? Le fait de minorer ses déclarations de ressources ne saurait caractériser le non-respect d'une obligation contractuelle au sens strict. En réalité, le juge aurait pu relever un manquement de la salariée au « *devoir particulier de loyauté et de probité* ».

185. L'obligation de bonne foi, dissimulatrice d'obligations spécifiques - A l'inverse, la reconnaissance d'une obligation ou d'un devoir de loyauté dissimule parfois l'existence d'obligations spécifiques. Ainsi, l'obligation ou le devoir de loyauté visé expressément par la Cour de cassation correspond souvent à une obligation de réserve, de discrétion ⁵¹⁸ ou à une obligation de non-concurrence ⁵¹⁹. Dans ce cas, la Cour de cassation admet l'existence d'une véritable obligation qui ne saurait être qualifiée de devoir. En effet, si le devoir est général, les obligations de non-concurrence, de réserve ou de discrétion ne le sont pas. Elles n'ont vocation à s'appliquer que dans certains contrats ⁵²⁰.

B) Exécution déloyale et inexécution, une confusion manifeste

186. Par ailleurs, la Cour de cassation fait parfois référence à l'exécution déloyale d'une obligation dont l'inexécution est avérée.

187. Exécution de bonne foi et inexécution de l'obligation de reclassement - Il résulte d'un arrêt du 7 avril 2004 que « *l'employeur doit exécuter loyalement son obligation de reclassement* » ⁵²¹. Dans cette affaire, le juge s'est, semble-t-il, interrogé sur la manière dont a

⁵¹⁷ V. supra n°43.

⁵¹⁸ V. supra n°54.

⁵¹⁹ V. supra n°54. V. aussi à propos de l'existence d'une obligation d'information, supra n°65.

⁵²⁰ V. égal. les développements, infra n°260.

⁵²¹ Cass. soc. 7 avril 2004 : Bull. civ. V, n°114, n°01-44191 ; RJS /04, n°666 ; Dr. soc. 2004, p. 670, obs. G. Couturier : « *Attendu cependant que l'employeur doit exécuter loyalement son obligation de reclassement ; que la cour d'appel, qui a constaté que dans l'une des sociétés du groupe, un poste qui aurait pu être offert à M. Guinchard avait été pourvu par un recrutement extérieur alors que le*

été exécutée l'obligation de reclassement. Pourtant, en l'espèce, « *alors que le processus de licenciement était en cours* », une société du groupe avait recruté un candidat extérieur sur un poste qui aurait pu être proposé au salarié licencié. Or, l'obligation de reclassement doit être mise en œuvre dès que le licenciement est envisagé⁵²². En s'abstenant de proposer un poste au salarié, l'employeur a manqué à son obligation de reclassement. C'est l'inexécution de cette obligation qui aurait dû lui être reprochée⁵²³.

188. Exécution de bonne foi et inexécution de l'obligation d'information - De même, le juge rappelle régulièrement que l'obligation de renseignement doit être exécutée de bonne foi⁵²⁴. Il a notamment été reproché à un employeur de ne pas avoir informé loyalement les salariés du régime fiscal des indemnités prévues par un plan de sauvegarde de l'emploi ainsi que des risques présentés par les emplois proposés⁵²⁵. Pourtant, dans ces affaires, l'employeur n'avait pas fourni les informations requises. Il n'avait pas exécuté son obligation d'information. En conséquence, la référence faite à l'exécution déloyale de ces obligations est contestable⁵²⁶. L'exigence de bonne foi pouvait éventuellement justifier la découverte des

processus de licenciement était en cours, ce dont il résulte que l'employeur avait manqué à son obligation de loyauté ».

⁵²² V. supra n°124.

⁵²³ V. aussi : Cass. soc. 12 juill. 2006 : non publié au Bull., n°04-44714 : « *Mais attendu que l'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, ne doit proposer au salarié, dont le licenciement pour motif économique est envisagé, un emploi disponible de catégorie inférieure qu'à défaut de possibilités de reclassement dans un emploi de même catégorie correspondant à sa qualification ; que la cour d'appel qui a constaté que l'employeur n'avait proposé au salarié qu'un poste d'employé de restaurant, sans établir avoir sérieusement étudié toutes les possibilités de reclassement dans un poste de cadre correspondant à ses capacités et à son expérience, a pu décider que l'employeur avait manqué de loyauté dans l'exécution de son obligation de reclassement* ». Dans cette affaire, il est également permis de considérer que l'employeur n'avait pas rempli son obligation de reclassement. Cette obligation lui impose de rechercher, dans un premier temps, un reclassement dans un emploi de même catégorie que celui occupé par le salarié et correspondant à sa qualification. L'employeur n'ayant pas étudié sérieusement « *toutes les possibilités de reclassement dans un poste de cadre correspondant à ses capacités et à son expérience* », l'inexécution de son obligation de reclassement était avérée.

⁵²⁴ En ce sens, v. not. : Cass. soc. 27 nov. 1996, non publié au Bull., n° 95-41.238 - Cass. soc. 23 juin 1998, non publié au Bull., n°96-41953.

⁵²⁵ V. supra n°62.

⁵²⁶ V. aussi : Cass. soc. 26 sept. 2007 : non publié au Bull., n°06-40740 ; JCP S 2007, 1854, note S. Brissy : « *L'employeur s'était abstenu, sur une longue période, de régler au salarié des sommes importantes au titre des heures supplémentaires, des jours fériés et des heures de nuit et avait porté à la connaissance de la commission médicale, des informations de nature confidentielle concernant le salarié et que ces faits étaient contraires à l'exécution de bonne foi du contrat de travail* ». Dans cette affaire, l'employeur avait manqué à son obligation de paiement du salaire et avait porté atteinte à la vie personnelle du salarié. La référence à l'exécution de bonne foi du contrat de travail paraît artificielle. D'ailleurs, la Cour de cassation relève « *que la société (...) qui avait manqué à ses obligations contractuelles, devait réparer le préjudice ainsi causé* ».

D'autres chambres de la Cour de cassation opèrent une telle confusion. V. not. sur ces décisions : P. Stoffel-Munck, L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, LGDJ, 2000, n°167 s., pp. 153 s ; Y. M.

obligations d'information et de reclassement dont l'inexécution était avérée. En revanche, elle ne pouvait permettre au juge de considérer que l'employeur avait exécuté son obligation de manière déloyale.

189. Dès lors, les solutions jurisprudentielles sont source de nombreuses confusions. La bonne foi semble fonder l'ajout au contrat de multiples obligations. Cependant, l'incohérence des solutions rendues par le juge conduit à s'interroger sur la pertinence d'un tel fondement.

§ 2 : Les discussions suscitées par la bonne foi

190. Selon une première analyse, l'enrichissement du contrat de travail par le juge serait justifié par l'exigence de bonne foi (I). Cependant, cette thèse est contestée par une partie de la doctrine (II).

I) Un fondement approuvé

191. Certains auteurs font valoir que l'exigence de bonne foi fonde la découverte d'obligations non expressément prévues par les parties dans le contrat de travail. Cette interprétation est d'ailleurs consacrée dans plusieurs systèmes juridiques.

A) Un fondement doctrinal

192. L'exigence de bonne foi serait source d'obligations « à fin de complément » (1) et « à fin de révision » (2) de la volonté contractuelle des parties au contrat de travail⁵²⁷.

Laithier, Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat, LGDJ, 2004, n°235, p. 320 ; T. Genicon, La résolution du contrat pour inexécution, LGDJ, 2007, n°293, p. 216.

⁵²⁷ V. spécifiquement en droit du travail : D. Corrigan-Carsin, Loyauté et droit du travail, Mélanges en l'honneur de Henry Blaise, Economica, 1995, p. 125, spéc. n°3, p. 127 : « *Mais la bonne foi n'est pas seulement un moyen utilisé par le législateur et les tribunaux pour faire pénétrer la morale dans le droit positif. En droit du travail, (...) elle est aussi une règle juridique, source de droits et d'obligations aux multiples applications pratiques* ».

1) Fondement d'obligations « à fin de complément »

193. L'obligation d'information - La découverte de l'obligation d'information - obligation positive pesant sur l'employeur - repose, d'après un courant doctrinal, sur l'exigence de bonne foi. Cette dernière implique un comportement actif de la part des contractants. Il s'agit du devoir de coopération⁵²⁸. L'existence de ce devoir est d'ailleurs consacrée expressément par les principes Unidroit (art. 5.1.3) et les principes du droit européen des contrats (art. 1 : 202). L'employeur doit mettre le salarié en mesure d'exécuter sa prestation de travail. Le salarié doit permettre à l'employeur de bénéficier pleinement des effets escomptés de l'exécution de cette dernière. Selon Demogue, ce devoir se « rattache à l'idée de solidarité entre créancier et débiteur dans l'intérêt social et au point de vue des textes cela découle de l'article 1134, al. 3 »⁵²⁹.

L'exigence de coopération emporterait ainsi une obligation d'information et de renseignement. En effet, « une des conséquences de l'idée de collaboration entre contractants est l'obligation pour chacun d'avertir l'autre, en cours de contrat, des

⁵²⁸ R. Demogue, Traité des obligations en général, II, Effets des obligations, t. VI, Librairie Arthur Rousseau, 1931, p. 9 : « Les contractants forment une sorte de microcosme. C'est une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun, absolument comme dans la société civile ou commerciale. Alors à l'opposition entre le droit du créancier et l'intérêt du débiteur tend à se substituer une certaine union. Le créancier quant à la prestation qu'il doit recevoir n'est pas seulement créancier, il peut avoir un devoir de collaboration » ; Y. Picod, L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat, JCP G 1988, I, 3318 et Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, LGDJ, 1989, n°85, p. 101 s. V. aussi : J. Mestre, D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration, RTD civ. 1986, p. 100, spéc. p. 101 : « Alors que la bonne foi permet simplement, de façon en quelque sorte négative, de sanctionner les déloyautés manifestes (...), l'exigence – ou, plus exactement l'esprit - de collaboration est plus formateur des caractères en impliquant, de manière positive, des attitudes, des comportements convergents au service d'un intérêt contractuel commun » ; D. Mazeaud, Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ?, Mélanges F. Terré, Dalloz, 1999, p. 603, spéc. p. 617 : « Il ne s'agit plus simplement, sur un mode négatif, de pourchasser les comportements qui révèlent une malveillance de la part de celui qui les adopte mais d'imposer un certain dépassement contractuel qui s'exprimerait par des devoirs de solidarité et de fraternité à la charge des contractants. Creuset de l'intérêt commun, le contrat serait alors animé par un esprit de collaboration, de coopération qui intégrerait même, dans les cas extrêmes, une certaine morale du renoncement ». L'auteur ajoute : « Sous forme de principe, on peut ainsi avancer que l'esprit de solidarité contractuelle oblige chaque contractant à faire preuve d'un esprit de coopération tel que son cocontractant puisse, d'une part profiter de la prestation exécutée à son profit, d'autre part exécuter sans difficultés ses propres obligations ». V. aussi : A. Sériaux, Droit des obligations, 2^{ème} éd., PUF, 1998, n° 55, p. 229.

⁵²⁹ R. Demogue, Traité des obligations en général, II, Effets des obligations, t. VI, Librairie Arthur Rousseau, 1931, p. 17. Selon cet auteur, il est « exagéré de dire que le débiteur est seul obligé ». En effet, « le créancier a plusieurs obligations. Il ne doit pas par sa conduite surcharger le débiteur, il doit par des actes positifs faciliter à celui-ci l'exécution de l'obligation (...) ».

événements qu'il a intérêt à connaître pour l'exécution du contrat »⁵³⁰. Dès lors, « pendant l'exécution des contrats, le problème de l'existence d'une obligation de renseignement (...) découle directement de la notion de bonne foi invoquée au dernier alinéa de l'article 1134 du code civil »⁵³¹.

194. Les obligations de réserve, de discrétion et de non-concurrence - De même, la découverte des obligations de réserve, de discrétion et de non-concurrence serait fondée sur l'exigence de bonne foi⁵³². Ainsi, un auteur écrit, à propos de l'obligation de non-concurrence : « si les conventions doivent être exécutées de bonne foi, l'existence même d'un contrat de travail limite à la fois le droit de travailler comme le droit d'entreprendre : on ne peut être collaborateur et concurrent »⁵³³.

2) Fondement d'obligations « à fin de révision »

195. L'obligation de renégociation - L'exigence de bonne foi serait également source d'une obligation de renégociation. D'après Planiol et Ripert, « si la bonne foi oblige à ne pas tromper son cocontractant, elle oblige aussi à ne pas s'enrichir de ses dépouilles si des circonstances imprévues font du contrat tout autre chose que ce qu'avaient envisagé les parties »⁵³⁴. La bonne foi obligerait donc les parties à renégocier le contrat, en cas d'imprévision, afin de rétablir l'équilibre initial⁵³⁵.

⁵³⁰ V. not. : R. Demogue, préc., n° 29, p. 38. V. aussi : Y. Picod, Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, LGDJ, 1989, n°94 s., pp. 111 s. ; G. Ripert et J. Boulanger, Traité élémentaire de droit civil, d'après le Traité de Planiol, LGDJ, t. II, 1957, n°464, p. 181.

⁵³¹ J. Alisse, L'obligation de renseignement dans les contrats, th. dactyl., Paris II, 1975, p. 59 ; Y. Picod, L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat, JCP G 1988, I, 3318. V. aussi : P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, Droit civil, Les obligations, 5^{ème} éd., Defrénois, 2011, n°776, p. 394 : « *Le plus souvent, les tribunaux rattachent cette obligation aux effets que la loi ajoute aux contrats (art. 1135), et non à une prétendue volonté implicite des contractants. On peut aussi la fonder sur la bonne foi qui doit régner entre les parties, aussi bien lors de la conclusion du contrat que de son exécution (art. 1134, al. 3)* ». V. égal. : B. Starck, H. Roland, L. Boyer, Obligations 2. Contrat, 5^{ème} éd., Litec, 1995, n°1198, p. 494.

⁵³² En ce sens : Y. Picod, Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, LGDJ, 1989, n°121, p. 142 ; D. Corrigan-Carsin, Loyauté et droit du travail, Mélanges en l'honneur de Henry Blaise, Economica, 1995, n°37, p. 45 : « *Le caractère personnel du contrat de travail tout comme la règle tirée de l'article 1134, al. 3, C. civ. justifient la prohibition de toute concurrence* » ; C. Vigneau, L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail, Dr. soc. 2004, p. 706, spéc. p. 709.

⁵³³ J.-E. Ray, Fidélité et exécution du contrat de travail, Dr. soc. 1991, p. 377. V. aussi : Y. Picod, Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, LGDJ, 1989, n°126, p. 146.

⁵³⁴ M. Planiol et G. Ripert, Traité pratique de droit civil français, t. VI, Obligations, 1^{ère} partie, par P. Esmein, 2^{ème} éd., LGDJ, 1930, n°396, p. 554. V. aussi : M. Lalou, La révision des contrats par le juge en droit français, in Rapport général, La révision des contrats par le juge, Travaux de la semaine internationale de droit, Paris, Sirey, 1937, p. 45, spéc. p. 50 : « *N'est-il pas conforme au principe posé*

196. L'article 1134, alinéa 3, fondement de l'obligation de reclassement - Or, l'obligation de reclassement est une manifestation de cette obligation de renégociation dans le contrat de travail. Dès lors, si l'obligation de renégociation trouve sa source dans l'exigence de bonne foi, il devrait en être de même de l'obligation de reclassement⁵³⁶. D'ailleurs, l'analyse selon laquelle la bonne foi est source d'obligations est consacrée au-delà de nos frontières.

B) Un fondement consacré

197. La bonne foi fonde expressément l'existence d'obligations « à fin de complément » (1) et « à fin de révision » (2) dans divers systèmes juridiques.

1) Fondement des obligations « à fin de complément »

198. Principes de droit européen des contrats et principes Unidroit - D'après les principes de droit européen des contrats et les principes Unidroit, le contrat est susceptible de

dans l'article 1134 C. civ. (...) de penser que les parties n'ont contracté qu'en considération d'un état de choses qu'elles pouvaient prévoir mais non d'une situation imprévisible qui bouleverse toute l'économie de leur contrat ? ». Contra : R. Vouin, La bonne foi, notion et rôle actuels en droit privé français, LGDJ, 1939, n°67, p. 121 ; P. Voirin, De l'imprévision dans les rapports de droit privé, Thèse, Nancy, 1922, p. 62 : « *Est-ce se comporter en homme de mauvaise foi que d'exiger l'exécution d'une obligation, alors même que, depuis le contrat, un fait est survenu qui a renversé les prévisions de l'autre partie ?* ».

⁵³⁵ Y. Picod, Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, LGDJ, 1989, n°190, p. 213 : « *En cas de modification des circonstances économiques, le créancier doit faire des propositions loyales permettant de remédier au déséquilibre* » ; M-E Pancrazi-Tian, La protection judiciaire du lien contractuel, PUAM, 1996, n°463, p. 370. V. aussi : A. Rieg, Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, LGDJ, 1961, n° 521, p. 620 ; A. Sériaux, Droit des obligations, PUF, 2^{ème} éd., 1998, n°55, p. 229 : « *Ce ne serait guère forcer le texte que de fonder sur la bonne foi un devoir de renégocier les termes d'un contrat qui, à la longue, paraît par trop déséquilibré au profit de l'une des parties et au détriment de l'autre* » ; H. Lécuyer, Le contrat acte de prévision, Mélanges en l'honneur de F. Terré, Dalloz 1999, p. 643, spéc. p. 656 ; C. Jamin, Révision et intangibilité du contrat, Dr. et pat., 1998, n°58, p. 46. V. égal. : D. Tallon, La révision pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé, Mélanges Sayag, Litec, 1997, p. 403, spéc. p. 413.

⁵³⁶ W. Roumier, Bonne foi et loyauté dans le contrat de travail : débat sémantique ou réalité juridique ?, TPS 2003, Chron. n°3, févr. 2003, p. 4. L'auteur écrit également : « *le devoir de coopération astreint enfin les parties à sauvegarder la pérennité de la relation de travail comme en atteste l'existence d'obligations de reclassement à la charge de l'entreprise afin de préserver l'emploi de ses salariés* ». V. aussi : A. Martinon, Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée, Dalloz, 2005, n°134, p. 120.

contenir des obligations non expressément prévues par les parties, découlant, notamment, de l'exigence de bonne foi⁵³⁷.

199. Le droit privé comparé⁵³⁸ - Le code civil espagnol prévoit dans son article 1258 que les contrats obligent non seulement à l'accomplissement de ce qui a été expressément convenu mais également à toutes les conséquences, qui selon leur nature, sont conformes à la bonne foi, à l'usage et à la loi. Le code civil suisse ne contient pas une telle disposition. Cependant, le juge suisse s'est appuyé à plusieurs reprises sur l'exigence de bonne foi pour justifier l'existence d'obligations non expressément prévues par les parties⁵³⁹, telle que l'obligation de sécurité⁵⁴⁰. Cette solution a également été consacrée par le juge en Allemagne⁵⁴¹ et au Japon⁵⁴².

⁵³⁷ D'après l'article 6.102 des principes de droit européen des contrats, « *en plus d'obligations expresses, un contrat peut contenir des obligations implicites qui découlent :*

- a) *de l'intention des parties,*
- b) *de la nature et du but du contrat,*
- c) *et de la bonne foi ».*

De même, l'article 4.8 des principes Unidroit indique : « *1) A défaut d'accord entre les parties quant à une clause qui est importante pour la détermination de leurs droits et obligations, on y supplée par une clause appropriée.*

2) *Pour déterminer ce qui constitue une clause appropriée, on prend en considération notamment :*

- a) *l'intention des parties,*
- b) *la nature et le but du contrat,*
- c) *la bonne foi,*
- d) *ce qui est raisonnable ».*

⁵³⁸ V. not. : M. W. Hesselink, *The concept of good faith, Toward a European civil code*, Third fully revised and expanded edition, Kluwer Law International, 2004, pp. 480, 481 et 482.

⁵³⁹ V. : N. Rouiller, *Droit suisse des obligations et Principes du droit européen des contrats*, Cedidac 72, Lausanne, 2007, p. 556, note 1670. V. aussi sur la jurisprudence allemande : B. Jaluzot, *La bonne foi dans les contrats, Etude comparative de droit français, allemand et japonais*, Dalloz, 2001, n°1802 s., pp. 523 s. L'auteur écrit à propos d'un arrêt rendu par la juridiction suprême que « *par ces termes, le lien avec le principe de bonne foi est évident : les obligations accessoires font partie de l'exécution du contrat, or la bonne foi du § 242 est le principe directeur de l'ensemble de l'exécution contractuelle* ». Cependant, dans les développements qui suivent (v. not. n°1808), cet auteur fait valoir qu'en réalité l'effet de la bonne foi « *n'est pas a priori de créer une obligation, mais a posteriori de régler les conséquences de sa violation* ». Ainsi, « *la bonne foi ne sert pas à la création de l'obligation, mais elle sert à régler les conséquences juridiques de la violation positive du contrat* ». V. égal. sur la jurisprudence japonaise : I. Kitamura, H. Morita, A. Omura, *Rapport Japonais, La bonne foi*, Travaux de l'association H. Capitant, t. XLIII, Litec, 1992, p. 302 s.

⁵⁴⁰ V. not. : N. Rouiller, préc., p. 556, note 1670.

⁵⁴¹ V. not. : M. W. Hesselink, *the concept of good faith, Toward a European civil code*, Third fully revised and expanded edition, Kluwer Law International, 2004, p. 481 ; B. Jaluzot, préc., n°1792, p. 520.

⁵⁴² V. not. : I. Kitamura, H. Morita, A. Omura, préc., p. 303 ; B. Jaluzot, préc., n°1791, p. 520.

2) Fondement des obligations « à fin de révision »

200. La bonne foi, fondement légal et jurisprudentiel de la révision pour imprévision -

L'exigence de bonne foi permet également au juge, dans certains systèmes juridiques, de réviser le contrat ou de prononcer sa résolution en cas d'imprévision⁵⁴³. L'article 437 du code civil portugais prévoit que « *si les circonstances dans lesquelles les parties ont fondé la décision de contracter subissent une altération anormale, la partie lésée a droit à la résiliation du contrat ou à sa modification selon des jugements d'équité, si l'exigence des obligations par elle assumées affecte gravement les principes de bonne foi et n'est pas couverte par les risques propres au contrat* »⁵⁴⁴. Au Japon⁵⁴⁵ et en Allemagne⁵⁴⁶, la jurisprudence a admis la théorie de l'imprévision sur le fondement de la bonne foi⁵⁴⁷.

Dans ces hypothèses, la bonne foi justifie principalement la révision ou la résiliation judiciaire du contrat. *A fortiori*, elle devrait pouvoir fonder l'obligation de renégocier le contrat de travail en cas d'imprévision. Pourtant, une partie importante de la doctrine conteste l'analyse selon laquelle la bonne foi serait source d'obligations.

⁵⁴³ V. not. : M. W. Hesselink, préc., p. 483 ; Projet de cadre commun de référence, Terminologie contractuelle commune, Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, Vol. 6, Société de législation comparée, 2008, pp. 256 et 257.

⁵⁴⁴ Traduction du Professeur Menezes-Cordeiro, Rapport portugais, La bonne foi, Travaux de l'association H. Capitant, tome XLIII, Litec, 1992, p. 337.

⁵⁴⁵ V. not. : B. Jaluzot, préc., n°1562, p. 452. L'adaptation du contrat est rarement retenue par le juge. V. not. : B. Jaluzot, La bonne foi dans les contrats, Etude comparative de droit français, allemand et japonais, Dalloz, 2001, n°1616, p. 469 : « *Bien que la doctrine japonaise reconnaisse l'adaptation du contrat comme sanction possible de l'imprévision, jamais la jurisprudence n'en a fait expressément application. En revanche, elle a souvent prononcé l'extinction du contrat* ». V. aussi : I. Kitamura, H. Morita, A. Omura, La bonne foi, Rapport Japonais, Travaux de l'association H. Capitant, tome XLIII, Litec, 1992, p. 301, spéc. p. 307.

⁵⁴⁶ Sur la jurisprudence allemande, v. not. : B. Jaluzot, préc., n°1548 s., pp. 448 s ; Y. Picod, Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, LGDJ, 1989, n°199, p. 221. Désormais, le § 313 du BGB constitue le fondement légal de la révision pour imprévision. V. not. : P. Ancel, B. Fauvarque-Causson, R. Wintgen, La théorie du fondement contractuel et son intérêt pour le droit français, RDC 2006, p. 897.

⁵⁴⁷ En Suisse, les juges se sont parfois fondés sur l'exigence de bonne foi pour admettre l'adaptation du contrat. Cependant, d'autres fondements étaient également invoqués. V. not. : Y. Picod, Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, LGDJ, 1989, n°199, p. 223. Désormais, la bonne foi ne semble plus fonder la théorie de l'imprévision. V. not. : N Rouiller, Droit suisse des obligations et Principes du droit européen des contrats, Cedidac 72, Lausanne, 2007, p. 626.

II) Un fondement contesté

201. Selon certains auteurs, la bonne foi serait insusceptible de fonder l'existence de l'obligation de sécurité dans le contrat de travail (A). D'autres considèrent qu'elle ne saurait justifier une quelconque obligation (B).

A) La bonne foi, un fondement critiqué de l'obligation de sécurité

202. La bonne foi, fondement rejeté - La chambre sociale de la Cour de cassation ne s'est jamais fondée sur l'article 1134, alinéa 3, du code civil pour justifier l'existence de l'obligation de sécurité dans le contrat de travail⁵⁴⁸. La doctrine refuse également de faire appel à ce texte. Ainsi, d'après le Professeur Picod, la bonne foi est à l'origine des obligations de renseignement, de discrétion, de non-concurrence et de négociation de la révision du contrat en cas d'imprévision. En revanche, selon lui, « *l'obligation de sécurité que le juge a découverte dans certains contrats peut difficilement se fonder sur la bonne foi de l'article 1134 du code civil, à moins de faire de cette notion un concept totalement élastique* »⁵⁴⁹. Selon le Professeur Bloch, retenir la bonne foi comme fondement de l'obligation de sécurité ferait notamment « *fi d'un caractère important de l'obligation de sécurité : son autonomie* »⁵⁵⁰. D'après cet auteur, « *l'obligation de sécurité est une obligation à part entière du contrat et (...) ne saurait se réduire à une simple conséquence, un simple ajustement de l'exécution de ce contrat* »⁵⁵¹.

203. L'article 1135, un fondement préféré - Le recours à l'article 1135 du code civil s'avèrerait plus pertinent pour expliquer l'existence de l'obligation de sécurité⁵⁵². Le Professeur Bloch estime, notamment, que « *fonder l'obligation de sécurité sur (...) [l'article 1135] permet d'affirmer son autonomie à l'égard des autres engagements du contrat.*

⁵⁴⁸ V. supra n°172.

⁵⁴⁹ Y. Picod, Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, LGDJ, 1989, n°80, p. 94.

⁵⁵⁰ C. Bloch, L'obligation contractuelle de sécurité, PUAM, 2002, n°58, p. 44.

⁵⁵¹ Ibid.

⁵⁵² V. not. : H. Lalou, D. 1936, II, p. 15. D'après cet auteur, l'article 1135 du code civil « *confère aux tribunaux le pouvoir d'apprécier quel est le contenu d'un contrat déterminé, et par suite, si d'après la nature de la convention, l'équité commande d'inclure une obligation tacite de sécurité parmi les obligations incombant à l'un des contractants* ». V. égal. : P. Jourdain, ss. Cass. civ. 1^{ère}, 17 déc. 1996, RTD civ. 1997, p. 433 ; O. Penin, La distinction de la formation et de l'exécution du contrat, LGDJ, 2012, n°666, p. 289 ; S. Tisseyre, Le rôle de la bonne foi en droit des contrats, PUAM, 2012, n°429, p. 292.

*L'obligation de sécurité se suffit à elle-même*⁵⁵³. D'ailleurs, d'après un important courant doctrinal, ce texte justifierait l'enrichissement du contrat par le juge.

B) L'article 1134, un texte non créateur d'obligations

204. De nombreux auteurs soutiennent que l'article 1134, alinéa 3, du code civil n'a vocation à s'appliquer qu'aux obligations expressément souscrites par les parties (1). D'autres estiment qu'il est porteur d'une simple norme de comportement (2). Selon chacune de ces interprétations, l'exigence de bonne foi serait insusceptible de fonder la découverte d'obligations non expressément prévues par les parties au contrat de travail.

1) Une application limitée aux obligations expressément souscrites

205. Une thèse avancée - Selon une première analyse, l'exécution visée par l'article 1134, alinéa 3, du code civil « *est seulement celle des obligations voulues par les parties, (...) elle ne justifie pas la création d'autres obligations* »⁵⁵⁴. La bonne foi agirait de l'intérieur du contrat. En revanche, l'équité visée par l'article 1135 du code civil permettrait au juge de déterminer l'étendue des obligations des contractants en se plaçant « *en dehors des obligations expressément formulées* »⁵⁵⁵. L'équité agirait de l'extérieur du contrat.

206. Une thèse réfutée - Cette thèse a été contestée. « *A suivre ce que disent ces auteurs, il faudrait admettre que l'exécution d'une « suite » échapperait à l'exigence de bonne foi* »⁵⁵⁶. Une autre interprétation a donc été proposée.

2) Une norme de comportement

207. Le comportement des contractants et l'article 1134, alinéa 3, du code civil - D'après le Professeur Jacques, l'article 1134, alinéa 3, du code civil concernerait uniquement

⁵⁵³ C. Bloch, L'obligation contractuelle de sécurité, PUAM, 2002, n°58, p. 44. L'auteur précise que : « *l'assertion ne met nullement en cause le caractère accessoire de celle-ci. Si sa naissance est marquée par son caractère accessoire, sa vie est empreinte d'une totale autonomie* ».

⁵⁵⁴ L. Leveneur, Le forçage du contrat, Dr. et pat. 1998, n°58, p. 74.

⁵⁵⁵ C. Albiges, De l'équité en droit privé, LGDJ, 2000, n°463, p. 306.

⁵⁵⁶ P. Jacques, Regards sur l'article 1135 du code civil, Dalloz, 2003, n°158, p. 296 et s.

le comportement des contractants⁵⁵⁷. Autrement dit, selon lui, « *la bonne foi de l'article 1134, al. 3 requiert (...) des parties loyauté, tolérance, coopération lors de l'exécution des conventions* »⁵⁵⁸. L'article 1134, alinéa 3, du code civil permettrait de répondre à la question de savoir comment accomplir ce qui est dû, comment exécuter⁵⁵⁹. Ce texte conduirait le juge à s'intéresser à la « *qualité d'exécution* » du contrat⁵⁶⁰. Il ne serait « *pas destiné à entraîner l'enrichissement du contenu d'un accord de volontés saisi par le droit* »⁵⁶¹.

208. Le contenu du contrat apprécié au regard de l'article 1135 - En revanche, l'article 1135 du code civil autoriserait le juge à se prononcer sur le contenu du contrat en considération de son type ou de sa finalité⁵⁶². Il concernerait « *la quantité* » à exécuter et tendrait à la bonne fin de l'opération envisagée. Il répondrait à la question de savoir ce qui est dû⁵⁶³. Selon le Professeur Jacques, « *l'office de l'article 1135 est d'ordre quantitatif, quand celui de l'article 1134, al. 3, est d'ordre qualitatif. Autrement dit, l'article 1135 invite à s'intéresser au seul contrat, l'article 1134, al. 3 aux seuls contractants* »⁵⁶⁴.

209. En conséquence, selon cette analyse, l'article 1134, alinéa 3, du code civil ne pourrait fonder juridiquement la mise en évidence d'obligations, au sens strict, dans le contrat de travail. L'article 1135 serait le seul fondement pertinent de l'enrichissement du contrat de travail par le juge. Pourtant, ce raisonnement est critiquable. En réalité, les articles 1134,

⁵⁵⁷ P. Jacques, préc., n°164, p. 308. V. aussi : C. Mouly-Guillemaud, Retour sur l'article 1135 du code civil, une nouvelle source du contenu contractuel, LGDJ, 2006, n°209, p. 204. D'après cet auteur, l'article 1134 du code civil « *édicte seulement une norme comportementale, l'impératif de bonne foi constituant une règle d'exécution des contrats, justifiant l'éviction des comportements anormaux et déloyaux. Il ne permet nullement d'élargir le contenu contractuel par l'adjonction d'impératifs nouveaux* »

⁵⁵⁸ P. Jacques, préc., n°163, p. 307.

⁵⁵⁹ P. Jacques, préc., n°166, p. 315.

⁵⁶⁰ P. Jacques, préc., n°165, p. 314.

⁵⁶¹ P. Jacques, préc., p. 316.

⁵⁶² P. Jacques, préc., n°165, p. 315.

⁵⁶³ P. Jacques, préc., n°166, p. 315.

⁵⁶⁴ P. Jacques, préc., n°166, p. 315. V. aussi, n°170, p. 342 : « *L'article 1134, alinéa 3, se distingue donc nettement de l'article 1135 : celui-là ne concerne que l'exécution d'une convention, la manière dont ses effets sont accomplis matériellement ; celui-ci intéresse l'enrichissement du contenu d'un accord de volontés qui, ainsi, devient convention, acte juridique doté de tous les effets que le droit lui reconnaît. Avec l'article 1135, il ne s'agit pas de porter un regard sur la manière dont un débiteur exécute ses engagements, mais bien de déterminer les engagements qui sont aussi les siens en vertu de la loi, de l'usage et de l'équité* ». V. aussi C. Mouly-Guillemaud, Retour sur l'article 1135 du code civil, une nouvelle source du contenu contractuel, LGDJ, 2006, n°210, p. 204 : « *En définitive, seul l'article 1135 in fine justifie le rattachement contractuel d'effets de droit non exprimés par les parties, l'article 1134, alinéa 3, ne pouvant, sous prétexte de similitudes entre les notions d'équité et de bonne foi, être présenté comme fondement d'obligations nouvelles. Simple règle d'exécution des contrats, son précepte ne peut être assimilé à celui de l'article 1135, qui définit la substance de l'accord de volonté* ».

alinéa 3, et 1135 du code civil sont tous deux susceptibles de justifier la découverte d'obligations dans le contrat de travail.

SECTION 2 : BONNE FOI ET EQUITE, DES FONDEMENTS JUSTIFIES

210. La bonne foi, source d'obligations - Il est admis que la bonne foi recouvre deux aspects⁵⁶⁵. Elle vise tout d'abord la « croyance erronée » qui correspond à la « Guter glaube » du droit allemand⁵⁶⁶. Cette acception « *est psychologique ; elle privilégie une attitude passive du sujet de droit, qui ignore l'obstacle légal empêchant de donner plein effet à une situation juridique* »⁵⁶⁷. La bonne foi traduit alors « *une disposition de l'intelligence* »⁵⁶⁸. Le second aspect de la bonne foi vise l'attitude loyale et honnête⁵⁶⁹. Il s'agit de la « Treu und Glauben » allemande⁵⁷⁰. Dans cas « *la bonne foi illustre non plus une attitude intellectuelle, mais une attitude active, une disposition de la volonté* »⁵⁷¹. L'article 1134, alinéa 3, du code civil ne concerne que cette dernière conception de la bonne foi⁵⁷². Ainsi, il justifie un véritable pouvoir d'interprétation du juge, source d'obligations.

⁵⁶⁵ V. not. : R. Vouin, La bonne foi, notion et rôle actuels en droit privé français, LGDJ, 1939, n°7, p. 13 ; F. Gorphe, Le principe de la bonne foi, th, Paris, Dalloz, 1928, p. 10.

⁵⁶⁶ V. not. : Y. Picod, Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, LGDJ, 1989, n°6, p. 12. V. aussi : G. Lyon-Caen, De l'évolution de la notion de bonne foi, RTD civ. 1946, p. 75.

⁵⁶⁷ P. le Tourneau, Rép. civ., Dalloz, Bonne foi, 2009, n°3-5. V. aussi : Y. Loussouarn, La bonne foi, Rapport de synthèse, Travaux de l'association H. Capitant, t. XLIII, Litec, 1992, p. 11 : « *Dans une première acception, la bonne foi (...) exprime une attitude purement passive, une non connaissance* ».

⁵⁶⁸ G. Lyon-Caen, De l'évolution de la notion de bonne foi, RTD civ. 1946, p. 75, spéc. p. 98.

⁵⁶⁹ V. not. : Y. Loussouarn, La bonne foi, Rapport de synthèse, Travaux de l'association H. Capitant, t. XLIII, Litec, 1992, p. 7, spéc. p. 12 : « *Dans une seconde acception, la bonne foi est aussi une notion purement morale, une règle de conduite qui exige des sujets de droit une loyauté et une honnêteté exclusive de toute intention malveillante. C'est une norme de comportement qui devrait s'apprécier in abstracto* ». V. aussi, P. Jourdain, La bonne foi, Rapport français, ibid, p. 121.

⁵⁷⁰ P. le Tourneau, Rép. Civ., Dalloz, Bonne foi, 2009, n°3-5 : « *La seconde acception vient de la fides romaine, caractérisant le respect des engagements pris (...). Aujourd'hui, en prolongement de cette tradition, la bonne foi loyauté exige des sujets de droit une conduite loyale et honnête* ».

⁵⁷¹ G. Lyon-Caen, préc., p. 77.

⁵⁷² V. not. : G. Lyon-Caen, préc., p. 77 ; P. Stoffel-Munck, L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, LGDJ, 2000, n°54, p. 59 : « *Le texte n'aurait d'ailleurs guère de sens autrement* » ; A. Bénabent, La bonne foi, Rapport Français, Travaux de l'association H. Capitant, tome XLIII, Litec, 1992, p. 291, spéc. p. 293 : « *C'est donc cet esprit de moralisation qui permet de préciser la notion de bonne foi au sens de l'article 1134 alinéa 3. La bonne foi n'est pas ici l'ignorance d'une situation réelle (...); la bonne foi est ici entendue comme un comportement honnête dans les relations contractuelles* ».

La bonne foi peut alors être envisagée au regard de la mauvaise foi, par opposition à la faute, à l'abus de droit, au dol et à la fraude (V. not. : Y. Picod, Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, LGDJ, 1989, n°14 s., pp. 27 s). Toutefois, une telle définition n'est pas pertinente. Invoquer l'absence de faute, d'abus de droit, de dol ou de fraude rend inutile tout recours à l'exigence de bonne foi. V. not. : P. Jacques, Regards sur l'article 1135 du code civil, Dalloz, 2005, n°161, p. 303. Cet auteur écrit notamment : « *en fait de bonne foi, c'est l'absence de mauvaise foi que l'on définit, par opposition*

211. L'équité, source d'obligations - Pourtant, la lecture de l'article 1135 du code civil peut semer le doute⁵⁷³. Ce texte est particulièrement clair : « *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* ». Cette disposition n'est pas étrangère à l'adjonction d'obligations dans le contrat de travail. A l'inverse, elle semble préciser la démarche que le juge doit adopter lorsqu'il insère des obligations dans le contrat.

En réalité, l'article 1134, alinéa 3, du code civil est le fondement originel de l'enrichissement du contrat de travail par le juge (§1). L'article 1135 en constitue une explication (§2).

§ 1 : L'article 1134, alinéa 3, fondement originel

212. Eu égard à ses origines historiques, l'article 1134, alinéa 3, du code civil s'impose comme source d'un pouvoir d'interprétation du contrat de travail par le juge (I). Il est également un guide dans l'exercice de ce pouvoir (II).

à la faute, au dol, à l'abus et à la fraude ». V. aussi : Y. Picod, préc., n°55, p. 72 : « *D'une part, la loyauté définie par l'absence de faute est une notion vaine, « improductive ». D'autre part, « la loyauté du contractant définie par opposition au dol, à la fraude ou à l'abus de droit apparaît comme une notion pauvre dans la mesure où elle repose sur une négation* ».

En réalité, la bonne foi doit être examinée au regard de l'absence de bonne foi. Un employeur exécute ses obligations contractuelles stricto sensu. Mais il adopte une attitude passive. Est-il de bonne foi ? Il ne l'est pas comme l'employeur qui, par exemple, tente de faciliter l'exécution de la prestation de travail. Pour autant, cet employeur « passif » n'est pas de mauvaise foi. C'est ce comportement « neutre » que condamne l'article 1134, alinéa, 3 du code civil. V. not. : Y. Picod, préc., n°13, p. 26 : « *Un débiteur peut s'abstenir de toute inexécution volontaire de ses obligations ; il sera de bonne foi au sens neutre du terme. Il faudrait même dire simplement, pour être plus juste, qu'il n'est pas de mauvaise foi. Un autre débiteur pourra manifester sa bonne volonté en faisant tous les efforts possibles pour régler sa dette ; il sera également de bonne foi mais au sens positif ou dynamique du terme* » ; P. Jacques, préc., Dalloz, 2003, n°162, p. 306 : « *Cette passivité, absence de bonne foi (...) est ce que, dans sa compréhension moderne, l'article 1134 al. 3 permet de combattre* ».

⁵⁷³ O. Anselme-Martin, Étude critique du devoir d'exécuter les conventions de bonne foi, LPA, 22 janv. 1997, n°10, p. 17, spéc., n° 15 : « *Si l'on s'en tient à un examen du texte isolé, l'alinéa 3 de l'article*

1) L'article 1134, alinéa 3, source d'un pouvoir d'interprétation

213. Dans l'esprit des rédacteurs du code civil, l'exigence d'exécution de bonne foi du contrat marquait la généralisation des contrats de bonne foi (A). Ces contrats étaient source d'un pouvoir d'interprétation du juge (B).

A) L'article 1134, alinéa 3, la généralisation des contrats de bonne foi

214. En droit romain, il existait une distinction entre les contrats de droit strict et les contrats de bonne foi (1). L'article 1134, alinéa 3, du code civil a, notamment, eu pour objet de rappeler qu'en droit français tous les contrats sont de bonne foi (2).

1) Contrats de droit strict et contrats de bonne foi

215. Les contrats de droit strict de l'ancien droit romain - En droit romain ancien, l'échange des consentements n'était pas à lui seul créateur d'obligations. L'accomplissement d'une solennité était indispensable⁵⁷⁴. Les parties n'étaient tenues que par les obligations qu'elles avaient formellement envisagées⁵⁷⁵. Il s'agissait des contrats de droit strict.

216. L'apparition des contrats de bonne foi - Cependant, l'expansion de Rome et le développement du commerce international provoquèrent l'apparition des actions et des

1134 paraît (...) être opportun (...) ; mais les choses changent dès qu'il est mis en relation avec les textes qui l'environnent et notamment avec l'article 1135 ».

⁵⁷⁴ V. not. : P. F. Girard, Manuel élémentaire de droit romain, 8^{ème} éd. 1929, réédition par J.-P. Lévy, Dalloz, 2003, p. 461 : « *En droit romain, comme dans la plupart des législations un peu archaïques (...) la convention (conventio, pactum, placitum) n'est pas en principe, génératrice d'obligations. Il y a quelques exceptions dans le droit nouveau. Il n'y en a pas dans le droit le plus ancien. Une règle qui n'a jamais été abrogée, à laquelle on a seulement apporté avec le temps des dérogations de plus en plus nombreuses, mais qui n'en comportait pas au début, déclare la simple convention impuissante à faire naître une action, à créer un lien de droit. Pour qu'elle devienne obligatoire, il faudra qu'elle soit incorporée dans une solennité juridique ayant la vertu de la transformer en contrat, qu'elle prenne une forme légale qui la munisse d'action* ».

⁵⁷⁵ M. Macqueron, Histoire des obligations, Le droit romain, Aix en Provence, Publication du centre d'histoire institutionnelle et économique de l'antiquité romaine, 1971, p. 39 : « *Dans ces sortes de contrats, l'obligation résulte des formalités employées : le sens et les conséquences de ces formalités sont définis à l'avance par le droit civil* ».

contrats de bonne foi⁵⁷⁶. Comme l'écrit un auteur, « *la bona fides (...) s'oppose au formalisme, tout en le complétant. Elle inaugure un système de conventions basé, non plus seulement sur l'observance rigoureuse de formes déterminées mais surtout sur le respect des intentions, sur la loyauté et la confiance, en un mot sur des éléments spirituels et moraux : ce qui est la meilleure manière d'appliquer l'équité et la probité* »⁵⁷⁷.

2) L'abandon des contrats de droit strict

217. Un simple rappel - Les rédacteurs du code civil ont souhaité rappeler à l'article 1134, alinéa 3, du code civil, l'abandon des contrats de droit strict⁵⁷⁸. Certes, il était acquis que les contrats en droit français étaient des contrats de bonne foi⁵⁷⁹. Cependant, un tel rappel n'était pas dénué d'intérêt⁵⁸⁰.

⁵⁷⁶ Sur l'origine des contrats de bonne de foi, v. not. : J.-P. Lévy, Histoire des obligations, Les cours de droit, 1972, p. 63 ; P. F. Girard, préc., p. 464. V. aussi : M. Macqueron, préc., p. 24.

Les contrats de droit strict trouvent leur origine dans la rédaction des formules V. not. : O. Anselme-Martin, préc., n° 11. ; P. Jacques, Regards sur l'article 1135 du code civil, Dalloz, 2005, n°49, p. 109. V. égal. : R. Monier, Manuel élémentaire de droit romain, t. 1^{er}, éd. Domat Montchrestien, 6^{ème} éd., 1947, Réimpression, Scientia Verlag Aalen, 1970, n°97, p. 129 s., spéc. n°131, p. 167.

⁵⁷⁷ F. Gorphe, Le principe de la bonne foi, Dalloz, 1928, p. 10.

⁵⁷⁸ En ce sens : V. Marcadé, Explication théorique et pratique du Code Napoléon, t. 4, 7^{ème} éd., Paris, Delamotte, 1873, n°466, p. 404 : « *Le Code Napoléon, dans notre troisième alinéa, pose comme principe fondamental que la bonne foi devra toujours présider à l'exécution des conventions. Il n'y a donc pas chez nous d'actions de droit strict* » ; C.-B.-M. Toullier Le droit civil français suivant l'ordre du code, t. 6, Paris, Nève, 1812, n°336, p. 409 : « *Le principe consacré par le Code (1134), est que toutes les conventions doivent être exécutées de bonne foi. Ce qui ne veut pas dire seulement que le dol ou la fraude doivent être bannis ; mais encore que nous rejetons la division des conventions, qu'on trouve dans le droit romain ou dans ses interprètes, en contrats de bonne foi et contrats de droit étroit* » ; C. Beudant, Cours de droit civil français, t. VIII, A. Rousseau, 2^{ème} éd., 1936, n° 307, p. 222 ; M. Planiol et G. Ripert, Première partie avec le concours de P. Esmein, Traité pratique de droit civil français, t. VI, Obligations, LGDJ, 1930, n° 379, p. 524 ; O. Anselme-Martin, préc., n° 12 ; G. Lyon-Caen, De l'évolution de la notion de bonne foi, RTD civ. 1946, p. 75, spéc. p. 83 : « *Le sens véritable de l'article 1134 alinéa 3 est moins de créer une imaginaire obligation de bonne foi que de réputer tous les contrats de bonne foi* ».

Contra : P. Jacques, préc., n°159, p. 299 : « *L'interprétation de l'article 1134, al. 3 comme le siège du rejet de la distinction romaine droit strict bonne foi laisse songeur* ».

⁵⁷⁹ V. not. : M. L. Larombière, Théorie et pratique des obligations, t. 1, Nouvelle édition, 1885, Réimpression Schmidt Periodicals GmbH, D-83075 Bad Feilnbach / Allemagne, p. 381. Cet auteur écrit, à propos de la distinction entre contrats de droit strict et contrats de bonne foi que « *notre droit français n'a jamais connu cette division* ». V. aussi : R.-J. Pothier, Traité des obligations, Œuvres de Pothier, annotées et mises en corrélation avec le code civil et la législation actuelle, par M. Bugnet, t. II, Eloge de Pothier, Traité des obligations. De la prestation des fautes, Videcoq, Cosse et Delamotte, 1848, n° 9, p. 8 : « *Les divisions que le droit romain fait des contrats (...) en contrats de bonae fidei et contrats stricti juris n'ont pas lieu parmi nous* ».

⁵⁸⁰ Contra : P. Jacques, préc., n°159 p. 299 : « *On ne voit pas que les rédacteurs aient sérieusement entendu, à l'article 1134, al. 3, frapper d'ostracisme la catégorie des contrats de droit strict alors que, en tant que telle, elle avait depuis longtemps déserté le droit français, n'y maintenant une présence discrète que dans certains ouvrages doctrinaux et à titre purement historique !* ».

218. Un rappel pertinent - Domat, dont les rédacteurs du code civil se sont largement inspirés⁵⁸¹, n'hésitait pas à rappeler que les contrats étaient de bonne foi⁵⁸². A cet égard, il avait pris soin de préciser que « *cette différence entre les plus ou moins d'étendue de la bonne foi, selon les différences des conventions est le fondement de la distinction qu'on fait dans le droit romain entre les contrats qu'on y appelle contrats de bonne foi et ceux qu'on dit être de droit étroit. Mais par la nature, par notre usage, tout contrat est de bonne foi. En ce qu'elle a toute l'étendue que l'équité peut y demander* »⁵⁸³.

Par ailleurs, l'influence du droit romain a été particulièrement importante lors de la rédaction du code civil⁵⁸⁴. Il paraissait utile de rappeler que la distinction entre les contrats de droit strict et les contrats de bonne foi n'avait plus lieu d'être. Or, admettre que tous les contrats sont de bonne foi revient à reconnaître un large pouvoir d'interprétation au juge.

B) Les contrats de bonne foi, source d'un pouvoir d'interprétation

219. Les actions et contrats de bonne foi caractérisent un élargissement des pouvoirs du juge (1). Celui-ci doit interpréter le contrat conformément à ce qu'exigent la bonne foi et l'équité. Ce pouvoir d'interprétation permet au juge de reconnaître l'existence de devoirs et d'obligations non expressément prévus par les parties au contrat de travail (2).

⁵⁸¹ V. not. : Rapport fait par le tribun Favart sur les quatre premiers chapitres, P.A. Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du code civil, t. XIII, 1827, réimpr. 1968, pp. 312 et 313 : « *Mais dans la partie qui traite des contrats et des obligations conventionnelles, le législateur se trouve dans l'heureuse impuissance de proclamer une vérité particulière : tout ce qu'il dit doit être l'expression des éternelles vérités sur lesquelles repose la morale de tous les peuples. Le livre où il puise ses lois doit être la conscience ; ce livre où tous les hommes trouvent le même langage quand la passion ne les aveugle pas. Les Romains ont écrit ces vérités dans leurs lois. Elles ont été recueillies par le savant Domat, et Pothier en fit un traité qui seul aurait fait sa gloire. C'est dans les ouvrages de ces deux grands hommes que le projet de loi dont je vais vous entretenir a été puisé* ».

⁵⁸² J. Domat, Les lois civiles dans leur ordre naturel, Suivies du droit public, Nouvelle édition, Revue et corrigée, t. 1^{er}, Luxembourg, André Chevalier, 1702, 1^{ère} partie, Des engagements, Livre premier, Titre 1, Section III, XII.

⁵⁸³ Ibid.

⁵⁸⁴ Présentation au corps législatif et exposé des motifs par M. Bigot-Préameneu, P.A. Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du code civil, t. XIII, 1827, réimpr. 1968, pp. 217-218 : « *Elles seraient bien mal entendues les dispositions du code civil relatives aux contrats, si on les envisageait autrement que comme des règles élémentaires d'équité, dont toutes les ramifications se trouvent dans les lois romaines* ».

1) Les contrats de bonne foi, un élargissement des pouvoirs du juge

220. L'absence de pouvoir d'interprétation et contrats de droit strict - Le juge ne disposait d'aucun pouvoir d'interprétation sur les contrats de droit strict. Il devait se borner à constater que les formalités avaient été accomplies et que le débiteur avait exécuté la prestation promise. Peu importait, notamment, le dol de l'une des parties⁵⁸⁵. Dans ce type de contrat, « *c'est le contrat même qui indique à quoi le débiteur est tenu envers le créancier sans que le juge puisse y rien ajouter ni en rien retrancher : ce sont les parties qui ont fait leur contrat. Le juge n'a pas à le refaire. Il n'a qu'à chercher s'il existe et ce qu'il dit* »⁵⁸⁶.

221. L'existence d'un pouvoir d'interprétation et contrats de bonne foi - En revanche, dans les « *actions de bonne foi règne la plus grande liberté d'appréciation du juge* »⁵⁸⁷. Ce dernier doit rechercher « *tout ce qu'il faut donner et faire conformément à la bonne foi* »⁵⁸⁸.

⁵⁸⁵ Cependant, l'insertion d'une exception de dol dans le contrat était fréquente. V. not. : J.-P. Lévy, Histoire des obligations, Les cours de droit, 1972, p. 26.

⁵⁸⁶ P. F. Girard, Manuel élémentaire de droit romain, 8^{ème} éd. 1929, réédition par J.-P. Lévy, Dalloz, 2003, p. 463 ; J.-P. Lévy, Histoire des obligations, Les cours de droit, 1972, p. 26 : « *Le juge y est étroitement lié et ne dispose d'aucune latitude d'appréciation* ». M. Macqueron, Histoire des obligations, Le droit romain, Aix en Provence, Publication du centre d'histoire institutionnelle et économique de l'antiquité romaine, 1971, p. 39 : « *En cas de contestation, le juge n'exerce que des pouvoirs limités : son rôle se borne à constater que les formalités ont été régulièrement remplies et à en tirer les conséquences que la loi y attache* ». V. aussi : M. L. Larombière, préc., p. 381 : « *Les actions de droit strict étaient ainsi nommées, parce que son office y étant resserré dans les limites du droit civil, le juge devait se prononcer d'après la rigueur du droit proprement dit sans pouvoir apporter le moindre tempérament d'équité, ni même s'inquiéter du dol pratiqué par l'autre partie, à moins que le demandeur ne s'en fût fait garantir par une clause expresse, ou n'eût obtenu l'exception de dol* » ; C.-B.-M. Toullier Le droit civil français suivant l'ordre du code, t. 6, Paris, Nève, 1812, n°336, p. 409 : « *Dans les (...) [contrats de droit étroit] on ne pouvait rien demander au-delà de ce qui avait été expressément contenu dans le contrat* ».

⁵⁸⁷ J.-P. Lévy, Histoire des obligations, Les cours de droit, 1972, p. 62 : « *Justinien (Inst., IV, 6, 30) déclare que le juge avait la libre puissance d'estimer combien il était dû d'après ce qui est bien et équitable* ».

⁵⁸⁸ R. Monier, Manuel élémentaire de droit romain, t. 2, éd. Domat Montchrestien, 5^{ème} éd., 1954, Réimpression, Scienta Verlag Aalen, 1970, n° 94, p. 116. V. aussi : M. L. Larombière, préc., pp. 380 et 381 : « *les actions de bonne foi étaient ainsi appelées, parce que le juge était alors autorisé à se prononcer d'après l'équité, ex aequo et bono, d'après l'appréciation du dol, du retard, des fautes, et enfin de la bonne ou mauvaise foi des parties, tout compte fait entre elles de ce qu'elles pouvaient respectivement se devoir* ».

V. cep. : P. Jacques, préc., n°50, p. 114. Cet auteur explique que « *les contrats de bonne foi se caractérisent moins par l'enrichissement de leur contenu que par celui du droit qui leur est applicable* ». A cet effet, il énumère les apports de la bonne foi au droit romain des contrats : « *la règle qui veut que l'on s'abstienne de tout dol ; la sanction de la violence, de l'erreur, de la lésion et, d'une certaine manière de l'enrichissement sans cause ; la possibilité donnée au juge de moduler sa décision en considération du retard apporté à l'exécution (...). Ainsi, les apports des actions de bonne foi ne sont quasiment jamais des effets obligationnels et rarement des effets obligatoires des contrats* ».

L'abandon des contrats de droit strict revient à admettre que « *les conventions doivent être exécutées de bonne foi et non pas en s'en tenant strictement à leurs termes* »⁵⁸⁹. Le juge ne doit pas s'arrêter à la lettre du contrat⁵⁹⁰. Il en résulte que « *l'esprit prime la lettre dans le droit contemporain* »⁵⁹¹. Pour déterminer ce qui est dû par les parties, « *il faut rechercher ce que l'honnêteté permet d'exiger comme ce qu'elle oblige à accomplir* »⁵⁹². Dès lors, le pouvoir d'interprétation du juge est susceptible de fonder la découverte de devoirs et d'obligations.

2) Les contrats de bonne foi, source de devoirs et d'obligations ?

222. Le pouvoir d'interprétation du juge semble justifier la découverte des devoirs de bonne foi et de coopération. Cependant, dans ces hypothèses, le rôle du juge doit être relativisé (a). Seule la découverte d'obligations au sens strict est susceptible de caractériser un ajout au contrat de travail. Or, le pouvoir d'interprétation du juge tiré de l'article 1134, alinéa 3, du code civil est susceptible de justifier un tel enrichissement du contrat (b).

a) Source de devoirs ?

223. Les devoirs de bonne foi et de coopération - Le contrat de travail est un contrat de bonne foi. Le juge doit, en conséquence, rechercher ce que la bonne foi exige des parties lors de l'exécution de ce contrat. La reconnaissance d'un devoir de bonne foi correspond à cette exigence. Ce devoir n'est pas nécessairement source d'une obligation stricto sensu. Ainsi,

Certes, comme le souligne cet auteur, les apports de la bonne foi au droit romain ne sauraient être réduits à l'enrichissement du contrat par le juge. Pour autant, la détermination du contenu contractuel conformément à la bonne foi est une des caractéristiques des contrats de bonne foi.

⁵⁸⁹ Rép. Dalloz de législation, de doctrine et de jurisprudence, t. 33^{ème}, 1860, obligations, tit. 4, chap. 1, n°665. V. aussi : M. Planiol et G. Ripert, Première partie avec le concours de P. Esmein, Traité pratique de droit civil français, t. VI, Obligations, 1930, LGDJ, n°879, p. 524.

⁵⁹⁰ V. not. : C.-B.-M. Toullier, préc., n°336, p. 409 : « *on pouvait demander non seulement ce qui était expressément contenu dans le contrat, mais encore ce qui ne s'y trouvait pas exprimé si l'équité et la bonne foi l'exigeaient* ».

⁵⁹¹ Xavier Janne d'Othée, Quelques réflexions sur le rôle de la bonne foi et l'équité dans notre code civil, Mélanges A. Simonius, Basel, 1955, p. 161, spéc. p. 171 : « *Notre droit moderne ne connaît plus cette distinction archaïque : toutes les actions sont de bonne foi, pourvu que l'on reste dans les limites du contrat judiciaire. Ces mots « bonne foi » expriment tous les sentiments d'une conscience droite. Ils s'appliquent même aux contrats solennels où une certaine forme est cependant exigée, mais ils n'ont d'autre portée que de préciser « l'interprétation » que le juge peut faire d'un contrat* ».

lorsque juge reproche à une salariée d'une caisse d'allocations familiales, rédacteur au service contentieux, d'avoir minoré pendant plusieurs années ses déclarations de ressources auprès d'une autre caisse afin de bénéficier de prestations sociales indues, il n'est pas question du non-respect d'une obligation au sens strict⁵⁹³. Il s'agit, dans cette hypothèse, d'un manquement au devoir de bonne foi ou de probité.

Il est également admis que l'article 1134, alinéa 3, du code civil fonde l'existence d'un devoir de coopération dans le contrat de travail⁵⁹⁴. Ce devoir « *induit un comportement positif des parties visant à satisfaire, au-delà de la lettre du contrat, les exigences de son cocontractant* »⁵⁹⁵. Le salarié doit exécuter sa prestation en lui donnant le maximum d'utilité. Le créancier doit faciliter l'exécution de la prestation de travail. En réalité, le devoir de coopération n'est qu'une traduction du devoir de bonne foi⁵⁹⁶. Il caractérise l'un de ses aspects⁵⁹⁷. Ainsi, l'employeur qui faisait passer prendre la salariée inventariste depuis plus de dix ans à son domicile par un véhicule de l'entreprise et qui avait cessé de la faire bénéficier de cet avantage lié à sa fonction, la mettant dans l'impossibilité de travailler, avait manqué à son devoir de coopération⁵⁹⁸.

224. Des devoirs inscrits à l'article 1134, alinéa 3 - La reconnaissance d'un devoir de bonne foi ou de coopération ne constitue donc pas un véritable enrichissement du contrat de travail par le juge. L'œuvre créatrice du juge doit être relativisée. Ces devoirs sont inscrits à

⁵⁹² M. Planiol et G. Ripert, préc., n°379, p. 524.

⁵⁹³ V. supra n°43.

⁵⁹⁴ V. supra n°193.

⁵⁹⁵ Y. Picod, L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat, JCP G 1988, I, 3318.

⁵⁹⁶ Contra, v. not. : A.-S. Courdier-Cuisinier, Le solidarisme contractuel, Litec, 2006, n°509 et n°510, p. 319. D'après cet auteur, « *faire de la notion de bonne foi le fondement de devoirs positifs relatifs au comportement ne peut être réalisé qu'au prix de sa déformation* ». En effet, « *le devoir de coopération (...) ne peut être fondé sur la bonne foi, et encore moins en être un élément constitutif. Il constitue un degré supérieur dans le comportement exigé des parties. Il traduit l'idée d'agir conjointement avec quelqu'un, l'action de participer à une œuvre commune. Or, la bonne foi ne recèle pas intrinsèquement une telle idée* ».

⁵⁹⁷ En ce sens, v. not. : Projet de cadre commun de référence, Principes contractuels communs, Association Henri Capitant des amis de la culture Juridique Française, Société de Législation Comparée, vol. 7, 2008, p. 171 : « *Mais la bonne foi s'entend également comme une notion dynamique qui met à la charge des parties un comportement positif lorsque cela s'avère nécessaire pour que le contrat produise toute son utilité* ». Comp. : J. Mestre, D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration, RTD civ. 1986, p. 100, spéc. p. 101. D'après cet auteur, si l'exigence de bonne foi permet « *simplement, de façon en quelque sorte négative, de sanctionner les déloyautés manifestes (...), l'exigence – ou, plus exactement l'esprit – de collaboration est plus formateur des caractères en impliquant, de manière positive, des attitudes, des comportements convergents au service d'un intérêt contractuel commun* »

⁵⁹⁸ V. supra n°56.

l'article 1134, alinéa 3, du code civil. Le pouvoir d'interprétation du juge ne s'exerce que lorsqu'il s'interroge sur ce qu'exige le devoir de bonne foi ou de coopération. Ainsi, conformément au devoir de bonne foi, la salariée de la caisse d'allocations familiales aurait dû s'abstenir de minorer ses ressources. De même, l'employeur de la salariée inventriste aurait dû continuer à la faire bénéficier du passage à son domicile d'un véhicule de l'entreprise pour se rendre sur son lieu de travail. Dans ces affaires, le juge s'est prononcé sur le comportement des parties ; il n'a pas dégagé l'existence d'une obligation *stricto sensu*. Or, seule la mise en exergue d'une véritable obligation caractérise un ajout au contrat de travail.

b) Source d'obligations ?

225. Le devoir de bonne foi source d'obligations - Le juge procède à un enrichissement du contrat lorsqu'il découvre l'existence d'obligations non prévues par le contrat de travail. Tel est le cas des obligations de non-concurrence, de réserve, de discrétion, de remboursement de frais, d'information, de sécurité, d'adaptation et de reclassement. Pour autant, ces obligations découlent-elles de l'exigence de bonne foi ? Les contrats de bonne foi commandent au juge de ne pas s'arrêter à la lettre du contrat pour déterminer ce qui est dû par les parties. Il doit préciser le comportement que doivent adopter les contractants, au regard du devoir de bonne foi. Or, ce comportement suppose parfois l'accomplissement d'obligations⁵⁹⁹. Le devoir de bonne foi ou de coopération, inscrit à l'article 1134, alinéa 3, du code civil justifie donc la découverte d'obligations *stricto sensu*. Dès lors, la découverte des obligations de non-concurrence, de réserve, de discrétion, de remboursement de frais, d'information, de sécurité, d'adaptation et de reclassement est susceptible de découler du pouvoir d'interprétation du juge tiré de l'article 1134, alinéa 3, du code civil. Encore faut-il que l'exercice de ce pouvoir soit guidé par les exigences de ce texte.

⁵⁹⁹ Telle était d'ailleurs l'analyse de Pothier dont les rédacteurs du code civil se sont largement inspirés (V. supra n°218). Celui-ci mentionnait, notamment, dans son traité sur le contrat de vente : « *des engagements du vendeur, qui résultent de la bonne foi* » (R.-J. Pothier, Traité des obligations, Œuvres de Pothier, annotées et mises en corrélation avec le code civil et la législation actuelle, par M. Bugnet, t. II, Eloge de Pothier, Traité des obligations. De la prestation des fautes, Videcoq, Cosse et Delamotte, 1848, n°233 s., pp. 94 s.).

II) L'article 1134, alinéa 3, guide du pouvoir d'interprétation

226. L'article 1134, alinéa 3, du code civil institue une directive d'interprétation⁶⁰⁰. Celle-ci est exclusive de la recherche de l'intention des parties (A). La démarche du juge est guidée par un objectif de réalisation du but contractuel, propre au contrat de travail (B).

A) Une interprétation objective

227. De nombreux auteurs du XIXème et du début du XXème siècle considéraient que l'article 1134, alinéa 3, du code civil formulait une règle d'interprétation fondée sur la recherche de l'intention des parties (1). En réalité, il s'agit d'une règle d'interprétation objective (2).

1) La recherche de l'intention des parties, une analyse avancée

228. La recherche de l'intention des parties, une analyse soutenue - Marcadé écrivait : *« il n'y a (...) pas chez nous d'actions de droit strict ; il n'y a plus de ces règles, de ces formules, dont la rédaction doit l'emporter sur la volonté des contractants : le juge doit toujours prononcer ex aequo et bono, en recherchant par tous les moyens possibles quelle a été la commune intention des parties, pour donner tout son effet à cette intention »*⁶⁰¹. De même, selon Aubry et Rau, *« les conventions doivent être exécutées de bonne foi, c'est-à-dire conformément à l'intention des parties et au but en vue duquel elles ont été formées »*⁶⁰².

⁶⁰⁰ Dans d'autres systèmes juridiques, il est admis que la bonne foi constitue une directive d'interprétation des contrats. Le code civil allemand (§157 BGB) prévoit expressément que la bonne foi constitue une directive d'interprétation des contrats (V. supra n°14). V. not. : B. Jaluzot, La bonne foi dans les contrats, Etude comparative de droit français, allemand et japonais, Dalloz, 2001, n°610, p. 157.

⁶⁰¹ V. Marcadé, Explication théorique et pratique du Code Napoléon, t. 4, 7^{ème} éd., Paris, Delamotte, 1873, n°466, p. 404.

⁶⁰² Aubry et Rau, Cours de droit civil français d'après la méthode de Zacharie, t. 4, 5^{ème} éd., Paris, Marchal et Billard, 1902, § 346, p. 563.

V. aussi : C. Demolombe, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général, t. 1^{er}, Paris, 1877, § 393, p. 376 *« Et c'est toujours, en effet, le devoir du juge, id officio ejus contineri, d'interpréter la convention et d'en ordonner l'exécution conformément à l'intention des parties, eu égard au but qu'elles se sont proposé d'atteindre »* ; G. Baudry-Lacantinerie, et L. Barde, Traité théorique et pratique de droit civil des obligations, 3^{ème} éd., t. 1^{er}, L. Larose & L. Tenin, 1906, n°343, p. 390 : *« De bonne foi, c'est-à-dire conformément à l'intention des parties et au but qu'elles se sont proposé en contractant »*.

229. La recherche de l'intention des parties, une analyse contestable - Une telle analyse revenait à ôter toute autonomie à l'article 1134, alinéa 3, du code civil. En effet, l'article 1156 du même code prévoit qu'« *on doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes* ». Au regard de ce texte, l'article 1134, alinéa 3, du code civil s'avérait inutile⁶⁰³. En outre, estimer que ce texte énonçait une directive d'interprétation fondée sur la volonté des parties allait à l'encontre de la conception de contrats de bonne foi du droit romain⁶⁰⁴. L'article 1134, alinéa 3, du code civil ayant pour objet de rappeler que tous les contrats sont de bonne foi, il énonce nécessairement une directive d'interprétation objective.

2) La recherche de l'intention des parties, une analyse rejetée

230. L'analyse selon laquelle l'article 1134, alinéa 3, du code civil constitue une directive d'interprétation objective est contestée (a). Elle est pourtant justifiée (b).

a) L'existence d'une règle d'interprétation contestée

231. Certains auteurs estiment que l'article 1134, alinéa 3, du code civil ne constitue pas une directive d'interprétation. Ils font notamment valoir que la violation des articles relatifs aux règles d'interprétation ne peut, en principe, faire l'objet d'un pourvoi en cassation⁶⁰⁵. En

⁶⁰³ V. not. : C. Beudant, Cours de droit civil français, t. VIII, 2^{ème} éd., A. Rousseau, 1936, n°307, p. 222 : « *Désormais, toutes les conventions doivent être interprétées de bonne foi. Les conséquences de cette idée abstraite sont énoncées dans les articles 1156 et suivants auxquels il suffit de renvoyer. Ces textes sont une paraphrase prolixe et médiocrement heureuse de l'article 1134, alinéa 3* ». V. aussi : R. Vouin, La bonne foi, notion et rôle actuels en droit privé français, LGDJ, 1939, n°46, p. 72 : « *C'est là un bien maigre contenu et il paraît invraisemblable que l'article 1134, alinéa 3, C. civ. , ait eu pour seul objet de résumer par avance, quand il parle de l'exécution des conventions, les règles énoncées par l'article 1156 et suivants* ». L'auteur ajoute : « *si la bonne foi n'était que l'intention commune, n'aurait-on point supprimé l'alinéa 3 en entier que d'autres dispositions du même code rendraient inutile ?* ».

⁶⁰⁴ M. Planiol et G. Ripert, Première partie avec le concours de P. Esmein, Traité pratique de droit civil français, t. VI, Obligations, 1930, n°396, p. 553 : « *Dans la tradition romaine où elle trouve son origine, la notion de bonne foi ne se rattache nullement à l'autonomie de la volonté. La bonne foi, s'opposant à Rome au droit strict, c'est l'obligation d'accomplir quelque chose qui n'a pas été stipulé, quand la droiture et l'honnêteté l'exigent* ».

⁶⁰⁵ V. not. : Req. 24 févr. 1868, D. P. 1868, 1, p. 308 : « *En ce qui concerne la violation des art. 1156 et suiv. c. nap. : Attendu que les dispositions des articles précités n'ont pas un caractère impératif ; que par leur nature même, elles constituent des conseils donnés aux juges par le législateur pour l'interprétation des conventions, et non des règles absolues dont l'inobservation entraînerait l'annulation de la décision qui l'aurait consacrée ; que l'interprétation ne donnerait ouverture à cassation que si le jugement avait méconnu ce qui est de l'essence du contrat, s'il en dénaturait la*

outre, les règles d'interprétation relèvent d'une section du code civil intitulée « *de l'interprétation des conventions* ». L'article 1134, alinéa 3, du code civil ne figure pas dans cette section⁶⁰⁶. Enfin, les règles d'interprétation constitueraient un ensemble fermé auquel n'appartiendrait pas l'article 1134, alinéa 3, du code civil⁶⁰⁷.

b) L'existence d'une règle d'interprétation objective

232. Interprétation subjective et objective, des règles distinctes - Cette analyse repose sur le postulat selon lequel une règle d'interprétation est nécessairement subjective. Les auteurs qui soutiennent que l'article 1134, alinéa 3, du code civil n'est pas une règle d'interprétation considèrent qu'« interpréter » le contrat c'est rechercher l'intention des parties⁶⁰⁸. Tel est effectivement le sens de l'interprétation « subjective » dont les règles figurent aux articles 1156 et suivants du code civil⁶⁰⁹. Il s'agit d'une question de fait relevant du pouvoir souverain des juges du fond. Les règles d'interprétation subjective forment incontestablement un ensemble cohérent et fermé.

Toutefois, le critère de la recherche de la commune intention des parties présente des insuffisances. En effet, « *c'est précisément sur les difficultés qui n'ont pas été prévues par les parties et sur les points où leur volonté reste impénétrable, si ce n'est défailante, que se posent généralement les questions d'interprétation* »⁶¹⁰.

substance, ou bien encore s'il violait un principe d'ordre public ». V. aussi sur cette question : M. Marty, Le rôle du juge dans l'interprétation des contrats, Travaux de l'association H. Capitant, 1949, t. V, Dalloz, 1950, p. 84, spéc. p. 96 : « *La Cour de cassation contrôle la qualification juridique du contrat et les conséquences juridiques de cette qualification. Mais ceci posé, elle n'a pas à intervenir dans la matière de l'interprétation proprement dite ; c'est une question laissée à l'appréciation souveraine des juges inférieurs ; elle n'a pas à intervenir, même pour dire quelle est la véritable conception de l'équité ou de la bonne foi. La seule limite, le seul frein va être apporté par la théorie célèbre de la dénaturation des clauses claires et précises ...* ».

⁶⁰⁶ R. Desgorges, La bonne foi dans le droit des contrats : rôle actuel et perspectives, th. dactyl., Paris II, 1992, p. 31.

⁶⁰⁷ P. Jacques, préc., n°136, p. 257 : « *Les règles légales d'interprétation forment véritablement un ensemble cohérent ; cette cohérence emporte que cet ensemble est fermé ou fini* ».

⁶⁰⁸ V. not. : P. Jacques, précité, n°143, pp. 265 et 266 : « *Ainsi, en matière contractuelle, l'interprétation s'entend de l'action qui tend à appliquer un accord comme les parties l'ont voulu, à découvrir son sens caché en reconnaissant leur volonté. Il est donc exclu que l'extension du contenu d'un accord au-delà des volontés qui se sont rencontrées relève de l'interprétation* ».

⁶⁰⁹ L'article 1160 du code civil institue cependant une règle d'interprétation objective. V. infra n°250.

⁶¹⁰ F. Gorphe, Le principe de la bonne foi, Dalloz, 1928, p. 39 ; M. Marty, Le rôle du juge dans l'interprétation des contrats, Travaux Association H. Capitant, 1949, p. 84, spéc. p. 90 : « *Le problème de la méthode d'interprétation du contrat commence vraiment lorsque la volonté commune des parties*

Dès lors, pourquoi ne pas admettre que le juge puisse interpréter le contrat, lorsque la commune intention des parties est inexistante, en se fondant sur l'exigence de bonne foi ? Une telle analyse est conforme à la définition du terme « interpréter ». Ce dernier signifie « *expliquer en rendant clair ce qui est obscur*⁶¹¹ ». Cette thèse est également justifiée au regard de la conception des contrats de bonne foi du droit romain⁶¹². Ainsi, il est permis de penser qu'outre les directives d'interprétation subjective, le code civil édicte à l'article 1134, alinéa 3, du code civil, une directive d'interprétation objective⁶¹³. Celle-ci permet au juge de révéler la volonté qui doit être celle des parties.

233. Interprétation et exécution, des notions liées - À l'encontre de cette analyse, certains auteurs font valoir que les notions d'interprétation et d'exécution sont distinctes. « *Dans un premier cas, on se demande : qu'est-ce que les parties ont voulu ; dans le second : comment se sont-elles comportées ?* »⁶¹⁴. « *L'interprétation consiste à se demander « à quoi » les parties sont tenues [...] le contrôle de l'exécution consiste, pour le juge, à rechercher comment les parties doivent se comporter* »⁶¹⁵. Cependant, si ces notions sont distinctes, elles

n'existe pas ou n'est pas connaissable avec une suffisante certitude ». V. aussi : B. Berlioz-Houin et G. Berlioz, Le droit des contrats face à l'évolution économique, Etudes offertes à R. Houin, Dalloz, Sirey, 1985, p. 22 : « *Mais il a été très fréquemment relevé qu'une telle recherche d'intention n'a de sens véritable que pour régler une situation particulière à l'usage de deux parties ou d'un petit nombre de cocontractants. En réalité l'évolution du droit positif montre une certaine tendance à l'objectivisation de l'interprétation ...* ».

⁶¹¹ Le nouveau petit Robert, 2013.

⁶¹² V. supra n°221.

⁶¹³ En ce sens, v. : J. Ghestin, C. Jamin, M. Billiau, Traité de droit civil, Les effets du contrat, 3^{ème} éd., LGDJ, 2001, n°42 s., pp. 58 s. D'après ces auteurs, « *les articles 1134, alinéa 3, 1135 et 1160 du code civil énoncent de façon non limitative des directives d'interprétation objectives* ».

V. aussi : C.-B.-M. Toullier Le droit civil français suivant l'ordre du code, t. 6, Paris, 1824, n°304, pp. 338. Cet auteur distinguait dans une section intitulée « *De l'interprétation des conventions* », « *l'interprétation proprement dite, qui consiste à expliquer les ambiguïtés ou obscurité des actes, (...) [et] l'interprétation qui consiste à déterminer les obligations qui sont la suite des conventions, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées* » ; M. Planiol et G. Ripert, t. VI, Obligations, 1952, LGDJ, n°374, p. 485 : « *On ne peut proprement trancher le litige par une recherche d'intentions quand le point débattu n'a pas été envisagé par les parties, que la cause en soit leur imprévoyance, leur ignorance ou l'impossibilité de tout prévoir. Le cas est fréquent* ». Ainsi, d'après ces auteurs, le juge « *doit statuer dans le silence de la convention, loi des parties. Le code lui indique dans quel esprit : « les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé (...) » (art.1135). « On doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées (art. 1160). « Les conventions doivent être exécutées de bonne foi » (art. 1134, al. 3) ».*

⁶¹⁴ R. Desgorges, La bonne foi dans les contrats, rôle actuel et perspectives, th. dactyl., Paris II, 1992, p. 31.

⁶¹⁵ Y. Picod, Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, LGDJ, 1989, n°9 p. 16. V. aussi : F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, Droit civil. Les obligations, 10^{ème} éd., Dalloz, 2009, n°439, p. 455 : « *La*

sont parfois liées⁶¹⁶. En effet, le comportement qu'implique l'exécution de bonne foi du contrat ne se traduit pas nécessairement par une simple « attitude », une simple « prestation »⁶¹⁷. Il peut parfois conduire à caractériser l'existence d'une véritable obligation contractuelle⁶¹⁸. Dans son arrêt *Expovit* du 25 février 1992, la Cour de cassation décide qu'un employeur « tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois »⁶¹⁹. Elle se prononce sur le comportement des parties. Elle se place sur le terrain de l'exécution du contrat. Pourtant, si l'employeur n'a pas exécuté de bonne foi le contrat c'est parce qu'il a manqué à une obligation contractuelle découverte par le juge. Les notions d'interprétation et d'exécution sont, dans cette hypothèse, indissociables. C'est en se demandant « comment les parties doivent se comporter » que le juge répond à la question de savoir « à quoi » elles sont tenues. Autrement dit, dans ce cas, l'article 1134, alinéa 3 apparaît à la fois comme une directive d'exécution et d'interprétation.

En conséquence, interpréter ne revient pas nécessairement à s'interroger sur l'intention commune des parties. A défaut d'une telle intention, l'interprétation peut conduire le juge à rechercher les obligations nécessaires à l'exécution de bonne foi du contrat de travail. Il s'agit des obligations garantissant la réalisation de l'objectif contractuel.

B) Une interprétation finalisée

234. Le pouvoir d'interprétation du juge est guidé par la finalité du contrat. L'exigence d'exécution de bonne foi impose aux contractants le respect d'une « morale contractuelle objective » (1). Celle-ci est propre à chaque type de contrat. Ainsi, les parties au contrat de travail doivent se conformer à une morale contractuelle spécifique (2).

première répond à la question : « à quelles obligations les parties sont-elles tenues ? », la seconde à la question « comment les parties doivent-elles remplir leurs obligations » ?

⁶¹⁶ V. not. : S. Tisseyre, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats*, PUAM, 2012, n°377, p. 262.

⁶¹⁷ P. Jacques, préc., n°168, p. 320.

⁶¹⁸ Contra : P. Jacques, préc., n°168, p. 320.

⁶¹⁹ Cass. soc. 25 févr. 1992, préc., note de bas de page, n°377.

1) Une morale contractuelle objective

235. La réalisation de l'objectif contractuel, source d'obligations - Aubry et Rau écrivaient « *les conventions doivent être exécutées de bonne foi, c'est-à-dire conformément à l'intention des parties et au but en vue duquel elles ont été formées* »⁶²⁰. Si la recherche de l'intention des parties ne découle pas de l'exigence de bonne foi, il semble, en revanche, que « *l'idée de bonne foi (...) implique la recherche du but poursuivi* »⁶²¹. En effet, les parties s'engagent en vue de la réalisation d'un objectif contractuel. L'atteinte de ce dernier suppose que le débiteur exécute utilement sa prestation. Son comportement ne saurait éluder l'efficacité de celle-ci sous peine de priver le créancier du résultat escompté. De même, le créancier ne saurait entraver l'exécution de la prestation.

Tel est le sens logique de l'exigence d'exécution de bonne foi du contrat. Le juge ne saurait se prononcer sur la question de savoir si, selon lui, le comportement des contractants est, en soi, loyal ou honnête. Lui reconnaître un tel pouvoir, empreint de subjectivité, serait source d'insécurité juridique. En réalité, comme le souligne justement le Professeur Stoffel-Munck, « *la loyauté contractuelle se présente comme une fidélité à l'opération que les parties ont entendu réaliser par leur convention. Dans cette optique, le critère pertinent n'est pas la morale de la sociabilité, mais plus prosaïquement le respect du but économique recherché* »⁶²². L'interprétation du contrat au regard de l'exigence de bonne foi commande au juge de se référer à une « morale contractuelle objective ». En vertu de celle-ci, les parties doivent agir conformément au but économique recherché. Or, la réalisation de ce dernier suppose, parfois, l'accomplissement de certaines obligations non prévues au contrat.

236. La solidarité contractuelle, une source d'obligation illusoire - Dès lors, le respect de l'article 1134, alinéa 3, du code civil, n'impose pas « *de se dépenser au profit de son cocontractant, de collaborer avec lui, de lui faciliter la tâche, en un mot, de l'aimer comme un frère* »⁶²³. Il n'est pas question d'altruisme contractuel ni de solidarité contractuelle⁶²⁴. Il

⁶²⁰ C. Aubry et F. C. Rau, Cours de droit civil français d'après la méthode de Zacharie, t. 4, 5^{ème} éd., Paris, Marchal et Billard, 1902, § 346, p. 563.

⁶²¹ R. Demogue, Traité des obligations en général, II, Effets des obligations, t. VI, Librairie Arthur Rousseau, 1931, n° 10, p. 16.

⁶²² P. Stoffel-Munck, L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, LGDJ, 2000, n°84, p. 83.

⁶²³ A. Sériaux, Droit des obligations, 2^{ème} éd., PUF, 1998, n°55, p. 229.

⁶²⁴ Sur le solidarisme contractuel, v. not. : C. Jamin, Plaidoyer pour le solidarisme contractuel, Mélanges Ghestin, LGDJ, 2001, p. 441 ; D. Mazeaud, Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise

ne s'agit pas de « privilégier » son contractant. Le pouvoir d'interprétation du juge est guidé par un impératif d'efficacité économique. Certes, l'atteinte du but économique suppose, notamment, que le créancier facilite l'exécution de la prestation du débiteur. Le créancier doit, à ce titre, se conformer à un véritable devoir de coopération. Toutefois, ce devoir n'existe que parce qu'il favorise l'atteinte du but contractuel⁶²⁵. Ce n'est pas la prise en compte des intérêts de l'autre partie qui justifie l'existence du devoir de coopération.

237. Jugement de valeur et morale contractuelle objective - Le pouvoir d'interprétation du juge est guidé, en définitive, par la finalité du contrat. Doit-on en déduire que le juge ne porte aucun jugement de valeur sur le comportement de la partie qui n'a pas exécuté son contrat de bonne foi ? En réalité, le fait de ne pas agir conformément à l'objectif contractuel révèle généralement un comportement déloyal ou malhonnête⁶²⁶. Ainsi, l'atteinte de l'objectif contractuel oblige le salarié à faire preuve de discrétion en ce qui concerne les informations qui lui sont fournies lorsqu'elles revêtent un caractère confidentiel. Si le salarié divulgue ces

contractuelle ?, Mélanges F. Terré, Dalloz, 1999, p. 603 ; A.-S. Courdier-Cuisinier, Le solidarisme contractuel, Litec, 2006.

V. aussi : Y. Lequette, Bilan des solidarismes contractuels, Mélanges P. Didier, éd. Economica, 2008, p. 247 ; Le solidarisme contractuel, sous la direction de L. Grynbaum et M. Nicod, éd. Economica, 2004 ; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, Droit civil. Les obligations, 10^{ème} éd., Dalloz, 2009, n°41 s., pp. 43 s.

⁶²⁵ Demogue semblait considérer que le devoir de coopération se rattachait « à l'idée de la solidarité entre créancier et débiteur dans l'intérêt social » (R. Demogue, Traité des obligations en général, II, Effets des obligations, t. VI, Librairie Arthur Rousseau, 1931, n° 12 pp. 17 et 18). Toutefois, comme le souligne justement le Professeur Stoffel-Munck, c'est « la recherche de la meilleure réalisation du but contractuel qui justifie le devoir de collaboration. C'est donc parce que la collaboration est utile au contrat que collaboration il y a ». L'auteur ajoute « alors que Demogue semblait débiter l'analyse de l'article 1134, alinéa 3 comme traduisant une classique exigence de moralité dans le comportement, il l'achève en l'inscrivant dans une démarche d'interprétation (complétive) de la convention. On ne s'accordera donc pas avec l'auteur quand il donnera son exposé comme « une conséquence de la tendance solidariste à obliger les deux contractants à agir au mieux des intérêts de tous deux », car cette vision est fécondée par une exigence charitable de souci pour la personne d'autrui, alors que tels qu'il les a présentés, les devoirs du créancier sont dérivés du souci objectif de réaliser le but contractuel » (L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, LGDJ, 2000, n°69, p. 70).

⁶²⁶ En ce sens, v. not. : P. Stoffel-Munck, préc., n°85, pp. 84 et 85 : « Prenons l'exemple de l'obligation de non-concurrence du vendeur de fonds de commerce. En se réinstallant à proximité de son ancienne boutique, il trahit la confiance de son acquéreur, révèle l'hypocrisie de son caractère et fait preuve de cupidité, trois fautes morales ; mais dans le même temps, il empêche que la vente porte ses fruits, en entravant le transport de la clientèle, faute matérielle ». J.-P. Chazal, Les nouveaux devoirs des contractants, Est-on allé trop loin ?, in La nouvelle crise du contrat, Dalloz, 2003, p. 99, spéc. pp. 115 et 116 : « On imagine mal, en pratique, un contractant déloyal exécuter utilement son obligation au profit de la victime de son comportement malhonnête. En réalité, la bonne foi du contractant est, dans la plupart des cas, indissociable de la bonne foi contractuelle. Refuser de renégocier un contrat devenu déséquilibré n'est pas seulement faire preuve d'incivilité, c'est aussi priver son cocontractant de l'utilité économique attendue de l'exécution, celui-ci ne pouvant plus, par exemple, pratiquer des prix concurrentiels ».

informations, il adopte un comportement malhonnête. Il élude également l'efficacité de sa prestation. Son comportement déloyal fait échec à la finalité du contrat de travail.

2) Une morale contractuelle spécifique

238. La détermination des obligations nécessaires à la réalisation de l'objectif contractuel suppose que le juge définisse préalablement la finalité du contrat de travail. La question est alors de savoir si les parties à ce contrat poursuivent un objectif contractuel commun⁶²⁷. Le contrat de travail est un contrat synallagmatique. La cause de l'obligation de l'employeur réside dans l'obligation du salarié et inversement. L'obligation principale de l'employeur consiste à rémunérer le salarié. Le salarié s'engage à fournir une prestation de travail. Les buts respectifs de l'employeur et du salarié sont *a priori* distincts (a). Cependant, eu égard à l'interdépendance de leurs obligations, l'employeur et le salarié partagent nécessairement un intérêt commun. Il s'agit de la réalisation du contrat. Le contrat de travail est un contrat à exécution successive ; sa réalisation doit s'inscrire dans la durée. La stabilité contractuelle constitue un objectif contractuel commun (b).

a) Des objectifs distincts

239. La fourniture de la prestation de travail, but recherché par l'employeur - L'employeur poursuit un but spécifique lors de la conclusion du contrat de travail. Il entend bénéficier de la prestation de travail du salarié. Le pouvoir d'interprétation du juge tiré de l'exigence d'exécution de bonne foi est guidé par ce but.

240. L'exécution utile - L'atteinte de ce dernier suppose que le salarié exécute utilement sa prestation. Les obligations de non-concurrence, de réserve, de discrétion ont pour objet de

⁶²⁷ V. not. : P. Didier, Brèves notes sur le contrat-organisation, Mélanges en l'honneur de F. Terré, Dalloz, 1999, p. 635, spéc. p. 636. Cet auteur affirme à propos des contrats échange, « *l'un des contractants gagne nécessairement ce que l'autre perd, et les intérêts des contractants y sont donc largement divergents même s'ils peuvent ponctuellement converger* ». V. aussi : C. Radé, Le solidarisme contractuel en droit du travail : mythe ou réalité ?, in Le solidarisme contractuel, sous la direction de L. Grynbaum et M. Nicod, éd. Economica, 2004, p. 75, spéc. p. 79 : « *Affirmer que salariés et employeurs poursuivent un but commun « supérieur » qui permettrait de contrôler l'exercice des droits individuels relève alors d'une conception romantique (...). Au sein de l'entreprise, les salariés et les employeurs poursuivent des buts souvent opposés, les premiers cherchant à améliorer leur situation dans l'entreprise (...) alors que ces derniers tentent de diminuer le coût social de production* ».

garantir l'utilité de la prestation de travail⁶²⁸. La Cour de cassation reconnaît donc, à juste titre, l'existence de ces obligations sur le fondement de la bonne foi⁶²⁹.

241. Une exécution paisible - De même, la fourniture de la prestation de travail suppose que l'employeur n'entrave pas son exécution. Le juge doit s'interroger sur les obligations garantissant une exécution « paisible » de la prestation de travail. L'obligation d'information pesant sur l'employeur⁶³⁰, ainsi que les obligations de remboursement de frais emportent un tel effet⁶³¹. L'existence de ces obligations est donc susceptible de reposer sur l'exigence de bonne foi.

Qu'en est-il de l'obligation de sécurité ? La jurisprudence et la doctrine refusent de considérer que cette obligation découle de l'exigence de bonne foi⁶³². Cependant, l'exécution de la prestation de travail suppose que l'intégrité physique du salarié soit protégée. En effet, si l'employeur doit faciliter l'exécution de la prestation de travail, il doit *a fortiori* assurer la sécurité du salarié. Le salarié dont l'intégrité physique est menacée s'expose au risque de subir un préjudice. Ce risque constitue une entrave à l'exécution de sa prestation de travail. C'est pourquoi l'employeur doit prévenir de manière efficace tout risque lié à la santé du salarié. L'obligation de sécurité apparaît indispensable à la réalisation de l'objectif contractuel. Dès lors, pourquoi ne pas admettre que son existence découle de l'exigence de bonne foi ?⁶³³

242. Le paiement d'une rémunération, but recherché par le salarié - De même, la contrepartie de la prestation de travail du salarié réside dans la rémunération qu'il perçoit. La finalité poursuivie par le salarié est sans aucun doute le versement de sa rémunération. Cette dernière notion doit être entendue au sens large. Elle ne consiste pas uniquement dans le versement du « salaire ». Outre ce dernier, la fourniture de sa prestation de travail permet au

⁶²⁸ V. supra n°55.

⁶²⁹ V. supra n°54. Comp. : S. Tisseyre, Le rôle de la bonne foi en droit des contrats, n°399, p. 276. L'auteur considère que la bonne foi complétive protège le lien contractuel. Ainsi reposeraient notamment sur l'article 1134, alinéa 3 du code civil, l'obligation de reclassement ainsi que l'obligation de non-concurrence du salarié. En revanche, les obligations créées sur le fondement de l'article 1135 auraient pour vocation de permettre au contrat de produire son plein effet. Seraient visées les obligations d'information et de sécurité.

⁶³⁰ V. supra n°67.

⁶³¹ V. supra n°60.

⁶³² V. supra n°172.

⁶³³ V. not. en faveur d'un tel fondement : Cass. soc. 7 févr. 2007 : non publié au Bull., n°05-44097, JCP S 2007, p. 249, note M. Véricel.

salarié de bénéficier de divers avantages et accessoires⁶³⁴. Il en est ainsi du régime supplémentaire de retraite ou de prévoyance applicable au sein de l'entreprise⁶³⁵. En concluant son contrat de travail, le salarié aspire au bénéfice de l'ensemble des avantages découlant de la fourniture de sa prestation de travail. L'obligation d'information permet la pleine réalisation du but poursuivi par le salarié. Elle répond également à un objectif contractuel commun.

b) Un objectif commun

243. La réalisation du contrat constitue un objectif contractuel commun. Il est parfois excessivement privilégié par le juge.

244. La stabilité, un objectif contractuel commun - Comme le souligne le Professeur Martinon, « dans les contrats à exécution successive, la stabilité du rapport contractuel se confond avec la réalisation de l'objet du contrat »⁶³⁶. Puisque les prestations promises « s'exécutent dans la durée, la réalisation de l'objet du contrat va dépendre de la pérennité du lien contractuel »⁶³⁷. Ainsi, la reconnaissance de l'obligation de reclassement concourt à la réalisation d'un objectif contractuel commun. Elle permet à l'employeur de bénéficier, dans la durée, des effets escomptés de la fourniture de la prestation de travail⁶³⁸. Elle favorise le « droit à l'emploi » du salarié⁶³⁹. Cependant, la stabilité contractuelle revêt une importance particulière pour ce dernier. « *Le travail, et le revenu que l'individu en retire, sont un facteur d'épanouissement de la personne, un moyen d'assurer sa liberté et son intégration dans la Cité* »⁶⁴⁰.

⁶³⁴ V. not. : C. trav., art. L. 3221-3.

⁶³⁵ V. supra n°63.

⁶³⁶ A. Martinon, Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée, Dalloz, 2005, n°108, p. 98 : « *La stabilité est une finalité du contrat à exécution successive* ».

⁶³⁷ A. Martinon, préc., n°108, p. 98.

⁶³⁸ J.-M. Bischoff, La protection des engagements temporaires, in La tendance à la stabilité du rapport contractuel, ss. la direction de F. Durand, LGDJ, 1960, p. 109 : « *Ce qui importe (...) au créancier, c'est non seulement que le débiteur s'acquitte de son obligation, mais encore que d'autres prestations identiques lui soient périodiquement fournies dans le futur* ».

⁶³⁹ Préambule de la Constitution de 1946, alinéa 5 : « *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* ».

⁶⁴⁰ A. Martinon, préc., Dalloz, 2005, n°8, p. 12. V. aussi : D. Asquinazi-Bailleux, Droit à l'emploi et dignité, Ethique, droit et dignité de la personne, Mélanges C. Bolze, Ed. Economica, 1999, p. 123, spéc. p. 125. Cet auteur écrit : « [le travail] est ce que l'individu possède de plus élémentaire en face de la nature. Il permet de se faire une existence meilleure en agrandissant ses propriétés et ses richesses. Il est la condition de la propriété, le seul titre de la bourgeoisie ... ». Il ajoute que « *le travail n'est pas*

245. La stabilité, un objectif privilégié excessivement par le juge - Probablement sensible à ces considérations, le juge adopte parfois des solutions excessives.

246. Le reclassement dans le groupe, une solution illusoire - N'est-il pas illusoire de faire peser sur l'employeur une obligation de reclassement « à l'intérieur du groupe parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel »⁶⁴¹ ? En pratique, l'employeur ne dispose pas nécessairement des moyens lui permettant de proposer un reclassement dans une autre entreprise du groupe notamment, lorsque celle-ci est située à l'étranger. S'il peut interroger les autres entreprises du groupe sur les postes disponibles, il ne peut leur imposer de répondre⁶⁴². Il ne saurait davantage les obliger à réserver des postes vacants aux salariés en attente de reclassement sur le sol français⁶⁴³. Comme l'a précisé la Cour de cassation, une société d'un même groupe n'est pas « débitrice d'une obligation de reclassement envers les salariés qui sont au service du groupe »⁶⁴⁴. Hormis les hypothèses de co-emploi⁶⁴⁵, l'exécution de l'obligation de reclassement dépend, en définitive, du « bon vouloir » des autres sociétés du groupe⁶⁴⁶.

qu'un moyen d'assurer son existence et d'affirmer sa place dans la société, il devient un facteur de réalisation de la personne, d'épanouissement ». V. aussi : D. Méda, Travail et politique sociale, Dr. soc. 1994, p. 334, spéc. p. 337.

⁶⁴¹ Cass. soc. 5 avril 1995 : Bull. civ. V, n°123, n°93-42690 ; Bull. civ. V, n°123, n°93-43866 ; RJS 5/95, n°497 ; D. 1995, jurisp., p. 503, note M. Keller ; JCP E 1995, II, 709, note G. Picca. V. aussi : Cass. soc. 2 avril 1996 : non publié au Bull., n°94-41673 ; RJS 5/96, n°525 - Cass. soc. 10 déc. 1996 : non publié au Bull., n°45-40703. V. supra n°126.

⁶⁴² L'employeur ne peut se contenter d'adresser aux sociétés du groupe une lettre circulaire accompagnée de la liste nominative du personnel : Cass. soc. 6 mars 2007 : non publié au Bull., n°05-45752 ; RJS 5/07, n° 646. Il peut exclure toute possibilité de reclassement dans le groupe après avoir obtenu les réponses de l'ensemble des sociétés du groupe : Cass. soc. 14 janv. 2009 : non publié au Bull., n°07-42056 ; RJS 2/09, n°235. V. aussi : Cass. soc. 1^{er} déc. 2010 : non publié au Bull., n°09-42915.

⁶⁴³ V. not. P. Morvan, Plan de départs volontaires et obligation de reclassement dans le groupe, JCP S 2010, 1505.

⁶⁴⁴ A. Mazeaud, Droit du travail, Montchrestien, 8^{ème} éd., 2012, n°842, p. 501. V. not. : Cass. soc. 13 janv. 2010 : Bull. civ. V, n°5, n°08-15776 ; Dr. soc. 2010, p. 474, obs. G. Couturier ; RDT 2010, p. 230, note F. Géa. V. égal. : J.-M. Olivier, L'affaire Flodor, suite et presque fin, JCP S 2010, 1225. V. aussi sur ces questions : F. Favennec-Héry, Le groupe de reclassement, Dr. soc. 2010, p. 987.

⁶⁴⁵ V. not. sur ce point : F. Favennec-Héry, préc., p. 993.

⁶⁴⁶ V. not. F. Géa, ss. Cass. soc. 13 janv. 2010, RDT 2010, p. 234. Cet auteur envisage l'obligation « pour les sociétés du groupe, d'aider la société débitrice de l'obligation de reclassement, en lui fournissant toutes les informations nécessaires à cette fin ».

247. *L'avis d'inaptitude à tout emploi, une solution contestable* - Par ailleurs, le juge ne va-t-il pas trop loin lorsqu'il décide que l'avis d'inaptitude à tout emploi « *ne dispense pas l'employeur de rechercher une possibilité de reclassement au sein de l'entreprise et, le cas échéant, du groupe auquel elle appartient ...* »⁶⁴⁷ ? L'employeur qui propose une offre de reclassement doit « *prendre en compte les conclusions écrites du médecin du travail et les indications qu'il formule sur l'aptitude du salarié à exercer l'une des tâches existantes dans l'entreprise* »⁶⁴⁸. Le médecin ayant conclu à une inaptitude à tout emploi, l'employeur devrait être dispensé de toute recherche de reclassement au sein de l'entreprise. En effet, « *comment mettre en œuvre cette obligation de reclassement alors que les préconisations du médecin du travail font précisément défaut ?* »⁶⁴⁹. Dans cette hypothèse, le juge privilégie la stabilité du contrat de travail. Toutefois, son souci de protection des intérêts du salarié le conduit à adopter une solution critiquable.

248. A l'exception de ces applications discutables de l'exigence de bonne foi, il est permis de penser que l'article 1134, alinéa 3, du code civil justifie la découverte dans le contrat de travail des obligations de non-concurrence, de réserve, de discrétion, de remboursement de frais, d'information, de sécurité, d'adaptation et de reclassement. Ce texte constitue une directive d'interprétation objective permettant au juge d'amplifier le contenu du contrat de travail. Ainsi, il serait souhaitable - lorsque la loi est muette sur l'existence de ces obligations - que le juge fasse expressément référence à ce texte. Mais il préfère parfois viser l'article 1135 du code civil.

⁶⁴⁷ V. infra n°125.

⁶⁴⁸ C. trav., art L. 1226-2 et art. L. 1226-10.

⁶⁴⁹ B. Gauriau, ss. Cass. soc. 7 juill. 2004 : Dr. soc. 2004, p. 1040. V. aussi : G. Couturier, ss. Cass. soc. 10 mars 2004, Dr. soc. 2004, p. 557 : « *Il y aurait une contradiction réelle à exposer, d'un côté, que les seules recherches de reclassement auxquelles l'employeur est tenu au titre de son obligation légale sont celles qui sont compatibles avec les conclusions du médecin du travail et à affirmer, de l'autre côté, que l'obligation de reclassement trouve à s'appliquer même si le médecin du travail a conclu à une inaptitude à tout emploi dans l'entreprise* ». Contra : J.-Y. Frouin, La protection de l'emploi des salariés victimes d'une maladie ou d'un accident, Etude publiée dans le rapport d'activité 1994 de la Cour de cassation et actualisée par l'auteur, RJS 1995, p. 773, spéc. p. 778 : « *Mais si l'avis du médecin du travail est essentiel et lie l'employeur quant à l'inaptitude du salarié à reprendre l'emploi qu'il occupait précédemment, il ne l'affranchit pas de son obligation de rechercher une possibilité de reclassement même quand il énonce l'inaptitude physique définitive du salarié, cet élément n'ayant pour effet que de faciliter la preuve pour l'employeur de l'impossibilité de reclassement (...). L'explication en est simple : ainsi qu'on l'a écrit, le médecin du travail est une force de proposition dans l'entreprise et non une autorité de décision, son avis ne peut donc en lui-même fonder une impossibilité de reclassement* ».

§ 2 : L'article 1135, fondement complémentaire

249. L'article 1135, un fondement jurisprudentiel - Le juge s'est fondé à plusieurs reprises sur l'article 1135 du code civil pour justifier l'enrichissement du contrat de travail. L'obligation de remboursement des frais professionnels qui pèse sur l'employeur a été admise au visa de ce texte⁶⁵⁰. Il en est de même de l'obligation de prendre en charge les frais exposés par le salarié pour sa défense dans un contentieux pénal⁶⁵¹.

250. L'équité, un fondement jurisprudentiel - Selon l'article 1135 du code civil, « *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* ». L'équité constitue le principal fondement de l'enrichissement du contrat de travail par le juge. En effet, le soutien de l'article 1135 peut *a priori* paraître utile lorsque l'obligation ajoutée au contrat est une suite de la loi, que celle-ci soit supplétive ou impérative⁶⁵². Cependant, les lois impératives - ou supplétives lorsqu'elles n'ont pas été écartées par les parties - s'imposent d'elles-mêmes. Point n'est besoin d'un texte autorisant la découverte d'une obligation dès lors que son existence découle d'une disposition légale⁶⁵³. Le soutien de l'article 1135 du code civil n'est pas indispensable. Lorsque l'obligation contractuelle est une suite de la loi, le juge se borne à faire application de cette dernière.

En ce qui concerne les usages, le recours à l'article 1135 du code civil peut paraître pertinent. Cependant, d'après l'article 1160 du code civil « *on doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient point exprimées* ». Faute d'une volonté exprimée,

⁶⁵⁰ V. supra n°59.

⁶⁵¹ V. supra n°59.

⁶⁵² L'article 1135 vise la « loi ». Il ne distingue pas selon le caractère supplétif ou impératif de celle-ci. Pourtant, d'après un courant doctrinal, lorsque la loi revêt un caractère impératif, elle s'impose d'elle-même. L'article 1135 viserait, en conséquence, les lois supplétives. En ce sens : Rép. Dalloz de législation, de doctrine et de jurisprudence, t. 33^{ème}, 1860, obligations, tit. 4, chap. 1, n° 665 : « *La loi (...) forme le supplément du contrat, quand les parties n'y ont pas dérogé ; par exemple en matière de garantie* » ; C.-B.-M. Toullier Le droit civil français suivant l'ordre du code, t. 6, Paris, Nève 1812, n°340, p. 414 : « *La loi est le supplément des contrats lorsque les parties n'y ont pas dérogé* » ; J. Carbonnier, Droit civil, Les obligations, 22^{ème} éd. refondue, janv. 2000, Vol. 2, PUF, coll. Quadrige, 2004, n°949, p. 1979. V. cep. : P. Jacques, préc., n°253, p. 515, spéc. n° 256, p. 521.

⁶⁵³ V. not : L. Leveneur, Le forçage du contrat, Dr. et pat. 1998, n°58, p. 69 : « *Ce n'est pas la référence à la loi qui retient ici l'attention : il est évident que lorsqu'une réglementation légale des effets d'un contrat existe, il faut l'appliquer pour suppléer le silence des parties : c'est même tout l'intérêt de l'édition de telles dispositions que de dispenser les parties à un contrat nommé de détailler elles-mêmes la liste et le contenu de leurs obligations* ».

il convient de se référer aux usages. Toute référence à la volonté est alors exclue⁶⁵⁴. L'article 1160 du code civil constitue donc une directive d'interprétation objective⁶⁵⁵. L'article 1135 du code civil se bornant à rappeler celle-ci, il ne présente que peu d'intérêt en ce qui concerne les usages⁶⁵⁶. Par ailleurs, certains arrêts soumettent l'application d'un usage à sa connaissance par les parties⁶⁵⁷. D'autres exigent leur acceptation⁶⁵⁸. Certes, il ne s'agit pas d'arrêts rendus par la chambre sociale de la Cour de cassation ; mais en ce qui concerne le contrat de travail, l'usage ne revêt qu'une importance limitée⁶⁵⁹. Enfin, même lorsqu'un usage justifie l'existence d'obligations contractuelles, le rôle du juge est moindre. Il se borne à en constater l'existence⁶⁶⁰.

⁶⁵⁴ Contra : P. Jacques, préc., n°139, p. 261.

⁶⁵⁵ En ce sens, v. not. : J. Ghestin, C. Jamin, M. Billiau, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, 3^{ème} éd., LGDJ, 2001, n°42, p. 58.

⁶⁵⁶ V. not. : V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, t. 4, 7^{ème} éd., Paris Delamotte, 1873, n°470, p. 406, à propos des articles 1159 et 1160 du code civil : « *L'article 1135 nous avait déjà dit que l'usage doit être consulté non seulement pour éclaircir les clauses de l'acte, mais même pour les compléter* » ; G. Ripert et J. Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil, d'après le Traité de Planiol*, t. II, LGDJ, 1957, n°458, p. 178 : « *On doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées (art. 1160). La loi avait dit quelque chose de semblable dans l'article 1135* ». V. aussi : G. Baudry-Lacantinerie, et L. Barde, *Traité théorique et pratique de droit civil des obligations*, t. 1^{er}, 3^{ème} éd., L. Larose & L. Tenin, 1906, n°564, p. 576. Ces auteurs rapprochent ces deux règles : « *On doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées* ». Art. 1160. *Rapprochez art. 1135* ». Contra : P. Jacques, préc., n°138 s., pp. 259 s. D'après cet auteur, l'article 1160 du code civil « *est relatif à la détermination du sens de la volonté des parties* » (n°139, p. 260). Il « *ne tend pas à l'accroissement du contenu de l'accord des parties, mais à la seule mise en évidence de celui-ci* » (n°139, p. 261). Il précise « *le sens d'un accord de volontés* » (n°140, p. 262). Les articles 1156 et s. « *appréhendent le champ contractuel convenu, alors que l'article 1135 détermine le champ contractuel conclu...* » (n°142, p. 265).

⁶⁵⁷ V. not. : Cass. com. 16 déc. 1997 : Bull. civ. IV, n°339, n°95-18586 - Cass. com. 4 janv. 2000 : non publié au Bull., n° 97-11154, Gaz. Pal. 2000, 1, som. p. 1325, obs. H. Vray.

⁶⁵⁸ V. not. : Cass. com. 17 mai 1988 : Bull. civ. IV, n° 167, n°86-17708 - Cass. civ. 1^{ère}, 17 oct. 1995 : Bull. civ. I, n° 365, n°93-16157.

⁶⁵⁹ La notion d'usage au sens de l'article 1135 du code civil ne vise pas les usages d'entreprise. En effet, ces derniers résultent de la volonté de l'employeur. V. not. Cass. soc. 12 juin 1986 : JurisData n°1986-701727 ; Dr. soc. 1986, p. 904 et l'étude de J. Savatier, *La révocation des avantages résultant des usages de l'entreprise*, p. 890. V. not. J. Savatier, préc., p. 894 : « *En instituant au profit des travailleurs, des avantages auxquels il n'était pas juridiquement tenu, l'employeur exerce ses prérogatives de direction de l'entreprise. Il accomplit un acte de gestion par une décision unilatérale* ». D'ailleurs, les usages suivent le régime juridique des engagements unilatéraux de l'employeur. En ce qui concerne leur dénonciation, la Cour de cassation applique, notamment, « *les règles régissant la dénonciation des usages et engagements unilatéraux* » (Cass. soc. 1^{er} juin 1999 : Bull. civ. V, n°251, n°96-44500).

L'article 1135 viserait, en conséquence, les usages professionnels généraux ou locaux. Ces usages sont parfois visés par le code du travail, v. not. : C. trav. art. L. 1234-1 1^o (préavis en cas de licenciement), C. trav. art. L. 1237-1 (préavis en cas de démission), C. trav. art. L. 1234-8 (suspension du contrat et durée du préavis en cas de licenciement)... Cependant, l'importance des usages, en droit du travail, doit être relativisée. V. not. : A. Mazeaud, *Droit du travail*, 8^{ème} éd., Montchrestien, 2012, n°89, p. 68 : « *Les usages issus de pratique professionnelle sont évidemment en déclin dans un système de droit formalisé* ».

⁶⁶⁰ La reconnaissance d'un usage, la définition de son contenu relèvent de l'appréciation souveraine des juges du fond (v. not. : Cass. civ. 1^{ère}, 17 juin 1997 : Bull. civ. I, n°201, n°95-14162 - Cass. soc. 14 janv. 1997 : non publié au Bull., n°93-46633). Sur le contrôle exercé par la Cour de cassation, v. : P. Jacques, *Regards sur l'article 1135 du code civil*, Dalloz, 2003, n°296 s., pp. 605 s.

C'est donc principalement le recours à l'équité qui permet au juge d'enrichir le contenu du contrat du contrat de travail au visa de l'article 1135 du code civil⁶⁶¹. Cette dernière notion, relativement floue⁶⁶², laisse une place importante au pouvoir d'interprétation du juge. Cependant, l'article 1135 du code civil encadre et dirige l'action de celui-ci. Doivent être révélées les suites que l'équité donne à l'obligation d'après sa nature.

Cette directive rappelle celle qu'exprime l'article 1134, alinéa 3, du code civil. Pourtant, selon une partie de la doctrine, les articles 1134, alinéa 3, et 1135 auraient des objets différents. Ils produiraient des effets distincts. Une telle distinction est contestable (I). L'article 1135 du code civil tire les conséquences de l'exécution de bonne foi du contrat (II).

I) La distinction contestable des articles 1134, alinéa 3, et 1135 du code civil

251. L'article 1134, alinéa 3, du code civil conduirait le juge à s'intéresser à la « *qualité d'exécution* » du contrat. Il ne serait « *pas destiné à entraîner l'enrichissement du contenu d'un accord de volontés saisi par le droit* »⁶⁶³. Il s'agirait d'une norme de comportement insusceptible de créer des obligations. Seul l'article 1135 du code civil concernerait « *la quantité à exécuter* » et justifierait un enrichissement du contenu du contrat de travail⁶⁶⁴. Une telle distinction est critiquable (A). L'article 1134, alinéa 3, du code civil édicte une norme de comportement. Toutefois, deux types de comportement doivent être distingués. Certains dépendent des circonstances de la cause ; d'autres d'un type de contrat, tel que le contrat de travail. Seuls ces derniers doivent être qualifiés d'obligations (B).

⁶⁶¹ En ce sens : L. Leveneur, Le forçage du contrat, Dr. et pat. 1998, n°58, p. 74 ; C. Mouly-Guillemaud, Retour sur l'article 1135 du code civil, une nouvelle source du contenu contractuel, LGDJ, 2006, n° 237, p. 226.

⁶⁶² V. not. : C. Albiges, De l'équité en droit privé, LGDJ, 2000, n°4, p. 3. Selon cet auteur, la notion d'équité revêt un caractère « *malléable* ». V. aussi : C. Albiges, L'équité dans le jugement, Etude de droit privé, L'équité dans le jugement, ss. la dir. M.-L. Pavia, L'Harmattan, 2003, p. 108 : « *Au même titre que la bonne foi ou le raisonnable, notamment, l'équité appartient à la catégorie des notions pour lesquelles une approche strictement définitionnelle se révèle délicate* » ; H. de Page, A propos du gouvernement des juges. L'équité en face du droit, Sirey-Bruylant, 1931, p. 161 : « *A moins de se piper des mirages de la métaphysique, l'équité est indéfinissable* ».

⁶⁶³ P. Jacques, préc., p. 316.

⁶⁶⁴ V. supra n°204 s.

A) *Quantité et qualité de l'exécution, une distinction critiquable*

252. La distinction entre « la qualité d'exécution » et « la quantité à exécuter » s'avère fragile. La qualité d'exécution du contrat de travail et la quantité à exécuter sont fréquemment indissociables (1). En outre, la distinction entre « le qualitatif » et « le quantitatif » est délicate à mettre en œuvre (2).

1) *Quantité et qualité d'exécution, des notions liées*

253. La qualité déterminante de la quantité - En se demandant « comment les parties doivent se comporter », le juge répond parfois à la question de savoir « à quoi » elles sont tenues⁶⁶⁵. Tel est le cas dans l'arrêt *Expovit* du 25 février 1992 rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation. L'employeur « tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois »⁶⁶⁶. En s'interrogeant sur la qualité d'exécution du contrat de travail, le juge a découvert une obligation contractuelle. Un tel raisonnement est logique. L'exécution de bonne foi du contrat suppose que le salarié adopte un certain comportement. Ce dernier implique l'exécution d'obligations spécifiques.

254. La quantité déterminante de la qualité - L'inexécution de l'une de ces obligations révèle une exécution déloyale du contrat de travail. La Cour de cassation estime parfois, à tort, qu'une obligation résultant de l'exigence de bonne foi, dont l'inexécution est avérée, n'a pas été exécutée de bonne foi⁶⁶⁷. En réalité, c'est le contrat de travail qui a été exécuté de manière déloyale. Cette confusion démontre le lien existant entre le « qualitatif » et le « quantitatif ».

⁶⁶⁵ V. supra n°233, sur la distinction entre « interprétation » et « exécution ».

⁶⁶⁶ V. supra n°118.

⁶⁶⁷ V. not. en ce qui concerne l'obligation de reclassement : Cass. soc. 7 avril 2004 : Bull. civ. V, n°114, n°01-44191 ; Dr. soc. 2004, p. 670, obs. G. Couturier ; Dr. ouvr. 2005, p. 122 - Cass. soc. 12 juill. 2006 : non publié au Bull., n°04-44714. V. en ce qui concerne l'obligation d'information : Cass. soc. 27 nov. 1996, non publié au Bull., n° 95-41.238 - Cass. soc. 23 juin 1998, non publié au Bull., n°96-41953.

2) *Le « qualitatif » et le « quantitatif », une distinction délicate*

255. L'exécution déloyale, des hypothèses évidentes - La distinction entre le « qualitatif » et le « quantitatif » n'est pas toujours aisée.

Il est parfois évident qu'est visée la qualité d'exécution du contrat de travail. L'employeur qui cesse de passer prendre une salariée à son domicile, l'empêchant de se rendre sur son lieu de travail, adopte un comportement contraire à l'exigence de bonne foi⁶⁶⁸. Il en est de même de la salariée, rédacteur au service contentieux d'une caisse d'allocations familiales qui a minoré pendant plusieurs années ses déclarations de ressources auprès d'une autre caisse afin de bénéficier de prestations sociales indues⁶⁶⁹. Dans ces hypothèses, il n'est pas question de l'inexécution d'une obligation *stricto sensu* découverte par le juge.

256. L'exécution déloyale, dissimulatrice d'une véritable obligation - Cependant, dans d'autres situations, il est difficile de déterminer si le comportement du cocontractant est déloyal ou si ce dernier a manqué à une obligation qui constituerait une « suite » du contrat. Selon le Professeur Jacques, « *est de bonne foi au sens de l'article 1134, al. 3 le contractant dont le comportement effectif est en harmonie avec le but assigné à la convention* »⁶⁷⁰. S'appuyant sur la jurisprudence, il prend l'exemple d'un débiteur qui, dans l'exercice de sa profession de réparateur, est intervenu sur une machine. Il a réparé celle-ci mais les pièces de rechange nécessaires à la réparation lui ont été fournies par le client. Le réparateur ne justifiait pas avoir accompli les démarches nécessaires à l'obtention de pièces de rechange. Dès lors, son comportement « *n'entraîne (...) pas dans les canons de la bonne foi contractuelle* »⁶⁷¹. Pourtant, le réparateur n'a-t-il pas l'obligation de fournir les pièces nécessaires à la réparation ? Ne s'agit-il pas d'une suite de l'obligation principale de réparation de la machine ?

De même, se comporterait « *sans bonne foi l'éventuel acquéreur d'une automobile à qui elle est confiée en exécution d'un prêt à usage afin qu'il l'essaie et qui l'utilise au-delà du temps*

⁶⁶⁸ V. supra n°56.

⁶⁶⁹ V. supra n°43.

⁶⁷⁰ P. Jacques, préc., n° 163, p. 307.

nécessaire pour se faire une opinion, ne la restituant qu'après l'avoir accidentée »⁶⁷². Toutefois, dans cette hypothèse, l'éventuel acquéreur n'a-t-il pas manqué à une obligation contractuelle ? L'emprunteur est tenu de veiller en bon père de famille à la garde et à la conservation de la chose prêtée⁶⁷³. Il doit restituer la chose après qu'elle ait servi à l'usage pour lequel elle a été empruntée⁶⁷⁴.

257. Des « actions » sources de diverses qualifications - Par ailleurs, certaines « actions » donnent lieu à des qualifications différentes selon les auteurs. Le Professeur Stoffel-Munck distingue la loyauté contractuelle et la loyauté du contractant. Il écrit à propos de cette dernière notion : « *contrairement à ce qui se passe avec l'article 1135 c. civ. (loyauté contractuelle), il ne s'agit pas d'en faire le débiteur d'une prestation nouvelle, mais de saisir son comportement alors même et en cela seulement qu'il exerce un droit* »⁶⁷⁵. Selon lui « *la renégociation (...) ne (...) semble pas pouvoir être qualifiée d'obligation contractuelle* »⁶⁷⁶. En revanche, le Professeur Picod estime que l'obligation de renégociation relève de la loyauté contractuelle⁶⁷⁷. De même, d'après le Professeur Jacques, la renégociation constitue une obligation ajoutée au contrat par le juge⁶⁷⁸. Ces différences de qualification mettent en exergue la fragilité de la distinction proposée.

⁶⁷¹ Ibid.

⁶⁷² P. Jacques, préc., n° 163, p. 307, note de bas de page n°5 à propos d'un arrêt rendu par la Cour d'appel d'Aix en Provence (CA Aix en Provence, 11 décembre 1991 : n°90-11425, JurisData, n°050070).

⁶⁷³ C. civ., art. 1880.

⁶⁷⁴ C. civ., art. 1875.

⁶⁷⁵ P. Stoffel-Munck, L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, LGDJ, 2000, n°86, p. 85

⁶⁷⁶ P. Stoffel-Munck, préc., n°87, p. 86.

⁶⁷⁷ Y. Picod, Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, LGDJ, 1989, n°176 s., pp. 199 s. Le Professeur Picod distingue également la loyauté contractuelle et la loyauté du contractant : « *la loyauté du contractant consiste à apprécier directement une attitude* » (Y. Picod, Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, LGDJ, 1989, n°12, p. 21). En revanche, la loyauté contractuelle est un critère de détermination du contenu contractuel. Toutefois, cet auteur fonde ces deux notions sur l'exigence de bonne foi. Selon lui, le rôle de l'équité, visée par l'article 1135 du code civil, « *doit (...) être très accessoire par rapport à des notions plus techniques, telles la loyauté contractuelle ...* ». V. aussi : R. Vouin, La bonne foi, notion et rôle actuels en droit privé français, LGDJ, 1939. L'auteur distingue la bonne foi contractuelle et la bonne foi des contractants.

⁶⁷⁸ P. Jacques, préc., n° 169-5, p. 337 : « *La renégociation, le reclassement, l'adaptation ne sont pas des obligations exprimées par les parties, mais ajoutées à une convention par le juge. Qui plus est, il s'agit, à en croire la jurisprudence de véritables obligations, de véritables liens de droit en vertu desquels le créancier peut exiger quelque chose d'un débiteur. Et il n'est pas niable qu'il y ait là plus qu'un simple mode de comportement qui s'apprécierait au regard de ce que la bonne foi impose* ». Toutefois, cet auteur refuse de fonder ces obligations sur l'article 1135 du code civil. En effet, selon lui, « *l'article 1135 ne permet pas de modifier ce dont les parties sont convenues* » (n°169-3, p. 331).

Estimer que dans un cas, l'action⁶⁷⁹ de l'employeur ou du salarié relève de son comportement et dans l'autre, du contenu du contrat est artificiel. Dans ces deux hypothèses, le contractant doit agir en vue de favoriser la réalisation du but contractuel. Son comportement est nécessairement en cause. La distinction entre la qualité d'exécution et la quantité à exécuter n'est pas pertinente. Une autre distinction doit être envisagée.

B) Comportements liés aux circonstances et obligations, une distinction préférable

258. Dans certains cas, le comportement dicté par l'exigence de bonne foi dépend principalement des circonstances de la cause. Il ne saurait être qualifié d'obligation. Seul un comportement susceptible d'être généralisé à un type de contrat, tel que le contrat de travail, doit revêtir cette qualification (1). Cette distinction est essentielle puisqu'elle permet de déterminer l'étendue des pouvoirs du juge (2).

1) Le critère de distinction

259. Le caractère déterminé de la prestation, un critère inutile - Le devoir est général, il pèse sur tous. A la différence du devoir⁶⁸⁰, l'obligation est un lien de droit en vertu duquel une personne (le créancier) est en droit d'exiger « *quelque chose* » de l'autre (le débiteur)⁶⁸¹. Comme le souligne le Professeur Jacques, « *il y a dans l'obligation une détermination (détermination des sujets, passif et actif, détermination de la dette elle-même) qui ne se retrouve pas dans le devoir* »⁶⁸². Le caractère déterminé de la prestation ne constitue pas un critère pertinent de distinction entre l'obligation et le comportement lié aux circonstances. L'employeur aurait dû continuer à passer prendre la salariée inventariste à son domicile⁶⁸³. Ce comportement est concrètement déterminé. Pourtant, il ne s'agit pas d'une obligation.

260. La vocation générale de l'obligation, un critère pertinent - La véritable question est de savoir si le comportement d'un cocontractant, caractérisé par le juge, doit être adopté dans

⁶⁷⁹ Ou l'inaction qu'impose, par exemple, une clause de non-concurrence.

⁶⁸⁰ V. supra sur la définition du devoir, n°181.

⁶⁸¹ V. not. J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, Droit civil. Les obligations, 1/ l'acte juridique, 15^{ème} éd., Sirey Université, 2012, n°2, p. 2.

⁶⁸² P. Jacques, préc., n°21, p. 38.

⁶⁸³ V. supra n°56.

tout contrat de travail, quelles que soient les circonstances de la cause. Si ce comportement est justifié par des circonstances particulières, il ne saurait être qualifié d'obligation. Ainsi, c'est un contexte particulier qui impose à l'employeur de continuer à passer prendre la salariée à son domicile. Il s'agit de « *la spécificité de son travail d'inventoriste* » et de « *l'horaire exceptionnel de prise du travail* »⁶⁸⁴. Enfin, si une salariée est licenciée pour avoir minoré pendant plusieurs années ses déclarations de ressources auprès d'une caisse d'allocations familiales, c'est parce qu'elle était rédacteur au service contentieux d'une autre caisse. Elle était chargée de poursuivre les faits qu'elle avait elle-même commis⁶⁸⁵. Dans chacune de ces situations, le comportement que doit adopter le contractant dépend des circonstances de la cause. Il ne saurait être généralisé à un type de contrat, tel que le contrat de travail.

En revanche, dans d'autres hypothèses, ce comportement est exigé dans tout contrat de travail. Tel est le cas des obligations de non-concurrence, de réserve, de discrétion, de sécurité, de remboursement de frais, d'adaptation et de reclassement. Quelles que soient les circonstances, ces obligations sont indispensables à la réalisation de l'objectif visé par les parties au contrat de travail.

2) *L'intérêt de la distinction*

261. Une telle distinction n'a pas d'incidence sur la sanction retenue par le juge. En revanche, elle est essentielle en ce qui concerne les pouvoirs de ce dernier.

262. La sanction retenue par le juge, une distinction inutile - Si le comportement d'un contractant empêche la réalisation de l'objectif contractuel, la résiliation du contrat est justifiée⁶⁸⁶. Peu importe que l'inexécution d'une obligation contractuelle ne puisse être reprochée au cocontractant. Telle est la position de la Cour de cassation. Le comportement de la salariée de la caisse d'allocations familiales, qui avait minoré pendant plusieurs années ses déclarations de ressources auprès d'une autre caisse, justifiait son licenciement⁶⁸⁷. La distinction entre le simple comportement et la véritable obligation n'a pas d'incidence sur la sanction retenue par le juge.

⁶⁸⁴ V. supra n°56.

⁶⁸⁵ V. supra n°43.

⁶⁸⁶ V. supra n°182.

⁶⁸⁷ V. supra n°43.

263. L'étendue des pouvoirs du juge, une distinction pertinente - En revanche, cette distinction est essentielle en ce qui concerne l'étendue des pouvoirs du juge. L'exigence de bonne foi peut conduire le juge à caractériser un comportement spécifique dans une espèce particulière. Dans ce cas, il ne procède pas à un ajout au contrat. Sa solution revêt une portée moindre. Elle n'est applicable que dans l'espèce qui lui est soumise. A l'inverse, lorsqu'il impose un comportement susceptible d'être caractérisé dans tout contrat de travail, il procède à un véritable enrichissement de ce dernier. En reconnaissant l'existence d'une obligation, il définit un type de contrat ; il façonne un modèle de contrat.

En conséquence, la distinction entre ces deux types de comportement - le comportement lié aux circonstances et le comportement susceptible d'être qualifié d'obligation - est fondamentale au regard des pouvoirs du juge. En revanche, elle n'est pas pertinente en ce qui concerne l'application des articles 1134, alinéa 3, et 1135 du code civil. Ces deux textes justifient chacun, ces comportements. L'article 1135 est une conséquence de l'article 1134, alinéa 3, du code civil.

II) Le rapprochement préférable des articles 1134, alinéa 3 et 1135

264. Au regard de l'article 1134, alinéa 3, l'article 1135 du code civil semble être un moyen redondant d'adaptation du contrat de travail (A). Pourtant, il n'est pas dépourvu d'utilité. Il éclaire le sens de l'article 1134, alinéa 3 (B).

A) L'article 1135, un moyen redondant d'adaptation du contrat

265. Une analyse historique des articles 1134, alinéa 3, et 1135 du code civil démontre que ces textes ont le même sens. L'article 1135 serait une conséquence de l'exigence de bonne foi (1). La jurisprudence semble d'ailleurs consacrer cette interprétation (2).

1) Une analyse historique

266. Domat - Les rédacteurs du code civil se sont largement inspirés des écrits de Domat⁶⁸⁸. Ce dernier écrivait « *il n'y a aucune espèce de convention, où il ne soit sous-entendu que l'un doit à l'autre la bonne foi, avec tous les effets que l'équité peut y demander ; tant en la manière de s'exprimer dans la convention que pour l'exécution de ce qui est convenu, et de toutes les suites. Et quoi qu'en quelques conventions cette bonne foi ait plus d'étendue, et en d'autres moins, elle doit être entière en toutes, et chacun est obligé à tout ce qu'elle demande, selon la nature de la convention, et les suites qu'elle peut avoir* »⁶⁸⁹. Ainsi, selon Domat, l'exigence de bonne foi s'imposait dans toute convention. La détermination des suites, selon l'équité, était un effet de la bonne foi⁶⁹⁰. L'article 1135 du code civil serait un rappel de cette règle.

267. Les rédacteurs du code civil - Les rédacteurs du code civil se sont peu prononcés sur la portée et la signification des articles 1134, alinéa 3 et 1135 du code civil. Cependant, comme le relève le Professeur Stoffel-Munck⁶⁹¹, Bigot-Préameneu les présenta ensemble au corps législatif⁶⁹².

268. Les premiers interprètes du code civil - Enfin, l'analyse selon laquelle l'article 1135 du code civil constitue un rappel de l'article 1134, alinéa 3 est conforme aux premières interprétations du code civil de 1804. La majorité des auteurs du XIX^{ème} siècle ne distinguait

⁶⁸⁸ V. supra n°218.

⁶⁸⁹ J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel, Suivies du droit public*, Nouvelle édition, Revue et corrigée, t. 1^{er}, Luxembourg, André Chevalier, 1702, 1^{ère} partie, des engagements, Livre premier, Titre 1, Section III, XII. Domat, précité n°218. Ainsi, pour Domat, tout contrat est de bonne foi. L'étendue de la bonne foi - et plus précisément ce qu'elle implique - est déterminée au regard de l'équité.

⁶⁹⁰ En ce sens : J.-F. Romain, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé, Des atteintes à la bonne foi, en général et de la fraude, en particulier*, Bruylant, Bruxelles, 2000, n°27-1, p. 54. Cet auteur écrit, à propos des développements de Domat sur la bonne foi : « *en matière contractuelle, également, le contrat engage non seulement à ce que les parties y ont exprimé, mais aussi aux suites naturelles qui en découlent d'après la bonne foi, en équité ...* ». Cependant, cet auteur estime que « *mieux vaudrait poser d'abord le principe général de l'article 1135, puis le principe d'exécution de bonne foi des conventions (cf. Article 1134, alinéa 3), qui est une suite de l'équité* » (n°27-2, p. 55).

⁶⁹¹ P. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, LGDJ, 2000, n°82, p. 81.

⁶⁹² Présentation au corps législatif et exposé des motifs par M. Bigot-Préameneu, P.A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, t. XIII, 1827, réimpr. 1968, p. 229 : « *Il n'est aucune espèce d'obligations soit de donner, soit de faire ou de ne pas faire, qui ne repose sur ces règles fondamentales : c'est à ces règles qu'on a recours pour les interpréter, pour les exécuter, pour en déterminer tous les effets* ».

pas le sens de ces articles⁶⁹³. L'article 1135 du code civil était analysé comme le « développement » de l'article 1134, alinéa 3⁶⁹⁴. Il était présenté comme « une conséquence du principe que les conventions doivent être exécutées de bonne foi »⁶⁹⁵. D'après Acollas, cet article était même « évident et inutile »⁶⁹⁶. Ces interprétations subsistent chez certains auteurs⁶⁹⁷. Elles sont également consacrées par le juge.

⁶⁹³ A. Duranton, *Traité des contrats et des obligations en général*, t. I, Paris, 1819, n°319, p. 417. Cet auteur écrit, à propos de l'article 1135 du code civil, que les conventions « doivent être exécutées de bonne foi ; et elles 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 ». V. aussi : C. Demolombe, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 1^{er}, Paris, 1877, § 393 et 384, p. 376 : « La bonne foi est l'âme des relations sociales ; elle doit régner toujours dans l'exécution, que les parties ont formé. Et, c'est toujours, en effet, le devoir du juge, id officio ejus contineri, d'interpréter la convention et d'en ordonner l'exécution, conformément à l'intention des parties, eu égard au but qu'elles se sont proposées d'atteindre. Aussi l'article 1135 ajoute-t-il que : ... » ; A. M. Demante, *Cours de Code civil*, par E. Colmet de Santerre, t. 5, Plon et Cie, 1865, n°50, p. 66 : « La bonne foi, qui est l'âme des relations sociales, doit présider à l'exécution des conventions. Nous ne connaissons pas, dans l'application de ce principe la distinction que faisaient les Romains entre les actions dites de droit strict et les actions dites de bonne foi. C'est donc une règle générale que les conventions n'obligent pas 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. Ces suites diffèrent, au reste, selon la diverse nature des obligations. V. art. 1134, 1135 » ; Rép. Dalloz de législation, de doctrine et de jurisprudence, t. 33^{ème}, 1860, obligations, tit. 4, chap. 1, n°668 : « Les conventions étant de bonne foi (...) [elles] 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 » V. aussi au début du XX^{ème} siècle : G. Baudry-Lacantinerie, et L. Barde, *Traité théorique et pratique de droit civil des obligations*, t. 1^{er}, 3^{ème} éd., L. Larose & L. Tenin, 1906, n°343, p. 390 : « De bonne foi, c'est-à-dire conformément à l'intention des parties et au but qu'elles se sont proposé en contractant. L'article 1135 ne fait que déduire une conséquence de ce principe ... » ; M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, Obligations, 1^{ère} partie, par P. Esmein, 2^{ème} éd., LGDJ, 1930, LGDJ, n°379, p. 524 : « En outre l'art. 1135 C. civ. énonce une règle d'importance considérable (...). Ce texte précise, conformément à la tradition romaine, l'obligation d'agir conformément à la bonne foi » ; H. de Page, *Traité élémentaire de droit civil belge. Principes - doctrine - jurisprudence*, t. 2, Les incapables, les obligations (première partie), Bruylant-Sirey, 1934, n°469 : « Le code fait lui-même une application marquante du principe de l'exécution de bonne foi lorsqu'il dispose, dans l'article 1135, que les conventions obligent non seulement à tout ce qui y est exprimé, mais à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ».

⁶⁹⁴ V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, t. 4, 7^{ème} éd., Paris, Delamotte, 1873, n°466, p. 404 : « Le code Napoléon, dans notre troisième alinéa, pose comme principe fondamental que la bonne foi devra toujours présider à l'exécution des conventions. Il n'y a donc pas chez nous d'actions de droit strict ; il n'y a plus de ces règles, de ces formules, dont la rédaction doit l'emporter sur la volonté des contractants (...). L'article suivant n'est que le développement de cette idée ».

⁶⁹⁵ J. M. Boileux, *Commentaire sur le code civil contenant l'explication de chaque article séparément*, 5^{ème} éd., t. II, Paris, Joubert, 1843, 1135, p. 499. V. aussi : F. Mourlon, *Répétitions écrites sur le deuxième examen du Code Napoléon contenant l'exposé des principes généraux, leurs motifs et la solution des questions théoriques*, Paris, A. Marescq, 1850, p. 492 ; T. Huc, *Commentaire théorique et pratique du code civil*, t. VII, Cotillon, 1894, n°90, pp. 133 et 134.

⁶⁹⁶ E. Acollas, *Manuel de Droit civil, commentaire philosophique et critique du code Napoléon contenant l'exposé complet des systèmes juridiques*, t. II, 2^{ème} éd., Paris, Germer-Baillièrre, 1874, p. 781. L'auteur ajoute : « On peut, si l'on veut, en rattacher l'explication à celle du troisième alinéa de l'article précédent ».

⁶⁹⁷ V. not. : R Marty, *De l'absence partielle de cause de l'obligation et de son rôle dans les contrats à titre onéreux*, Th. dactyl. Paris II, 1995, n°142, p. 147 : « Nous savons (...) que le recours à la notion d'équité n'est qu'une conséquence du principe que les conventions doivent être conclues et exécutées de bonne foi » ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations, Les sources*, t. 1, 2^{ème} éd., 1987, n° 246, p. 259 : « L'article 1135 précise (...) le sens de cette formule [celle de l'article 1134, alinéa 3] ... » ; A. Weill et

2) Une analyse consacrée

269. Certaines juridictions du fond se sont fondées sur les articles 1134, alinéa 3, et 1135 du code civil pour reconnaître l'existence d'une obligation non prévue par les parties au contrat⁶⁹⁸. Il en est de même de la Cour de cassation.

270. L'obligation de non-concurrence du mandataire d'intérêt commun - Dans un arrêt du 16 mars 1993, la Cour a, notamment, admis au visa des articles 1134, alinéa 3, 1135 et 2003 du code civil l'existence d'une obligation de non-concurrence pesant sur le mandataire d'intérêt commun, à l'égard du mandant⁶⁹⁹. Le mandataire d'intérêt commun a le droit d'accepter la représentation d'un autre mandant à condition que les produits de ce dernier ne soient pas concurrents de ceux du premier.

271. L'obligation d'information - De même, la Cour de cassation vise parfois les articles 1134, alinéa 3, et 1135 lorsqu'elle s'interroge sur l'existence d'une obligation d'information relative aux conditions d'utilisation de la chose vendue⁷⁰⁰. Elle s'est également fondée sur les articles 1134, 1135 et 1147 du code civil pour décider que « *l'obligation d'information et de*

F. Terré, Droit civil, Les obligations, Dalloz, 1980, n°368, p. 408 : « *Il appartient au juge, lorsqu'il est saisi d'un litige sur l'interprétation d'un contrat, de fixer le contenu des obligations de chacune des deux parties, en s'inspirant de la bonne foi ; il ne s'agit pas ici de la bonne foi subjective des parties, mais de la bonne foi qui s'impose à tout le monde et qui s'appelle l'équité. C'est ce que dit d'ailleurs l'article 1135 ...* ».

V. égal. des analyses plus anciennes, obs. ss. Cass. civ. 2 déc. 1947, Gaz. Pal., 1948, 1, p. 36 : « *L'art. 1135 (...) ne fait que compléter l'art. 1134 (...). En effet, d'après les auteurs, l'art. 1135 précise l'obligation d'agir conformément à la bonne foi* » ; Y. Hannequart, La portée du contrat, Les nouvelles, Corpus Juris Belgici, Droit civil, t. IV, vol. II, Larcier, 1958, n°146, p. 57 et n°159, p. 61 : « *Notre article 1135 du code civil n'est pas autre chose qu'une déduction du dernier alinéa de l'article précédent...* ».

⁶⁹⁸ V. not. : CA Paris, 5^{ème} ch. B, 11 févr. 1999 : n°1996/88256, JurisData n°1999-024857 ; JCP G II, 10244, note J.-P. Chazal (Obligation d'assistance et de conseil) - CA Nancy 26 sept. 2007 : n° 06/02221 ; JurisData, n°2007-350306 (Obligation de renégociation).

⁶⁹⁹ Cass. com. 16 mars 1993, non publié au Bull., n° 91-11194.

⁷⁰⁰ V. not. au visa des articles 1134, alinéa 3, 1135 et 1147 du code civil : Cass. civ. 1^{ère}, 8 nov. 2007, non publié au Bull., n°08-14421. V. aussi au visa des articles 1134, 1135 et 1184 du code civil : Cass. civ. 1^{ère}, 28 mai 2009, non publié au Bull., n° 08-14421 : « *Attendu que pour rejeter la demande de M. X... en résolution de la vente, l'arrêt affirme que le défaut d'information du vendeur sur les conditions d'utilisation de la chose vendue ne peut donner lieu qu'à l'octroi de dommages-intérêts destinés à réparer le préjudice susceptible de résulter d'un mauvais usage* ». V. égal. : Cass. com. 6 sept. 2011 : non publié au Bull., n° 10-17966 : « *Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, si la société Sandvik s'était informée des besoins de la société acquéreur et l'avait informée ensuite de l'aptitude du matériel proposé à l'utilisation qui en était prévue, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ».

*conseil pesant sur le souscripteur d'assurance groupe ne (...) [pouvait] être limitée par l'intervention d'un intermédiaire »*⁷⁰¹.

272. L'obligation d'adaptation et de reclassement - Enfin, la Cour de cassation a précisé, à propos du contrat de travail, que le principe selon lequel l'employeur « *tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois* » « *se déduit de la combinaison des articles 1134 et 1135 du code civil ...* »⁷⁰².

273. Par conséquent, la Cour de cassation semble considérer que les articles 1134, alinéa 3, et 1135 ont la même signification. Si l'article 1135 permet l'enrichissement du contrat de travail, c'est parce qu'il précise le sens de l'article 1134, alinéa 3⁷⁰³. Il n'a pas de portée spécifique et ne saurait être détaché de ce texte⁷⁰⁴.

B) L'article 1135, un moyen éclairant d'adaptation du contrat

274. Même s'il constitue un rappel de l'exigence de bonne foi, l'article 1135 du code civil n'est pas inutile⁷⁰⁵. Une lecture de l'article 1134, alinéa 3, exclusive de toute analyse

⁷⁰¹ Cass. civ. 1^{ère}, 19 avril 2005 : non publié au Bull., n°03-12052.

⁷⁰² Rapport annuel 2005, L'innovation technologique, La documentation française, p. 108.

⁷⁰³ Il justifie également la découverte de certains comportements liés à des circonstances particulières. La Cour de cassation écrit, à propos de la mise en œuvre des clauses de mobilité, que la notion de bonne foi « *confortée par l'article 1135 du code civil, permet au juge, dans sa mission complétive, de prendre en considération des éléments tirés de la situation individuelle de chaque salarié, voire d'une éthique de la solidarité et de la communauté d'intérêts, pour apprécier si la mise en œuvre d'une modification des conditions de travail n'est pas exclusive de la bonne foi contractuelle* » (Cour de cassation, Droit du travail, 2005, Les éditions des journaux officiels, n°18, p. 62, ss. Cass. soc. 23 févr. 2005). La référence faite à l'article 1135 du code civil démontre que, selon la Cour de cassation, l'appréciation du comportement de l'employeur, lors de la mise en œuvre d'une clause de mobilité, serait susceptible de reposer sur l'article 1135 du code civil. Peu importe que ce comportement ne soit pas source d'une obligation au sens strict. Les termes de l'article 1135 du code civil ne doivent pas être interprétés strictement. (V. sur les termes « *les conventions obligent* » figurant à l'article 1135 du code civil : P. Jacques, préc., n°21, pp. 36 s : « *la formule « les conventions obligent » n'équivaut donc pas à celle selon laquelle « les parties sont tenues d'exécuter les obligations contractuelles » ; elle est plus riche d'implications...* ». L'auteur reprend l'analyse développée par le Professeur Ancel selon laquelle « *le caractère obligatoire des normes contractuelles ne se confond pas avec leur (éventuel) contenu obligationnel* » (P. Ancel, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, RTD civ. 1999, p. 771, spéc. p. 777).

⁷⁰⁴ Contra : P. Jacques, préc., n°175, p. 350 : « *Ni règle d'interprétation, ni règle de preuve, ni règle relative à l'exécution de bonne foi, ni règle relative à la responsabilité contractuelle, l'article 1135 occupe ainsi une place à part au sein du droit des contrats* ».

⁷⁰⁵ Sur le caractère inutile de l'article 1135 du code civil, v. supra n°268. D'autres auteurs estiment que c'est l'article 1134, alinéa 3 du code civil qui s'avère « inutile ». V. not. : O. Anselme-Martin, Étude critique du devoir d'exécuter les conventions de bonne foi, LPA, 22 janv. 1997, p. 17, spéc. n°19. Cet auteur écrit à propos de l'utilisation de l'article 1134, alinéa 3 du code civil : « *Inutile parce que redondant sur le fond avec un texte plus expressif et clair, l'article 1135 ...* ».

historique, ne permet pas d'en saisir le véritable sens. C'est la raison pour laquelle l'article 1135 revêt un intérêt particulier. Certes, la notion d'équité est entourée de « *mystères, d'incertitude, d'embarras* »⁷⁰⁶. Elle a donné lieu à de multiples définitions doctrinales⁷⁰⁷ et serait, selon certains, source d'insécurité juridique⁷⁰⁸. Cependant, l'article 1135 du code civil précise que l'obligation ajoutée par le juge est une « suite » du contrat (1) qui dépend de la « nature » de la convention (2). La notion d'équité, à laquelle renvoie l'article 1135 du code civil, prend alors tout son sens.

1) *L'ajout limité à la reconnaissance « des suites »*

275. L'équité, visée à l'article 1135 du code civil, permet au juge de révéler « les suites » d'un accord de volontés. Il s'agit des obligations accessoires à l'obligation principale.

276. Des obligations contribuant à la réalisation de l'obligation principale - Pothier écrivait : « *les choses qui sont de l'essence du contrat, sont celles sans lesquelles ce contrat ne peut subsister. Faute de l'une de ces choses, ou il n'y a point du tout de contrat, ou c'est une autre espèce de contrat* »⁷⁰⁹. Les choses qui sont de la nature du contrat « *font partie du contrat, quoique les parties contractantes ne s'en soient point expliquées, étant de la nature du contrat que ces choses y soient renfermées et sous-entendues* »⁷¹⁰. Enfin, « *les choses qui sont accidentelles au contrat, sont celles qui, n'étant pas de la nature du contrat, n'y sont*

⁷⁰⁶ M. S. Zaki, Définir l'équité, Arch. de Philo. du Droit, t. 35, Sirey, 1990, p. 87.

⁷⁰⁷ V. sur la définition de l'équité, la bibliographie citée par le Professeur Jacques, préc., n° 28, p. 49. V. sur les notions d'équité subjective ou objective : S. Pellé, La réception des correctifs d'équité par le droit, D. 2011, p. 1230 ; C. Albiges, Rép. Civ. Dalloz, Equité, 2009, n° 34 ; P. Morvan, Le principe de droit privé, éd. Panthéon-Assas, 1999, n°149 s. p. 135 s. ; P. Malaurie et P. Morvan, Droit civil, Introduction générale, 4^{ème} éd., 2012, Defrénois, n°37, p. 38 : « *L'équité aristotélicienne (objective) est une espèce de justice qui adapte la justice légale aux circonstances de fait pour la rapprocher de la vraie justice, la justice absolue. [...]. L'équité intervient comme un correctif de la loi [...]. L'équité des stoïciens (subjective) est tout autre. Elle désigne un sentiment intérieur invitant l'être à la clémence, à la bienveillance, à l'humanité envers autrui ...* ». V. égal. : D. Berthiau, Le principe d'égalité et le droit civil des contrats, LGDJ, 1999, n°593. En faveur d'une généralisation de l'équité subjective : C. Albiges, de l'équité en droit privé, LGDJ, 2000, n°96, p. 57 ; F. Terré, Réflexions sur un couple instable : égalité et équité, Arch. de Philo. du Droit, t. 51, Dalloz, 2008, p. 25.

⁷⁰⁸ V. not. : L. Graulich, A propos du gouvernement des juges, RTD civ., 1932, p. 84 : « *Il nous paraît malgré tout fort dangereux de laisser le juge décider d'après ses convictions sociologiques et philosophiques, qu'il s'imaginera facilement être l'expression du bon sens et de la « conscience collective ».* Le droit a besoin de sécurité ».

⁷⁰⁹ R.-J. Pothier, Traité des obligations, Œuvres de Pothier, annotées et mises en corrélation avec le code civil et la législation actuelle, par M. Bugnet, t. II, Eloge de Pothier, Traité des obligations. De la prestation des fautes, Videcoq, Cosse et Delamotte, 1848, n°6, p. 6.

⁷¹⁰ Ibid, n°7, p.7.

renfermées que par quelque clause particulière ajoutée au contrat »⁷¹¹. Il s'agit de la distinction entre les *essentialia*, les *naturalia* et les *accidentalia negotii*⁷¹².

Il en résulte que l'article 1135 du code civil ne permet pas au juge de découvrir des obligations « *qui font partie de l'essence même du contrat et lui donnent tout son sens* »⁷¹³. Convenues par les parties lors de la formation du contrat, les *essentialia* conditionnent l'existence de l'accord de volontés qu'elles permettent de caractériser. Seules les *naturalia*, non convenues, correspondent « *aux suites naturelles des conventions* »⁷¹⁴. Les « suites » de l'article 1135 visent donc des obligations accessoires⁷¹⁵. Selon Pothier, « *on appelle obligations accessoires, celles qui sont comme des suites et des dépendances de l'obligation principale* »⁷¹⁶. Elles viennent soutenir les obligations principales ; elles

⁷¹¹ Ibid, n°8, p. 8.

⁷¹² V. égal. : J. Domat, Les lois civiles dans leur ordre naturel, Suivies du droit public, Nouvelle édition, Revue et corrigée, t. 1^{er}, Luxembourg, André Chevalier, 1702, 1^{ère} partie, des engagements, Livre premier, Titre 1, Section III, I : « *Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à tout ce que demande la nature de la convention et à toutes les suites que l'équité, les lois et l'usage donnent à l'union où on est entré. De sorte que l'on peut distinguer trois sortes d'engagements dans les conventions. Ceux qui sont exprimés, ceux qui sont des suites naturelles des conventions, et ceux qui sont réglés par quelque loi ou quelque coutume. Et toutes les suites des conventions sont comme des pactes tacites, et sous-entendus, qui en font partie. Car les contractants consentent à tout ce qui est essentiel à leurs engagements* ». V. aussi pour une étude détaillée de cette distinction : P. Jacques, Regards sur l'article 1135 du code civil, Dalloz, 2005, n°206 s., pp. 417 s.

⁷¹³ Expression utilisée par le Professeur Larroumet à propos de la notion d'obligation essentielle : C. Larroumet, Droit civil. Les obligations, Le contrat, t. III, 6^{ème} éd., Economica, 2007, n° 635, p. 699. V. égal. : M. Faure-Abbad, Le fait générateur de la responsabilité contractuelle, LGDJ, 2003, n°44, p. 39 : « *L'obligation primaire est la première qui apparaît à l'esprit des parties, parce qu'elle est essentielle à la réalisation de leur objectif, elle constitue le moyen nécessaire pour réaliser le but voulu par les parties* ». V. aussi : J.-P. Overstake, Essai de classification des contrats spéciaux, LGDJ, 1969, p. 30.

⁷¹⁴ V. supra : J. Domat, Les lois civiles dans leur ordre naturel, Suivies du droit public, Nouvelle édition, Revue et corrigée, t. 1^{er}, Luxembourg, André Chevalier, 1702, 1^{ère} partie, des engagements, Livre premier, Titre 1, Section III, I.

⁷¹⁵ V. not. : P. Jacques, préc., n° 380, p. 807. V. aussi les références citées note 2, p. 807 (auteurs) et note 1, p. 808 (jurisprudence).

⁷¹⁶ R.-J. Pothier, Traité des obligations, Œuvres de Pothier, annotées et mises en corrélation avec le code civil et la législation actuelle, par M. Bugnet, t. II, Eloge de Pothier, Traité des obligations. De la prestation des fautes, Videcoq, Cosse et Delamotte, 1848, n°182, p. 88 : « *On divise les obligations en obligations principales et en obligations accessoires. Cette division se tire de l'ordre qu'ont entre elles les choses qui en font l'objet. L'obligation principale est l'obligation de ce qui fait le principal objet de l'engagement qui a été contracté entre les parties. On appelle obligations accessoires, celles qui sont comme des suites et des dépendances de l'obligation principale* ». Pothier n'assimile pas pour autant l'obligation essentielle et l'obligation principale. V. not. sur ce point : D. Houtcieff, Le principe de cohérence en matière contractuelle, t. I, PUAM, 2001, n°416, p. 353. V. aussi : C. Bloch, L'obligation contractuelle de sécurité, PUAM, 2002, n°56, p. 43 : « *Nous le répétons, l'équité ne saurait donner naissance à des obligations entièrement détachées de l'objet du contrat. L'article 1135 ne donne droit de cité à l'équité qu'autant que l'obligation qui en résulte est une suite, un prolongement naturel du contrat. Les obligations découlant des suites du contrat ne sont que des obligations accessoires à une obligation contractuelle principale* ».

contribuent à leur réalisation⁷¹⁷. Conditions de leur efficacité, elles « *n'engagent pas moins que les obligations principales* »⁷¹⁸.

Les obligations de non-concurrence, de réserve, de discrétion, de remboursement de frais, d'information et de sécurité répondent à la définition des obligations accessoires. Elles contribuent à la réalisation de la prestation de travail, obligation principale pesant sur le salarié. L'obligation d'information contribue également à la pleine réalisation de l'obligation principale pesant sur l'employeur, à savoir le versement de la « rémunération »⁷¹⁹. Elles constituent, en conséquence, des suites naturelles de l'obligation d'exécuter la prestation de travail.

277. Des obligations qui ne contredisent pas le contrat - La question est alors de savoir si l'article 1135 du code civil justifie la reconnaissance de l'obligation de renégociation. Cette dernière constitue-t-elle une suite naturelle de l'obligation principale pesant sur l'employeur ? La renégociation est susceptible d'aboutir à une modification du contrat de travail. Or, l'article 1135 du code civil fonde la découverte d'obligations contribuant à la réalisation de l'obligation principale. Une obligation modifiant cette dernière y contrevient nécessairement. « *Les « suites » ne peuvent contrarier la substance de ce dont les parties sont convenues, n'étant que des prolongements objectifs de « ce qui a été exprimé »* »⁷²⁰. C'est d'ailleurs ce que confirme la jurisprudence⁷²¹.

⁷¹⁷ H. Aubry, L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats, PUAM, 2002, n°302, p. 301. V. aussi : M.-E. Ancel, La prestation caractéristique du contrat, *Economica*, 2002, n°338, pp. 254 et 255 : « *Autrement dit, l'interprétation créatrice doit reposer sur une double nécessité. D'un côté, sans la prestation secondaire, la réalisation de la prestation caractéristique ne serait pas pleinement satisfaisante : la prestation secondaire doit être indispensable à la réalisation de la prestation caractéristique. D'un autre côté, seule la présence de la prestation caractéristique peut justifier l'insertion de la prestation secondaire dans le contenu contractuel : il ne saurait être question d'utiliser l'article 1135 pour déborder le cadre contractuel* ».

⁷¹⁸ Rép. Dalloz de législation, de doctrine et de jurisprudence, t. 33^{ème}, 1860, obligations, titre 4, chap. 1, n° 668.

⁷¹⁹ Cette notion doit être entendue au sens large. V. supra n°242.

⁷²⁰ P. Jacques, préc., n° 169-3, p. 332. V. égal, n° 169, p. 324.

⁷²¹ V. : Cass. civ. 2 déc. 1947 : *Gaz. Pal.*, 1948, 1, p. 36 : « *Mais attendu que si, aux termes de l'art. 1135 du code civil, l'équité ou l'usage doivent être pris en considération dans l'interprétation des contrats et des suites qu'ils comportent, le juge n'en saurait faire état pour soustraire l'un des contractants à l'accomplissement des engagements clairs et précis, qu'il a librement assumés* ». V. égal. : Cass. soc. 4 déc. 1996 : *Bull. civ. V*, n°421, n°94-40693, 94-40701 ; *RTD civ.* 1998, p. 221, obs. N. Molfessis ; *JCP* 1997, I, 4064, n°11, obs. L. Cadiet. Sur cet arrêt, v. aussi : P. Jacques, préc., note n°4, pp. 324 et 325.

Toutefois, l'obligation de renégociation découverte par le juge dans le contrat de travail n'impose pas aux parties une correction du contrat⁷²². L'employeur est tenu de rechercher des possibilités de reclassement. Il doit les soumettre au salarié. Ce dernier n'est pas tenu de les accepter. La modification du contrat de travail suppose un accord de volontés. C'est pourquoi l'obligation de renégociation n'est pas, à elle seule, correctrice de la volonté des parties. Elle est une condition d'efficacité de l'exécution du contrat de travail puisqu'elle en garantit la stabilité⁷²³. Dès lors, il est permis de penser que son existence découle de l'article 1135 du code civil⁷²⁴.

278. La référence aux suites, un éclairage sur la notion d'équité - L'article 1135 du code civil apporte une précision intéressante. Les obligations découvertes par le juge - les suites naturelles du contrat de travail - doivent contribuer à la réalisation de l'obligation principale. Une telle directive ne figure pas à l'article 1134, alinéa 3, mais en résulte nécessairement. La morale contractuelle impose aux parties d'agir en vue de favoriser l'atteinte du but contractuel. Telle est la caractéristique des obligations contribuant à la réalisation de l'obligation principale. Dès lors, il est permis de penser que la notion d'équité, à laquelle renvoie l'article 1135 du code civil, se confond avec l'exigence de bonne foi de l'article 1134, alinéa 3. La prise en considération de la nature de la convention dans la découverte des suites confirme cette analyse.

2) L'ajout conditionné à « la nature » de la convention

279. La nature « déséquilibrée » du contrat de travail, un élément insuffisant - D'après l'article 1135 du code civil, le juge doit mettre en exergue « *toutes les suites que l'équité (...) [donne] à l'obligation d'après sa nature* ». Est en réalité visée la nature de la convention⁷²⁵. Pour certains, « *l'équité (...) n'est rien d'autre que l'équilibre qu'il convient d'instaurer entre les intérêts de l'un et de l'autre* »⁷²⁶. Le déséquilibre inhérent au contrat de travail justifierait ainsi une intervention récurrente du juge « au détriment » de l'employeur⁷²⁷. Le

⁷²² V. supra n°159 s.

⁷²³ V. supra n°162.

⁷²⁴ Contra : S. Tisseyre, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats*, PUAM, 2012, n°415 s., pp. 282s.

⁷²⁵ En ce sens, P. Jacques, préc., n°32, p. 80.

⁷²⁶ C. Larroumet, *Droit civil. Les obligations*, Le contrat, t. III, 6^{ème} éd., Economica, 2007, n°135, p. 115. L'équilibre n'est pas l'égalité. Sur ce point, v. not. : C. Albiges, *De l'équité en droit privé*, LGDJ, 2000, n°235, p. 149. Comp. : P. Jacques, préc., n° 318, p. 659 et n°364 s., pp. 772 s.

⁷²⁷ Les obligations de non-concurrence, de réserve, de discrétion qui incombent au salarié sont des obligations de ne pas faire ; le salarié est obligé de s'abstenir de certains actes. L'obligation de sécurité salariale est une obligation de moyens. En revanche, l'employeur est tenu d'obligations de faire

pouvoir du juge serait guidé par la nature « déséquilibrée » du contrat de travail. Cependant, comme le souligne le Professeur Jacques, « si l'on s'en tenait à la remarque selon laquelle l'équité permet d'instaurer un équilibre, l'intervention d'effets complémentifs selon l'équité serait essentiellement cantonnée aux contrats d'adhésion, lors même que l'article 1135 est inscrit dans le droit commun des conventions et que, pour cette raison au moins, il peut toutes les concerner »⁷²⁸.

280. La finalité spécifique du contrat de travail, un élément déterminant - L'équité de l'article 1135 a une vocation plus large. La référence faite à la « nature » de la convention permet d'en cerner la signification. Cette notion doit être rapprochée de celle de « type de contrat »⁷²⁹. La caractérisation d'un type dépend de la finalité du contrat⁷³⁰. Elle déclenche l'application d'un ensemble d'obligations indispensables à la réalisation du but contractuel visé par les parties⁷³¹. Le pouvoir créateur du juge est limité par le type de contrat qui lui est

relativement lourdes (obligation de reclassement, obligation de sécurité de résultat ...). V. not. sur ce point : G. Couturier, Les relations entre employeurs et salariés en droit français, in La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, ss. la Dir. J. Ghestin et M. Fontaine, LGDJ, 1996, p. 147, spéc. p. 156.

V. aussi sur le rapport entre les suites naturelles du contrat et le contrat d'adhésion : F. X. Testu, Le juge et le contrat d'adhésion, JCP G, 1993, 3673, n°29 : « Pour remédier à un déséquilibre anormal, produit par l'inégalité des parties, et pour ainsi rajuster la transaction, le juge crée une obligation qu'il ajoute au contrat, comme si des parties en état de négocier l'avaient stipulée ». V. égal. sur le fondement de l'action du juge dans ce type de contrat : H. de Page, Traité élémentaire de droit civil belge. Principes - doctrine - jurisprudence, t. 2, Les incapables, les obligations (première partie), Bruylant-Sirey, 1934, n° 554 : « Le juge ne peut intervenir dans les contrats d'adhésion, comme pouvoir modérateur, régulateur (c'est sa fonction traditionnelle), qu'avec beaucoup de circonspection. Sur quel terrain ? Uniquement, semble-t-il sur celui de l'exécution de bonne foi, imposée dans toutes les conventions par l'article 1134, alinéa 3, du code civil ».

⁷²⁸ P. Jacques, Regards sur l'article 1135 du code civil, Dalloz, 2005, n° 318, p. 659.

⁷²⁹ V. not. : J. Rochfeld, Cause et type de contrat, LGDJ, 1999, n°198 s., pp. 191 s., et n°364, p. 330 : « En posant que le contrat oblige non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites qu'entraîne sa nature, l'article 1135 se réfère, jusque dans le vocable de « nature » au type et à une idée de modèle » ; P. Jacques, préc., n°39, p. 91. D'après cet auteur, le type « se manifeste en cela qu'ils sous-tend objectivement une finalité identique dans les contrats qui en relèvent, cristallisés juridiquement dans une cause typique. Une certaine structure, apte à servir cette cause typique donne le type de contrat. »

⁷³⁰ V. not. : J. Rochfeld, préc., n°223, p. 211 : « Dans les contrats typiques, la cause peut (...) être décrite comme identique parce que les contractants, mus par une finalité donnée, adoptent le contrat typique correspondant comme sa forme inhérente, comme sa technique prédéterminée ... ». V. aussi n°157, p. 146 : « Les parties en adoptant un type de contrat, pour sa correspondance avec les intérêts que chacune recherche, s'en remettent ainsi à une structure globale, à un modèle de référence, qu'elles trouvent dans la loi, dans la jurisprudence ou dans la pratique ». Comp. : P. Jacques, préc., n° 358, p. 761 : « C'est (...) davantage le choix d'une finalité concrète qui emporte la présence d'un type (pourvu que cette finalité soit typique), qu'un choix qui serait porté sur le type, lequel est une construction juridique qui peut échapper à la plupart des contractants »

⁷³¹ P. Jacques, préc., n° 359, p. 762 : « En ce qu'il constitue un modèle, une structure globale, le type emporte, quelle que soit la richesse du contenu de l'accord de volontés qui est intervenu autour d'une

soumis. L'adoption d'un contrat de travail par les parties emporte l'application de multiples obligations telles que les obligations de non-concurrence, de réserve, de discrétion, de sécurité, de remboursement de frais, d'information et de reclassement.

Le type justifie également le pouvoir créateur du juge. Le modèle de contrat auquel il renvoie est élaboré par ce dernier⁷³². En reconnaissant l'existence d'une obligation, le juge façonne un modèle de contrat. Sa démarche est guidée par la nature du contrat caractérisée par sa finalité. Autrement dit, la finalité spécifique du contrat de travail commande l'action du juge. Le contrat de travail étant synallagmatique, le but poursuivi par chacune des parties correspond, notamment, à la cause de son obligation. Un équilibre doit, en conséquence, être assuré entre les intérêts du salarié et ceux de l'employeur. Mais cet équilibre n'est recherché que parce qu'il permet l'atteinte d'une finalité spécifique, visée à l'origine par les parties au contrat de travail.

Ainsi, la référence faite à la « nature » de la convention oblige le juge à prendre en compte la finalité spécifique du contrat de travail. L'ajout d'obligations doit permettre aux parties d'atteindre la finalité recherchée lors de la conclusion de ce contrat. Une telle précision ne figure pas à l'article 1134, alinéa 3, du code civil. Pourtant, elle en résulte inéluctablement. La morale contractuelle impose au juge de mettre en exergue les obligations visant à faciliter la réalisation du but contractuel. Or, la détermination des obligations nécessaires à la réalisation de l'objectif contractuel suppose que le juge définisse préalablement la finalité du contrat de travail⁷³³. L'atteinte de cette finalité permet la réalisation du but contractuel ; elle se confond avec celle-ci. Morale contractuelle et équité ont, dans les articles 1134, alinéa 3 et 1135 du code civil, la même signification. L'enrichissement du contrat de travail est susceptible de reposer sur chacune de ces notions⁷³⁴. L'intervention du juge doit permettre la réalisation du

finalité typique, la présence dans le contenu de la convention que cet accord fait naître, de toutes les obligations nécessaires à un accomplissement conforme au droit de l'intérêt que les parties ont incarné ».

⁷³² V. not. : J. Rochfeld, préc., n°223, p. 210. D'après cet auteur, la cause typique « emporte l'adhésion à « une image typique » du contrat, qui n'est pas seulement celle usuelle dictée par la pratique, mais également, celle axiologique, c'est-à-dire dotée par le juge ou la loi de certaines valeurs d'équilibre et de justice ». V. aussi : P. Jacques, préc., n° 358, p. 761.

⁷³³ V. supra n°238 s.

⁷³⁴ V. not. sur le lien entre l'équité de l'article 1135 et la sincérité ou l'honnêteté : Y. Hannequart, La portée du contrat, Les nouvelles, Corpus Juris Belgici, Droit civil, t. IV, vol. II, Larcier, 1958, n°146, p. 57 et n°159, p. 61 : « Notre article 1135 du code civil n'est pas autre chose qu'une déduction du dernier alinéa de l'article précédent, prescrivant que les conventions doivent être exécutées de bonne

but contractuel. Elle est guidée par la finalité spécifique du contrat de travail ; elle est marquée par le déséquilibre inhérent à ce type de contrat.

foi, tout au moins en ce qui concerne l'équité, qui, comme la bonne foi engage la sincérité ». V. aussi, n°217, p. 78.

V. not. sur le lien entre l'équité et la morale, *La famille, L'enfant, le couple, Droit civil, 21ème éd. refondue, 2002*, Vol. 1, Quadrige, PUF, Thémis, 2004, p. 1321. Cet auteur écrit à propos du terme « *inéquitablement* » figurant à l'article 278 du code civil : « *l'inique révolte par un choc, c'est une anormalité, une énormité ; l'appréciation doit être morale plutôt que mathématique* ».

281. Conclusion du Chapitre 2 : Afin de justifier l'adjonction d'obligations au contrat de travail, la chambre sociale de la Cour de cassation vise parfois l'exigence de bonne foi. Cette référence est source de confusions. Le recours à l'article 1134, alinéa 3, du code civil a d'ailleurs fait l'objet de critiques. Une analyse historique permet néanmoins de penser que ce texte consacre la généralisation des contrats de bonne foi et l'abandon des contrats de droit strict. Il s'agit d'une règle d'interprétation objective. L'action du juge est guidée par le respect d'une morale contractuelle objective. Elle concourt à la réalisation du but contractuel.

Pourtant, selon une partie de la doctrine, l'article 1134, alinéa 3 viserait la « qualité d'exécution » du contrat. L'article 1135 concernerait la « quantité à exécuter ». Seul ce dernier texte serait, en conséquence, susceptible de justifier l'adjonction d'obligations au contrat. Mais une telle distinction est fragile. Lorsque le juge se demande « comment les parties doivent se comporter », il répond fréquemment à la question de savoir « à quoi » elles sont tenues.

En réalité, l'article 1134, alinéa 3, du code civil édicte une norme de comportement. Certains comportements dépendent des circonstances de la cause. Ils ne sauraient être qualifiés d'obligations. Ils ne forment pas un modèle de contrat. D'autres comportements s'imposent quelles que soient les circonstances ; ils sont indispensables à la réalisation de l'objectif contractuel. Seuls ces derniers caractérisent l'existence d'une véritable obligation. Leur reconnaissance conduit le juge à façonner un modèle de contrat. Mais dans chacune de ces hypothèses, l'article 1134, alinéa 3, du code civil justifie l'adaptation judiciaire. Ce fondement est néanmoins susceptible d'être complété par l'article 1135 du code civil. Une analyse historique des textes permet, en effet, de penser que l'article 1135 n'est qu'un rappel de l'article 1134, alinéa 3. Il éclaire le sens de ce texte. L'ajout est limité aux suites ; il est conditionné à la nature du contrat. En définitive, morale contractuelle et équité ont, dans les articles 1134, alinéa 3 et 1135 du code civil, la même signification. Elles commandent au juge d'insuffler au contrat de travail sa pleine efficacité.

Conclusion du titre 1

282. L'addition d'obligations au contrat de travail constitue une des manifestations les plus édifiantes de l'intervention du juge dans l'accord de volontés des parties. Celui-ci est à l'origine de l'élaboration d'un véritable modèle de contrat. Les obligations prétorienne sont nombreuses ; leur régime est parfois relativement contraignant. Mais le juge dispose de textes l'autorisant - et l'obligeant - à dégager l'existence de ces obligations, non envisagées par les parties. Les articles 1134, alinéa 3, et 1135 du code civil constituent des règles d'interprétation objective. Le juge doit se référer à une morale contractuelle objective ; il doit garantir la réalisation du but contractuel. A cet effet, il révèle l'existence d'obligations permettant d'y parvenir. Celles-ci sont spécifiques à un type de contrat, caractérisé par sa finalité. Dès lors, l'objectif contractuel visé par les parties au contrat de travail guide l'intervention du juge. Cependant, malgré cette directive d'interprétation objective, l'analyse de la chambre sociale de la Cour de cassation est nécessairement empreinte de subjectivité. La stabilité contractuelle constitue un objectif contractuel commun. Reste que l'identification des obligations permettant d'y parvenir requiert une approche subjective. La stabilité contractuelle suppose probablement l'existence d'une obligation de reclassement. Mais quel périmètre d'application retenir ; quelle intensité reconnaître à cette obligation ? L'appréciation du juge à cet égard est essentielle. Certes, sa décision est certainement « déclarative » bien plus que « constitutive »⁷³⁵. Elle résulte d'un raisonnement « analogique », « axiologique », « téléologique » et de l'influence de la doctrine⁷³⁶. Pour autant, la chambre sociale de la Cour de cassation détient à cet égard un pouvoir décisif. Le contenu du « modèle » du contrat de travail ne dépend-il pas en définitive, de « sa » définition de la morale contractuelle objective ? Au demeurant, elle ne se borne pas à déterminer les obligations qui figurent nécessairement dans le contrat ; elle n'hésite pas à exclure certaines clauses envisagées expressément par les parties.

⁷³⁵ P. Jacques, Regards sur l'article 1135 du code civil, Dalloz, 2005, n°325-1, pp. 677 et 678.

⁷³⁶ P. Jacques, préc., n°325-1 et 325-2, p. 677 et 678.

TITRE 2 : LA SOUSTRACTION

283. Le juge soustrait au contrat de travail un certain nombre de clauses, fruit d'un accord de volontés des parties. Cette intervention radicale du juge dans le contrat de travail est source de nombreuses interrogations. Comment se manifeste-t-elle ? Est-elle fondée ? En réalité, dans de nombreuses hypothèses, le juge se borne à faire application d'une norme extérieure qui s'impose au contrat. Cette application le conduit à soustraire du contrat - de manière définitive ou temporaire - une clause contractuelle. Dans ce cas, la soustraction est dictée au juge (Chapitre 1). Mais il peut également lui être demandé d'opérer une conciliation entre des droits ou libertés en concours. L'action du juge revêt alors un autre aspect. « *Le fondamentalisme laisse au juge le pouvoir de concilier, au cas, par cas, les droits fondamentaux invoqués, en utilisant très librement le principe de proportionnalité* »⁷³⁷. La soustraction n'est plus inéluctable. Elle est source d'un aménagement opéré par le juge (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 : LA SOUSTRACTION DICTEE AU JUGE

284. **L'application du code civil** - Quels sont les fondements qui dictent au juge la soustraction de clauses contractuelles insérées dans le contrat de travail ? L'article L. 1221-1 du code du travail prévoit que « *le contrat de travail est soumis aux règles de droit commun* »⁷³⁸. Doivent lui être appliquées les articles 6 et 1133 du code civil. Les clauses contractuelles ne sauraient contrarier des dispositions d'ordre public.

⁷³⁷ R. Vatinet, L'ordre public, Les notions fondamentales du droit du travail, LGDJ Diffuseur, Ed. Panthéon-Assas, 2009, p. 89, spéc. n°184, p. 118.

⁷³⁸ Sur la question de l'autonomie du droit du travail, v. not. : G. H. Camerlynck, L'autonomie du droit du travail, D. 1956, Chron. 23, p. 26 ; G. Lyon-Caen, Rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail, RTD civ. 1974, p. 229 ; G. Couturier, Les techniques civilistes et le droit du travail : chronique d'humeur à partir de quelques idées reçues, D. 1975, Chron. p. 151 ; J. Pélissier, Droit civil et contrat individuel de travail, Dr. soc. 1988, p. 387 ; X. Lagarde, Aspects civilistes des relations de travail, RTD civ. 2002, p. 435 ; P.-Y. Gautier, Les interactions du droit civil et du droit du travail in Les sources du droit du travail, ss. la dir. de B. Teyssié, PUF., 1998, p. 129. V. égal. : F. Gaudu et R. Vatinet, Les contrats de travail, LGDJ, 2001, n°5, p. 6 ; B. Teyssié, Droit du travail - Relations individuelles de travail, 2^{ème} éd., Litec, 1992, n°57, p. 31 : « *Le droit du travail apparaît, historiquement, comme un*

285. L'application de normes spéciales - Il existe une pluralité de normes applicables au contrat de travail. La prolixité des causes de soustraction (Section 1) justifie la diversité des formes de soustraction (Section 2).

SECTION 1 : LA PROLIXITE DES CAUSES DE SOUSTRACTION

286. Des normes internationales - Quelles sont les sources qui imposent au juge de procéder à la soustraction de clauses contractuelles ? Elles sont nombreuses. Il s'agit d'abord de sources internationales. Ainsi, la Chambre sociale de la Cour de cassation décide qu'en application des principes posés par la convention n°158 de l'OIT, « *est déraisonnable, au regard de la finalité de la période d'essai et de l'exclusion des règles de licenciement durant cette période, une période d'essai dont la durée, renouvellement inclus, atteint un an* »⁷³⁹. Une telle clause est a priori nulle⁷⁴⁰. La rupture de la période d'essai intervenue au cours d'une période excessive est requalifiée en licenciement sans cause réelle et sérieuse.

287. Des normes internes - Cependant, la soustraction opérée par le juge trouve également son fondement dans des sources internes. L'application de normes légales est à l'origine de nombreuses hypothèses de soustraction (§ 1). Il en est de même du « *principe fondamental en droit du travail, selon lequel la situation des salariés doit*

rameau de droit civil peu à peu fortifié au point d'être finalement admis au rang de branche autonome du droit ». L'auteur ajoute néanmoins que « *l'affirmation de l'autonomie du droit du travail, que renforce la prolixité du législateur en cette matière en même temps que l'élaboration progressive d'un corps de principes généraux qui lui sont propres, ne doit pas se transformer en combat pour l'indépendance* ».

⁷³⁹ Cass. soc. 11 janv. 2012 : Bull. civ. V, n°11, n°10-17945 : RDT 2012, p. 150, note S. Tournaux ; Dr. soc. 2012, p. 321, obs. J. Mouly ; JSL 2012, n°316, p. 14, note J.-E. Tourreil ; RJS 3/12, n°207. V. aussi : S. Tournaux, Le déclin de la finalité de la période d'essai, Dr. soc. 2012, p. 788. Cet arrêt concerne des faits antérieurs à la loi n°2008-596 du 25 juin 2008. Cependant, cette solution a vocation à s'appliquer aux durées plus longues prévues par les accords de branche conclus avant la loi du 25 juin 2008. V. aussi : Cass. soc. 10 mai 2012, non publié au Bull., n°10-28512 ; RJS 7/12, n°608.

⁷⁴⁰ La question se pose de savoir si la clause est nulle alors même que l'employeur a rompu la période d'essai dans un délai raisonnable. Le juge ne pourrait-il pas, dans ce cas, exercer son pouvoir de réduction et valider la clause dans la limite de sa licéité ? V. sur l'exercice de ce pouvoir, infra n°795s.

être régie, en cas de conflits de normes, par celle qui leur est la plus favorable »⁷⁴¹ (§ 2).

§ 1 : L'application de normes légales

288. Certaines normes peuvent être qualifiées de « spéciales » (I). Elles s'appliquent exclusivement aux clauses contenues dans le contrat de travail ; elles prohibent généralement un type de clauses. A l'inverse, certaines normes ont une vocation générale (II). Elles s'appliquent en principe à tout contrat ; elles n'ont pas pour objet la prohibition spécifique de certaines clauses.

I) Des normes spéciales

289. Outre les clauses expressément prohibées en droit commun des obligations, telles les clauses d'indexation⁷⁴², le juge est tenu de prendre en considération une pluralité de normes spéciales visant spécifiquement le contrat de travail. Il s'agit de clauses liées à l'exécution du contrat de travail⁷⁴³, à sa rupture⁷⁴⁴ ou aux règlements des litiges⁷⁴⁵. Ces

⁷⁴¹ Cass. soc. 17 juill. 1996 : Bull. civ. V, n°296, n°95-41745 et Bull. civ. V, n°297, n°95-41313 ; Dr. soc. 1996, p. 1053 et les concl. de P. Lyon-Caen, La solution du conflit de normes entre code du travail et statuts des entreprises publiques par l'application de la règle plus favorable aux salariés, p. 1049 et la note de J. Savatier, p. 1054.

⁷⁴² La prohibition des clauses d'indexation résulte de l'application de l'article 79, paragraphe 3, de l'ordonnance n°58-1374 du 30 décembre 1958 modifié par l'article 14 de l'ordonnance du 4 février 1959. L'article L. 3231-3 du code du travail ne fait que reprendre le principe de prohibition partielle posé par ces ordonnances concernant les indexations sur le Smic. V. not. : Cass. soc. 12 fév. 1969 : Bull. civ. n°94 - Cass. civ. 3^{ème}, 15 fév. 1972 : Bull. civ. V, n°521 ; D. 1972, jurisp., p. 339 ; JCP G 1972, II, 17094. V. aussi : Cass. soc. 13 déc. 2006 : Bull. civ. V, n°374, n°05-44073.

Les juges du fond, approuvés par la Cour de cassation semblent se montrer favorables à l'indexation lorsqu'ils s'interrogent sur la question de savoir si l'indexation est en relation directe « avec l'objet du statut ou de la convention ou avec l'activité de l'une des parties » auquel cas, elle échappe à la prohibition. Sur la validité d'un indice de référence défini en fonction de la rémunération d'un rédacteur en chef de la presse parisienne hebdomadaire (CA Paris 24 nov. 1981 : JurisData n°1981-600247 ; JCP G 1982, II, 19770, note N. S.). L'employeur observait pourtant que le salaire de référence était fixé en fonction du niveau général des prix. V. égal. sur l'indexation du salaire d'une catégorie professionnelle déterminée : CA Dijon, ch. soc., 18 oct. 1994 : Juris-Data n°1994-049008. Pour un exemple d'indexation sur le taux de change : Cass. soc. 25 oct. 1990 : Bull. civ. V, n°507, n°87-40852 ; RJS 12/90, n°971.

⁷⁴³ V. not la prohibition des clauses réservant le bénéfice d'une mesure quelconque à un ou des salariés en considération du sexe (C. trav., art. L. 1142-3), des clauses transférant la charge des cotisations patronales au salarié (CSS., art. L. 241-8), des clauses prévoyant des amendes ou autres sanctions pécuniaires (C. trav. art. L.1331-2).

⁷⁴⁴ V. not. la prohibition des clauses « couperet » (C. trav., art. L. 1237-4), des clauses fixant un préavis d'une durée inférieure à celui qui résulte de l'article L. 1234-1 ou une condition d'ancienneté de services supérieure à celle énoncée par cet article (C. trav., art., L. 1234-2).

normes revêtent une force contraignante spécifique (A). Elles conduisent parfois le juge du contrat de travail à adopter des solutions originales (B).

A) Des normes contraignantes

290. Les normes spéciales applicables au contrat de travail ne sont pas supplétives. Elles se caractérisent par leur « indérogeabilité » relative (A). Les règles de compétence revêtent, quant à elles, une valeur impérative dans l'ordre international (B).

1) Des normes à « indérogeabilité » relative

291. L'ordre public social - Aux termes de l'article 6 du code civil, « *on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ». Or, en droit du travail, l'ordre public, et plus précisément l'ordre public social, présente certaines spécificités⁷⁴⁶. Cet ordre public à « indérogeabilité relative »⁷⁴⁷, appelé aussi « ordre public minimal » ou « ordre public plancher »⁷⁴⁸,

⁷⁴⁵ V. not. la prohibition des clauses compromissaires (C. trav., art. L. 1411-4 et C. trav., art. R. 1412-4) et des clauses attributives de juridiction (C. trav. art. L. 1221-5). V. égal. sur les clauses attributives de juridiction, le règlement 44/2001/CE du 22 décembre 2000 qui interdit les conventions attributives de juridiction, sauf si elles sont postérieures à la naissance du différend ou si elles permettent aux salariés de saisir d'autres tribunaux que ceux indiqués par le règlement.

⁷⁴⁶ Sur l'ordre public social, v. not. : F. Gaudu, L'ordre public en droit du travail, Etudes offertes à J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 367 ; G. Lyon-Caen, Négociation collective et ordre public, Dr. soc. 1973, p. 89 ; G. Couturier, L. Rozes, Remarques sur l'ordre public en droit du travail, Dr. soc. 1977, p. 311 ; G. Couturier, L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve, Etudes offertes à J. Flour, Defrénois, 1979, p. 95 ; M. Bonnechère, L'ordre public en droit du travail ou la légitime résistance du droit du travail à la flexibilité, Dr. ouvr. 1988, p. 171 ; N. Meyer, L'ordre public en droit du travail, LGDJ, 2006 ; C. Radé, L'ordre public social et la renonciation du salarié, Dr. soc. 2002, p. 931 ; F. Canut, L'ordre public en droit du travail, Bibliothèque de l'institut André Tunc, LGDJ, 2007 ; R. Vatinet, L'ordre public, in Les notions fondamentales en droit du travail, LGDJ Diffuseur, Ed. Panthéon-Assas, 2009, p. 89. V. égal. : C. Péres-Dourdou, La règle supplétive, LGDJ, 2004, n°293, p. 264.

⁷⁴⁷ M. Bonnechère, préc., p. 171. V. cep. sur les contestations relatives à cette notion de « dérogation » et notamment de « dérogation in melius » : F. Gaudu, préc., p. 367 : « *En réalité, l'ordre public social définit un plancher, un minimum, auquel les volontés privées ne peuvent déroger. Lorsque le contrat ou la convention collective prévoient plus que ce plancher, il n'y a donc pas la moindre dérogation à l'ordre public* ». V. aussi l'analyse plus nuancée de C. Péres-Dourdou, préc., n°296, p. 267.

⁷⁴⁸ L. Rozes, Remarques sur l'ordre public en droit du travail, Dr. soc. 1977, p. 311.

n'autorise les parties à déroger à la norme légale que dans le sens d'une amélioration des droits du salarié⁷⁴⁹.

292. La renonciation prohibée - La renonciation a pour objet l'abandon d'un droit. Dès lors, la volonté abdicative du salarié est fortement limitée⁷⁵⁰. En principe, une partie peut toujours, *après la naissance* de son droit, renoncer à l'application d'une loi, fût-elle d'ordre public⁷⁵¹. Toutefois, eu égard à l'état de subordination du salarié, la doctrine a mis en exergue les limites du critère du « *degré d'acquisition du droit* »⁷⁵². Outre le fait qu'il existe un doute sur le caractère libre et éclairé de la volonté du salarié lorsqu'il est sous la subordination de l'employeur, « *le contractant faible étant protégé contre lui-même, il ne doit pas pouvoir abdiquer la protection légale tant que sa situation d'infériorité demeure* »⁷⁵³. Le salarié n'est susceptible de renoncer à un droit relevant d'une disposition d'ordre public que lorsque la subordination a définitivement cessé⁷⁵⁴.

⁷⁴⁹ En revanche, le salarié aurait la faculté de renoncer à un droit attribué par un contrat. V. not. sur ce point : I. Vacarie, La renonciation du salarié, Dr. soc. 1990, p. 757.

⁷⁵⁰ Il n'existe pas dans l'ordre juridique français, à la différence d'autres ordres juridiques nationaux, un véritable principe en vertu duquel la renonciation du salarié serait impossible (V. not. : A. Jeammaud, La renonciation du salarié, Dr. ouvr. 1997, p. 535). Pourtant dès 1956, Paul Durand, écrit « *tant que les relations de travail se prolongent et que dure la subordination du salarié, la crainte d'une pression de l'employeur conduit à condamner toute renonciation du salarié à ses droits* » (Traité de droit du travail, t. III, 1956, n°205). V. aussi : G. H. Camerlynck, Traité de droit du travail - Contrat de travail, 2^{ème}éd., Dalloz, 1982, p. 151 et La renonciation du salarié, Dr. soc. 1960, p. 628, I. Vacarie, préc. p. 757 ; F. Hénot, La renonciation du salarié, th. dactyl., Université de Picardie, 1996, p. 242.

⁷⁵¹ Cass. civ. 3^{ème}, 27 oct. 1975 : Bull. civ. III n° 310, n°74-11656. V. sur ce point : H. Capitant, ss. Cass. civ. 12 déc. 1921, D. 1922, I, p. 153 ; R. Savatier, ss. Cass. civ. sect. soc. 24 avril et 16 mai 1952, D. 1952, p. 721. V. aussi : P. Malaurie, ss. CA Poitiers 18 déc. 1953, D. 1954, p. 519 : « *la renonciation anticipée n'est pas une renonciation au sens strict du terme - on n'abandonne pas ce que l'on a point - mais, elle est une dérogation à une loi d'ordre public qu'interdit l'article 6 du code civil : les parties veulent se soustraire à l'application d'une loi d'ordre public ; au contraire, la renonciation à un droit acquis est normalement en dehors du champ d'application de la loi, puisque celle-ci n'a généralement pour objet que de faire naître une faculté* ».

⁷⁵² Expression utilisée notamment par X. Carsin, La renonciation en droit du travail, th. dactyl., Paris I, 2006, n°343, p. 283.

⁷⁵³ G. Couturier, L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve, Etudes offertes à J. Flour, Defrénois, 1979, p. 95. V. aussi : P. Durand, Traité de droit du travail, t. III, Dalloz, 1956, n°205 : « *Tant que les relations de travail se prolongent et que dure la subordination du salarié, la crainte d'une pression de l'employeur conduit à condamner toute renonciation du salarié à ses droits* » ; M. Bonnechère, L'ordre public en droit du travail ou la légitime résistance du droit du travail à la flexibilité, Dr. ouvr. 1988, p. 17 : « *Admettre la renonciation du salarié à un droit d'ordre public en cours de contrat, c'est admettre finalement qu'un rapport de forces (le juge le voit rarement) puisse mettre en échec l'ordre public social* » ; G. H. Camerlynck, Traité de droit du travail - Contrat de travail, t. 1, 2^{ème}éd., Dalloz, 1982, n°168 s, p. 189 s. ; G. Farjat, L'ordre public économique, LGDJ, 1963, n°625, p. 513 ; G. Couturier, La confirmation des actes nuls, LGDJ, 1972, n°292, p. 255 ; I. Vacarie, La renonciation du salarié, Dr. soc. 1990, p. 757. V. aussi : C. Radé, L'ordre public et la renonciation du salarié, Dr. soc. 2002, p. 931.

⁷⁵⁴ À l'inverse, la renonciation de l'employeur est non seulement « *licite, mais provoquée et encouragée* » (G. H. Camerlynck, La renonciation du salarié, Dr. soc. 1960, p. 628). Le respect de l'ordre public social justifie, en conséquence, la protection par le juge de clauses telle que la clause

293. Une consécration légale ponctuelle - Des dispositions légales prohibent parfois une telle renonciation. Selon l'article L. 1231-4 du code du travail, les parties ne peuvent par avance renoncer au droit de se prévaloir des règles relatives au licenciement. Ainsi, les clauses prévoyant une période d'essai en cours de contrat⁷⁵⁵ ou instituant une cause « automatique » de rupture du contrat de travail (clauses d'objectifs⁷⁵⁶ et clauses d'indivisibilité⁷⁵⁷) sont, en principe, prohibées⁷⁵⁸. De même, l'interdiction des clauses couperet prévue par l'article L. 1237-4 est une application de cette prohibition. Les parties ne sauraient davantage convenir de l'absence de paiement de l'indemnité compensatrice de préavis préalablement à la notification du licenciement⁷⁵⁹.

limitant les causes de licenciement (Cass. soc. 10 juill. 2002 : Bull. civ. V, n°236, n°00-41496 ; RJS 10/02, n°1088) ou la clause de garantie d'emploi (Cass. soc. 7 nov. 1990 : Bull. civ. V, n°524, n°87-45419 ; Dr. soc. 1991, p. 417 ; JCP G 1991, IV, p. 3 - Cass. soc. 21 mars 1990 : non publié au Bull., n° 87-41081 ; RJS 5/90 n° 350 - Cass. soc. 16 mai 1990 : non publié au Bull., n°87-40904 ; RJS 7/90 n°547 - Cass. soc. 28 avril 1994 : Bull. civ. V, n°151, n°90-45755 - Cass. soc. 13 fév. 1996 : non publié au Bull., n°92-42024 ; RJS 5/96 n°512 - Cass. soc. 6 mai 1997 : Bull. civ. V, n°164, n°94-40660 ; RJS 6/97, n° 649 ; Dr. soc. 1997, p. 737, obs. G. Couturier - Cass. soc. 23 oct. 2007 : Bull. civ. V, n°172, n°06-42994 ; JCP S 2007, 1033, note P.-Y. Verkindt ; RJS 1/08, n°02 ; D. 2007, p. 3107, note P. Waquet).

⁷⁵⁵ Sur ces clauses, v. infra n°925.

⁷⁵⁶ Cass. soc. 2 mars 2005 : non publié au Bull., n°02-46534 ; RJS 5/05, n°490. V. aussi : Cass. soc. 14 nov. 2000 : Bull. civ. V, n°367, n°98-42371 ; RJS 1/01, n°22 ; TPS 2001, com. n°2, P.-Y. Verkindt : « *Qu'il appartient au juge d'apprécier, dans le cadre des pouvoirs qu'il tient de l'article L. 122-14-3 du Code du travail, si les faits invoqués par l'employeur dans la lettre de licenciement peuvent caractériser une cause réelle et sérieuse de licenciement* » - Cass. soc. 24 juin 2003 : non publié au Bull., n°01-42535 ; RJS 10/03, n°1131. V. égal. : Cass. soc. 3 fév. 1999 : Bull. civ. V, n°56, n°97-40606 ; JCP G 1999, II, 10132, note J.-J. Serret ; RJS 3/99, n°351 : « *L'insuffisance des résultats au regard des objectifs fixés ne constitue pas une cause de rupture privant le juge de son pouvoir d'appréciation de l'existence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement* » - Cass. soc. 30 mars 1999 : Bull. civ. V, n°143, n°97-40606 ; RJS 5/99 n°641. V. not. sur ces clauses : V. Renaux-Personnic, De la contractualisation obligatoire à la décontractualisation possible des objectifs, RJS 2001, p. 99 ; P. Waquet, Les objectifs, Dr. soc. 2001, p. 120.

⁷⁵⁷ Sur ces clauses : v. infra, n°307.

⁷⁵⁸ En revanche, la chambre sociale de la Cour de cassation a admis la validité d'une clause de conscience permettant au salarié de rompre le contrat de travail, la rupture étant imputable à l'employeur. Une telle clause est, en effet, favorable aux salariés. V. : Cass. soc. 26 janv. 2011 : Bull. civ. V, n°35, n°09-71271 ; RDT 2011, p. 175, note J. Péliissier ; JSL 2011, n°295, p. 7, note J.-P. Lhernould ; Dr. soc. 2011, p. 465, obs. A. Mazeaud ; RJS 4/11, n°287. Cependant, la validité de la clause est encadrée par le juge.

⁷⁵⁹ Cass. soc. 18 mai 1999 : non publié au Bull., n°97-40686 ; RJS 10/99, n°1251. Sur la renonciation du salarié au délai de cinq jours prévu par l'article L. 1232-2 du code du travail entre la convocation à l'entretien préalable et la date de celui-ci : Cass. soc. 28 juin 2005 : Bull. civ. V, n°215, n°02-47128 ; D. 2005, jurisp., p. 2662.

294. *Une application jurisprudentielle récurrente* - Pour autant, même en l'absence de dispositions légales, le juge refuse que le salarié renonce à l'application de normes spéciales édictées dans son intérêt. L'article L. 1243-1 du code du travail prévoit que « *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 ou de force majeure* ». La Cour de cassation décide sur ce fondement « *que le salarié ne peut par avance accepter la rupture du contrat pour d'autres causes que celles prévues par ce texte* »⁷⁶⁰. Pourtant, à la différence de l'article L.1231-4 du code du travail, l'article L. 1243-1 ne prohibe pas expressément une telle renonciation. De même, le juge n'admet la validité des conventions de forfait en matière de rémunération que « *pour autant (...) [qu'elles permettent] au salarié de percevoir, au moins, la rémunération à laquelle il peut légalement prétendre* »⁷⁶¹. L'existence d'un ordre public spécifique justifie donc la multiplicité des causes de soustraction. Elle fonde également le caractère impératif des règles de compétence internes.

2) Des règles de compétence impératives

295. Le juge applique certaines normes légales internes au contrat de travail international. Ces dispositions revêtent un caractère impératif. Il s'agit de textes prohibant les clauses attributives de juridiction (a) et les clauses compromissaires (b).

a) Les clauses attributives de juridiction

296. Les clauses attributives de juridiction insérées dans un contrat de travail sont prohibées par la loi (i). Si le contrat revêt un caractère international, leur validité est admise de manière limitative (ii).

⁷⁶⁰ Cass. soc. 5 juil. 1995 : non publié au Bull., n°92-40095 ; D. 1996, p. 280, note J. Mouly - Cass. soc. 16 déc. 1998 : Bull. civ. V, n°552, n°95-45341, n°96-40177, n°96-41312 ; JCP E 1999, p. 1298, note J. Mouly ; Dr. soc. 1999, p. 285, obs. C. Roy-Loustaunau ; RJS 02/99, n°165. V. aussi : Cass. soc. 27 mai 1992 : Bull. civ. V n°342, n°89-41704 ; JCP E 1992, II, 379, note J. Mouly ; RJS 08-09/92, n°967.

⁷⁶¹ Cass. soc. 18 janv. 2000 : non publié au Bull., n°97-45736 ; RJS 03/00, n°283.

i) Une prohibition légale

297. Des conditions de validité strictes en droit commun - L'article 48 du code de procédure civile prévoit que « *toute clause qui, directement ou indirectement, déroge aux règles de compétence territoriale est réputée non écrite à moins qu'elle n'ait été convenue entre des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant et qu'elle n'ait été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée* ». Autrement dit, les clauses attributives de juridiction sont admises, sous certaines conditions, entre commerçants⁷⁶².

298. Une interdiction stricte en droit du travail - En revanche, l'insertion de telles clauses est prohibée dans le contrat de travail. L'article L. 1221-5 du code du travail prévoit expressément que « *toute clause attributive de juridiction incluse dans un contrat de travail est nulle et de nul effet* ». En outre, selon l'article R. 1412-1, « *l'employeur et le salarié portent les différends et litiges devant le conseil de prud'hommes territorialement compétent. Ce conseil est : 1° Soit celui dans le ressort duquel est situé l'établissement où est accompli le travail ; 2° Soit, lorsque le travail est accompli à domicile ou en dehors de toute entreprise ou établissement, celui dans le ressort duquel est situé le domicile du salarié. Le salarié peut également saisir les conseils de prud'hommes du lieu où l'engagement a été contracté ou celui du lieu où l'employeur est établi* »⁷⁶³. Or, selon l'article R. 1412-4 du code du travail, « *toute clause d'un contrat qui déroge directement ou indirectement aux dispositions de l'article R. 1412-1, relatives aux règles de compétence territoriale des conseils de prud'hommes, est réputée non écrite* ». Qu'en est-il lorsqu'une telle clause est insérée dans un contrat de travail international ?

⁷⁶² Sur les clauses de prorogation de compétence, v. not. : J. Héron, T. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 5^{ème} éd., 2012, n°1017, p. 836.

⁷⁶³ V. cep. : Le règlement 44/2001/CE du 22 décembre 2000 (art. 19) : « *Un employeur ayant son domicile sur le territoire d'un État membre peut être attiré : 1) devant les tribunaux de l'État membre où il a son domicile, ou 2) dans un autre État membre :*

a) devant le tribunal du lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail ou devant le tribunal du dernier lieu où il a accompli habituellement son travail, ou

b) lorsque le travailleur n'accomplit pas ou n'a pas accompli habituellement son travail dans un même pays, devant le tribunal du lieu où se trouve ou se trouvait l'établissement qui a embauché le travailleur ».

ii) Une impérativité limitée⁷⁶⁴

299. Des clauses condamnées - Dans un premier temps, la chambre sociale de la Cour de cassation n'admettait pas la validité des clauses attributives de juridiction en matière internationale⁷⁶⁵. La chambre civile y était pourtant favorable⁷⁶⁶. La Cour de cassation, en chambre mixte, a donc tenté de mettre fin à cette divergence dans deux arrêts du 28 juin 1974⁷⁶⁷. Elle décide que si les français ont la faculté de renoncer au privilège de juridiction de l'article 14 du code civil⁷⁶⁸, « *est nulle et de nul effet toute clause attributive de juridiction incluse dans un contrat de louage d'ouvrage* ». Elle précise néanmoins qu'il n'en est ainsi qu'en cas de dérogation aux règles impératives de compétence interne. Autrement dit, le salarié peut renoncer au privilège de juridiction de l'article 14 du code civil mais il ne peut renoncer à l'article R.1412-1 du code du travail. Postérieurement, la chambre civile confirmait sa position et admettait la validité de la clause attributive de juridiction renvoyant les salariés devant la juridiction ivoirienne ou zaïroise⁷⁶⁹. Elle semblait se fonder sur le fait que le contrat de travail était exécuté à l'étranger et que, dès lors, les litiges relatifs à ce contrat n'étaient pas soumis aux règles de compétence du code du travail français. A l'exception d'un arrêt du 8 juillet 1985⁷⁷⁰, la chambre sociale, quant à elle, continuait de condamner les clauses attributives de juridiction insérées dans les contrats à caractère international⁷⁷¹.

⁷⁶⁴ V. cep. le règlement 44/2001/CE du 22 décembre 2000 (art. 21) : « *Il ne peut être dérogé aux dispositions de la présente section que par des conventions attributives de juridiction : 1) postérieures à la naissance du différend, ou 2) qui permettent au travailleur de saisir d'autres tribunaux que ceux indiqués à la présente section* ».

⁷⁶⁵ Cass. soc. 18 oct. 1967 : Bull. civ. IV, n° 647 ; Bull. civ., n°648 - Cass. soc. 19 oct. 1967 : Bull. civ. IV, n°657 ; JCP G 1967, II, 15293

⁷⁶⁶ Cass. civ. 9 janv. 1968 : Bull. civ. I, n°11 ; JCP G 1968, II, 15451, note G. Lyon-Caen.

⁷⁶⁷ Cass. ch. mixte 28 juin 1974 : Bull. civ. ch. mixte, n°4, n°71-40259 ; Bull. civ. ch. mixte, n°4, n°71-40258 ; Bull. civ. ch. mixte, n°4, n°71-40360 ; JCP G 1974, II, 17881, note G. Lyon Caen ; Gaz. Pal. 1974, II, p. 765 ; Dr. soc. 1975, p. 458.

⁷⁶⁸ C. civ., art 14 : « *L'étranger, même non résidant en France, pourra être cité devant les tribunaux français, pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français ; il pourra être traduit devant les tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français* ».

⁷⁶⁹ Cass. civ. 16 juin 1987 : non publié au Bull., n°85-11940 et Cass. civ. 1^{ère}, 8 mars 1988 : Bull. civ. I, n°66, n°86-42274 ; D. 1988, som. p. 314, obs. A. Lyon-Caen ; RJS 12/89, p. 542.

⁷⁷⁰ Cass. soc. 8 juill. 1985 : Bull. civ. V, n°405, n°84-40284 ; Rev. cr. DIP 1986, p. 113 ; RJS 12/89, p. 546.

⁷⁷¹ Cass. soc. 7 mai 1987 : Bull. civ. V, n°287, n°84-42986 ; RJS 12/89, p. 547 ; D. 1988, som. p. 314, obs. A. Lyon-Caen - Cass. soc. 16 juil. 1987 : Bull. civ. V, n°516, n°84-40807 ; JCP G 1987, IV, 332 ; D. 1988, som. p. 314 obs. A. Lyon-Caen. V. sur ces arrêts : P. Mayer, Les clauses relatives à la compétence internationale insérées dans les contrats de travail, Mélanges D. Holleaux, Litec, 1990, p. 263, spéc. p. 267.

300. Des clauses partiellement validées - Puis, la chambre sociale de la Cour de cassation a décidé que « *la clause attributive de compétence, incluse dans un contrat conclu entre le salarié français et une société étrangère pour être exécuté à l'étranger, et désignant expressément les juridictions de Kinshasa était valide, qu'elle excluait l'application de l'article R 517-1 [R.1412-4 nouv.] du code du travail et qu'elle emportait renonciation (...) au bénéfice des dispositions de l'article 14 du code civil* »⁷⁷². Dans cette affaire, la chambre sociale retient une motivation différente de celle de la chambre civile. En effet, en l'espèce, l'article R.1412-4 du code du travail était, en principe, applicable. Mais il est écarté par l'effet de la clause. Autrement dit, « *l'arrêt reconnaît plein effet à la clause non parce qu'il estime inapplicable les dispositions du code du travail mais parce qu'il considère qu'elles peuvent être valablement écartées lorsque le contrat est international* »⁷⁷³. Toutefois, dans cette hypothèse, le contrat était exécuté à l'étranger. Dès lors, la question était de savoir si une clause pouvait valablement priver de compétence le Conseil de prud'hommes de l'établissement où est accompli le travail, s'il se situe en France (C. trav., art. R. 1412-1, 1°)?⁷⁷⁴

Dans un arrêt du 21 janvier 2004, la Cour de cassation a décidé que « *les parties avaient convenu (...) que le contrat de travail qui les liait et qui s'exécutait aux Etats-Unis restait régi par la loi américaine même après le changement d'affectation, en sorte que la clause attributive de compétence prévue par ladite note, qui n'était pas contraire à la conception française de l'ordre public international, était opposable à l'intéressée* »⁷⁷⁵. La portée de cette solution était incertaine. La référence à l'application de la loi américaine paraissait contestable. Au demeurant, ici encore, le contrat de travail était exécuté à l'étranger.

Mais dans un arrêt du 29 septembre 2010, la Cour retient « *qu'une clause attributive de compétence incluse dans un contrat de travail international ne peut faire échec aux*

⁷⁷² Cass. soc. 30 janvier 1991 : Bull. civ. V, n°41, n°87-42086 ; D 1991, IR, p. 50.

⁷⁷³ J. Deprez, Relation internationale de travail et compétence juridictionnelle dans les derniers développements de jurisprudence, RJS 1991, p. 618.

⁷⁷⁴ V. not. : J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, Les grands arrêts du droit du travail, Dalloz, 2008, n°18-26, p. 125, spéc. p. 143.

⁷⁷⁵ Cass. soc. 21 janv. 2004 : Bull. civ. V, n°24, n°01-44215 ; RJS 04/04, n°441 ; D. 2004, som. p. 2187, note M.-C. Escande-Varniol ; Rev. cr. DIP 2004, p. 644, obs. F. Jault-Seseke. La portée de cet arrêt est

dispositions impératives de l'article R. 1412-1 du code du travail applicables dans l'ordre international »⁷⁷⁶. Dans cette affaire, la salariée engagée par le Royaume du Maroc exerçait les fonctions de secrétaire dans son ambassade à Paris.

Dès lors, la position de la chambre sociale de la Cour de cassation semble désormais claire. Si le contrat de travail international est exécuté en France, la clause dérogeant à la compétence de la juridiction prud'homale est réputée non écrite. L'article R.1412-4 constitue une « *disposition impérative* ». En revanche, si le contrat est exécuté à l'étranger, les parties peuvent valablement déroger à l'article R. 1412-4 du code du travail. L'impérativité des règles de compétence interne est limitée. Il en va différemment en ce qui concerne les clauses compromissoires.

b) Les clauses compromissoires

301. Les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle - En droit commun des obligations, l'article 2061 du code civil reconnaît la validité des clauses compromissoires « *dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle* »⁷⁷⁷. Malgré une rédaction ambiguë, cet article n'autorise pas l'introduction de clauses compromissoires dans un contrat de travail⁷⁷⁸. Dans l'ordre international, la première chambre civile de la Cour de cassation écarte l'application de ce texte. Elle ne retient

incertaine. Sur la référence contestable à l'application de la loi américaine, V. : F. Jault-Seseke, ss. Cass. soc. 21 janv. 2004 : Rev. cr. DIP 2004, p. 649 ; M.-C. Escande-Varniol, D. 2004, som. p. 2187.

⁷⁷⁶ Cass. soc. 29 sept. 2010 : Bull. civ. V, n°204, n°09-40688 ; Dr. soc. 2010, p. 212, obs. P. Chaumette ; JCP S 2011, 1036, note J.-P. Tricoit.

⁷⁷⁷ L'article 2061 a été modifié par la loi n°2001-420 du 15 mai 2001. Sur ce point : C. Jarrosson, Le nouvel essor de la clause compromissoire après la loi du 15 mai 2001, JCP G 2001, I, 333 ; L. Degos, Les nouvelles dispositions de la loi française relatives à la clause compromissoire, RDAI 2001, p. 653 ; P. Fouchard, La laborieuse réforme de la clause compromissoire par la loi du 15 mai 2001, Rev. arb. 2001, p. 397, n°29 ; E. Loquin, Législation : les métamorphoses de la clause compromissoire, RTD com. 2001, p. 642.

⁷⁷⁸ En ce sens : J.-M. Olivier, Arbitrage et droit du travail, Dr. et pat., 2002, n°104, p. 52. V. aussi : T. Clay, L'arbitrage en droit du travail : quel avenir après le rapport Barthélémy-Cette ?, Dr. soc. 2010, p. 930, spéc. n°63, p. 941.

pas le critère de l'activité professionnelle⁷⁷⁹. Elle admet l'existence d'un principe général de validité des clauses d'arbitrage international⁷⁸⁰.

302. Le contrat de travail - En ce qui concerne le contrat de travail, la Cour de cassation décide que les clauses compromissaires sont illicites⁷⁸¹. Cette solution repose sur les articles L. 1411-4, alinéa 6, et R. 1412-4 du code du travail. Ainsi, la clause compromissoire insérée dans un contrat de travail est « inopposable » aux salariés⁷⁸². Qu'en est-il dans l'ordre international ?

La chambre sociale de la Cour de cassation refuse d'écarter, dans l'ordre international, l'application des articles L. 1411-4 et R. 1412-4 du code du travail. Elle considère que la clause compromissoire est « inopposable »⁷⁸³ au salarié, « *peu important la loi régissant le contrat de travail* »⁷⁸⁴. Cette solution s'applique lorsque le contrat de travail est exécuté à l'étranger dès lors que, conformément à l'article R. 1412-1, le salarié a exercé

⁷⁷⁹ Avant l'entrée en vigueur de la loi n°2001-420 du 15 mai 2001, c'était le caractère commercial, exigé comme condition de validité de la clause dans l'ordre interne, qui était indifférent dans l'ordre international.

⁷⁸⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 5 janv. 1999 : Bull. civ. I, n°2, n°96-21430 ; Rev. cr. DIP 1999, p. 546, obs. D. Bureau ; Rev. arb. 1999, p. 260, obs. P. Fouchard ; JDI 1999, p. 786, obs. S. Poillot-Peruzzeto ; RTD com. 1999, p. 380, obs. E. Loquin : « *Vu le principe de validité de la clause d'arbitrage international, sans condition de commercialité, et celui selon lequel, il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence ...* » .

La première chambre civile de la Cour de cassation a parfois admis la validité de la clause compromissoire dans l'ordre international en se fondant sur son autonomie (Cass. civ. 1^{ère}, 4 juill. 1972 *Hecht* : Bull. civ. I, n°175, n°70-14163 ; JDI 1972, p. 843, note B. Oppetit ; Rev. crit. DIP 1974 p. 82 - Cass. civ. 1^{ère}, 11 juillet 2006 : Bull. civ. I, n°364, n° 04-14950, JCP G 2006, II, 10182, note P. Caillé) et sur son indépendance (Cass. civ. 1^{ère}, 20 déc. 1993 : Bull. civ. I, n°372, n°91-16828 ; Rev. cr. DIP 1994, p. 663, obs. P. Mayer ; JDI 1994, p. 432, note E. Gaillard ; JDI 1994, p. 690, note E. Loquin ; Rev. arb. 1994, p. 116, obs. H. Gaudemet-Tallon - Cass. civ. 1^{ère}, 21 mai 1997 : Bull. civ. I, n°159, n°95-11427 ; Rev. arb. 1997, p. 537, obs. E. Gaillard ; Contrats, conc. consom. oct. 1997, p. 7, note L. Leveneur ; RTD com. 1998, p. 330, note J.-C. Dubarry, E. Loquin ; Rev. cr. DIP 1998 p. 87, obs. V. Heuzé). V. not. : P. Caillé, ss. Cass. civ. 1^{ère}, 11 juill. 2006, JCP G 2006, II, 10182 ; V. Heuzé, ss. Cass. civ. 1^{ère}, 21 mai 1997, Rev. cr. DIP 1998, p. 87, spéc. p. 94. V. aussi : C. Jarrosson, Le nouvel essor de la clause compromissoire après la loi du 15 mai 2001, JCP G 2001, I, 333, n°24.

⁷⁸¹ V. not. : Cass. civ. 2^{ème}, 20 juin 1957 : JCP G 1958, 10773, note H. Motulsky.

⁷⁸² Cass. soc. 30 nov. 2011 : Bull. civ. V, n°277, n°11-12905 et n°11-12906 ; Dr. soc. 2011, p. 309, obs. B. Gauriau ; RTD com, 2012, p. 351, obs. A. Constantin ; JCP S 2012, 1049, note S. Brissy ; Gaz Pal. 3 mars 2012, n°63, p. 861, note V. Orif ; LPA 3 mai 2012, n°89, p. 8, note L. Posocco ; JCP E 2012, n°35, 1498, n°2, note C. Seraglini.

⁷⁸³ V. infra, n°439.

⁷⁸⁴ Cass. soc. 16 fév. 1999 : Bull. civ. V, n°78 ; n°96-40643 ; Rapport de la Cour de cassation, La documentation française, 1999, p. 328 ; Dr. soc. 1999, p. 632, obs. M-A. Moreau ; RJS 1999, n°720 ; JCP E 1999, p. 748, obs. F. Taquet et p. 1685, note P. Coursier ; Rev. cr. DIP 1999, p. 745, obs. F. Jault-Seseke ; Dr. et pat. 1999, n°2390 ; TPS 1999, com. 213 - Cass. soc. 4 mai 1999 : Bull. civ. V, n°191, n°97-41860 ; TPS 1999, com. n°376 ; JCP G 2000, II, 10337, note D. Ammar ; Gaz. Pal. 2000, 1, som. p. 699 - Cass. soc. 12 avril 2008 : non publié au Bull., n°01-44654 ; RDT 2008, p. 326, note E. Severin ;

son activité en dehors de tout établissement⁷⁸⁵ ou que l'employeur est établi en France⁷⁸⁶.

Cette analyse tend à transposer dans l'ordre international, les règles de compétence internes. Selon la Cour de cassation, « *le caractère international du contrat de travail ne supprime pas l'inégalité de la situation des parties inhérente au lien de subordination et, corrélativement ne rend pas inutile une protection du salarié notamment par les règles précitées concernant la mise en œuvre de la procédure prud'homale* »⁷⁸⁷. Autrement dit, si la protection du salarié est nécessaire en droit interne, elle l'est également en droit international⁷⁸⁸. Le juge transpose donc dans l'ordre international, le caractère exclusif de la compétence du conseil de prud'hommes. Il fait « *prévaloir la protection juridictionnelle du salarié sur la volonté contractuelle des parties* »⁷⁸⁹. Il semble ainsi conférer aux règles relatives à la compétence du conseil de prud'hommes, le caractère de normes impératives⁷⁹⁰.

Toutefois, une telle analyse peut paraître surprenante eu égard, notamment, à la solution retenue à propos des clauses attributives de juridiction. Ces dernières produisent leurs effets dès lors que le contrat de travail est exécuté à l'étranger. Pourquoi retenir une solution différente à propos des clauses compromissaires ? Les garanties accordées par un juge étranger seraient-elles équivalentes à celles que peut accorder le juge français ?

RJS 6/08, n°708. Sur la jurisprudence antérieure : Cass. soc. 12 févr. 1985 : Bull. civ. V, n°97, n°82-43268 ; D 1985 IR, p. 456 note A. Lyon-Caen ; Rev. cr. DIP 1986, p. 469, obs. M.-L. Niboyet-Hoegy.

⁷⁸⁵ Cass. soc. 28 juin 2005 : Bull. civ. V, n°216, n°03-45042 ; RJS 10/2005, n°1016 ; JCP S 2005, 1245, note J.-F. Cesaro ; Rev. cr. DIP 2006, p. 616 ; D. 2005, pan., p. 3052 ; D. 2005 IR, p. 2035.

⁷⁸⁶ Cass. soc. 9 oct. 2001 : Bull. civ. V, n°312, n°99-43288 ; Rev. arb. 2002, p. 347, obs. T. Clay ; TPS 2002, com. n°30 ; Dr. soc. 2002, p. 122, obs. M.-A. Moreau ; RJS 12/01, n°1452. V. sur ce point P. Coursier, ss. Cass. soc. 9 oct. 2001, TPS 2002, com. n°30, « *outre le fait qu'elle [la solution] confère une autonomie absolue des règles de compétence juridictionnelle par rapport aux stipulations contractuelles, elle tend à admettre qu'au plan international, les règles françaises de compétence commandent elles-mêmes leur propre intervention ... telles des lois de police* ».

⁷⁸⁷ Rapport de la Cour de cassation, La documentation française, 1999, p. 328.

⁷⁸⁸ En ce sens : F. Jault-Seseke, Rev. cr. DIP 1999, p. 753 : « *Ne faut-il pas assurer au salarié un accès à la justice sans frais et lui permettre de bénéficier du droit d'action des syndicats ?* ». V. aussi : P. Mayer, La protection de la partie faible en droit international privé, in La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, ss. Dir. J. Ghestin et M. Fontaine, LGDJ 1996, p. 513. V. égal : A. Cinay-Citterman, Une disparité étonnante entre le régime des clauses attributives de juridiction et des clauses compromissaires, dans le contrat de travail international et dans le contrat de consommation internationale, Rev. crit. DIP 2009, p. 427.

⁷⁸⁹ M.-A. Moreau, ss. Cass. soc. 16 fév. 1999, Dr. soc. 1999, p. 633.

⁷⁹⁰ V. aussi sur la qualification de lois de police : T. Clay, L'arbitrage en droit du travail : quel avenir après le rapport Barthélémy-Cette ?, Dr. soc. 2010, p. 930, spéc. n°74, p. 943.

A l'inverse, les garanties accordées par un arbitre seraient-elles nécessairement insuffisantes ? Telle est, semble-t-il, l'analyse de la Cour de cassation⁷⁹¹. Pour autant, la clause compromissoire n'est pas nulle. Elle est inopposable au salarié. Le choix d'une telle sanction lui permet d'opter - s'il le souhaite - en faveur de l'arbitrage⁷⁹².

En conséquence, les normes spéciales applicables au contrat de travail revêtent une force contraignante particulière, dans l'ordre interne et dans l'ordre international. Elles conduisent le juge à adopter des solutions originales.

B) Des décisions originales

303. Le contrat de travail est marqué par la spécificité de son mode de rupture. Les articles L. 1243-1 et L. 1231-4 du code du travail interdisent aux parties de déroger aux dispositions relatives à la rupture du contrat de travail. Ainsi, le juge est tenu d'écarter l'application de clauses ayant pour effet d'éluder les dispositions du code du travail relatives à la rupture du contrat de travail à durée déterminée ou indéterminée. Les clauses de résiliation anticipée insérées dans les contrats de travail à durée déterminée (1) ainsi que les clauses d'indivisibilité (2) sont condamnées. Pourtant, en droit commun, ces clauses sont, *a priori*, valables.

1) La prohibition des clauses de résiliation unilatérale

304. Validité des clauses de résiliation anticipée en droit commun - En droit commun des obligations, le juge consacre la validité des clauses de résiliation anticipée insérées dans des contrats à durée déterminée⁷⁹³. Cependant, les limites de la validité de

⁷⁹¹ V. not. la proposition émise par P. Coursier, J-CI Trav., Fasc. 19-66, Mobilité internationale - conflits de juridictions, 2009, n°48 : « *Ne serait-il pas plus réaliste de tenir compte des catégories professionnelles dans l'appréciation de la clause compromissoire insérée dans un contrat de travail international, même s'il semble difficile de déterminer précisément le domaine de la nullité de la clause sur le fondement de ce critère ? Au-delà de cette difficulté, il ne serait toutefois pas surprenant d'assister à l'admission judiciaire d'une clause compromissoire inscrite dans un contrat de travail international d'un cadre supérieur, une telle solution ayant de surcroît le mérite de valider une pratique courante* ».

⁷⁹² V. infra n°439.

⁷⁹³ V. not. : Cass. civ. 1^{ère}, 30 oct. 2008 : non publié au Bull., n°07-19736 ; JCP G 2009, II, 10052, note C. Chabas. V. aussi : CA Paris 25 janv. 1995, 5^{ème} ch. A : JurisData n°1995-020603 ; RTD civ. 1996, p. 158, obs. J. Mestre ; RJDA 10/1995, n°1103 ; Bull. Joly 1995, p. 413, note A. Couret. V. égal. sur la validité des clauses de résiliation unilatérale insérées dans des contrats à durée déterminée : J. Ghestin, C. Jamin, M Billiau, Traité de droit civil, 3^{ème} éd., LGDJ, 2001, n°239. V. égal. :

ces clauses sont incertaines. La chambre commerciale semble condamner la clause de résiliation unilatérale insérée dans un contrat à durée déterminée revêtant un caractère purement potestatif⁷⁹⁴. Telle est également l'analyse d'une partie de la doctrine⁷⁹⁵.

305. Nullité des clauses de résiliation anticipée en droit du travail - Le juge du contrat de travail condamne fermement les clauses de résiliation anticipée. Lorsque la clause permet aux parties de rompre unilatéralement et discrétionnairement le contrat de travail à tout moment, le juge prononce l'annulation de la clause⁷⁹⁶. En droit commun des obligations, cette solution serait éventuellement fondée sur le caractère discrétionnaire de la clause. En droit du travail, elle repose sur l'article L. 1243-1 du code du travail.

Qu'en est-il lorsque la faculté de résiliation unilatérale ne revêt pas un caractère potestatif ? Lorsque la résiliation doit intervenir lors de la survenance d'un évènement

C. Bloud-Rey, Le terme dans le contrat, PUAM, 2003, n°457, p. 391 ; C. Corgas-Bernard, La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée, PUAM, 2006, n°544, p. 26.

⁷⁹⁴ Cass. com. 20 sept. 2011 : non publié au Bull., n°10-30567 ; RDC 2012, p. 408, obs. T. Genicon. Comp. : Cass. civ. 1^{ère}, 17 févr. 2011 : Bull. civ. I, n°28, n°10-13980 ; RDC 2011, p. 832, obs. T. Genicon. Cet arrêt ne concernait pas un contrat à durée déterminée.

⁷⁹⁵ V. not. sur ce point : J. Ghestin, C. Jamin, M. Billiau, Traité de droit civil, 3^{ème} éd., LGDJ, 2001, n°239. Selon certains auteurs, le droit de rompre devrait être limité à un juste motif. En ce sens : C. Corgas-Bernard, préc., n°544, p. 26. Contra : Cass. civ. 1^{ère}, 3 avr. 2001 : Bull. civ. I, n°98, n°99-18442 ; D. 2001, som. p. 3087, obs. J. Penneau ; Rép. Defr. 2001, art. 37399, n°18, p. 1048, obs. E. Savaux. Toutefois, cet arrêt ne concernait pas un contrat à durée déterminée. Pour d'autres auteurs, la clause devrait être indispensable à la protection des intérêts légitimes du bénéficiaire. V. not. : J. Mestre, ss. CA Paris, 5^{ème} ch. A, 25 janv. 1995 : RTD civ. 1996 p. 158. Enfin, une partie de la doctrine estime que lorsque la clause présente un caractère discrétionnaire, il serait « *indispensable d'exiger le versement d'une indemnité de rupture anticipée* » (C. Bloud-Rey, Le terme dans le contrat, PUAM, 2003, n°466, p. 400).

⁷⁹⁶ Cass. soc. 17 oct. 2000 : non publié au Bull., n°98-41815. V. sur la jurisprudence antérieure et la requalification du contrat en un contrat à durée indéterminée : Cass. soc. 17 janv. 1995 : non publié au Bull., n°91-43883 - Cass. soc. 27 mars 1991 : Bull. civ. V, n°154, n°87-41535 - Cass. soc. 17 janv. 1995 : non publié au Bull., n°91-43883 ; CSBP 1995, n°74, p. 306 - Cass. soc. 22 déc. 1988 : non publié au Bull., n°85-42209 ; BS Lefebvre 1989 inf. 209, p. 807 - Cass. soc. 27 oct. 1976 : Bull. civ. V, n°529, n°75-40803 - Cass. civ. 26 nov. 1928 : DH 1929. 2. V. not. sur les justifications apportées par la doctrine : J. Mouly, note ss. Cass. soc. 5 juil. 1995 : D. 1996, jurisp., p. 282, n°6 ; N. Louit-Martinod, L'évolution contemporaine du droit des contrats de travail à durée limitée, PUAM, 2003, p. 86. V. égal. C. Roy-Loustaunau, Réflexions sur le rôle du juge dans la requalification-sanction du contrat de travail à durée déterminée après la loi du 12 juillet 1990, JCP E 1991, 101, n°4. Le juge se chargeait « *de rectifier une qualification inexacte par interprétation de la volonté des parties* ». En faveur de la nullité, v. not. P.-Y. Gautier, note ss. Cass. soc. 18 mars 1992 : RTD civ. 1992, p. 590 : « *S'il y a incertitude sur le terme du contrat, elle se développe à l'intérieur du délai parfaitement déterminé, affecté de la « date-butoir » stipulée par les parties* ».

précis, extérieur à la volonté des parties⁷⁹⁷ ou à échéance fixe⁷⁹⁸, la clause de résiliation anticipée contenue dans un contrat de travail est invalidée par le juge. L'article L. 1243-1 du code du travail le dispense de s'interroger sur le caractère potestatif de la clause⁷⁹⁹. Celle-ci est en tout état de cause nulle⁸⁰⁰. D'ailleurs, avant l'entrée en vigueur de ce texte, le juge admettait la validité de la clause de résiliation anticipée contenue dans un contrat de travail dès lors qu'elle « *ne constituait pas un droit unilatéral abandonné à la volonté arbitraire d'une seule des parties* »⁸⁰¹.

2) La prohibition des clauses d'indivisibilité

306. Efficacité des clauses d'indivisibilité en droit commun des obligations - En droit commun des obligations, le juge a consacré la notion d'indivisibilité⁸⁰². Le recours

⁷⁹⁷ Cass. soc. 27 mai 1992 : Bull. civ. V, n°342, n°89-41704 ; RJS 8-09/92, n°967 ; JCP E 1992, 379, note J. Mouly.

⁷⁹⁸ Cass. soc. 5 juill. 1995 : non publié au Bull., n°92-40095 ; CSBP 1995, n°73 ; D. 1996, jurispr., p. 280, note J. Mouly - Cass. soc. 16 déc. 1998 : Bull. civ. V, n°552, n°95-45341, n°96-40177, n°96-41312 ; JCP E 1999, p. 1298, note J. Mouly ; Dr. soc. 1999, p. 397, obs. J-P Karaquillo ; Dr. soc. 1999, p. 285, obs. C. Roy-Loustaunau ; D. 2000, jurispr., p. 30, note P. Alaphilippe ; RJS 02/99, n°165 - Cass. soc. 24 oct. 2000 : non publié au Bull., n°98-40447 ; CSBP 2001, n°126, A5, p. 17.

⁷⁹⁹ La périodicité de la faculté de résiliation n'exclut pas son caractère potestatif.

⁸⁰⁰ Certains auteurs ont soutenu que la Cour de cassation avait admis dans un arrêt du 18 mars 1992 (Cass. soc. 18 mars 1992 : Bull. civ. V, n° 186, n°88-43736 ; JCP G 1992, II, 21953, note J. Mouly ; RTD civ. 1992, p. 590, note P.-Y. Gautier) la validité de la clause laissant au salarié la faculté de racheter son contrat à l'issue d'une saison, en cas de maintien du club en seconde division. En ce sens : J-P. Karaquillo, La protection du salarié partie à un contrat à durée déterminée lors d'actions en rupture anticipée ou en requalification, D. 1997, Chron., p. 345, spéc. p. 346. Toutefois, la Cour de cassation s'est bornée à admettre dans cet arrêt que la clause « *n'avait pas pour effet de conférer à elle seule au contrat de travail un caractère indéterminé* ». Il n'est donc pas certain que la Cour ait admis la validité de la clause car elle n'a pas eu à se prononcer sur cette question. Certains auteurs estiment que la validité d'une telle clause pourrait être admise car elle est susceptible d'être favorable au salarié. Elle ne constitue pas nécessairement une renonciation prohibée. V. sur ce point, C. Bloud-Rey, Le terme dans le contrat, PUAM, 2003, n°463. V. aussi en faveur de la qualification de clause pénale : J. Mouly, note ss. Cass. soc. 18 mars 1992, JCP G 1992, II, 21953 et note ss. Cass. soc. 5 juill. 1995, D. 1996, jurispr., p. 280, n°20.

En réalité, il s'agit d'une clause d'indemnisation forfaitaire. Le montant des dommages-intérêts ne doit pas être supérieur au préjudice effectivement subi par l'employeur (C. trav., art. L. 1243-3). A défaut, la clause serait nulle. V. infra n°785.

Sur la qualification de clause de dédit : P.-Y. Gautier, note ss. Cass. soc. 18 mars 1992, RTD civ. 1992, p. 590.

⁸⁰¹ Cass. soc. 28 oct. 1963 : Bull. civ. IV, n°739 - Cass. soc. 9 nov. 1961, Bull. civ. IV, n°923.

⁸⁰² Cass. com. 4 avr. 1995 : Bull. civ. IV, n°115, n°93-20029 ; RJDA 05/95, p. 414 ; D. 1996, jurispr. p. 141, note S. Piquet ; JCP E 1996, 523, n°4, note J.-B. Seube.

Sur l'indivisibilité : J.-B. Seube, L'indivisibilité des actes juridiques, Litec, 1999 ; M. Bacache, Rép. civ. Dalloz, Indivisibilité, 2009 ; S. Amrani-Mekki, Indivisibilité et ensemble contractuels, l'anéantissement en cascade des contrats, Rép. Defr., 2002, art. 37505, p. 355 ; J. Moury, De l'indivisibilité entre les obligations et entre les contrats, RTD civ. 1994, p. 256 ; J.-B. Seube, J.-Cl. Civ., Art. 1217 à 1225, Fasc. Indivisibilité, 2010 ; I. Najjar, La notion d'ensemble contractuel, Mélanges offerts à A. Decocq, Litec, 2004, p. 509. V. égal. : D. Mazeaud, Les groupes de contrats, LPA, 5 mai 2000, n°90, p. 64. V. aussi :

à cette notion justifie « *l'anéantissement en cascade des contrats* »⁸⁰³, « *la destruction des différentes conventions* »⁸⁰⁴ relevant d'un même ensemble contractuel indivisible. Toutefois, le juge a longtemps hésité « *sur la détermination de la sanction idoine en présence d'un ensemble contractuel indivisible dont l'un des contrats est anéanti* »⁸⁰⁵. Cette apparente hésitation s'expliquait par le fait que chaque contrat conservait son propre mode de rupture⁸⁰⁶. En effet, l'indivisibilité n'emporte pas « *unité – un régime unique serait le résultat d'une qualification d'ensemble et répondrait à la catégorie juridique déterminée par cette qualification – mais communauté de régime entre les composantes de l'ensemble considéré* »⁸⁰⁷. La doctrine a alors proposé de recourir à la notion de caducité⁸⁰⁸ dont l'une des principales caractéristiques est « *qu'elle a lieu de plein droit* »⁸⁰⁹. La caducité « *constate simplement l'inefficacité d'un acte juridique pour défaillance non fautive d'un élément essentiel* »⁸¹⁰. Le juge semble avoir désormais consacré le recours à cette notion⁸¹¹.

B. Teyssié, Les groupes de contrats, LGDJ, 1975 ; S. Pellé, La notion d'interdépendance contractuelle, Dalloz, 2007.

Sur la question de savoir si l'indivisibilité dans les ensembles contractuels est subjective ou objective, v. not. : D. Mazeaud, obs. ss Civ. 1^{re}, 4 avr. 2006, RDC civ. 2006, p. 700 ; J.-L. Aubert, obs. ss Civ. 1^{re}, 4 avr. 2006, Rép. Defr. 2006, art. 38431, p. 1197 : « *En bref, des contrats ne peuvent être regardés comme constituant un ensemble indivisible que si les parties qui les ont conclus ont voulu les rendre interdépendants, au-delà même de leur lien objectif de finalité commune* ». V. aussi : M. Bacache, Rép. Civ., Dalloz, Indivisibilité, 2009, n°148 : « *En réalité, le seul critère pertinent est le critère subjectif. En effet, l'indépendance entre contrats étant le principe, l'indivisibilité ne peut résulter que d'une manifestation contraire de volonté* ».

⁸⁰³ S. Amrani-Mekki, Indivisibilité et ensembles contractuels, l'anéantissement en cascade des contrats, préc., p. 355.

⁸⁰⁴ E. Tardieu-Guigues, M.-C. Sordino, note ss. Cass. com. 4 avril 1995 (2 arrêts) : JCP E 1996, 792.

⁸⁰⁵ S. Amrani-Mekki, D. 2006, pan. p. 2638, spéc. p. 2642.

⁸⁰⁶ V. sur ce point : J.-B. Seube, L'indivisibilité des actes juridiques, Litec, 1999, p. 395. L'auteur explique que lorsque les contrats unis sont de même nature, les sanctions sont alors similaires : la résolution de l'un des contrats entraîne la résolution de l'autre, la résiliation de l'un entraîne la résiliation de l'autre. En revanche, il en va différemment lorsque les actes liés sont de nature différente.

⁸⁰⁷ J. Moury, De l'indivisibilité entre les obligations et entre les contrats, RTD civ. 1994, p. 255, spéc. p. 271

⁸⁰⁸ En ce sens : J.-B. Seube, L'indivisibilité des actes juridiques, Litec 1999, p. 407. Les auteurs soulignent néanmoins les limites du recours à cette notion. Ainsi, concernant le contrat de prêt, « *l'absence de rétroactivité empêche la restitution* ». V. sur la possibilité de reconnaître un effet rétroactif à la caducité : S. Amrani-Mekki, D. 2006, p. 2638, spéc. p. 2642 ; R. Chaaban, La caducité des actes juridiques, 2006, LGDJ, n°428 s. En ce sens : Cass. com. 5 juin 2007 : Bull. civ. IV, n°156, n° 04-20380 ; D. 2007, p. 1723, note X. Delpech ; JCP G 2007, II, 10184, note Y.-M. Serinet ; RTD civ. 2007, p. 569, obs. B. Fages. Comp. : M.-C. Aubry, Retour sur la caducité en matière contractuelle, RTD civ. 2012, p. 625.

⁸⁰⁹ J.-B. Seube, préc., n°388, p. 413.

⁸¹⁰ R. Chaaban, LGDJ, 2006, n°27, p. 17.

⁸¹¹ Cass. civ. 1^{ère}, 4 avr. 2006 : Bull. civ. I, n°190, n°02-18277 ; Rép. Defr., 2006, art. 38431, p. 1194, obs. J.-L. Aubert ; D. 2006, p. 2656, note R. Boffa ; D. 2006, p. 2638, obs. S. Amrani-Mekki ; RDC 2006, p. 700, obs. D. Mazeaud. V. aussi : Cass. com. 5 juin 2007 : Bull. civ. IV, n°156, n°04-20380,

307. Inefficacité des clauses d'indivisibilité contenues dans un contrat de travail -

En droit du travail, l'évolution de la jurisprudence est inverse. Le juge condamne de plus en plus fermement tout effet « automatique » pouvant résulter d'un lien d'indivisibilité. La question s'est principalement posée à propos des « contrats de couple »⁸¹². Dans un premier temps, le juge semblait admettre la résiliation « automatique » du contrat de l'un des époux, consécutive à la rupture du premier⁸¹³. Un auteur écrit alors que la rupture n'est « *donc ni une démission ni un licenciement* » ; elle est « *la conséquence de la réalisation d'une condition extinctive et devrait obéir à un régime original* »⁸¹⁴. La rupture du contrat de l'un des époux ne rendait-elle pas, en définitive, le second contrat, caduc ? Cette solution était contestable eu égard à l'article L. 1231-4 du code du travail. Elle permettait aux parties de s'affranchir des règles relatives au licenciement. Le salarié renonçait au contrôle du juge sur la cause réelle et sérieuse.

La jurisprudence a évolué. Certains arrêts ont admis que la rupture du contrat de l'un des conjoints constituait une cause réelle et sérieuse de licenciement de l'autre⁸¹⁵. Selon un arrêt du 7 mai 1991, la rupture par l'employeur du contrat de travail d'un des époux en raison de la démission de son conjoint devait nécessairement s'analyser en un licenciement⁸¹⁶. Puis, la chambre sociale de la Cour de cassation a décidé « *qu'une*

préc.. V. égal. : Cass. civ. 1^{ère}, 1er juill. 1997 : Bull. civ. I, n°224, n°95-15642 ; D. 1998, som., p. 110, obs. D. Mazeaud ; Rép. Defr. 1997, art. 36681, p. 1251, obs. L. Aynès.

⁸¹² L'employeur embauche un couple afin d'accomplir une tâche unique ou des tâches complémentaire, sans définir les fonctions individuelles de chacun. La relation contractuelle peut alors être matérialisée par un contrat unique qui contient deux engagements indivisibles (Cass. soc. 4 mars 1981 : Bull. civ. V, n°177, n°79-41512) ou deux contrats séparés (Cass. soc. 30 nov. 1977 : Bull. civ. V, n°654, n°75-41050) liés éventuellement par une clause d'indivisibilité. Mais en l'absence d'une telle clause, le juge a pu constater l'existence d'un lien d'indivisibilité en se fondant sur un certain nombre d'indices, tels qu'un salaire global, ou l'existence d'un logement de fonction commun et la complémentarité des activités de chacun des salariés (Cass. soc. 27 avril 1960, Bull. civ. IV, n°398 - CA Bordeaux 23 juin 1981 : JurisData n°1981-042222 ; JCP E 1982, n°10630, n°9, obs. B. Teyssié).

⁸¹³ Cass. soc. 4 mars 1981 : Bull. civ. V, n°177, n°79-41512 ; D. 1982, IR, 80, obs. J. Pélissier - Cass. soc. 14 avr. 1988, Bull. civ. V, n°235, n°86-18555.

⁸¹⁴ J. Pélissier, ss. Cass. soc. 4 mars 1981, D. 1982, IR, 80.

⁸¹⁵ Cass. soc. 30 nov. 1977 : Bull. civ. V, n°654, n°75-41050 - Cass. soc. 7 mai 1986 : Bull. civ. V, n°204, n°83-42356 - CA Limoges 17 déc. 1990 : JurisData n°1990-049882, D. 1991, jurisp., p. 596, note J. Mouly. V. not. : J. Savatier, Les contrats de travail conclus avec un couple de travailleurs, Dr. soc. 1994, p. 237. L'auteur explique que « *les parties au contrat de couple admettent par avance que la résiliation du contrat à l'égard de l'un des conjoints sera un motif réel et sérieux de licenciement de l'autre* » (p. 240).

⁸¹⁶ Cass. soc. 7 mai 1991 : Bull. civ. V, n°221, n°88-40400 et n°89-42157, RJS 06/91, n°761.

clause de résiliation du contrat de travail ne dispense pas le juge de rechercher si la rupture a une cause réelle et sérieuse »⁸¹⁷. Celui-ci doit s'interroger sur la question de savoir « *si la poursuite du second contrat de travail est rendue impossible par la rupture du premier* »⁸¹⁸. Une telle solution revient donc à priver d'effet la clause d'indivisibilité⁸¹⁹. Cette dernière n'a pas d'effet « automatique » ; la rupture du contrat de l'un des époux ne permet pas de considérer que le contrat de l'autre est caduc.

La solution retenue par la chambre sociale peut donc sembler originale, voire contestable compte tenu de la position retenue par les autres chambres de la Cour de cassation. Elle est néanmoins justifiée par l'application de normes spéciales et l'existence d'un ordre public spécifique. Au demeurant, l'application de normes « générales » conduit également le juge à retenir des solutions originales eu égard à la spécificité du contrat de travail.

II) Des normes générales

308. Outre les normes légales spéciales, le juge est également tenu d'appliquer des dispositions « à vocation générale » contenues, notamment, dans le code civil. Appliquées au contrat de travail, ces normes revêtent une caractéristique particulière. Il s'agit de normes à indérogabilité relative⁸²⁰. Ainsi, au visa de l'article 1134 du code civil, le juge soustrait au contrat de travail des clauses appelées « clauses de variation »⁸²¹ (A). A la différence, notamment, des clauses couperet, des clauses

⁸¹⁷ Cass. soc. 18 nov. 1998 : Bull. civ. V, n°496, n°97-42854 ; RJS 01/99, n°122 ; D. 1999, jurispr., p 443, note J. Mouly ; Dr. soc. 1999, p. 192 obs. J. Savatier.

⁸¹⁸ Cass. soc. 12 juill. 2005 : Bull. civ. V, n°244, n°03-45394 ; RJS 10/05, n°941 ; JCP S 2005, 1333, note J. K. Adom ; D. 2006, jurispr., p. 344, note J. Mouly ; Dr. soc. 2006, p. 1045, obs. J. Savatier ; Rapport de la Cour de cassation 2005, La documentation française, p. 227. Dans cette décision, la Cour de cassation a précisé au visa de l'article L. 1121-1 du code du travail, qu'il appartient au juge d'apprécier si la clause est « *justifiée par la nature du travail à accomplir et proportionnée au but poursuivi et si la poursuite du second contrat de travail est rendue impossible par la rupture du premier* ». Cette décision a été, à juste titre, critiquée par le Professeur Mouly (préc., spéc., n°5, 6 et 7). La clause d'indivisibilité ne porte pas atteinte aux droits et libertés fondamentaux du salarié. Sont concernés les droits sociaux que le salarié tient de la loi. Dès lors, le raisonnement de la Cour fondé sur l'article L. 1121-1 est contestable.

V. aussi : Cass. soc. 16 juin 2004 : Bull. civ. V, n°165, n°02-42315 ; RJS 10/04, n°1032 - Cass. soc. 20 oct. 2009 : non publié au Bull., n°08-43290 - Cass. soc. 23 juin 2010 : non publié au Bull., n°09-40360 - Cass. soc. 28 sept. 2011 : non publié au Bull., n° 10-21294 ; RJS 12/11, n°1021.

⁸¹⁹ V. infra n°447.

⁸²⁰ V. supra n°291.

⁸²¹ V. not. : P. Langlois, Le juge et l'employeur, Dr. soc. 2003, p. 283, spéc. p. 284.

compromissoires ou des clauses attributives de juridiction, ces clauses ne font l'objet d'aucune prohibition légale expresse. Leur interdiction est le fruit d'une interprétation jurisprudentielle de l'article 1134 du code civil, dont l'application est justifiée (B).

A) L'article 1134, fondement de la prohibition des clauses de variation

309. L'article 1134 du code civil a parfois été consacré comme fondement de la nullité des clauses de variation (1). Cette analyse n'est pas, cependant, à l'abri de toute discussion (2).

1) L'article 1134, un fondement consacré

310. Les clauses de variation ont été condamnées à plusieurs reprises au visa de l'article 1134 du code civil. Ainsi, « *la clause par laquelle l'employeur se réserve le droit de modifier, en tout ou 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* »⁸²² (a). Cette prohibition justifie l'édiction par le juge de certaines conditions de validité (b).

a) Fondement de la nullité des clauses de variation

311. Le contrat de travail ne peut être modifié que du consentement des parties. Le juge neutralise les clauses qui en autorisent une modification unilatérale.

312. La modification unilatérale prohibée par l'article 1134 - L'article L. 1221-1 du code du travail précise que « *le contrat de travail est soumis aux règles de droit*

⁸²² Cass. soc. 27 févr. 2001 : Bull. civ. V, n°60, n°99-40219 ; Dr. soc. 2001, p. 517 et l'étude de C. Radé, Haro sur le contrat, p. 514 ; D. 2002, som., p. 2166, obs. S. Frossard ; JSL 2001, n°78, p. 18, obs. G. Maillard-Dierstein ; JCP G 2001, I, 330, obs. G. Loiseau ; RJS 5/01, n°562. V. aussi au visa de l'article 1134 : Cass. soc. 7 juill. 1998 : Bull. civ. V, n°373, n°95-43443 ; RJS 10/98, n°1312 ; Dr. soc. 1998, p. 945, obs. F. Favennec-Héry - Cass. soc. 18 juill. 2001 : non publié au Bull., n°99-44038 - Cass. soc. 29 juin 1999 : Bull. civ. V, n°306, n°97-42248 ; RJS 8-9/99, n°1025 - Cass. soc. 10 mars 2004, non publié au Bull., n°01-47136.

commun »⁸²³. L'article 1134 du code civil a donc vocation à s'appliquer au contrat de travail. Selon l'alinéa 2 de ce texte, les conventions « *ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel...* ». Il est permis d'en conclure que la modification du contrat suppose elle-même l'accord des parties. Le fait d'imposer une révocation unilatérale du contrat à l'une des parties emporte des conséquences moins radicales qu'une modification unilatérale. Dans le premier cas, celui qui est contraint de renoncer au lien contractuel se retrouve libre de tout engagement ; dans le second, il se retrouve lié dans des termes qu'il n'a pas voulus. Or, le contrat n'est-il pas un acte de prévision ?⁸²⁴ « *Si on autorise une personne à modifier unilatéralement le contrat, on trahit les prévisions de l'autre* »⁸²⁵.

La clause de variation prohibée par le juge est celle « *par laquelle l'employeur se réserve le droit de modifier en tout ou partie le contrat* »⁸²⁶. En revanche, la clause selon laquelle les parties ont convenu de renégocier ultérieurement un élément du contrat n'est pas contraire à l'article 1134 du code civil⁸²⁷. Aucune des parties n'a la faculté de modifier unilatéralement le contrat. Hormis certaines exceptions prévues par la loi⁸²⁸, l'appréciation des clauses de variation repose sur la question de savoir si la clause litigieuse permet à l'une des parties de modifier unilatéralement le contrat de travail.

313. L'identification des clauses autorisant une modification unilatérale - Ces clauses visent parfois la rémunération du salarié⁸²⁹. Elles concernent également la durée du travail ou sa qualification. Chacun de ces éléments relève, en principe, du contrat de

⁸²³ Depuis la recodification, cette disposition figure dans un chapitre du code du travail relatif à la formation du contrat de travail. L'ancien article L. 121-1 figurait dans un chapitre intitulé « dispositions générales ». Ce chapitre relevait du titre II : Contrat de travail. Toutefois, la recodification s'est faite à droit constant. L'application du droit commun au contrat de travail n'est pas limitée à la formation du contrat.

⁸²⁴ V. sur ce point : H. Lécuyer, *Le contrat acte de prévision*, Mélanges en l'honneur de F. Terré, Dalloz, 1999, p. 643.

⁸²⁵ H. Lécuyer, *La modification unilatérale du contrat*, in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, ss. la direction de C. Jamin et D. Mazeaud, *Etudes juridiques*, vol. 9, Economica, 1999, p. 48, spéc. p. 49.

⁸²⁶ V. supra, n°310 - Cass. soc. 16 oct. 2002 : non publié au Bull., n°00-44307 ; RJS 1/03, n°102.

⁸²⁷ V. not. infra, n°886 s.

⁸²⁸ L'article L. 3123-14 du code du travail prévoit, à propos de la répartition des horaires du contrat de travail à temps partiel que ce dernier prévoit « *les cas dans lesquels une modification éventuelle de cette répartition peut intervenir ainsi que la nature de cette modification* ».

⁸²⁹ Cass. soc. 27 févr. 2001, préc., note de bas de page, n°822 - Cass. soc. 3 juill. 2001 : Bull. civ. V, n°242, n° 99-42761 ; Dr. soc. 2001, p. 1006, obs. C. Radé ; RJS 10/01, n°1112 - Cass. soc. 30 mai 2000 (2 arrêts) : Bull. civ. V, n°206, n°97-45068 ; Bull. civ. V, n°206, n°98-44016 ; RJS 7-8/00, n°772 ; JCP G, 2000, IV, 2296 ; CSBP 2000, n°124, A 046, p. 739, note F.-J. Pansier ; Gaz. Pal. Rec. 2000, som.

travail⁸³⁰. Ainsi, une clause ne saurait autoriser la transformation d'un horaire de travail à temps complet en horaire de travail à temps partiel⁸³¹. Une clause ne peut autoriser l'employeur à modifier le secteur de prospection d'un VRP⁸³² ou la qualification d'un salarié⁸³³. Elle ne peut permettre à l'employeur de substituer un travail de nuit à un travail de jour⁸³⁴. Enfin, la Cour de cassation a également admis la nullité d'une clause de mobilité selon laquelle le salarié pourrait être amené à exercer ses fonctions dans l'ensemble des sociétés du groupe⁸³⁵. Le changement d'employeur nécessite, en principe, l'accord du salarié.

Les clauses de variation peuvent également concerner la rupture du contrat de travail. L'employeur ne peut se prévaloir d'une clause qui lui réserverait le droit de modifier unilatéralement la durée du préavis⁸³⁶. Mais c'est principalement à propos des clauses de non-concurrence que la jurisprudence a eu l'occasion de se prononcer. La Cour de cassation refuse d'admettre la validité de la clause dont l'employeur se réserve la faculté d'étendre la portée dans l'espace ou dans le temps⁸³⁷. De même, elle condamne la clause dite « en sommeil », selon laquelle l'employeur se réserve le droit, après la rupture du contrat de travail, d'imposer au salarié une obligation de non-concurrence. Elle s'est notamment prononcée en ce sens dans un arrêt du 12 avril 1995 sans pour autant se fonder sur l'article 1134 du code civil⁸³⁸. A l'exception de certaines décisions qui ont pu semer le doute⁸³⁹, la Cour de cassation a réaffirmé sa position dans un arrêt 12 février

p. 2285 ; D. 2001, som. p. 738, obs. P. Lokiec. V. aussi : Cass. soc. 16 juin 2004 : Bull. civ. V, n°166, n°01-43124 ; TPS 2004, com. 255 ; Lexbase Hebdo, éd. soc., n°126, 24 juin 2004, obs. C. Radé.

⁸³⁰ V. infra n°559 s.

⁸³¹ Cass. soc. 29 juin 1999 : Bull. civ. V, n°306, n°97-42248 ; RJS 8-9/99, n°1025 : « *La transformation d'un horaire de travail à temps complet en horaire de travail à temps partiel constitue une modification du contrat de travail qui ne peut être réalisée sans l'accord du salarié* ».

⁸³² Cass. soc. 16 oct. 2002 : non publié au Bull., n°00-44307 ; RJS 1/03, n°102.

⁸³³ Cass. soc. 18 juill. 2001 : non publié au Bull., n°99-44038.

⁸³⁴ Cass. soc. 18 déc. 2001 : Bull. civ. V, n°388, n°98-46160 ; RJS 2/02, n°145.

⁸³⁵ Cass. soc. 23 sept. 2009 : Bull. civ. V, n°191, n°07-44200 ; RJS 12/09, n°898 ; SSL 2009, n°1416, p. 12, note F. Aubonnet et L. Gamet ; RDT 2009, p. 647, note G. Auzero ; JCP S 2010, n°1077, note V. Roulet.

⁸³⁶ Cass. soc. 30 sept. 2003 : non publié au Bull., n°01-44454 ; D. 2004, som. p. 378, obs. T. Colin.

⁸³⁷ Cass. soc. 28 avril 1994 : Bull. civ. V, n°150, n°91-42180 ; RJS 6/94, n°697.

⁸³⁸ Cass. soc. 12 avril 1995 : non publié au Bull., n°92-44484 ; JurisData n°1995-000932 ; RJS 8-9/95, n°892 ; Dr. soc. 1995, p. 668, obs. J. Savatier : « *Que l'application de la clause insérée au contrat de travail de la salariée dépendait de la seule manifestation de volonté de l'employeur ; qu'en l'état de ces constatations, dont il résultait que la clause subordonnée à une condition purement potestative, était contraire tant aux dispositions de la convention collective qu'à l'article 1174 du code civil* ».

⁸³⁹ V. not. : Cass. soc. 31 oct. 2000 : non publié au Bull., n°98-43697 ; JSL 2000, n°70-30, p. 25, obs. N. Rérolle.

2002 selon lequel, « *la clause incluse dans un contrat de travail aux termes de laquelle l'employeur se réserve la faculté, après la rupture du contrat de travail, qui fixe les droits des parties, d'imposer au salarié une obligation de non-concurrence est nulle* »⁸⁴⁰. Cette solution a été confirmée au visa de l'article 1134 du code civil⁸⁴¹. Pour autant, certaines clauses de variation sont autorisées. Elles doivent répondre à des conditions de validité spécifiques.

b) Fondement de l'édition de conditions de validité

314. Le juge admet, sous certaines conditions, la validité de clauses autorisant une variation de la rémunération et du lieu d'exécution du contrat de travail.

315. La variation de la rémunération - En principe, les conditions de validité des clauses autorisant une variation de la rémunération sont essentiellement liées au caractère objectif de celle-ci. Des exceptions ont néanmoins été admises.

316. Le principe - Le juge considère, sur le fondement de l'article 1134, alinéa 2, du code civil, que « *la clause par laquelle l'employeur se réserve le droit de modifier, en tout ou partie, le contrat de travail est nulle* »⁸⁴². En revanche, une clause qui ne fait pas dépendre la variation de la volonté de l'employeur est susceptible d'être validée par le juge. La chambre sociale reconnaît la validité de la clause de variation de la rémunération « *dès lors qu'elle est fondée sur des éléments objectifs indépendants de la volonté de l'employeur, ne fait pas porter le risque d'entreprise sur le salarié et n'a pas pour effet de réduire la rémunération en dessous des minima légaux et conventionnels* »⁸⁴³. En d'autres termes, la variation de la rémunération est susceptible d'être autorisée ; elle doit dépendre de critères extérieurs à la seule volonté de

⁸⁴⁰ Cass. soc. 12 févr. 2002 : Bull. civ. V, n°62, n°00-41765 ; Dr. soc. 2002, p. 469, obs. R. Vatinet ; SSL 21 oct. 2002, n°1068, p. 13, obs. M.-C. Haller ; JSL 2002, n°97, p. 19, com. M-C Haller - Cass. soc. 22 janv. 2003, non publié au Bull., n°01-4003.

⁸⁴¹ Cass. soc. 10 mars 2004 : non publié au Bull., n°01-47136.

⁸⁴² Cass. soc. 27 févr. 2001, préc., note de bas de page, n°822 - Cass. soc. 3 juill. 2001, préc., note de bas de page, n°822.

⁸⁴³ Cass. soc. 2 juill. 2002 : Bull. civ. V, n°229, n°00-13111 ; Dr. soc. 2002, p. 998, obs. C. Radé ; SSL 9 sept. 2002, n°1087-1088, p. 13 ; CSBP 2002, n°144, A 53, p. 443, obs. F.-J. Pansier ; JSL 2002, n°110, p. 12, com. N. Rérolle ; RJS 10/02, n°1076. V. aussi : Cass. soc. 4 mars 2003 : non publié au Bull., n°01-41864 ; RJS 5/03, n°568 - Cass. soc. 20 avril 2005 : non publié au Bull., n°03-43696 ; non publié au Bull., n°03-43734 ; RJS 7/05, n°710.

l'employeur. Il revient donc au juge de rechercher si la clause de variation soumise à son contrôle a pour objet ou pour effet d'autoriser l'employeur à modifier unilatéralement la rémunération du salarié. Ainsi, est valable une clause prévoyant une variation de la rémunération en fonction du chiffre d'affaires de la société⁸⁴⁴. Il en est de même d'une clause accordant au salarié une réévaluation de son salaire pour la durée du contrat de sous-traitance conclu entre l'employeur et une autre société⁸⁴⁵. Le non renouvellement du contrat de sous-traitance par la société contractante est considéré comme indépendant de la volonté de l'employeur.

317. Une exception encadrée - La Cour de cassation a néanmoins admis qu'un avenant pouvait stipuler que la fixation des objectifs déterminant le montant de la rémunération variable relevait du pouvoir de direction de l'employeur⁸⁴⁶. Certes, cette faculté est encadrée⁸⁴⁷. Les objectifs doivent être réalisables ; ils doivent avoir été portés à la connaissance du salarié en début d'exercice. Une clause contractuelle stipulant que la fixation des objectifs déterminant le montant de la rémunération variable relève du pouvoir de direction de l'employeur paraît nécessaire. Les objectifs ne doivent conditionner, semble-t-il, que la partie variable de la rémunération et non son intégralité. Toutefois, si ces conditions sont réunies, l'employeur est autorisé à modifier unilatéralement la rémunération du salarié. Cette solution est contestable. Elle manque, notamment, de cohérence eu égard aux conditions de validité édictées, par ailleurs, par la Cour de cassation⁸⁴⁸.

318. Une exception sans limites ? - La Cour de cassation a d'ailleurs été plus loin. Elle décide dans un arrêt du 10 octobre 2012 « *que la cour d'appel a retenu à bon droit que le contrat de travail pouvait prévoir, en plus de la rémunération fixe, l'attribution*

⁸⁴⁴ Cass. soc. 2 juill. 2002, préc. n°. Dans cette affaire, le salarié faisait valoir que la baisse de sa rémunération était imputable « *non aux aléas de la clientèle mais à une cause structurelle propre à l'entreprise* ». Il s'agissait de la démission de deux collaborateurs. La Cour de cassation n'a pas accueilli cette argumentation ; elle considère que la variation de la rémunération était fondée sur des éléments objectifs indépendants de la volonté de l'employeur.

⁸⁴⁵ Cass. soc. 20 avril 2005, préc..

⁸⁴⁶ Cass. soc. 2 mars 2011 : Bull. civ. V, n°55, n°08-44977 ; RJS 5/11, n°393 ; JCP S 2011, 1196, note P. Morvan - Cass. soc. 2 mars 2011 : non publié au Bull., n°08-44978 - Cass. soc. 30 mars 2011 : non publié au Bull., n°09-42737.

⁸⁴⁷ V. infra n°619.

⁸⁴⁸ Sur cette solution, v. infra n°652 s.

*d'une prime laissée à la libre appréciation de l'employeur ... »⁸⁴⁹. Une telle décision ne manque pas de surprendre. L'employeur peut décider unilatéralement d'attribuer des gratifications⁸⁵⁰ ; une telle solution est acquise. Mais en l'espèce, c'est le contrat de travail qui octroyait cette faculté à l'employeur. Dès lors, la Cour n'aurait-elle pas dû considérer qu'une telle clause était illicite ? La variation ne dépendait pas « *d'éléments objectifs indépendants de la volonté de l'employeur* ». En réalité, la Cour a probablement souhaité autoriser le versement de primes discrétionnaires lorsque cette faculté est prévue au contrat. Il peut, en effet, paraître artificiel de considérer qu'une telle faculté existe mais qu'elle ne doit pas figurer dans le contrat. Une telle solution ne doit donc pas être étendue. Elle vise exclusivement les hypothèses de versement de primes discrétionnaires.*

319. La variation de l'étendue de la clause - La clause de mobilité est une clause de variation. Elle autorise l'employeur à modifier unilatéralement le lieu d'exécution de la prestation de travail. Une mutation hors du secteur géographique du lieu d'exécution du contrat de travail requiert, en principe, l'accord du salarié⁸⁵¹. Pourtant, une clause de mobilité n'est pas nécessairement nulle. Sa validité est soumise à certaines conditions édictées par le juge. Ce dernier décide au visa de l'article 1134 du code civil qu'« *une clause de mobilité doit définir de façon précise sa zone géographique d'application et qu'elle ne peut conférer à l'employeur le pouvoir d'en étendre unilatéralement la portée* »⁸⁵². Mais la référence à l'article 1134 du code civil est-elle réellement fondée ?

2) *L'article 1134, un fondement discuté*

320. Selon une partie de la doctrine, l'article 1134 du code civil ne saurait fonder la condamnation des clauses de variation. Seul l'article 1174 du code civil justifierait

⁸⁴⁹ Cass. soc. 10 oct. 2012 : A paraître au Bull., n°11-15296 ; JCP S 2012, 1530, note N. Dauxerre. V. aussi : Cass. soc. 7 déc. 2010 : non publié au Bull., n°09-42657

⁸⁵⁰ V. not. : Cass. soc. 14 oct. 2009 : Bull. civ. V, n°224, n°07-45587 ; JCP S 2010, 1102, note B. Bossu.

⁸⁵¹ V. infra n°568.

⁸⁵² Cass. soc. 7 juin 2006 : Bull. civ. V, n°209, n°04-45846 ; JCP S 2006, 1917, note B. Bossu ; JCP E 2006, 2443, p.1696, note S. Béal ; Dr. soc. 2006, p. 926, obs. F. Favennec-Héry ; RDT 2006, p. 313, note J. Pélissier. V. aussi : Cass. soc. 12 juill. 2006 : Bull. civ. V, n°241, n°04-45396 ; RJS 10/06, n°1028 - Cass. soc. 17 juill. 2007 : non publié au Bull., n°06-41630 ; non publié au Bull., n°05-45892 ; JCP S 2007, 1955, note B. Bossu.

l'annulation des clauses de variation prohibées par le juge (a). Cette analyse est contestable (b).

a) L'article 1174, un fondement avancé

321. Certains auteurs ont souligné les difficultés d'application de l'article 1134 du code civil aux clauses de variation. Ce texte est en effet susceptible de faire l'objet d'interprétations contradictoires. Selon une partie de la doctrine, le recours à l'article 1174 du code civil prohibant les conditions potestatives serait préférable.

322. L'article 1134, des interprétations contradictoires - L'article 1134 interdit toute modification unilatérale du contrat. Le juge se fonde sur ce texte pour annuler la clause qui réserve à l'une des parties la possibilité de modifier unilatéralement le contrat de travail. L'intangibilité du contrat suppose, selon cette analyse, que soit écartée toute faculté de modification unilatérale. Peu importe que celle-ci résulte du contrat de travail.

A l'inverse, une partie de la doctrine considère que si les parties ont expressément prévu une faculté de variation, la modification opérée est le fruit d'un accord de volontés. Selon le professeur Morvan, *« l'alinéa deuxième de l'article 1134 (...) justifie au contraire l'existence d'une clause de révision anticipée, évidemment stipulée d'un commun accord »*⁸⁵³. Selon le Professeur Radé, *« interdire aux parties d'inscrire dans le contrat une clause de révision unilatérale équivaut alors à nier purement et simplement la portée de l'affirmation de principe qui veut justement que les parties déterminent elles-mêmes le contenu et le régime de leur engagement »*⁸⁵⁴. La clause de variation a été acceptée par le salarié ; elle figure dans son contrat de travail. Il a donc consenti à la

⁸⁵³ P. Morvan, Les clauses relatives aux contreparties financières de l'activité du salarié, in La négociation du contrat de travail, ss. la dir. de Bernard Teyssié, Dalloz 2004, p. 45, spéc. p. 56.

⁸⁵⁴ C. Radé, Haro sur le contrat, A propos de la prohibition des clauses de variation dans le contrat de travail, Dr. soc. 2001, p. 514, spéc. p. 515. L'auteur ajoute : *« le droit de refuser une modification du contrat est donc intimement lié aux prévisions des parties ; si celles-ci ont entendu se lier définitivement pour l'avenir, alors le contrat doit demeurer inchangé, mais si elles ont souhaité organiser les conditions de sa révision future, alors les prévisions communes doivent en principe s'imposer et les parties ne pourront s'y soustraire ».*

modification, de manière anticipée, lors de la conclusion du contrat de travail. Loin de justifier la condamnation des clauses de variation, l'article 1134 fonderait, en définitive, leur validité. C'est pourquoi une partie de la doctrine s'est intéressée à un autre fondement : l'article 1174 du code civil.

323. L'article 1174, la nullité des conditions potestatives - L'article 1170 du code civil décide que « *la condition potestative est celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un évènement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher* ». Or, selon l'article 1174 du même code, « *toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige* ». En effet, l'engagement du débiteur n'est pas « sérieux » dès lors que son obligation est subordonnée à sa propre volonté. Il ne s'agit pas d'un engagement « réel »⁸⁵⁵. L'obligation soumise à une condition potestative encourt, en conséquence, la nullité.

De nombreux auteurs considèrent que le juge devrait se fonder sur l'article 1174 du code civil pour justifier la condamnation des clauses de variation insérées dans un contrat de travail⁸⁵⁶. Selon cette analyse, la clause autorisant l'employeur à modifier unilatéralement et discrétionnairement le contrat de travail serait soumise à une condition potestative. Ce fondement serait préférable « *dans la mesure où il n'invalide pas a priori toutes les clauses de variation mais uniquement celles qui ne subordonnent pas leur mise en œuvre à des éléments objectifs étrangers à la seule volonté de l'employeur ...* »⁸⁵⁷. De même, l'article 1174 autoriserait l'annulation des clauses de non-concurrence en sommeil⁸⁵⁸. Un tel fondement a pu être consacré⁸⁵⁹. Il est désormais

⁸⁵⁵ V. not. : F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, Droit civil. Les obligations, 10^{ème} éd., Dalloz, 2009, n°1222, p. 1207.

⁸⁵⁶ V. not. : P. Waquet, Le pouvoir de direction et les libertés du salarié, Dr. soc. 2000, p. 1051, spéc. p. 1054 ; P.-H. Antonmattei, Les clauses du contrat sous haute surveillance judiciaire, Liaisons sociales magazine, nov. 2000, p. 74 ; C Radé, Haro sur le contrat, A propos de la prohibition des clauses de variation dans le contrat de travail, Dr. soc. 2001, p. 514, spéc. p. 515 ; P. Morvan préc., p. 45, spéc. p. 56 et La détermination de la rémunération variable, JCP S 2008, 1180 ; X. Carsin, La renonciation en droit du travail, th. dactyl., Paris I, 2006, n°361-1-1, p. 298 ; M.-C. Escande-Varniol, La sophistication des clauses du contrat de travail, Dr. ouvr. 1997, p. 478, spéc. p. 484 ; S. Frossard, ss. Cass. soc. 27 févr. 2001, D. 2002, som. p. 2166 ; T. Colin, ss. Cass. soc. 30 sept. 2003, D. 2004, som. p. 378.

⁸⁵⁷ C. Radé, Haro sur le contrat, A propos de la prohibition des clauses de variation dans le contrat de travail, Dr. soc. 2001, p. 514, spéc. p. 515.

⁸⁵⁸ En ce sens, v. not. : P. Waquet, Le pouvoir de direction et les libertés du salarié, Dr. soc. 2000, p. 1051, spéc. p. 1054 ; M.-C. Escande-Varniol, La sophistication des clauses du contrat de travail, Dr. ouvr. 1997, p. 478, spéc. p. 484.

exclu par le juge au bénéfice de l'article 1134 du code civil⁸⁶⁰. Au demeurant, le recours à l'article 1174 n'était pas pertinent.

b) L'article 1174, des conditions d'application défailtantes

324. L'application de l'article 1174 du code civil aux clauses de variation est infondée au regard du régime de la condition potestative. Cette dernière est valable lorsqu'elle est au pouvoir du créancier. Tel est le cas d'un certain nombre de clauses de variation contenues dans le contrat de travail. Un élément essentiel du contrat ne peut faire l'objet d'une condition. Pourtant, certaines clauses de variation, prohibées par le juge, portent sur un tel élément.

325. Nullité de la condition potestative au pouvoir du débiteur - L'article 1174 indique expressément qu'est nulle l'obligation contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige. Il en résulte que la condition potestative au pouvoir du créancier est, à l'inverse, valable. Dans cette hypothèse, le débiteur est engagé. « *Il n'a pas le pouvoir de se délier à sa guise, c'est le créancier qui en décidera* »⁸⁶¹.

Or, certaines clauses de variation font dépendre l'étendue de l'obligation du salarié, de l'employeur. Certes, tel n'est pas le cas des clauses de rémunération. L'employeur est débiteur de l'obligation de verser le salaire. Cependant, qu'en est-il d'une clause de mobilité ou d'une clause de non-concurrence dont l'employeur se réserve le droit d'étendre la portée ? De telles clauses instituent une obligation à la charge du salarié. La variation de l'étendue de l'obligation pesant sur le salarié ne dépend pas de sa volonté ; elle relève de celle de l'employeur. C'est pourquoi l'analyse selon laquelle la nullité de telles clauses serait fondée sur l'article 1174 est contestable.

⁸⁵⁹ Cass. soc. 12 avril 1995, préc., note de bas de page, n°838. V. aussi : Cass. soc. 12 févr. 2002, préc., note de bas de page, n°840. Toutefois, dans cette dernière affaire, ce sont les juges du fond qui s'étaient fondés sur l'article 1174 du code civil.

⁸⁶⁰ Cass. soc. 10 mars 2004, préc., note de page, n°841.

⁸⁶¹ P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, Droit civil, Les obligations, 5^{ème} éd., Defrénois, 2011, n°1316, p. 700.

De même, la clause de non-concurrence en sommeil est-elle réellement constitutive d'une condition potestative de la part de celui qui s'oblige ? L'existence de l'obligation n'est-elle pas dépendante de la volonté de l'employeur, créancier de l'engagement de non-concurrence⁸⁶² ? Certes, depuis les arrêts du 10 juillet 2002, la clause de non-concurrence revêt un caractère synallagmatique. L'employeur est à la fois créancier et débiteur. Mais la prohibition des conditions potestatives s'applique aux contrats synallagmatiques⁸⁶³. Si une clause de non-concurrence en sommeil est prévue au contrat, l'obligation de non-concurrence pesant sur le salarié et l'obligation de verser la contrepartie financière sont toutes deux subordonnées à la volonté arbitraire de l'employeur. En définitive, celui-ci ne s'engage au paiement de la contrepartie financière que s'il le souhaite. La clause revêt un caractère potestatif. Pour autant, l'article 1174 ne saurait justifier l'annulation des clauses de non-concurrence en sommeil. Il en est de même des clauses autorisant une variation de la rémunération du salarié. Dans ces hypothèses, un élément essentiel du contrat est visé.

326. Caractère accessoire de la condition potestative - La condition potestative doit porter sur un élément accessoire. Au sens des articles 1168 et suivants du code civil, la

⁸⁶² En ce sens, v. not. : J. Savatier, ss. Cass. soc. 12 avril 1995, Dr. soc. 1995, p. 670. V. aussi : D. Vincent, La promesse faite par un salarié d'être fidèle à son employeur après son départ est-elle licite ?, Dr. soc. 1997, p. 152, spéc. p. 156 ; C. Pizzio-Delaporte, La clause de non-concurrence : jurisprudence récente, Dr. soc. 1996, p. 145, spéc. p. 147 ; R. Vatinet, ss. Cass. soc. 12 févr. 2002, Dr. soc. 2002, p. 468. Comp. : S. Valory, La potestativité dans les relations contractuelles, PUAM, 1999, n°86, pp. 66 et 67. L'auteur s'interroge sur une éventuelle remise en cause de la règle selon laquelle l'obligation subordonnée au pouvoir du créancier est valable.

⁸⁶³ Antérieurement, la Cour de cassation estimait qu'« une condition purement potestative, nulle de la part de celui qui s'oblige, (...) [n'affectait] pas la validité d'un contrat synallagmatique dans lequel les parties sont respectivement créancières et débitrices de l'autre » (Cass. civ. 3^{ème}, 21 janv. 1971 : Bull. civ. III, n°46, n°70-11065 ; Rép. Defr. 1971, art. 29861, p. 508, obs. J.-L. Aubert ; RTD civ. 1971, p. 632, obs. Y. Loussouarn). Elle est revenue sur cette solution (Cass. com. 23 sept. 1982 : Bull. civ. IV, n°284, n°81-10131 ; Rép. Defr. 1983, art. 33027, p. 401, obs. G. Vermelle - Cass. civ. 3^{ème}, 7 juin 1983 : Bull. civ. III, n°132, n°82-10281 ; Rép. Defr. 1984, art. 33326, n°48, p. 805, obs. J.-L. Aubert ; RTD civ. 1984, p. 713 obs. J. Mestre).

Sur la solution désormais retenue, v. not. : J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, Droit civil. Les obligations, 3/Le rapport d'obligation, 7^{ème} éd., Sirey Université, 2011, n°297, p. 280 : « Cette conception s'impose : peu importe la réciprocité née des obligations nées du contrat synallagmatique, réciprocité qui peut d'ailleurs être contredite en fait par l'exécution unilatérale du contrat par l'une des parties ; l'essentiel est que l'engagement souscrit par l'une d'elles se révèle être à sa discrétion de sorte qu'elle peut arbitrairement s'en libérer ». V. aussi : J. Chevallier, ss. Cass. civ. 1^{ère}, 7 avril 1967, RTD civ. 1968, n°4, p. 146. Comp. : G. Goubeaux, ss. CA Paris, 15 mars 1974, JCP G 1974, II, 17786 : « La nullité de l'obligation contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige n'est encourue que dans des cas où le créancier a déjà effectué préalablement une prestation, de sorte qu'en se dispensant arbitrairement d'exécuter sa propre dette, le débiteur profiterait d'un enrichissement injuste ». V. cep. : J. Taisne, La notion de condition dans les actes juridiques, th. dactyl., Lille 1977, n°95, pp. 148 et 149 : « Même si le créancier d'une obligation consentie « si voluero » ne risque tout au plus que de voir s'évanouir son « mirage » de créance, il n'empêche que cette stipulation doit être prohibée puisqu'elle est totalement fantaisiste ».

condition doit être une modalité de l'obligation. L'obligation doit pouvoir exister indépendamment de la réalisation de la condition. Le contrat doit être valablement formé et « l'évènement pris pour condition ne peut qu'être qu'un élément en lui-même accessoire, mais auquel l'efficacité de l'acte se trouve subordonnée par la volonté des parties »⁸⁶⁴. La condition ne saurait, en conséquence, porter sur un élément nécessaire à la formation du contrat⁸⁶⁵.

Or, la rémunération est un élément essentiel du contrat de travail. Il s'agit d'un élément de qualification de ce dernier⁸⁶⁶. Le montant de la rémunération étant un élément nécessaire à la formation du contrat de travail, la clause de variation de la rémunération ne peut être annulée sur le fondement de l'article 1174 du code civil⁸⁶⁷. De même, concernant la clause de non-concurrence en sommeil, l'évènement pris pour condition n'est autre que le consentement de l'employeur⁸⁶⁸. Ce dernier ne saurait être érigé en une condition. Seul l'article 1134 du code civil semble justifier l'annulation des clauses de variation.

B) L'article 1134, fondement pertinent de la prohibition des clauses de variation

327. Si l'article 1134 du code civil, sur lequel s'appuie le juge pour condamner les clauses de variation, constitue un fondement justifié, sa pertinence est néanmoins limitée (1). Ce texte est susceptible d'être complété (2).

1) Une pertinence limitée

328. L'article 1134 justifie la condamnation des clauses de variation instituant une faculté de modification unilatérale au bénéfice de l'une des parties (a). En revanche,

⁸⁶⁴ J. Flour, J.-L. Aubert, Y. Flour, préc., n°292, p. 276.

⁸⁶⁵ P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, Droit civil, Les obligations, 5^{ème} éd., Defrénois, 2011, p. 694 : « Ne peut donc être une modalité du contrat ou de l'obligation un élément nécessaire à sa naissance, ou constituant son effet essentiel ».

⁸⁶⁶ V. not. : J. Péliissier, A. Supiot, A. Jeammaud, Droit du travail, Dalloz, 27^{ème} éd. 2013, n°203, p. 234. V. aussi infra, n°558-559.

⁸⁶⁷ V. cep. : L.-K. Gratton, Les Clauses de variation, Dalloz, 2011, n°249, p. 123.

⁸⁶⁸ V. not. : J. Flour, J.-L. Aubert, Y. Flour, E. Savaux, préc., n°292, p. 276 « Ainsi, ne saurait-on conclure un contrat sous condition de la capacité ou du consentement de l'une des parties... ».

concernant les clauses de non-concurrence en sommeil, la référence à cette disposition est discutable ; ces clauses ne constituant pas de véritables clauses de variation (b).

a) La nullité justifiée des clauses de variation

329. Selon une partie de la doctrine, le salarié aurait consenti par avance à la modification de son contrat. Il s'agit, en réalité, d'une renonciation prohibée au droit de refuser une modification du contrat.

330. La révision anticipée, un accord douteux - La clause de révision anticipée est stipulée d'un commun accord⁸⁶⁹. Elle serait donc conforme à l'article 1134 du code civil. Les parties se sont entendues sur l'insertion de la clause de variation dans le contrat de travail. Cependant, comme le souligne justement un auteur, « *la liberté contractuelle ne doit pas servir à aliéner ce qui est l'essence même de la liberté contractuelle, c'est-à-dire la nécessité du consentement* »⁸⁷⁰. Entre la signature de l'accord porteur de la clause de variation prohibée par le juge et la mise en œuvre de la modification du contrat de travail la situation du salarié a pu évoluer. Ce dernier peut, en définitive, souhaiter s'en tenir aux termes initiaux de son contrat et en refuser toute modification. Lui imposer la clause de variation reviendrait à admettre qu'il a renoncé, lors de la signature de l'accord, au droit de se prévaloir de l'article 1134, alinéa 2 du code civil.

331. La révision anticipée, une renonciation prohibée - Une partie de la doctrine avance que l'article 1134, alinéa 2, concerne l'exécution du contrat et non sa validité⁸⁷¹. Il ne saurait, en conséquence, justifier la nullité d'une clause de variation. Cependant, en vertu de l'article 6 du code civil, « *on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ». Compte tenu de la spécificité de l'ordre public social, il est permis de penser que l'article 1134, alinéa 2, contient à l'égard du salarié une règle d'ordre public. Cette règle l'autorise à refuser

⁸⁶⁹ P. Morvan, Les clauses relatives aux contreparties financières de l'activité du salarié, in La négociation du contrat de travail, ss. la dir. de B. Teyssié, Dalloz, 2004, p. 45, spéc. p. 56.

⁸⁷⁰ M. Fabre-Magnan, Le forçage du consentement du salarié, Dr. ouvr. 2012, p. 459, spéc. p. 468.

une modification de son contrat au cours de son exécution. Or, la clause de variation a pour objet la renonciation du salarié au droit de se prévaloir de l'article 1134, alinéa 2. Celui-ci renonce donc, « au moment de la conclusion du contrat », au droit de s'opposer à une modification qui interviendrait « durant l'exécution du contrat ». Une telle renonciation est prohibée⁸⁷². La Cour de cassation a parfois consacré un tel raisonnement. Dans un arrêt du 27 février 2001, elle fonde la condamnation de la clause de variation sur le fait « *que le salarié ne [peut] valablement renoncer aux droits qu'il tient de la loi* »⁸⁷³. De même, dans un arrêt du 23 septembre 2009, elle énonce : « *qu'un salarié ne peut accepter par avance un changement d'employeur...* »⁸⁷⁴. Pour autant, il serait souhaitable que la Cour décide clairement, au visa des articles 6 et 1134, alinéa 2, du code civil⁸⁷⁵, que le salarié ne peut renoncer par avance au droit de refuser une modification de son contrat de travail.

b) La nullité douteuse des clauses de non-concurrence en sommeil

332. L'article 1134, alinéa 2, du code civil ne saurait fonder l'annulation par le juge des clauses de non-concurrence en sommeil. Lorsqu'une condition porte sur un élément essentiel du contrat, l'acte est susceptible de revêtir la qualification de promesse unilatérale. Tel est le cas, semble-t-il, de la clause de non-concurrence en sommeil. En réalité, sa nullité devrait reposer sur un autre fondement. La clause de non-concurrence en sommeil porte atteinte à la liberté du travail du salarié.

333. Une promesse unilatérale de contrat - Lorsque l'évènement pris pour condition porte sur un élément nécessaire à la formation du contrat, tel que le consentement de l'une des parties, le contrat n'est pas définitivement formé. L'acte est susceptible d'être

⁸⁷¹ En ce sens : L.-K. Gratton sur la mise en œuvre des clauses de mobilité, Les clauses de variation du contrat de travail, Dalloz, 2011, n°88, p. 48.

⁸⁷² V. supra n°292. V. aussi : M. Fabre-Magnan, préc., p. 467 : « *Le droit des contrats ne doit en effet, en aucun cas, cautionner que le consentement du salarié lui serve à renoncer à l'avance à exprimer ultérieurement son consentement sur les éléments déterminants de celui-ci. Un tel « consentement en blanc » est un oxymore qui ne devrait être cautionné ni par le droit des contrats, ni par le droit du travail* ».

⁸⁷³ Cass. soc. 27 févr. 2001, préc., note de bas de page, n°822.

⁸⁷⁴ V. not. : Cass. soc. 23 sept. 2009, préc., note de bas de page n°835.

⁸⁷⁵ V. not. : G. Auzero, RDT 2009, p. 647, spéc. p. 648.

qualifié de promesse unilatérale⁸⁷⁶. En effet, « *la promesse unilatérale de contrat est un contrat unilatéral, car une seule personne est engagée, le promettant qui a accordé une option au bénéficiaire. Le promettant donne un consentement actuel et irrévocable à un contrat dont la réalisation dépend de la seule volonté du bénéficiaire* »⁸⁷⁷. La question est donc de savoir si la clause de non-concurrence en sommeil constitue une promesse unilatérale de contrat. Une telle analyse repose sur la reconnaissance de l'autonomie de la clause de non-concurrence. Elle milite en faveur de la validité des clauses de non-concurrence en sommeil.

334. *L'autonomie de la clause* - Admettre que la clause de non-concurrence en sommeil constitue une promesse unilatérale de contrat suppose de considérer qu'elle revêt un caractère autonome par rapport au contrat de travail. La reconnaissance de cette autonomie implique la conclusion de deux contrats distincts : la promesse unilatérale de contrat et le contrat définitif. Le salarié s'engage au moment de la signature de l'accord porteur de la clause de non-concurrence en sommeil à conclure ultérieurement, si l'employeur y consent, un contrat autonome distinct de l'engagement contenu dans son contrat de travail. Il s'agit d'un contrat synallagmatique en vertu duquel le salarié s'engage à ne pas concurrencer l'employeur. Ce dernier s'oblige quant à lui au versement d'une contrepartie financière.

335. *La validité de la clause au regard de l'article 1134* - Le caractère autonome de la clause de non-concurrence étant manifeste, l'existence de deux contrats distincts (promesse unilatérale de contrat et contrat synallagmatique) est caractérisée. L'interprétation selon laquelle la clause de non-concurrence en sommeil constitue une

⁸⁷⁶ V. not. sur la promesse unilatérale de contrat : J. Taisne, La notion de condition dans les actes juridiques, Lille, th. dactyl., 1977, n°130, p. 193, spéc. p. 194 : « *Il n'est pas question d'assimiler « je m'engage si je veux » et « je m'engage si vous voulez ». En ce dernier cas, l'obligation n'existe pas, faute de créancier, mais la stipulation n'est pas vide : elle contient dans un premier temps une offre, puis, si elle est acceptée telle quelle, une promesse. N'ayant pas consenti à l'obligation, son bénéficiaire n'est pas créancier, mais il se réserve de le devenir [...]. Ce n'est donc pas la validité de l'opération qui à l'analyse paraît discutable ; c'est la qualification « conditionnelle » du droit conféré au bénéficiaire de la promesse* ». V. aussi : F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, Les obligations, 10^{ème} éd., Dalloz, 2009, n°1222, note de bas de page n°3, p. 1207 ; P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, Les Obligations, Defrénois, 5^{ème} éd., 2011, n°1316, p. 700. V. aussi : J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, Droit civil. Les obligations, 3/Le rapport d'obligation, 7^{ème} éd., Sirey Université, 2011, n°297, p. 280. V. égal. : W. Dross, L'introuvable nullité des conditions potestatives, RTD civ. 2003, p. 701, spéc. n°18, p. 709.

⁸⁷⁷ F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, Droit civil. Les obligations, 10^{ème} éd., Dalloz, 2009, n°192, p. 199.

promesse unilatérale de contrat paraît justifiée⁸⁷⁸. Certes, la jurisprudence de la Cour de cassation en vertu de laquelle « *l'insertion d'une clause de non-concurrence dans le contrat de travail n'en comportant pas constitue une modification du contrat de travail* »⁸⁷⁹ va à l'encontre de cette analyse⁸⁸⁰. Si l'insertion d'une telle clause nécessite l'accord du salarié, ce n'est pas parce qu'elle constitue une modification du contrat. Elle aboutit, en réalité, à la conclusion d'un nouveau contrat. Le consentement du salarié est indispensable à la formation de ce dernier, accessoire au contrat principal. En conséquence, cette clause ne devrait pas être condamnée par le juge au titre de la prohibition des clauses de variation. Quel fondement est susceptible de justifier la nullité de ces clauses ?

336. Une restriction de liberté injustifiée - L'insertion d'une clause de non-concurrence en sommeil laisse le salarié dans l'incertitude sur sa liberté de travailler⁸⁸¹. La clause est susceptible de porter atteinte à sa liberté de démissionner. L'article L. 1121-1 du code du travail pourrait, en conséquence, justifier l'annulation d'une telle clause. C'est d'ailleurs au visa du principe du libre exercice d'une activité professionnelle et de l'article L. 1121-1 (anc. art. L. 120-2) du Code du travail que la Cour de cassation a annulé une clause de non-concurrence en sommeil dans un arrêt du 20 avril 2005⁸⁸².

Toutefois, une interrogation demeure. Pourquoi admettre, dans ce cas, la validité des clauses prévoyant une faculté de renonciation au bénéfice de l'employeur ?⁸⁸³ Diverses justifications ont été avancées. Une telle faculté assure une protection relativement efficace des intérêts du salarié. Elle est, en principe, strictement encadrée par des

⁸⁷⁸ En ce sens : J. Savatier, ss. Cass. soc. 12 avril 1995, Dr. soc. 1995, p. 668. V. aussi infra, n°486 sur le caractère autonome de la clause de non-concurrence.

⁸⁷⁹ Cass. soc. 7 juill. 1998 : Bull. civ. V, n°367, n°96-40256, n°96-45047 ; RJS 8-9/98, n° 958 ; JCP G 1998, II, 10196, note C. Puigelier - Cass. soc. 16 déc. 1998 : Bull. civ. V, n°557, n°96-41845 ; TPS 1999, comm. 60 ; RJS 2/99, n°154.

⁸⁸⁰ V. not. : A. Martinon, Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée, Dalloz, 2005, n°578, p 454 : « *C'est reconnaître implicitement que la clause de non-concurrence est un élément du contrat* ».

⁸⁸¹ Cass. soc. 22 janv. 2003, non publié au Bull., n°01-40031 : « *Et attendu qu'ayant relevé que l'insertion dans le contrat de travail de la clause litigieuse avait laissé le salarié dans l'incertitude de sa liberté de travailler, la cour d'appel a estimé que le salarié avait subi un préjudice dont elle a apprécié le montant* ».

⁸⁸² Cass. soc. 20 avril 2005 : non publié au Bull., n°03-40.635.

dispositions conventionnelles ou contractuelles⁸⁸⁴. En l'absence de dispositions fixant le délai de renonciation de l'employeur à la clause de non-concurrence, celui-ci doit libérer le salarié au moment du licenciement⁸⁸⁵. La dénonciation ne peut être tacite⁸⁸⁶ ; elle doit être claire et non équivoque⁸⁸⁷. Enfin, l'incertitude générée par la clause de non-concurrence en sommeil serait particulièrement défavorable au salarié. Il serait préférable de connaître l'étendue de sa liberté - même si celle-ci est restreinte - plutôt que de demeurer dans l'ignorance de celle-ci⁸⁸⁸. Dès lors, l'atteinte portée à la liberté du travail par une clause de non-concurrence assortie d'une faculté de renonciation serait moindre. L'article L. 1121-1 du code du travail serait donc le seul fondement susceptible de justifier la nullité des clauses de non-concurrence en sommeil.

2) Un fondement à compléter ?

337. Outre l'article 1134 du code civil, un autre fondement serait susceptible de justifier la nullité des clauses de variation. Il s'agit de l'article 1129 du code civil. En effet, l'objet est une condition essentielle de la validité du contrat⁸⁸⁹. Plus précisément l'objet de l'obligation doit être déterminé⁸⁹⁰. Ce fondement, complémentaire (a), est pourtant ignoré par le juge (b).

⁸⁸³ Comment analyser cette faculté ? Il est permis de penser que la faculté de renonciation prévue par le contrat de travail ou la convention collective équivaut, en définitive, à une clause de résiliation unilatérale ou de dédit.

⁸⁸⁴ Lorsqu'aucune faculté de renonciation n'est prévue, l'accord du salarié est nécessaire. V. not. : Cass. soc. 17 févr. 1993 : Bull. civ. V, n°57, 89-43658 ; RJS 4/93, n°391 - Cass. soc. 4 juin 1998 : Bull. civ. V, n° 299, n°95-41832 ; RJS 7/98, n°856 - Cass. soc. 28 nov. 2001 : non publié au Bull., n°99-46032 ; RJS 2/02, n°175.

⁸⁸⁵ Cass. soc. 13 juill. 2010 : Bull. civ. V, n°174, n°09-41626 ; Dr. soc. 2010, p. 1118, obs. J. Mouly ; JCP S 2010, 1410, note D. Asquinazi-Bailleux : « *Mais attendu que le salarié ne pouvant être laissé dans l'incertitude quant à l'étendue de sa liberté de travailler, la clause par laquelle l'employeur se réserve la faculté, après la rupture, de renoncer à la clause de non-concurrence à tout moment au cours de l'exécution de celle-ci doit être réputée non écrite* ».

⁸⁸⁶ Cass. soc. 7 juill. 1988 : Bull. civ. V, n°423, n°85-44180.

⁸⁸⁷ Cass. soc. 13 oct. 1988 : Bull. civ. V, n°493, n°85-43261.

⁸⁸⁸ En ce sens : M.-C. Haller, ss. Cass. soc. 12 févr. 2002, SSL, 25 mars 2002, n°1068, p. 13 : « *La différence est notable entre se savoir lié par une clause de non-concurrence à laquelle l'employeur pourra éventuellement renoncer et être maintenu jusqu'au terme du contrat dans l'ignorance d'une obligation éventuelle de non-concurrence* ».

⁸⁸⁹ C. civ., art. 1108 : « *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* ».

a) *La détermination de l'objet, un fondement envisageable*

338. L'article 1129 du code civil est à l'origine de l'exigence de la détermination de l'objet (i). Celle-ci s'applique au contrat de travail (ii).

i) *L'article 1129 du code civil, une exigence de détermination*

339. La détermination de la chose - Selon l'article 1129, alinéa 1, du code civil, « *il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce* ». Le débiteur doit connaître l'étendue de son engagement et « *faute de détermination de l'objet de l'obligation, le créancier ne serait pas à même de savoir ce qu'il peut exiger* »⁸⁹¹. La « chose », objet de l'obligation, doit donc être déterminée. Une telle exigence signifie, notamment, que le service promis ou l'abstention, objet du contrat, doit avoir été désigné avec précision. S'il s'agit d'un corps certain, « *l'article 1129 al. 1^{er} du code civil ne peut avoir d'autre signification que celle de l'exigence d'une détermination précise de la chose* »⁸⁹².

340. La déterminabilité de la quotité - Selon l'alinéa 2 de l'article 1129, « *la quotité de la chose peut être incertaine pourvu qu'elle puisse être déterminée* ». Il en résulte que si une chose de genre doit être déterminée dans son espèce⁸⁹³, sa quotité doit être déterminée ou déterminable. Autrement dit, « *la quantité des choses dues peut être indéterminée, pourvu qu'elle soit déterminable* »⁸⁹⁴. La référence faite à la détermination

⁸⁹⁰ Ce fondement ne peut justifier la nullité des clauses de mobilité « intragroupes ». La nullité de ces clauses devrait être fondée sur la combinaison des articles 6 et 1134 du code civil.

⁸⁹¹ J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, Droit civil. Les obligations, 1/ l'acte juridique, 15^{ème} éd., Sirey Université, 2012, n°236, p. 226. Selon ces auteurs, cette exigence « *n'est pas seulement de bon sens : elle est une garantie de sécurité pour les parties - et en premier lieu pour le débiteur - en ce qu'elle exclut que l'une des parties prétende tardivement, et unilatéralement, imposer à l'autre une prestation excessive ou insatisfaisante* ».

⁸⁹² C. Larroumet, Droit civil. Les obligations, Le contrat, t. III, 6^{ème} éd., Economica, 2007, n° 390, p. 365.

⁸⁹³ V. not. sur ce point : F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, Droit civil. Les obligations, 10^{ème} éd., Dalloz, 2009, n°270, p. 284 : « *Par « espèce », le code entend le genre auquel la chose appartient : du riz, de l'essence, une automobile de tel modèle* ».

⁸⁹⁴ P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, Droit civil, Les obligations, 5^{ème} éd., Defrénois, 2011, n°599, p. 299.

de la quotité de la chose conduit à admettre que ce texte a vocation à s'appliquer aux choses de genre. Il ne vise pas l'obligation consistant en une prestation⁸⁹⁵.

ii) L'article 1129 du code civil, un texte applicable

341. Le contrat de travail est soumis aux règles de droit commun. Il n'existe aucune raison d'écarter l'application de l'article 1129 du code civil⁸⁹⁶. Ce texte prohibe les clauses de variation relatives à la prestation de travail. Une interrogation demeure quant aux clauses de variation de la rémunération. Dans ce cas, l'application de l'article 1129 est discutable.

342. La prestation, une application souhaitable - L'article 1129 du code civil doit s'appliquer à l'objet de l'obligation du salarié qui consiste à réaliser une prestation de travail. Il implique « *la détermination des différentes dimensions du travail subordonné* »⁸⁹⁷. Ainsi, la nature, le lieu et la durée du travail doivent répondre à l'exigence de détermination édictée par ce texte⁸⁹⁸. Or, une clause qui autorise l'employeur à modifier unilatéralement la qualification du salarié fait échec à cette disposition⁸⁹⁹. Elle ne permet pas de connaître, au moment de la conclusion du contrat, l'étendue de l'engagement du salarié. L'objet de son obligation n'est pas déterminé ; il est susceptible d'être modifié au gré de l'employeur. Il en est de même d'une clause autorisant ce dernier à transformer un horaire de travail à temps complet en horaire de

⁸⁹⁵ V. not. en ce sens : C. Larroumet, préc., n° 391, p. 367. V. aussi : T. Revet, La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat, in L'unilatéralisme et le droit des obligations, ss. la direction de C. Jamin et D. Mazeaud, Etudes juridiques, vol. 9, Economica, 1999, p. 31 : « *Cette détermination ultérieure ne peut concerner que les caractéristiques de l'objet dont la fixation n'est pas indispensable à la naissance d'un engagement contractuel (...). Il ne peut donc s'agir de la teneur de la prestation, dont la détermination conditionne nécessairement la naissance de l'obligation* ».

⁸⁹⁶ En ce sens : E. Dockès, La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail, Dr. soc. 1997, p. 140 : « *Le droit du travail, loin de s'opposer à l'applicabilité de l'article 1129 semble plutôt conforter ce texte* ». L'auteur ajoute « *si l'on se réfère à la lettre de l'article 1129 du code civil, aucune difficulté particulière ne semble interdire son application à l'objet de l'obligation caractéristique du contrat travail* ».

⁸⁹⁷ E. Dockès, préc., p. 143.

⁸⁹⁸ V. infra n°563 s.

⁸⁹⁹ Sur la condamnation de ces clauses, v. not. : Cass. soc. 18 juill. 2001 : non publié au Bull., n°99-44038.

travail à temps partiel⁹⁰⁰ ou de substituer un travail de nuit à un travail de jour⁹⁰¹. En conséquence, de telles clauses encourent la nullité.

Par ailleurs, « une clause de mobilité doit définir de façon précise sa zone géographique d'application et (...) ne peut conférer à l'employeur le pouvoir d'en étendre unilatéralement la portée »⁹⁰². De telles conditions ne reposent-elles pas sur l'exigence de détermination de l'objet⁹⁰³ ? Une clause de mobilité dont la portée peut être étendue unilatéralement par l'employeur rend l'objet de l'obligation du salarié indéterminé⁹⁰⁴. Il en est de même d'une clause de non-concurrence dont l'employeur se réserve la faculté d'étendre la portée dans l'espace et dans le temps⁹⁰⁵.

Dans ces hypothèses, seul l'alinéa 1^{er} de l'article 1129 a vocation à s'appliquer. L'alinéa 2 vise les choses de genre. Il ne concerne pas l'obligation de réaliser une prestation ou de ne pas concurrencer son employeur⁹⁰⁶. Cependant, ce texte n'est-il pas susceptible de fonder la nullité des clauses de variation portant sur la rémunération du salarié ?

⁹⁰⁰ V. supra n°313.

⁹⁰¹ V. supra n°313.

⁹⁰² Cass. soc. 7 juin 2006, préc., note de bas de page, n°852 - Cass. soc. 17 juill. 2007, préc., note de bas de page, n°852 - Cass. soc. 26 mai 2010 : non publié au Bull., n°09-40422 - Cass. soc. 6 oct. 2010 : non publié au Bull. n°08-45324 - Cass. soc. 28 avril 2011 : non publié au Bull., n°09-42321. V. aussi : Cass. soc. 17 mars 2010 : non publié au Bull. n°08-43368 : « *Qu'en statuant ainsi, par un motif inopérant tiré de la mobilité effective du salarié au cours de sa carrière, et alors qu'elle constatait l'indétermination de l'étendue géographique de la clause de mobilité qui dépendait de futurs clients, la cour d'appel a violé les textes susvisés* » - Cass. soc. 9 janv. 2013 : non publié au Bull., n°11-18790, CSBP 2013, n°249, A18, note F. Chirez.

⁹⁰³ V. en ce sens à propos de l'arrêt rendu le 7 juin 2006 : Bulletin de la Cour de cassation, Droit du travail, n°74, avril-mai-juin 2006, p. 30 : « *La clause ne permettait pas au salarié de connaître, au moment de son engagement, le contenu exact de ses obligations* ». V. aussi : E. Dockès, La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail, Dr. soc. 1997, p. 140, spéc. p. 145 ; B. Bossu, ss. Cass. soc. 17 juill. 2007, JCP S 2007, 1955. L'auteur écrit à propos de la jurisprudence relative aux clauses de mobilité que celle-ci doit être « *approuvée car elle permet une application effective de l'article 1129 du code civil dans les rapports individuels de travail* » ; L.-K. Gratton, Les clauses de variation du contrat de travail, Dalloz, 2011, n°292, p. 147 : « *L'exigence formulée à l'article 1129 du code civil impose, non seulement que le périmètre de mobilité soit déterminé, mais qu'il le soit de façon définitive...* ».

⁹⁰⁴ Il est permis de s'interroger, au regard de l'article 1129, sur la validité d'une clause de mobilité répondant aux conditions de précision exigées par la jurisprudence. V. infra n°653 s.

⁹⁰⁵ Cass. soc. 28 avril 1994 : Bull. civ. V, n°150, n°91-42180 ; RJS 6/94, n°697.

⁹⁰⁶ Comp. E. Dockès, La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail, Dr. soc. 1997, p. 140, spéc. p. 146 : « *L'article 1129 alinéa 1 du code civil en spécifiant que le travail subordonné peut être suffisamment déterminé s'il l'est quant à « l'espèce », laisse une marge de manœuvre à l'employeur tant en ce qui concerne la nature du travail qu'en ce qui concerne son lieu de travail. En revanche, en exigeant une détermination quant à la « quotité » de l'objet de l'obligation, l'alinéa 2 du même texte ne prévoit aucun assouplissement : le temps travaillé doit être contractuellement précisé quant à sa durée et quant à sa répartition* ».

343. Le salaire, une application discutable - Une incertitude pèse sur l'application de l'article 1129, alinéa 2, du code civil aux clauses portant sur la rémunération. N'étant pas applicable au prix, il était permis de douter que l'exigence posée vaille en matière de salaire.

344. Le prix, une application exclue - Le 1^{er} décembre 1995⁹⁰⁷, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a décidé que l'article 1129 du code civil n'était pas applicable à la détermination du prix, sauf dispositions légales particulières. Autrement dit, une partie peut, postérieurement à la conclusion du contrat, fixer unilatéralement le prix. Cependant, l'abus dans la fixation de ce dernier est susceptible de donner lieu à résiliation ou indemnisation. Cette solution a été dégagée à propos de contrats cadres et d'un contrat de franchisage. La jurisprudence l'a étendue à d'autres contrats⁹⁰⁸ et semble souhaiter en généraliser la portée⁹⁰⁹. Selon certains auteurs, la Cour serait ainsi revenue à une conception plus étroite de la notion de « chose ». La chose viserait les choses de genre, à l'exception du prix. Le prix ne serait pas une « chose » au sens de l'article 1129 du code civil⁹¹⁰. Cette disposition ne lui serait donc pas applicable.

Toutefois, dans deux de ses arrêts du 1^{er} décembre 1995, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation prend soin de réserver l'existence de dispositions légales particulières⁹¹¹. Or, en matière de vente l'article 1591 du code civil prévoit que « *le prix*

⁹⁰⁷ Cass. Ass. plén. 1^{er} déc. 1995 (4 arrêts) : Bull. civ. AP, n°9, n°93-13688 ; Bull. AP, n°7, n° 91-15578 ; Bull. AP, n°7, n°91-15999 ; Bull. AP, n°8, n° 91-19653 ; Gaz. Pal. 9 déc. 1995, note P. de Fontbressin ; D. 1996, jurisp. p. 13, concl. M. Jéol ; LPA 27 déc. 1995, n°155, p. 11, note D. Bureau et N. Molfessis ; Contrats, conc. consom. 1996, n°5, obs. L. Leveneur ; RTD civ. 1996, p. 153, obs. J. Mestre ; Rép. Defr. 1996, art. 36354, n°57, p. 747, obs. P. Delebecque.

⁹⁰⁸ V. not. à propos d'un contrat de crédit : Cass. com. 9 juill. 1996 : Bull. civ. IV, n°205, n°94-17612 ; JCP G 1996, II, 22721, note J. Stoufflet ; Contrats, conc. consom. 1996, n°182, obs. L. Leveneur ; Rép. Defr. 1996, art. 36434, n°145, p. 1363, obs. P. Delebecque. V. à propos de l'indemnité de remboursement anticipé d'un prêt : Cass. civ. 1^{ère}, 6 mars 2001 : Bull. civ. I, n°54, n°98-17057 ; D. 2001, som. p. 3239, note L. Aynès ; D. 2001, jurisp., p. 1172, note V. Avena-Robardet ; Contrats, conc. consom. 2001, n°103, obs. L. Leveneur.

⁹⁰⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 12 mai 2004 : non publié au Bull., n°03-13847 ; RDC 2004, p. 925, obs. D. Mazeaud : « *L'article 1129 du code civil n'est pas applicable à la détermination du prix en toute matière* ».

⁹¹⁰ V. not. : Y. Loussouarn, ss. Cass. com. 11 oct. 1978, JCP 1979, II, n°19034 : « *La lecture de l'article 1129 suffit à révéler qu'il ne vise pas la détermination du prix, mais la détermination de la chose, ce qui est tout à fait différent, la chose et le prix étant totalement distincts, ainsi qu'en témoigne notamment l'article 1583 du code civil lorsqu'il dispose que la vente est parfaite dès qu'on est convenu de la chose et du prix* ». V. aussi : M.-A. Frison-Roche, L'indétermination du prix, RTD civ. 1992, p. 277 : « *A priori, le prix est une réalité distincte de la chose* ». Contra : P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, Droit civil, Les obligations, 5^{ème} éd., Defrénois, 2011, n°599, p. 299 : « *La somme d'argent est bien une chose de genre dont la quantité devrait être déterminable. L'article 1129 ne s'appliquerait qu'à la chose qui forme l'objet de la « prestation caractéristique » du contrat* ».

⁹¹¹ Cass. Ass. plén. 1^{er} déc. 1995 : Bull. civ. AP, n°7, n° 91-15578 ; Bull. AP, n°7, n°91-15999.

de la vente doit être déterminé et désigné par les parties ». Le juge admet que le prix de vente soit déterminable mais sa détermination ne doit pas être le fait de la volonté d'une des parties⁹¹².

345. Le salaire, une exigence de détermination - Qu'en est-il du salaire ? Selon le Professeur Dockès, l'article 1129 n'étant pas applicable au prix, le salaire devrait également être exclu de son champ d'application. Cet auteur considère qu'il « *faut désormais conclure que le prix n'est pas une « chose » au sens de l'article 1129. On voit mal ce qui permettrait cette disqualification si ce n'est la nature pécuniaire du prix. Et le salaire a une même nature pécuniaire que le prix* »⁹¹³. En effet, si on considère que le prix n'est pas une « chose » au sens de l'article 1129, il devrait en aller de même de la rémunération versée au salarié. Dès lors, l'article 1129 ne serait pas applicable au salaire.

Pourtant, à la différence du prix dans les contrats cadres, la chambre sociale de la Cour de cassation n'admet pas que le montant du salaire soit fixé unilatéralement par une partie. Doit-on en déduire que l'article 1129 est applicable au salaire ? Antérieurement aux arrêts du 1^{er} décembre 1995, la Cour de cassation considérait que l'article 1129 était applicable au prix. Elle en concluait que les clauses qui renvoyaient à des éléments de référence dépendants de la volonté des parties étaient nulles⁹¹⁴. En revanche, était valable une clause faisant partiellement dépendre le prix de cession d'un cabinet d'expertise automobile du chiffre d'affaires du cessionnaire⁹¹⁵. Or, la chambre sociale de la Cour de cassation transpose ces solutions au salaire. Une clause du contrat de travail ne peut valablement permettre à l'employeur de modifier unilatéralement la rémunération contractuelle du salarié. Est nulle « *la clause par laquelle l'employeur se*

⁹¹² Cass. req. 7 janv. 1925 : DH 1925, 57 - Cass. com. 24 mars 1965 : Bull. civ. III, n°232, n°64-10044 ; D. 1965, p. 474 ; RTD civ. 1965, p. 821 obs. G. Cornu : « *Vu l'article 1591 du code civil ; Attendu qu'un contrat de vente n'est parfait que s'il permet, au vu de ses clauses de déterminer le prix des éléments ne dépendant plus de la volonté de l'une des parties ou de la réalisation d'accords ultérieurs* ». V. aussi : Cass. civ. 1^{ère}, 2 déc. 1997 : Bull. civ. I, n°340, n°95-16720 ; JCP 1998, I, 129, obs. C. Jamin ; RJDA 2/98, n°158 - Cass. civ. 3^{ème}, 29 janv. 2003 : Bull. civ. III, n°23, n°01-02759 ; JCP G 2003, I, 186, p. 2235, obs. F. Labarthe - Cass. civ. 1^{ère}, 14 déc. 2004 : Bull. civ. I, n°327, n°01-17063 ; Contrats, conc. consom. 2005, n°64, obs. L. Leveneur ; Dr. et pat. mai 2005, n°137, p. 98, obs. P. Chauvel.

⁹¹³ E. Dockès, La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail, Dr. soc. 1997, p. 140, spéc. p. 149.

⁹¹⁴ V. not. pour une analyse de cette jurisprudence, G. J. Martin, J-CI Civil, Art. 1126-1130, Fasc. 10, Contrats et obligations - objet du contrat, 2009, n°29 et 30.

⁹¹⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 28 juin 1998 : Bull. civ. I, n°212, n°86-12812 ; RTD civ. 1989, p. 527, obs. J. Mestre.

réserve le droit de modifier en tout ou partie le contrat »⁹¹⁶. Est en revanche valable une clause prévoyant une variation de la rémunération en fonction du chiffre d'affaires de l'entreprise⁹¹⁷.

Mais quelle est la justification de l'exigence de détermination ou de déterminabilité du salaire ?⁹¹⁸ Dans deux arrêts de 1995, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation réserve l'hypothèse dans laquelle l'exigence de détermination du prix résulterait de dispositions légales particulières⁹¹⁹. En ce qui concerne la vente, la solution est justifiée par l'application d'une disposition spéciale : l'article 1591 du code civil. Certains auteurs citent le contrat de travail à titre d'exemple de l'exigence de détermination du prix. Ce contrat serait soumis à des dispositions légales spécifiques relatives au prix⁹²⁰. On peine, pourtant, à trouver une disposition légale pertinente qui fonderait une quelconque exigence de détermination ou de déterminabilité du salaire⁹²¹.

En réalité, le fait que la rémunération soit un élément de qualification du contrat expliquerait l'exigence de détermination du salaire⁹²². Une vente sans prix n'est pas une vente ; elle peut éventuellement être qualifiée de donation. De même, un contrat de travail sans rémunération n'est pas un contrat de travail ; l'acte peut éventuellement être qualifié de « contrat de bénévolat ». Comme le prix l'est pour la vente, le salaire est un élément de qualification du contrat de travail. Les parties ne pourraient donc valablement conclure un tel contrat sans que le prix - ou le salaire - soit déterminé ou

⁹¹⁶ V. not. : Cass. soc. 27 févr. 2001, préc., note de bas de page, n°822 - Cass. soc. 3 juill. 2001, préc., note de bas de page, n°822 - Cass. soc. 30 mai 2000, préc., note de bas de page, n°829.

⁹¹⁷ Cass. soc. 2 juill. 2002, préc., note de bas de page, n°843.

⁹¹⁸ Considérer que l'article 1129 est applicable au salaire en raison de l'application de l'alinéa 2 de l'article 1134 au contrat de travail n'est pas pertinent. En ce sens : L.-K. Gratton, préc., n°232, p. 115 : « *Il n'est pas possible de tirer de l'interdiction de modifier unilatéralement un élément du contrat, ici le prix, une exigence de détermination au sens de l'article 1129. Si tel était le cas, l'article 1129 devrait être appliqué aux prix de tous les contrats conclus à titre onéreux* ».

⁹¹⁹ V. supra n°344.

⁹²⁰ V. not. : M. Jéol, ccl, Cass. Ass. plén. 1^{er} déc. 1995, D. 1995, jurisp. p. 13, spéc. n°1, p. 15 et L. Aynès, p. 20.

⁹²¹ V. not. : E. Dockès, La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail, Dr. soc. 1997, p. 140, spéc. p. 149. L'auteur se fonde, notamment, sur l'article L. 1331-2 (anc. L. 122-42) du code du travail selon lequel, « *les amendes ou autres sanctions pécuniaires sont interdites. Toute disposition ou stipulation contraire est réputée non écrite* ». Il estime que si, en vertu de ce texte, l'employeur ne peut réduire unilatéralement le salaire pour une faute commise par le salarié, il doit en aller de même en l'absence de faute.

⁹²² V. aussi : X. Lagarde, Prix et salaire, Le contrat au début du siècle, Mélanges en l'honneur de J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 527, spéc. p. 536. Cet auteur souligne qu'il « *paraît exact de retenir que le principe de contractualisation du salaire vaut implicitement obligation de détermination du salaire dès la conclusion du contrat* ».

déterminable⁹²³. Peu importe qu'il n'existe pas une disposition spéciale visant le salaire. L'exigence de détermination du salaire s'imposerait dès la conclusion du contrat de travail⁹²⁴.

La Cour de cassation exige d'ailleurs un accord des parties au contrat de travail sur « *des modalités déterminées de tâche et de rémunération* »⁹²⁵. Certains arrêts relatifs à l'existence d'une promesse d'embauche pourraient également être invoqués en faveur de l'exigence de détermination - ou déterminabilité - du salaire lors de la formation du contrat. La promesse comporte, en principe, les éléments essentiels de la relation contractuelle future. Or, la Cour de cassation a qualifié de simple offre d'emploi une lettre ne mentionnant « *ni l'emploi occupé, ni la rémunération, ni la date d'embauche, ni le temps de travail* »⁹²⁶. Certes, dans un arrêt du 15 décembre 2010, elle énonce « *que constitue une promesse d'embauche valant contrat de travail l'écrit qui précise l'emploi proposé et la date d'entrée en fonction* »⁹²⁷. Pour autant, elle décide que la cour d'appel ayant relevé que la lettre qui proposait au salarié un contrat de travail « *précisait son salaire, la nature de son emploi, ses conditions de travail et la date de sa prise de fonction, en a exactement déduit qu'elle constituait, non pas une proposition d'emploi mais une promesse d'embauche* ».

⁹²³ En ce sens : A. Brunet et A. Ghozi, La jurisprudence de l'Assemblée plénière sur le prix du point de vue de la théorie du contrat, D. 1998, jurisp. p. 1, spéc. n°8 : « *C'est que le prix remplit une fonction rarement soulignée qui pourtant devrait en déterminer le régime : tantôt il donne un caractère onéreux à une convention, tantôt il participe de sa qualification. Dans le premier cas, en principe, son existence, et partant sa déterminabilité, ne saurait être sanctionnée a priori par la nullité de l'acte contrairement à ce qu'il devait en être dans le second : objet de l'obligation érigée au rang d'obligation essentielle (ou fondamentale), le prix indéterminé est sanctionné par la nullité ou bien entraîne la disqualification du contrat selon les cas. Ainsi, une vente sans prix peut devenir donation* ».

⁹²⁴ V. cep. infra à propos de la rémunération variable n°619.

⁹²⁵ Cass. soc. 7 janv. 1981 : Bull. civ. V, n°2, n°79-41213. Plutôt que de viser des prescriptions légales, certains auteurs fondent l'exigence de détermination du salaire sur cet arrêt. En ce sens : F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, Droit civil. Les obligations, 10^{ème} éd., Dalloz, 2009, n°270, p. 284.

⁹²⁶ Cass. soc., 12 juill. 2006 : Bull. civ. V, n°244, n° 04-47938 ; JCP S 2006, 1725; note C. Puigelier; RDT 2006, p. 311, note G. Auzero. V. aussi : Cass. soc., 13 mars 1974 : Bull. civ. 1974, V, n° 173, n°72-40796. V. cep. : Cass. soc. 10 mars 2004 : non publié au Bull. n° 01-45518 - Cass. soc. 27 février 2002 : non publié au Bull., n° 00-41787.

⁹²⁷ Cass. soc. 15 déc. 2010 : Bull. civ. V, n°296, n° 08-42951 ; JCP S 2011, 1104, note C. Puigelier ; RDC 2011, p. 804, note T. Genicon ; JCP 2011, 19, 566, note G. Loiseau ; RDT 2011, p. 108, note G. Auzero. Cette solution a été critiquée. Il ne s'agissait pas, en réalité, d'une véritable « promesse ». L'accord du salarié était douteux. Or, la Cour décide que cette « promesse » vaut contrat de travail. V. aussi : Cass. soc. 17 mars 2012 : non publié au Bull., n°10-21717. Dans cet arrêt, la Cour de cassation relève également que le projet de contrat de travail fixait la rémunération du salarié.

Dès lors, doit-on conclure que l'article 1129 est applicable au salaire⁹²⁸ ? Une telle solution serait incohérente au regard des arrêts de l'Assemblée plénière de 1995 dont il découle que l'article 1129 n'est pas applicable au prix. Le juge refuse d'ailleurs d'y faire référence.

b) La détermination de l'objet, un fondement ignoré par le juge

346. La chambre sociale de la Cour de cassation refuse de se fonder sur l'article 1129 du code civil pour justifier l'annulation des clauses de variation. Un tel fondement a parfois été retenu par les juges du fond. Il est source de difficultés.

347. Un fondement retenu par certains juges du fond - La Cour de cassation ne fait pas référence à l'exigence de détermination de l'objet lorsqu'elle annule une clause de variation. Seul l'article 1134 du code civil est invoqué à l'appui de ses décisions. Pourtant, certains juges du fond n'ont pas hésité à se fonder sur l'article 1129 pour condamner des clauses de variation. Ainsi, dans un arrêt du 21 mai 1996, la Cour d'appel de Rouen a considéré que devait être déclarée nulle la clause de non-concurrence dont la délimitation dans l'espace n'était ni déterminée ni déterminable⁹²⁹. Selon la Cour d'appel, le contrat de travail permettait à l'employeur de modifier unilatéralement le secteur géographique du salarié, non mentionné lors de la signature de l'accord, en violation de l'article 1129 du code civil. Dès lors, il est permis de s'interroger sur les raisons qui justifient la position de la Cour de cassation.

348. Un fondement source de difficultés - Les conséquences de l'application de l'article 1129 sont, en principe, radicales. En outre, une telle application serait incohérente en matière de rémunération.

349. Une sanction radicale - Selon une conception classique, les conditions de formation du contrat, relatives à l'objet, sont sanctionnées par la nullité absolue. Antérieurement aux arrêts du 1^{er} décembre 1995, la Cour de cassation n'avait pas hésité

⁹²⁸ En ce sens : P. Morvan, La détermination de la rémunération variable, JCP S 2008, 1180, n°10.

⁹²⁹ CA Rouen 21 mai 1996 : Juris-Data, n° 1996-055332.

à considérer que l'indétermination du prix était sanctionnée par la nullité absolue⁹³⁰. Une telle analyse était critiquée par la doctrine. Les dispositions de l'article 1129 du code civil ayant pour objet la protection d'intérêts particuliers, seule la partie se voyant imposer un prix arbitraire aurait dû pouvoir invoquer la nullité du contrat⁹³¹. Or, sanctionner l'indétermination du salaire par une nullité absolue serait particulièrement inopportun. « *Annuler un contrat de travail, c'est faire perdre au salarié son emploi et la protection des règles du licenciement* »⁹³². Dès lors, est-ce le caractère radical de la sanction de l'indétermination de l'objet qui justifie la position de la chambre sociale de la Cour de cassation ? Il est permis d'en douter. La chambre sociale refuse de faire application d'une nullité dont le régime serait défini de manière stricte. Elle admet l'existence d'une nullité spécifique dont l'exercice de l'action est réservé au salarié⁹³³. Si la chambre sociale avait souhaité se fonder sur les dispositions sanctionnant l'indétermination de l'objet, elle l'aurait fait, en adaptant le régime de la nullité. En conséquence, l'absence de référence à l'article 1129 semble résulter d'une volonté délibérée du juge.

350. Une décision incohérente - La chambre sociale de la Cour de cassation refuse-t-elle de contredire la solution dégagée dans les arrêts d'Assemblée plénière du 1^{er} décembre 1995 ? En principe, l'article 1129 n'est pas applicable à la détermination du prix « *en toute matière* »⁹³⁴. L'exigence exceptionnelle de détermination du prix repose nécessairement sur un texte légal, autre que l'article 1129⁹³⁵. Dès lors, que pourrait décider la chambre sociale ? Appliquer l'article 1129 du code civil au salaire paraît

⁹³⁰ V. not. : Cass. com. 30 nov. 1983 : Bull. civ. IV, n°333, n°82-12045 ; Gaz. Pal. 1984, 2, jurispr., p. 675, note J. Calvo ; JCP G 1984, IV, p. 45.

⁹³¹ V. not. : J. Ghestin, ss. CA Paris, 2 mai 1986, JCP G 1986, II, 20622 : « *Il est, en effet, permis de penser que la nullité pour indétermination du prix ne devrait pouvoir être demandée que par celle des parties qui se voit imposer par l'autre le prix des fournitures successives. C'est la première qui doit être protégée et non la seconde* ». Selon le Professeur Ghestin, la Cour de cassation avait refusé d'admettre la nullité relative afin d'écartier toute possibilité de confirmation du contrat. Cependant, cet auteur fait justement valoir que le même résultat aurait pu être obtenu, malgré le caractère relatif de la nullité en admettant que la renonciation n'est valable que si les motifs qui justifiaient la règle ont disparu. V. égal. en ce sens : J. Mestre, ss. Cass. com. 24 juin 1986, RTD civ. 1987, p. 94, spéc. p. 97.

V. aussi : C. Larroumet, Droit civil. Les obligations, Le contrat, t. III, 5^{ème} éd., Economica, 2007, n° 539, p. 548 et 549 : « *Les règles applicables en la matière sont protectrices d'intérêts particuliers et elles doivent, par conséquent, être sanctionnées, lorsqu'elles sont méconnues par la nullité relative du contrat* ».

⁹³² E. Dockès, La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail, Dr. soc. 1997, p. 140, spéc. p. 142.

⁹³³ V. sur ce point infra, n°426.

⁹³⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 12 mai 2004 : non publié au Bull., n°03-13847 ; RDC 2004, p. 925, obs. D. Mazeaud.

incohérent. Pourtant, aucune disposition légale susceptible de s'appliquer au salaire n'exprime aussi bien l'exigence de détermination. Outre des dispositions légales particulières, les arrêts d'Assemblée plénière n'auraient-ils pas dû réserver les hypothèses dans lesquelles le prix est un élément de qualification du contrat ? Une telle réserve n'aurait-elle pas eu le mérite de la cohérence ? Car, en définitive, la chambre sociale de la Cour de cassation semble bien faire application de l'article 1129 au salaire... sans jamais y recourir expressément.

351. En conséquence, l'application de normes légales spéciales conduit le juge à adopter des solutions originales, justifiées par l'existence d'un ordre public spécifique. L'application de normes « générales » aboutit également à des solutions singulières fondées sur les caractéristiques du contrat de travail. Or, outre ces dispositions légales, le juge doit également prendre en considération l'existence et la spécificité des normes conventionnelles applicables au contrat de travail.

§ 2 : L'application de normes conventionnelles

352. L'affirmation du principe de faveur - Une clause conventionnelle entre en conflit avec une clause contractuelle. Laquelle doit prévaloir ? C'est conformément à l'article L. 2254-1 du code du travail, et plus généralement en application du principe de faveur⁹³⁶, que le juge répond à cette interrogation. En effet, l'article L. 2254-1 du code du travail prévoit que « *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*

⁹³⁵ V. not. sur l'article 6, alinéa 4 de la loi n°70-9 du 2 janvier 1970 : Cass. civ. 1^{ère}, 9 nov. 1999 : Bull. civ. I, n°292, n°97-11898.

⁹³⁶ Ce principe, doit être distingué de l'ordre public social. Comme le souligne justement le Professeur Chalaron, à propos des articles L. 2252-1 (anc. L. 132-13), L. 2253-1, L. 2253-2, L. 2253-3 (anc. L.132-23) et L. 2254-1 (anc. L.135-2) du code du travail, « *ces derniers textes qui n'intéressent que les rapports des conventions et des accords collectifs entre eux, ne peuvent, pour cette raison être reliés à la question de l'ordre public qui ne se pose qu'à propos de la loi (...). Dès lors, principe de faveur et ordre public social ne se confondent pas même si les deux normes se combinent* » (J-Cl. Trav., Fasc. 1-36, 2000, n°4). V. not. : A. Jeammaud, Enquête sur une règle émergente, Dr. soc. 1999, n°9, p. 119 ; G. Couturier, L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve : Etudes offertes à J. Flour, Defrénois, 1979, p. 95 ; F. Canut, L'ordre public en droit du travail, Bibliothèque de l'institut André Tunc, LGDJ, 2007, n°309, p. 149. A cet égard, la sanction de la violation d'une règle d'ordre public est sanctionnée par la nullité. Or, la clause conventionnelle ou contractuelle qui heurte le principe

stipulations plus favorables »⁹³⁷. La jurisprudence a érigé cette règle en principe⁹³⁸. Le Conseil constitutionnel considère qu'il s'agit d'un principe fondamental du droit du travail⁹³⁹. Le Conseil d'Etat a conféré à la règle posée la valeur d'un principe général du droit⁹⁴⁰. La Cour de cassation a reconnu l'existence d'un principe fondamental selon lequel « *en cas de conflits de normes, c'est la plus favorable qui doit recevoir application* »⁹⁴¹. Le salarié ne peut y renoncer⁹⁴², « *sans qu'il y ait lieu de distinguer s'il s'agit de « droit acquis » ou « non acquis »* »⁹⁴³.

Or, la mise en œuvre de ce principe exige un double travail de recherche de la part du juge. Celui-ci doit identifier les situations dans lesquelles il existe un véritable concours

de faveur n'est généralement pas annulée par le juge. Son application est simplement écartée (sur la sanction, V. infra n°449).

⁹³⁷ Cependant, la loi autorise sous certaines conditions la conclusion d'accords collectifs dérogatoires. V. not. : A. Mazeaud, *Droit du travail*, 8^{ème} éd. 2012, n°423, p. 251. V. aussi : F. Canut, préc., n°489, p. 243.

⁹³⁸ Sur le principe de faveur : N. Aliprantis, *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, LGDJ, 1980, p. 52 ; Y. Chalaron, *L'application de la disposition la plus favorable*, *Les transformations du droit du travail*, Etudes offertes à G. Lyon-Caen, Dalloz, 1989, p. 243 ; J.-M. Olivier, *Les conflits de sources en droit du travail interne*, in *Les sources du droit du travail*, ss. La direction de B. Teyssié, PUF, 1998, p. 195 ; J. Pélissier, *Existe-t-il un principe de faveur en droit du travail*, *Mélanges dédiés à M. Despax*, Presse de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2002, p. 389 ; A. Chevillard, *La notion de disposition plus favorable*, *Dr. soc.* 1993, p. 363 ; A. Jeammaud, *Le principe de faveur. Enquête sur une règle émergente*, *Dr. soc.* 1999, p. 115 ; F. Bocquillon, *Que reste-t-il du « principe de faveur » ?*, *Dr. soc.* 2001, p. 255. V. aussi : E. Jeansen, *L'articulation des sources du droit*, essai en droit du travail, *Economica*, 2008, n°119 s. ; A. Martinon, *L'articulation des conventions et accords collectifs et des contrats de travail*, in *L'articulation des normes en droit du travail*, *Economica*, 2011, p. 29 ; G. Blanc-Jouvan, *Accords individuels et accords collectifs en droit du travail*, *JCP S* 2007, 1265.

⁹³⁹ Décis. n°1989-257, DC du 25 juill. 1989 : *Dr. soc.* 1989, p. 621, note J. Poisson ; X. Prétot, *La conformité à la constitution de la loi relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion*, *Dr. soc.* 1989, p. 701. En revanche, le Conseil constitutionnel refuse toute valeur constitutionnelle au principe de faveur (Décis. n°2002-465, DC du 13 janv. 2003). V. not. : B. Mathieu, *La promotion constitutionnelle de la liberté contractuelle en matière de droit du travail*, *D.* 2003, *Chron.* p. 638 ; J.-E. Schoettl, *La loi « Fillon I » devant le Conseil constitutionnel*, *LPA* 2003, n°14, p. 11.

⁹⁴⁰ CE avis du 22 mars 1973 : *Dr. soc.* 1973, p. 514. V. égal. : CE 27 juill. 2001 : n°220067 et la chronique de F. Bocquillon, *De l'autorité du « principe de faveur »*, *RJS* 2002, p. 9.

⁹⁴¹ Cass. soc. 17 juill. 1996 : *Bull. civ. V*, n°296, n°95-41745 ; *Bull. civ. V*, n°297, n°95-41313 ; *Dr. soc.* 1996, p. 1053, et concl. P. Lyon-Caen, p. 1049 et note J. Savatier, p. 1054 ; *JCP G* 1997, I, 4006, p. 109, n°1, obs. B. Teyssié ; *JCP G* 1997, II, 27798, note J. Chorin - Cass. soc. 8 oct. 1996 : *Bull. civ. V*, n°315, n°92-44361 et n°92-44375 ; *Dr. soc.* 1996, p. 1048, note J. Savatier ; *JCP E* 1997, I, 4006, p. 109, obs. B. Teyssié.

⁹⁴² V. not. : Cass. soc. 14 sept. 2005 : non publié au *Bull.*, n°03-43990 ; *RJS* 11/05, n°1126. V. égal. : Cass. soc. 4 févr. 2003 : *Bull. civ. V*, n°40, n°01-40384 ; *Dr. ouvr.* 2004, p. 523 ; *D.* 2003, som. p. 1658, note. S. Frossard ; *JCP G* 2003, IV, 1857 - Cass. soc. 15 juill. 1998 : *Bull. civ. V*, n°378, n°96-41118 ; *RJS* 10/98, n°1254 - Cass. soc. 6 juill. 1994 : *Bull. civ. V*, n°226, n°90-45206 - Cass. soc. 4 déc. 1990 : *Bull. civ. V*, n°608, n°87-42499 - Cass. soc. 3 mars 1988 : *Bull. civ. V*, n°161, n°85-44816.

⁹⁴³ F. Canut, *L'ordre public en droit du travail*, Bibliothèque de l'institut André Tunc, LGDJ, 2007, n°112, p. 48.

entre deux dispositions, l'une conventionnelle, l'autre contractuelle (A). Il doit déterminer ensuite la disposition la plus favorable au salarié (B).

I) L'identification des situations de concours

353. Des difficultés - La mise en œuvre du principe de faveur « *n'a lieu d'être que si la disposition conventionnelle et celle du contrat de travail sont vraiment alternatives* »⁹⁴⁴. Or, « *la simple observation de la jurisprudence montre que l'identification du concours lui-même peut être délicate* »⁹⁴⁵. Des difficultés existent lorsque coexistent des dispositions conventionnelles et contractuelles (A). Il en est de même en cas de silence du contrat lorsque la norme conventionnelle crée des obligations à la charge du salarié (B).

A) Coexistence de clauses contractuelles et conventionnelles

354. Des hypothèses diverses - Le juge considère qu'une clause de mobilité et les dispositions conventionnelles exigeant l'accord du salarié en cas de mutation rendant obligatoire un changement de domicile sont des dispositions concurrentes⁹⁴⁶. A l'inverse, lorsque le contrat de travail fait état d'un salaire annuel payable en treize fois, le treizième mois de salaire ne saurait constituer la prime de vacances prévue par la convention collective applicable⁹⁴⁷. De même, si le treizième mois prévu par le contrat de travail constitue une modalité de règlement d'un salaire annuel payable en treize fois, le salarié peut prétendre au versement d'une prime conventionnelle de treizième mois⁹⁴⁸. Dans ces hypothèses, la clause contractuelle n'entre pas en conflit avec les dispositions conventionnelles. Mais comment le juge identifie-t-il l'existence de dispositions

⁹⁴⁴ Y. Chalaron, J.-Cl. Trav., Fasc. 1-36, Négociation, conventions et accords collectifs. Rapports avec les autres sources de droit, 2000, n°59.

⁹⁴⁵ J.-M. Olivier, Les conflits de sources en droit du travail interne, in Les sources du droit du travail, ss. La direction de B. Teyssié, PUF, 1998, p. 195.

⁹⁴⁶ Cass. soc. 3 mars 2004 : non publié au Bull., n°02-41750 ; RJS 5/04, n°505 - Cass. soc. 5 mai 1998 : Bull. civ. V, n°218, n°95-42545 ; RJS 6/98, n°705. V. aussi : Cass. soc. 4 févr. 2003 : Bull. civ. V, n°40, n°01-40384 ; RJS 4/03, n°410.

⁹⁴⁷ Cass. soc. 8 juin 2011 : Bull. civ. V, n°152, n°09-71056 ; JCP S 2011, 1451, note M. d'Allende ; RJS 8-9/11, n°699.

⁹⁴⁸ Cass. soc. 13 juin 2012 : A paraître, n°10-27395 ; Dr. soc. 2012, p. 850, obs. C. Radé ; JCP S 2012, 1397, note B. Bossu ; JSL 2012, n°1553, note p. 12 ; RJS 8-9/12, n°726.

concurrentes ? Il semble avoir consacré une méthode analytique (1) à laquelle il a apporté quelques adaptations (2).

1) L'adoption d'une méthode analytique

355. Le juge a opéré un choix parmi plusieurs méthodes (a). Le choix d'une méthode analytique paraît justifié (b).

a) Un choix à opérer

356. Méthode analytique ou méthode globale - Différentes méthodes permettent au juge d'identifier les clauses ayant vocation à être comparées. Une première méthode, dite « globale », consiste à comparer deux textes tels qu'un accord collectif et un contrat de travail et à déterminer, parmi eux, le plus favorable. A l'inverse, la méthode analytique « *met en balance des avantages identiques ou très proches* »⁹⁴⁹. Le rôle du juge consiste à isoler les avantages ayant un objet identique et « *seule l'identité des avantages, strictement appréciée, interdira le cumul et obligera à comparer* »⁹⁵⁰.

357. La méthode analytique privilégiée par le juge - Le juge semble privilégier le recours à la méthode analytique lorsqu'il identifie les situations de concours. En effet, il a notamment affirmé à plusieurs reprises que sont en concours les avantages ayant « *le même objet ou la même cause* »⁹⁵¹ ou encore les avantages de « *même nature* »⁹⁵². Ainsi, le juge procède à un « découpage » de la norme conventionnelle et du contrat de travail. Il isole, parmi ces sources, les avantages ayant un objet identique. Seuls ces avantages ont vocation à entrer en concours et à être comparés. A l'inverse, dès lors qu'ils n'ont pas le même objet ou la même cause, ces avantages se cumulent⁹⁵³. « *La différence de*

⁹⁴⁹ Y. Chalaron, Négociations et accords collectifs d'entreprise, Pratique sociale, ss. la direction de B. Teyssié, Litec, 1990, n°229 p. 235.

⁹⁵⁰ La notion de disposition plus favorable, A. Chevillard, Dr. soc. 1993, p. 363, spéc. p. 371.

⁹⁵¹ Cass. Ass. plén. 18 mars 1988 : Bull. civ. AP, n°3, n°84-40083 ; D. 1988, jurisp., p. 221, note J.-P. Chauchard. Dans cet arrêt, la Cour de cassation décide : « *Attendu qu'en cas de concours de conventions collectives, les avantages ayant le même objet ou la même cause ne peuvent, sauf stipulations contraires, se cumuler, le plus favorable d'entre eux pouvant seul être accordé* ».

⁹⁵² Cass. soc. 22 oct. 1996 : Bull. civ. V, n°339, n°93-43616 ; RJS 1/97, n°69.

⁹⁵³ Le contrat de travail peut également prévoir le cumul d'avantages qui seraient, en l'absence de stipulations contractuelles, considérés comme alternatifs. En ce sens : Cass. Ass. plén. 18 mars 1988, préc., note de bas de page n°951.

cause implique une absence de concurrence »⁹⁵⁴. Une telle méthode requiert une appréciation objective du juge. L'appréciation est dite subjective « lorsqu'elle prend en compte la préférence de l'intéressé »⁹⁵⁵. Or, la « préférence » de l'intéressé n'est pas prise en compte lorsque le juge s'interroge sur la stricte identité d'objet de deux avantages⁹⁵⁶. Une telle analyse paraît justifiée.

b) Un choix justifié

358. Le caractère aléatoire de la méthode globale - Si la méthode globale présente l'avantage d'éviter un découpage des textes, elle est susceptible d'entraîner des difficultés d'appréciation inextricables. Chaque norme peut, en effet, contenir des avantages et des désavantages. Dès lors, dans une telle situation, l'appréciation du juge risque d'être « arbitraire »⁹⁵⁷, voire « artificielle »⁹⁵⁸. En outre, cette méthode consacre une approche particulièrement « minimaliste »⁹⁵⁹ du principe de faveur⁹⁶⁰. Elle aboutit nécessairement à une renonciation du salarié au bénéfice de certains avantages contenus dans l'acte évincé. Or, ces avantages ne seront pas nécessairement compensés par des avantages de même nature. D'ailleurs, l'article L. 2254-1 semble commander une appréciation analytique. Il fait référence à l'application de « clauses » conventionnelles et réserve l'existence de « dispositions plus favorables » dans le contrat de travail. Il ne vise pas le texte conventionnel ni le contrat de travail, dans leur intégralité. La rédaction de l'article L. 2254-1 paraît donc imposer un découpage de la norme conventionnelle et

⁹⁵⁴ A. Martinon, L'articulation des conventions et accords collectifs et des contrats de travail, in L'articulation des normes en droit du travail, Economica, 2011, p. 30, spéc. n°74, p. 36. L'auteur fait référence à un arrêt rendu le 24 octobre 2008 (Cass. Ass. plén. 24 oct. 2008 : Bull. civ. AP., n°4, n°07-42799 ; JCP S 2008, 1601, note B. Gauriau) dans lequel le juge s'était interrogé sur l'existence ou le défaut de concurrence entre des jours de récupération acquis par un salarié au titre d'un accord d'aménagement du temps de travail et des jours de congés payés. La Cour de cassation a estimé que ces avantages n'avaient ni le même objet, ni la même cause.

⁹⁵⁵ A. Chevillard, La notion de disposition plus favorable, Dr. soc. 1993, p. 363, spéc. p. 364.

⁹⁵⁶ Ainsi, lorsque la période d'essai contractuelle est plus longue que la période d'essai conventionnelle, la reconnaissance d'un conflit de normes ne revêt, en principe, aucun caractère subjectif. V. not : Cass. soc. 31 janv. 2006 : Bull. civ. V, n°41, n°03-47060 ; JCP S 2006, 1175, note C. Pizzio-Delaporte - Cass. soc. 19 nov. 1997 : Bull. civ. V, n°386, n°95-40280.

⁹⁵⁷ M. Despax, Conventions collectives, Traité de droit du travail, 2^{ème} éd., Dalloz, 1989, n°57, p. 95.

⁹⁵⁸ A. Chevillard, préc., p. 371, estime que cette méthode « serait très artificielle, regroupant des intérêts, donc des clauses très différentes les unes des autres ».

⁹⁵⁹ Formule employée par F. Bocquillon, Que reste-t-il du principe de faveur, Dr. soc. 2001, p. 255, spéc. p. 259.

⁹⁶⁰ Comme le souligne A. Chevillard, préc., p. 371, cette méthode conduit « inévitablement à une évolution de l'ordre public social, en noyant au milieu de divers avantages, des dérogations aux minima légaux ou conventionnels ».

du contrat de travail. Un tel découpage, favorable au cumul des avantages, est conforme à la signification du principe de faveur.

359. La méthode analytique fondée sur l'impérativité de la norme conventionnelle

- En outre, selon une partie de la doctrine, la méthode analytique serait « *la plus conforme à l'idée d'impérativité de l'accord collectif sur les contrats de travail* »⁹⁶¹ car elle a « *pour conséquence de limiter les cas de concours, donc de favoriser le cumul des avantages* »⁹⁶². En effet, puisque le principe de faveur n'a vocation à s'appliquer que lorsque des dispositions ont strictement le même objet ou la même cause, les situations de conflits de normes sont plus rares. Dès lors, les hypothèses dans lesquelles les dispositions conventionnelles s'effacent au profit d'une clause contractuelle le sont aussi. La méthode analytique tend, en conséquence, « *à faire appliquer l'avantage issu de la norme impérative, quitte à aboutir à un cumul avec un avantage contractuel assez peu différent* »⁹⁶³. Selon une analyse doctrinale, ce n'est qu'en présence de deux textes conventionnels et en l'absence de degré différent d'impérativité que le juge pourrait envisager l'adoption d'une méthode « *plus souple de détermination des termes du concours, prenant en considération des ensembles conventionnels découpés moins finement* »⁹⁶⁴. Le juge n'a pas expressément consacré cette distinction⁹⁶⁵ puisqu'il exige une identité d'objet dans chaque hypothèse de comparaison. Néanmoins, il retient parfois une interprétation plus souple en cas de concours de normes conventionnelles.

⁹⁶¹ Y. Chalaron, *Négociations et accords collectifs d'entreprise*, Pratique sociale, ss. la dir. de B. Teyssié, Litec, 1990, n°229. L'auteur considère que « *les parties au contrat de travail ne doivent pas pouvoir imposer au juge une comparaison par regroupement d'avantages, à moins qu'ils ne soient objectivement indivisibles ; leur volonté n'a pas de rôle à jouer dans la détermination des termes d'une alternative quand l'un de ces termes est impératif* ». V. aussi en ce sens : M. Despax, *Négociations, conventions et accords collectifs*, Droit du travail, Dalloz, 2^{ème} éd., 1989, n°62 : « *La comparaison doit être faite sur le plan juridique, elle doit être faite de façon objective, et selon une méthode analytique, excluant la comparaison de l'ensemble des avantages que procure la convention collective et le contrat individuel* ».

⁹⁶² Y. Chalaron, préc. n°229.

⁹⁶³ Ibid.

⁹⁶⁴ Y. Chalaron, *J.-Cl. Trav.*, Fasc. 1-36, *Négociation, conventions et accords collectifs. Rapports avec les autres sources de droit*, 2000, n°40. V. égal. : J. Barthélémy, *Nature juridique de l'accord interprofessionnel de mensualisation*, *Dr. soc.* 1992, p. 450, spéc. p. 451 : « *Si au contraire sont en concurrence deux accords collectifs, c'est sur l'ensemble des avantages se rapportant à un même thème que se fait la comparaison, ceux-ci ayant été consentis les uns en contrepartie des autres et constituant un tout indivisible dans le contrat* » ; A. Chevillard, préc., p. 375.

⁹⁶⁵ En ce sens : Y. Chalaron *J.-Cl. Trav.*, Fasc. 1-36, *Négociation, conventions et accords collectifs. Rapports avec les autres sources de droit*, 2000, n°59, qui à propos du concours entre la convention collective et le contrat, estime que « *la jurisprudence n'a pas adopté ici un critère expressément plus analytique que celui par lequel elle reconnaît l'existence d'un concours entre deux actes collectifs, c'est-à-dire l'identité d'objet ou de cause* ». V. not. : Cass. Ass. plén. 18 mars 1988 : Bull. civ. AP, n°3, n°84-40083 ; D. 1988, *jurisp.*, p. 221, note J.-P. Chauchard.

2) L'adaptation de la méthode analytique

360. Lorsque sont en concours des clauses contractuelles et conventionnelles, le juge ne retient pas une méthode strictement analytique (a). Il ne se réfère par pour autant à une méthode globale (b).

a) Le rejet d'une méthode strictement analytique

361. Une comparaison par « ensemble d'avantages » - Dès 1963, la Cour de cassation a admis un découpage plus sommaire des clauses à comparer. Elle a considéré qu'un régime de retraite complémentaire « *institué par la convention collective était comme l'indemnité de licenciement ou l'allocation de mise à la retraite [institué par un autre accord] destiné à réparer le préjudice causé au salarié après la rupture du contrat* »⁹⁶⁶. Cette jurisprudence, confirmée par la suite⁹⁶⁷, a notamment été rappelée dans un arrêt du 22 octobre 1996. Dans cette affaire, la Cour de cassation a admis que l'indemnité conventionnelle de licenciement ne peut se cumuler avec l'indemnité de rupture du contrat de travail à la suite d'un classement en invalidité, ces deux indemnités étant de même nature⁹⁶⁸. Autrement dit, la Cour de cassation impose un découpage « en bloc »⁹⁶⁹.

La Haute Cour retient une même interprétation lorsque sont en concours des clauses conventionnelles et contractuelles. Elle s'est notamment prononcée en ce sens dans un arrêt du 16 décembre 1998⁹⁷⁰. Dans cette affaire, une clause du contrat de travail

⁹⁶⁶ Cass. soc. 20 mars 1963 : Bull. civ., n°268 ; JCP G 1963, II, 13357, note G. H. Camerlynck ; Dr. soc. 1963, p. 419, obs. J. Savatier.

⁹⁶⁷ V. not. : Cass. soc. 27 avril 1964, Bull. civ., n°344 - Cass. soc. 3 fév. 1965 : Bull. civ., n°92, n°64-40205 ; Cass. soc. 12 févr. 1969 : Bull. civ. V, n°94 - Cass. soc. 4 nov. 1969 : Bull. civ. V, n°573 - Cass. soc. 4 févr. 1970, Bull. civ. V, n°80, n°69-40230. V. égal. : Cass. soc. 25 janv. 1984, Bull. civ. V, n°33, n°69-40230. Dans cet arrêt la Cour de cassation admet que peuvent être en concours des avantages conventionnels portant sur la même « *question* ».

⁹⁶⁸ Cass. soc. 22 oct. 1996 : Bull. civ. V, n°339, n°93-43616 ; RJS 1/97, n°69.

⁹⁶⁹ F. Gaudu, R. Vatinet, Les contrats de travail, LGDJ, 2001, n°571, p. 503.

⁹⁷⁰ Cass. soc. 16 déc. 1998 : non publié au Bull., n°96-42691 ; JSL 1999, n°29-45, p. 28, note L. Seguin. La Cour de cassation décide que « *l'avantage prévu par le contrat individuel a le même objet que celui résultant de la convention collective applicable, le salarié ne peut prétendre cumuler le bénéfice des deux dispositions mais peut seulement réclamer l'application de celle qui est la plus favorable, cette comparaison devant être opérée globalement* ». L'emploi du terme « *globalement* » est ambigu. Il ne

prévoyait qu'en cas de licenciement, sauf pour faute professionnelle ou lourde, le salarié bénéficierait d'une indemnité d'un montant égal à l'indemnité de licenciement prévue à l'article 26 de la convention collective du PMU, avec un minimum égal à six fois son dernier salaire mensuel. Le salarié a été licencié et a alors réclamé, outre l'indemnité contractuelle de licenciement, l'indemnité de majoration d'âge prévue par l'article 26 de la convention collective. Si le juge avait adopté une méthode strictement analytique, il aurait considéré que le contrat ne contenant aucune mention relative à la majoration d'âge prévue par la convention collective, le salarié pouvait cumuler le bénéfice de cette dernière avec l'indemnité contractuelle de licenciement. Or, telle n'est pas l'analyse retenue. Le juge a considéré que l'avantage contractuel avait le même objet que l'avantage conventionnel et qu'en l'espèce la clause contractuelle était plus favorable que les dispositions conventionnelles.

362. Des situations de cumul limitées - La Cour de cassation ne s'en tient donc pas à une appréciation stricte de l'identité des avantages ; elle considère que peuvent être en concours des « ensembles d'avantages » ayant le même objet. Dès lors, sans pour autant opter pour la méthode globale⁹⁷¹, le juge tend à reconnaître l'existence d'un concours de normes entre des dispositions qui, sans répondre au critère « d'identité d'objet », ont une même finalité. Cette interprétation paraît logique. Elle a néanmoins pour effet de réduire les situations de cumul. Ainsi, dans les hypothèses visées ci-dessus, si la Cour de

signifie pas que la Cour entend désormais opter pour une méthode globale mais qu'elle retient une méthode plus souple de comparaison entre des ensembles d'avantages ayant le même objet. Rappr. : Cass. soc. 17 janv. 1996 : Bull. civ. V, n°15, n°93-20066 : RJS 3/96, n°290 ; Dr. soc. 1996, p. 643, obs. J. Barthélémy (conflit entre la loi et un accord d'entreprise) : « *La détermination du régime le plus favorable doit résulter d'une appréciation globale avantage par avantage* » - Cass. soc. 23 févr. 2005 : non publié au Bull., n°02-17433 (conflit entre une convention collective de branche et un accord d'entreprise) - Cass. soc. 30 nov. 2005 : non publié au Bull., n°03-46093 ; JCP S 2005, 1436, note S. Béal et A. Ferreira (conflit entre un accord de branche national et un accord local).

⁹⁷¹ En ce sens : Y. Chalaron, *Négociations et accords collectifs d'entreprise*, Pratique sociale, ss. la dir. de B. Teyssié, Litec, 1990, n°235, qui estime que « *s'il y a place pour la prise en considération du caractère objectivement indissociable de certains ensembles de clauses* », la formule de la Cour de cassation selon laquelle « *les avantages ayant le même objet ou la même cause ne peuvent se cumuler* » ne permet pas « *d'envisager une globalisation très poussée de la méthode de comparaison* ». V. égal. : M. Despax, *Négociations, conventions et accords collectifs*, Droit du travail, Dalloz, 2^{ème} éd., 1989, n°235. Selon cet auteur, il convient de s'écarter « *à la fois d'une comparaison globale et d'une comparaison exagérément analytique* ».

cassation s'en était tenue à une méthode strictement analytique, le salarié aurait pu cumuler les différents avantages⁹⁷².

b) Le rejet d'une comparaison « plus globale »

363. La prise en considération des effets sur l'emploi - Deux arrêts ont semblé privilégier le recours à une méthode globale de comparaison. Dans un premier arrêt du 19 février 1997 (Géophysique), la Cour de cassation a comparé deux accords collectifs. Le premier prévoyait une prime d'un montant supérieur au second ; mais le second avait pour contrepartie le maintien des salariés dans leur emploi menacé⁹⁷³. Or, la Cour de cassation a considéré que le second accord était plus favorable que le premier en raison de l'engagement de maintien de l'emploi. Cette interprétation a été confirmée par la suite à l'occasion d'une affaire dans laquelle un accord modificatif prévoyait une prime moins avantageuse que celle fixée par l'accord initial. La Cour de cassation a décidé que l'accord initial devait recevoir application car la baisse de la prime n'était pas compensée par un autre avantage consenti par l'employeur qui « *notamment, n'avait pris aucun engagement de maintien de l'emploi au sein de l'entreprise* »⁹⁷⁴. Dans ces affaires, le juge s'est donc écarté d'une comparaison analytique. Il a pris en considération un engagement de maintien de l'emploi dont l'objet est différent de celui d'une prime. Il a privilégié, en conséquence, le recours à une méthode globale. Cette analyse a été vivement critiquée⁹⁷⁵.

⁹⁷² En ce sens : CA Paris 9 févr. 1962 : D. 1963, p. 120, note J. Savatier ; JCP G 1962, II, 12880, note P. Bisiere. V. not. : A. Chevillard, La notion de disposition plus favorable, Dr. soc. 1993, p. 363, spéc. p. 372. Dans cet arrêt, la cour d'appel de Paris a admis qu'une indemnité conventionnelle de licenciement et l'avantage conventionnel résultant d'une retraite complémentaire constituaient deux avantages « *nettement distincts et ayant pour but des fins différentes* ».

⁹⁷³ Cass. soc. 19 févr. 1997, *Géophysique* : Bull. civ. V, n°70, n°94-45286 ; Dr. soc. 1997, p. 432, obs. G. Couturier ; RJS 4/97, n°444. V. égal. sur cet arrêt : G. Gélineau-Larrivet, Quelques observations sur le respect des engagements en matière d'emploi, Dr. soc. 1998, p. 380.

⁹⁷⁴ Cass. soc. 3 nov. 1999 : Bull. civ. V, n°429, n°98-44271 et n°98-44277 ; RJS 12/99 n°1484 ; Dr. soc. 1999, p. 1101, obs. P. Waquet.

⁹⁷⁵ V. not. : G. Couturier, ss. Cass. soc. 19 févr. 1997, Dr. soc. 1997, p. 432. Cet auteur considère que le changement de perspective adopté par la Cour est « *préoccupant dans la mesure où l'on introduit, dans une comparaison essentielle au respect des droits des salariés, des effets positifs sur l'emploi dont on sait bien qu'ils ne peuvent être réellement garantis* ». V. égal. : F. Bocquillon, Que reste-t-il du « principe de faveur » ?, Dr. soc. 2001, p. 255, spéc. p. 259 : « *Il est pour le moins hasardeux d'opérer une appréciation du caractère avantageux d'une norme au regard de ses effets potentiels sur l'emploi. Il est ensuite audacieux d'opérer une comparaison globale des accords en concours quand on connaît la réalité incertaine des engagements conventionnels sur l'emploi. On peut noter enfin qu'il est extrêmement difficile de procéder à une comparaison globale des textes conventionnels lorsque leur contenu porte sur des matières très différentes* ». V. aussi : G. Borenfreund, L'articulation du contrat de

364. Une prise en considération limitée aux conflits de succession – En réalité, les arrêts étudiés ont été rendus sous l’empire de la jurisprudence dite Basirico⁹⁷⁶ en vertu de laquelle lorsqu’un accord modificatif n’avait pas été signé par tous les syndicats signataires de l’accord initial les salariés pouvaient se prévaloir de ce dernier s’il était plus favorable⁹⁷⁷. Dès lors, dans chacune des deux espèces étudiées, le juge se trouvait confronté à « *un conflit de succession* »⁹⁷⁸. Un premier accord avait été modifié par un second, et chacun de ces accords était applicable. Or, comme le souligne un auteur, « *dans ce type de conflit, l’intention des négociateurs constitue l’élément essentiel de la solution* »⁹⁷⁹. Il semble alors opportun « *de comparer des avantages interdépendants, c’est à dire à propos desquels il apparaît que les négociateurs ont entendu lier le bénéfice des uns à la renonciation aux autres, dans le cadre du marchandage, de la négociation donnant-donnant, à laquelle ils se sont livrés* »⁹⁸⁰. En d’autres termes, la solution dégagée dans l’arrêt Géophysique trouve sa justification dans le fait qu’étaient en concours des avantages découlant d’accords conventionnels successifs et résultant de la négociation de contreparties⁹⁸¹. Ainsi, lors de la négociation du second accord, certains sacrifices avaient été consentis par les négociateurs. Ces sacrifices avaient, notamment, abouti à une réduction de la prime litigieuse en contrepartie d’un

travail et des normes collectives, Dr. ouvr. 1997, p. 514, spéc. p. 517 : « *Le maintien de l’emploi revêt un caractère non instantané, souvent hypothétique, voire potestatif, qui autorise à douter qu’on se trouve bien en présence d’une contrepartie réelle accordée à l’ensemble des salariés* ». La Cour de cassation ne s’est d’ailleurs plus prononcée en ce sens dans ses arrêts postérieurs. V. not. : Cass. soc. 8 juin 1999 : Bull. civ. V, n°269, n°97-42284 ; Dr. soc. 1999, obs. J. Savatier, p. 853. V. aussi : S. Béal et A. Ferreira, La comparaison entre deux conventions ou accords collectifs applicables dans l’entreprise, JCP S 2005, 1436.

⁹⁷⁶ Cass. Ass. plén. 20 mars 1992 (3 arrêts) : Bull. civ. AP, n°3, n°90-44359 ; Bull. civ. AP, n°3, n°89-44503 ; Bull. civ. AP, n°3, n°90-42196 ; RJS 5/92, n°645. V. aussi : Cass. soc. 9 mars 1989 : Bull. civ. V, n°200, n°86-44025 ; Dr. soc. 1989, p. 635.

⁹⁷⁷ La loi n°92-1446 du 31 décembre 1992 (JO 1^{er} janv. 1993) est revenue sur cette jurisprudence. Il en résultait que l’accord révisé se substituait de plein droit aux anciennes dispositions conventionnelles même s’il n’avait pas été signé par l’ensemble des parties liées à l’accord d’origine. Les syndicats non signataires de l’avenant disposait néanmoins d’un droit d’opposition pouvant être exercé à l’encontre des avenants réduisant ou supprimant des avantages conventionnels individuels ou collectifs. Depuis la loi n°2004-391 du 4 mai 2004 (JO, 5 mai 2004), l’avenant est soumis aux mêmes conditions de validité que l’accord initial. Seules les organisations syndicales de salariés signataires de l’accord d’origine ou adhérentes sont habilitées à signer l’accord de révision (C. trav., art. L. 2261-7). L’avenant se substitue de plein droit aux stipulations de la convention ou de l’accord qu’il modifie (C. trav., art. L. 2261-8).

⁹⁷⁸ Expression utilisée par A. Chevillard, La notion de disposition plus favorable, Dr. soc. 1993, p. 363, spéc. p. 370 et p. 373.

⁹⁷⁹ A. Chevillard, préc., p. 370.

⁹⁸⁰ A. Chevillard, préc., p. 373. L’auteur ajoute « *si un marchandage est établi, il peut conduire à comparer des avantages très différents les uns des autres* ».

engagement de maintien de l'emploi de l'employeur. L'engagement de maintien de l'emploi était donc indivisible de la prime contenue dans le second accord⁹⁸².

Un tel raisonnement n'a pas lieu d'être lorsque le juge apprécie le caractère plus favorable d'une stipulation contractuelle au regard d'une norme conventionnelle. En effet, il ne s'agit pas dans cette situation d'une négociation « donnant-donnant ». L'acte conventionnel et le contrat de travail sont indépendants l'un de l'autre. Ils sont conclus par des parties différentes, à des niveaux différents.

B) Silence du contrat et obligations conventionnelles

365. Problématique - Lorsqu'un texte conventionnel prévoit des avantages que le contrat de travail n'envisage pas, ceux-ci profitent aux salariés. Une telle analyse résulte des termes de l'article L. 2254-1 du code du travail. Il n'y a, en effet, dans cette hypothèse aucun conflit de normes. Cependant, qu'en est-il lorsqu'un texte conventionnel crée des obligations à la charge du salarié ?⁹⁸³ La question est de savoir si le silence du contrat peut être assimilé à « *une disposition plus favorable* ». En réalité, dans cette hypothèse, le principe de faveur doit être écarté (1). Le régime de la modification du contrat de travail doit être privilégié (2).

1) La mise à l'écart du principe de faveur

366. La mise à l'écart du principe de faveur serait justifiée (a). Elle a été partiellement consacrée (b).

⁹⁸¹ En ce sens : C. Radé, L'appréciation de la notion de disposition plus favorable, Dr. soc. 2000, p. 381.

⁹⁸² V. not sur ce point : C. Radé, préc., p. 382. L'auteur s'interroge sur les critères permettant au juge d'apprécier les dispositions qui doivent être considérées comme étant indivisibles. Il considère qu'il convient de se référer à la volonté des parties contractantes et « *de rechercher tout ce qui permet d'établir leur intention de lier le sort de certaines clauses* ». Ainsi, selon lui, l'indivisibilité sera « *soit explicite, soit implicite lorsque les travaux préparatoires, ou la présentation même des dispositions au sein de l'accord, témoignent de la volonté de subordonner l'abandon de certains avantages à l'octroi de nouveaux* ».

⁹⁸³ Cette hypothèse doit être distinguée de celle dans laquelle une obligation constitue l'accessoire d'un avantage conventionnel. Sur cette question, v. : F. Canut, L'ordre public en droit du travail, Bibliothèque de l'institut André Tunc, LGDJ, n°465, p. 227.

a) Une mise à l'écart justifiée

367. L'absence de conflit de normes - Une partie de la doctrine considère que le silence du contrat traduit la volonté des parties d'exclure les clauses conventionnelles créant des obligations à la charge du salarié⁹⁸⁴. Selon cette analyse, le juge devrait faire application du principe de faveur puisque le silence du contrat de travail, assimilé à une disposition contractuelle, se trouverait alors en concours avec une clause conventionnelle. Pourtant, cette interprétation n'est pas « *nécessairement conforme à la réalité* »⁹⁸⁵. Il n'est pas certain que la volonté des parties au contrat de travail ait été d'exclure toute clause conventionnelle créant des obligations à la charge du salarié. Les parties ont pu, à l'inverse, considérer qu'en vertu de l'effet impératif des dispositions conventionnelles, certaines clauses, sources d'obligation pour le salarié, étaient applicables sans qu'il soit nécessaire d'y faire référence dans le contrat de travail. En conséquence, le silence du contrat ne saurait être interprété comme signifiant que la volonté des parties a été d'exclure toute obligation conventionnelle non envisagée par ce dernier.

D'ailleurs, cette analyse ne respecte pas la lettre de l'article L. 2254-1 du code du travail qui vise l'existence de « *dispositions plus favorables* ». Or, le silence du contrat ne constitue pas une telle disposition. A cet égard, le juge retient une solution nuancée.

⁹⁸⁴ En ce sens : J. Péliissier, Droit des conventions collectives, évolutions et transformations, Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXIème siècle, Mélanges en l'honneur de J.-M. Verdier, Dalloz, 2001, p. 95, spéc. p. 108. L'auteur considère que la solution qui consiste à retenir que le contrat de travail silencieux ne peut pas faire échec à l'application de la convention collective « *est en contradiction complète avec le principe de faveur. Selon ce principe, le juge doit appliquer la règle la plus favorable au salarié. Or, la règle contractuelle est ici plus favorable que la règle conventionnelle ...* ». V. aussi : E. Dockès, La réciprocité des dispositions dans la convention collective, Dr ouvr. 1997, p. 503, spéc. p. 505 : « *Il n'existe pas de solution juridique sans support juridique, une convention collective ne peut être moins favorable que le vide, lequel n'existe pas, en droit (...)* ». L'auteur ajoute que « *« Les moins que rien conventionnels » sont en réalité des moins que le contrat. A défaut de retranscriptions dans les contrats individuels, qui éviterait les conflits entre ces contrats et la convention collective, ces stipulations conventionnelles devraient donc être dépourvues d'effet* » ; G. Couturier, Droit du travail, Les relations individuelles de travail, PUF, 2^{ème} éd., 1993, n°73, p. 143.

Sur cette question v. égal. : F. Gaudu et R. Vatinet, Les contrats du travail, Traité des contrats, LGDJ, 2001, n°577, p. 506 ; A. Johansson, Les obligations conventionnelles face au silence du contrat de travail, JCP S 2006, 1304 ; F. Canut, L'ordre public en droit du travail, Bibliothèque de l'institut André Tunc, LGDJ, n°460, p. 225 ; A. Martinon, L'articulation des conventions et accords collectifs et des contrats de travail, in L'articulation des normes en droit du travail, Economica, 2011, p. 30, spéc. n°76, p. 37.

⁹⁸⁵ J. Mouly, note ss. Cass. soc. 17 oct. 2000, D. 2001, jurisp., p. 2061, spéc. n°6.

b) Une mise à l'écart partiellement consacrée

368. L'effacement du contrat postérieur à la norme conventionnelle - La Cour de cassation considère que, dans le silence du contrat, les obligations créées à la charge du salarié par un texte conventionnel lui sont opposables dès lors que certaines conditions ont été respectées. Ainsi, le salarié doit avoir été informé, au moment de son engagement, de l'existence de la convention collective applicable et il doit avoir été mis en mesure d'en prendre connaissance⁹⁸⁶. Le juge s'est d'abord prononcé en ce sens à propos de la période d'essai⁹⁸⁷. Puis il a étendu cette solution aux clauses de non concurrence⁹⁸⁸ et aux clauses de mobilité⁹⁸⁹. En conséquence, si le salarié a été régulièrement informé, le juge n'assimile pas le silence du contrat à une disposition plus favorable. Il écarte l'application du principe de faveur ; aucun concours de normes n'est alors constaté. Cependant, l'exigence jurisprudentielle liée à l'information du salarié atténue l'effet impératif, reconnu par le juge, aux dispositions conventionnelles. Si l'employeur manque à son obligation d'information, le salarié pourra se prévaloir du silence de son contrat.

⁹⁸⁶ En matière d'astreintes, notamment, le juge retient une solution différente. Il considère que les dispositions conventionnelles relatives aux astreintes s'appliquent au salarié dont le contrat de travail, silencieux sur la question des astreintes, est postérieur à l'entrée en vigueur de la convention collective. Cependant, il n'exige pas que le salarié ait été informé de l'existence de la convention collective et mis en mesure d'en prendre connaissance : Cass. soc. 16 déc. 1998 : Bull. civ. V, n°556, n°96-42102 ; Dr. soc. 1999, p. 254, obs. J.-E. Ray ; D. 1999, som. p. 182, obs. I. Desbarats ; TPS 1999, com. 54, note P.-Y. Verkindt ; RJS 2/99, n°241. De même, lorsque le contrat de travail est antérieur à la convention collective, les dispositions conventionnelles relatives aux astreintes s'imposent au salarié même si son contrat de travail est silencieux sur ce point : Cass. soc. 13 févr. 2002 : non publié au Bull., n°00-40387 ; RJS 5/02, n°570. Cette application des clauses conventionnelles se justifie par l'application de l'article L. 3121-7 du code du travail. Ce texte prévoit que les astreintes sont mises en place par convention ou accord collectif de travail étendu ou par accord d'entreprise ou d'établissement. V. not. : M.-A. Souriac et G. Borenfreund, La négociation collective entre désillusion et illusions, Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXIème siècle, Mélanges en l'honneur de J.-M. Verdier, Dalloz 2001, p. 181, spéc. p. 196 ; X. Carsin, La convention collective source de sujétions pour le salarié, JCP S 2007, 1015. V. égal. A. Johansson, Les obligations conventionnelles face au silence du contrat de travail, JCP S 2006, 1304.

⁹⁸⁷ Cass. soc. 29 mars 1995 : Bull. civ. V, n°112, n°91-44562 ; JCP G 1995, I, 3899, n°4, note J.-F. Cesaro ; RJS 5/95, n°538 ; Dr. soc. 1995, p. 459 et le rapport de J.-M. Desjardins, Sur les conditions d'application de la période d'essai prévue par une convention collective, p. 454 ; D. 1996, jurispr., p. 127, note G. Pignarre - Cass. soc. 14 fév. 1996 : non publié au Bull., n°93-41445 ; RJS 4/96 n°426 - Cass. soc. 23 avril 1997 : Bull. civ. V, n°143, n°94-42525 ; RJS 6/97, n°648 ; Dr. soc. 1997, p. 641, obs. G. Couturier - Cass. soc. 26 sept. 2002 : Bull. civ. V, n°282, n°00-43874 ; Dr. soc. 2002, p. 1138, obs. F. Duquenne. Désormais, l'article 1221-3 du code du travail, dont la rédaction résulte de la loi n°2008-596 du 25 juin 2008 prévoit que la période d'essai doit être expressément stipulée dans le contrat de travail.

⁹⁸⁸ Cass. soc. 8 janv. 1997 : Bull. civ. V, n°8, n°93-44009 ; RJS 2/97, n°184 ; Dr. soc. 1997, p. 323, obs. G. Couturier ; D. 1997, jurispr., p. 332, note M. Crionnet ; D. 1997, som. p. 240, note Y. Serra.

⁹⁸⁹ Cass. soc. 27 juin 2002 : Bull. civ. V, n°222, n°00-42646 ; RJS 10/02 n°1074 ; D. 2002, som. p. 3115, obs. M.-C. Amaurget-Lattes ; JSL 2002, n°108, p. 14, com. M.-C. Haller ; JCP G 2003, I, 130 n°10, note F. Bouzeu - Cass. soc. 30 nov. 2005 : n°03-46530 ; RJS 3/06.

369. La résistance du contrat antérieur à la norme conventionnelle - Le juge retient une solution différente lorsque l'accord collectif est entré en vigueur postérieurement à l'engagement du salarié. Ainsi, dans un arrêt en date du 17 octobre 2000, la Cour de cassation a admis que « *le contrat de travail du salarié, qui était dépourvu de clause de non-concurrence, ne pouvait être modifié par un accord d'établissement instituant une interdiction de concurrence* »⁹⁹⁰. De même, dans un arrêt du 27 juin 2002, la Cour de cassation a considéré que lorsque l'engagement du salarié est antérieur à la convention collective, celle-ci ne peut, sans modifier le contrat de travail, imposer au salarié une clause de mobilité qui n'y figurait pas⁹⁹¹. Un tel raisonnement justifie également la solution selon laquelle « *la validité de la clause de non-concurrence doit être appréciée à la date de sa conclusion et que la convention collective intervenue postérieurement ne peut avoir pour effet de couvrir la nullité qui l'affecte* »⁹⁹². En effet, si la clause est nulle, le salarié n'est pas tenu d'une obligation de non-concurrence. Admettre la régularisation ultérieure de la clause revient à lui imposer, au cours de l'exécution du contrat, une clause de non-concurrence⁹⁹³.

Toutefois, une telle analyse suppose d'assimiler le silence du contrat à une clause contractuelle. La Cour de cassation retient donc une solution différente selon que les salariés ont été embauchés antérieurement ou postérieurement à l'entrée en vigueur des dispositions conventionnelles. Une telle distinction a suscité certaines critiques⁹⁹⁴. Comment justifier cette différence de traitement ? La Cour semble en réalité se placer sur un terrain autre que celui du principe de faveur.

⁹⁹⁰ Cass. soc. 17 oct. 2000 : Bull. civ. V, n°334, n°98-42018 ; Dr. soc. 2000, p. 1147, obs. J. Savatier ; D. 2001, jurisp., p. 2061, note J. Mouly.

⁹⁹¹ Cass. soc. 27 juin 2002, préc.

⁹⁹² Cass. soc. 28 sept. 2011 : Bull. civ. V, n° 196, n°09-68537 ; Dr. soc. 2012, p. 92, obs. J. Mouly ; JCP S 2012, 1004, note I. Beyneix ; SSL 2011, n°1512, p. 10, note F. Canut ; CSBP 2011, n°236, note M. Fatrez.

⁹⁹³ V. sur l'exigence de l'accord du salarié en cas d'insertion d'une clause de non-concurrence au cours de l'exécution du contrat : Cass. soc. 7 juill. 1998 : Bull. civ. V, n°367, n°96-40256, n°96-45047 ; RJS 8-9/98, n° 958 ; JCP G 1998, II, 10196, note C. Puigelier : « *La cour d'appel a exactement jugé que l'insertion d'une clause de non-concurrence dans un contrat de travail n'en comportant pas constituait une modification de ce contrat* » - Cass. soc. 16 déc. 1998 : Bull. civ. V, n°557, n°96-41845 ; TPS 1999, comm. 60 ; RJS 2/99, n°154.

⁹⁹⁴ J. Savatier, ss. Cass. soc. 17 oct. 2000, Dr. soc. 2000 p. 1148, considère notamment que la solution fait « *obstacle à l'unité du statut collectif du personnel dans l'entreprise* ».

2) *Le recours au régime de la modification du contrat de travail*

370. Le juge exige, implicitement, l'accord du salarié sur les clauses conventionnelles créant des obligations à sa charge (a). Une telle exigence paraît fondée (b).

a) L'accord du salarié, une exigence implicite

371. L'information du salarié, révélatrice de son acceptation - La Cour de cassation semble considérer que les clauses conventionnelles créant des obligations à la charge du salarié ne peuvent lui être imposées que s'il y a consenti. En effet, l'exigence liée à l'information du salarié au moment de son embauche lui permet de ne pas contracter s'il refuse les obligations conventionnelles. Le salarié qui signe son contrat de travail est présumé avoir donné son accord, implicite, sur les clauses conventionnelles qui créent des obligations à sa charge. « *En somme, l'obligation d'information qui pèse sur l'employeur fait entrer ou non l'obligation conventionnelle dans le champ contractuel* »⁹⁹⁵. En revanche, lorsque les obligations conventionnelles sont entrées en vigueur postérieurement au contrat de travail, le salarié n'a pu en être informé lors de la signature de son contrat. Dès lors, il n'a pu y consentir.

372. L'acceptation du salarié, condition d'application des obligations conventionnelles - Tel est, semble-t-il, le raisonnement de la Cour de cassation. Cette solution paraît justifiée. Une partie de la doctrine avance à juste titre que la convention collective ne saurait, à elle seule, créer d'obligations à la charge du salarié⁹⁹⁶. La

⁹⁹⁵ A. Martinon, L'articulation des conventions et accords collectifs et des contrats de travail, in L'articulation des normes en droit du travail, Economica, 2011, p. 29, spéc. n°77, p. 37.

⁹⁹⁶ En ce sens : Y. Chalaron, Négociations et accords collectifs d'entreprise, Pratique sociale, ss. la dir. de B. Teyssié, Litec, 1990, n°171 : « *Il n'est pas dans la fonction normale de l'acte collectif de constituer des avantages pour l'employeur par la création directe d'un droit de créance contre les salariés ou leurs institutions de représentation* ». V. égal. : M. Despax, Négociations, conventions et accords collectifs, Droit du travail, 2^{ème} éd., Dalloz, 1989, n°59, p. 104 : « *La réglementation conventionnelle des clauses de non-concurrence ne peut être que de nature protectrice et non coercitive* ». V. aussi. : M.-L. Morin, Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit, LGDJ, 1994, n°756. Cet auteur distingue « *la situation contractuelle et la situation collective du salarié* ». Ainsi, les clauses conventionnelles ne portant que sur la situation individuelle du salarié et « *qui atteignent les droits propres du salarié, qu'il s'agisse de limiter la liberté du travail (clause de non-concurrence) ou de mettre à l'écart du régime légal de licenciement (période d'essai)* » ne pourraient « *s'imposer que si le contrat y fait expressément référence* ». En revanche, les clauses conventionnelles portant plus largement sur la détermination des règles de la collectivité de travail, « *s'imposent au salarié, comme tout autre clause conventionnelle* ».

convention collective ne devrait pouvoir imposer une sujétion au salarié qu'en vertu d'une habilitation légale⁹⁹⁷. Le législateur prévoit d'ailleurs, dans certains cas, que les partenaires sociaux ont la faculté de créer des sujétions s'imposant au salarié⁹⁹⁸. A défaut d'habilitation légale, l'accord du salarié serait donc indispensable. En outre, certains auteurs soulignent, à juste titre, qu'une convention collective ou un accord collectif ne saurait limiter une liberté fondamentale sans l'accord du salarié⁹⁹⁹. Le relai du contrat de travail s'imposerait. Or, le fait pour le juge d'exiger, implicitement, l'accord du salarié répond, en partie, à cette condition.

b) L'accord du salarié, une exigence fondée

373. La consécration d'une solution implicite - Toutefois, l'exigence d'information sur la convention collective ne permet pas de s'assurer que le salarié a eu réellement connaissance de l'existence des obligations conventionnelles lui incombant. Ainsi, selon certains auteurs, il serait souhaitable que le juge exige une information du salarié sur la sujétion imposée au salarié¹⁰⁰⁰. D'ailleurs, ne serait-il pas souhaitable que l'accord du salarié sur la sujétion soit expressément exigé ? L'exigence d'un accord écrit permettrait de s'assurer que le salarié a réellement consenti à la clause.

374. La clarification de son régime - L'exigence d'un accord exprès lèverait, en outre, toute ambiguïté sur la nature et le régime de l'obligation considérée. En effet, le juge semble exiger implicitement l'accord du salarié. Il est néanmoins peu probable qu'en l'état actuel de la jurisprudence il reconnaisse à cette obligation conventionnelle

⁹⁹⁷ X. Carsin, La convention collective source de sujétions pour le salarié, JCP S 2007, 1015 : « *En l'absence d'habilitation législative, la soumission à la sujétion prévue par la convention collective nécessite le consentement du salarié* ».

⁹⁹⁸ Tel est notamment le cas en matière d'astreintes (C. trav., art. L. 3121-7).

⁹⁹⁹ V. sur l'impossibilité pour une convention collective de limiter une liberté fondamentale sans l'accord du salarié : M.-A. Souriac et G. Borenfreund, La négociation collective entre désillusion et illusions, Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXIème siècle, Mélanges en l'honneur de J.-M. Verdier, Dalloz, 2001, p. 181, spéc. p. 194 ; J. Mouly, note ss. Cass. soc. 17 oct. 2000, D. 2001, p. 2061 : « *La liberté du travail est trop précieuse pour le salarié pour qu'une clause puisse y porter atteinte sans que celui-ci y ait personnellement consenti* » ; G. Couturier, ss. Cass. soc. 8 janv. 1997, Dr. soc. 1997, p. 323 ; M.-L. Morin, Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit, LGDJ 1994, n°756, p. 622 ; M. Crionnet, ss. Cass. soc. 9 juill. 1978, D. 1978, jurisp., p. 338.

¹⁰⁰⁰ En ce sens : M. Crionnet, ss. Cass. soc. 8 janv. 1997, D. 1997, jurisp., p. 332. V. aussi : J. Mouly, note ss. Cass. soc. 17 oct. 2000, D. 2001, p. 2061 ; X. Carsin, La convention collective source de sujétions pour le salarié, JCP S 2007, 1015 ; A. Martinon, L'articulation des conventions et accords collectifs et des contrats de travail, in L'articulation des normes en droit du travail, Economica, 2011, p. 29, spéc. p. 37.

les effets d'une véritable clause contractuelle, notamment en cas de dénonciation ou de mise en cause de la norme conventionnelle. Pourtant, dès lors que la clause est incorporée au contrat, la mise en cause du texte conventionnel ne devrait avoir aucune incidence sur le sort de celle-ci.

II) L'identification de la disposition la plus favorable

375. Lorsque le juge a isolé les dispositions conventionnelles et contractuelles en concours, il doit déterminer la plus favorable au salarié. Comment va-t-il apprécier ce caractère « plus favorable » ? L'étude de la jurisprudence montre qu'il se fonde sur l'intérêt particulier du salarié (A). Néanmoins, il ne prend pas en considération la préférence de ce dernier (B).

A) Une appréciation fondée sur l'intérêt particulier du salarié

376. La Cour de cassation retient une appréciation individualisée (1). Celle-ci semble fondée sur le caractère individuel du contrat de travail (2).

1) Une appréciation individualisée

377. Absence de prise en compte de l'intérêt collectif - Lorsque le juge apprécie le caractère plus ou moins favorable de dispositions relevant de deux conventions collectives différentes, il décide que « *le caractère favorable ou non des clauses à comparer doit être apprécié eu égard à l'ensemble des intéressés et non eu égard à l'un d'eux en particulier* »¹⁰⁰¹ ou encore que « *le caractère plus avantageux doit être apprécié globalement pour l'ensemble du personnel, avantage par avantage* »¹⁰⁰². Or, une méthode de comparaison différente prévaut lorsque le juge résout un conflit entre une clause conventionnelle et une stipulation contractuelle. Lorsqu'il compare une

¹⁰⁰¹ Cass. soc. 11 janv. 1962 : Bull. civ. V, n°54, n°60-40224 ; Dr. soc. 1962, p. 290, obs. J. Savatier - Cass. soc. 1^{er} juin 1976 : Bull. civ. V, n°338, n°74-40650 - Cass. soc. 25 janv. 1984 : Bull. civ. V, n°33, n°69-40230.

¹⁰⁰² Cass. soc. 18 janv. 2000 : Bull. civ. V, n°27, n°96-44578 et n°96-44586 - Cass. soc. 17 janv. 1996 : Bull. civ. V, n°15, n°93-20066 : RJS 3/96, n°290 ; Dr. soc. 1996, p. 643, obs. J. Barthélémy - Cass. soc. 23 févr. 2005 : non publié au Bull., n°02-17433 - Cass. soc. 30 nov. 2005 : non publié au Bull., n°03-46093.

clause conventionnelle et une clause contractuelle, le juge n'a jamais admis que le caractère plus avantageux devait être apprécié globalement pour l'ensemble du personnel. Dans ce cas, il se fonde exclusivement sur la situation particulière du salarié, partie au litige¹⁰⁰³, même s'il n'y fait pas expressément référence¹⁰⁰⁴. Un tel raisonnement est justifié.

2) Une appréciation fondée sur le caractère individuel du contrat de travail

378. L'appréciation individualisée retenue par le juge est fondée. Entre, en effet dans la comparaison, le contrat de travail. La source contractuelle commande une appréciation individualisée (a). Une partie de la doctrine considère néanmoins que c'est le caractère individuel ou collectif de l'avantage qui doit être déterminant dans la méthode d'appréciation (b).

a) Une appréciation fondée sur la source de l'avantage

379. La source contractuelle, fondement d'une appréciation individuelle - Selon certains auteurs, lorsqu'une des normes entrant dans la comparaison est le contrat de travail, le caractère plus ou moins favorable d'un avantage né de ce dernier doit s'apprécier au regard de l'intérêt particulier du salarié¹⁰⁰⁵.

¹⁰⁰³ V. not. : C. Radé, L'appréciation de la notion de disposition plus favorable, Dr. soc. 2000, p. 381, spéc. p. 383 : « *Le salarié fonde généralement sa prétention directement sur l'examen de la situation particulière et (...) le juge acceptera de comparer les règles en concours compte tenu de ses seuls intérêts* ».

¹⁰⁰⁴ En revanche, le juge a fait expressément référence à la « *situation particulière du salarié* » concernant la comparaison de l'article 616 du code civil local et des dispositions conventionnelles ou d'un engagement unilatéral. V. not. : Cass. soc. 19 juin 2001 : Bull. civ. V, n°226, n°98-44926 ; SSL, n°1046, p. 5, note J. Barthélémy - Cass. soc. 26 oct. 1999 : Bull. civ. V, n°398, n°97-45457 ; Dr. soc. 2000, p. 383 et l'étude de C. Radé, L'appréciation de la notion de disposition plus favorable, p. 381 - Cass. soc. 25 fév. 1998 : non publié au Bull., n°96.40042.

¹⁰⁰⁵ En ce sens : M. Despax, Négociations, conventions et accords collectifs, Droit du travail, Dalloz, 2^{ème} éd., 1989, n°62, p. 111 : « *La dérogation intéressant ici les relations individuelles de travail, l'appréciation sur le caractère favorable ou non de la disposition litigieuse, doit être portée en fonction de l'intérêt individuel du salarié et non pas en fonction de l'intérêt collectif que le personnel dans son ensemble pourrait avoir à ce que la clause soit ou non insérée dans un contrat de travail* » ; J. Péliissier, La loi dite « des 35 heures » constats et perspectives, Dr. soc. 1998, p. 793, spéc. p. 796, considère qu'il est « *logique d'apprécier le caractère plus ou moins favorable de la clause contractuelle en recherchant ce qui est plus favorable pour l'individu qui entend faire prévaloir les clauses de son contrat sur les dispositions de l'accord collectif* ». V. égal. : G. Borenfreund, La résistance du salarié à l'accord collectif : l'exemple des accords dérogatoires, Dr. soc. 1990, p. 626. Comp. : Y. Chalaron, J.-Cl. Trav.,

Une telle conception se justifie aisément. Le contrat de travail revêt par nature un caractère individuel. Il peut prévoir des avantages qui ne bénéficieront qu'à l'intéressé lié par le contrat de travail, et ce, en raison de sa situation particulière. Dès lors, « *le propre du contrat de travail étant la diversification des statuts, il n'y aurait pas d'inconvénients à retenir la comparaison par individu* »¹⁰⁰⁶. A l'inverse, l'appréciation en fonction de l'intérêt collectif ne peut se concevoir que lors de la comparaison de normes collectives qui, par nature, ont vocation à s'appliquer à une collectivité. Comme le souligne un auteur « *face à des enjeux collectifs, la méthode de comparaison doit être collective* »¹⁰⁰⁷. Une partie de la doctrine a pourtant proposé une approche différente.

b) Une appréciation fondée sur le caractère individuel de l'avantage

380. Le caractère individuel ou collectif de l'avantage - Certains auteurs estiment que c'est le caractère individuel d'un avantage qui doit commander une appréciation fondée sur l'intérêt particulier du salarié¹⁰⁰⁸. Selon Aliprantis, « *les avantages individuels sont ceux qui fondent une créance au profit des salariés pris isolément* »¹⁰⁰⁹. Dès lors, « *en ce qui concerne les avantages individuels, c'est par rapport à chaque salarié que la comparaison doit se faire indépendamment des sources qui les prévoient* »¹⁰¹⁰. En revanche, lorsque la comparaison concerne des avantages collectifs, il conviendrait de prendre en compte la collectivité des intéressés car « *ces avantages*

Fasc. 1-36, Négociation, conventions et accords collectifs. Rapports avec les autres sources de droit, 2000, n°61 : « *Cette solution, jointe à l'appréciation très analytique des termes du concours pourrait constituer un sérieux obstacle à l'efficacité d'accords collectifs – tout particulièrement d'accords d'entreprise – favorables au personnel considéré dans son ensemble, mais qui peuvent ne pas l'être pour un salarié qui en refuse alors les incidences sur son contrat* ».

¹⁰⁰⁶ A. Chevillard, La notion de disposition plus favorable, Dr. soc. 1993, p. 363, spéc. p. 367.

¹⁰⁰⁷ C. Radé, L'appréciation de la notion de disposition plus favorable, Dr. soc. 2000, p. 381, spéc. p. 382.

¹⁰⁰⁸ N. Aliprantis, La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes, LGDJ, 1980, p. 62. Cet auteur souligne que ce n'est pas la source de l'avantage qui doit être déterminante mais « *le point de savoir si les avantages concernent les rapports individuels ou les rapports collectifs de travail, c'est-à-dire s'ils sont des avantages en ce sens individuels ou collectifs* ». V. aussi : A. Chevillard, préc., p. 368 : « *La comparaison, dans les conflits de normes hiérarchisées, doit se faire selon le bénéficiaire de l'avantage, tel qu'il est déterminé par son objet, individuel (congrés, salaire, préavis de rupture) ou collectif (moyens d'action syndicales par exemple). Selon l'avantage en cause, ce sera l'individu ou la collectivité qui sera pris en considération* ».

¹⁰⁰⁹ N. Aliprantis, La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes, LGDJ, 1980, p. 62.

sont par définition étrangers aux rapports individuels de travail »¹⁰¹¹. Cette analyse peut paraître convaincante. Elle est néanmoins source de difficultés.

381. Avantage individuel et collectif, des définitions divergentes - Une telle analyse suppose de définir la notion d'avantage individuel et celle d'avantage collectif. Or, sur ce point les difficultés ne sont pas négligeables. Aliprantis considère que « *l'avantage individuel par son objet est celui qui concerne les rapports individuels du travail* »¹⁰¹². En d'autres termes, il s'agit de l'avantage qui peut être invoqué par chaque salarié pris isolément. En revanche, l'avantage collectif est celui qui concerne les rapports collectifs du travail. Ne sont habilités à le faire valoir que des « entités » transcendant les salariés pris en tant qu'individus, à savoir, selon le cas, le comité d'entreprise et (ou) les syndicats¹⁰¹³. La définition de l'avantage collectif proposée par cet auteur est assez restrictive.

Elle s'écarte, en effet, d'une définition beaucoup plus large selon laquelle l'avantage serait collectif lorsqu'il est établi en faveur de la collectivité du personnel ou de certains groupes de salariés¹⁰¹⁴. D'autres définitions, ont, en outre, été proposées par la doctrine, à propos, notamment, de l'article L. 2261-13 (anc. art. L. 132-8) du code du travail¹⁰¹⁵. Mais la multiplicité de ces propositions ne permet pas de dégager avec précision ce que

¹⁰¹⁰ Ibid.

¹⁰¹¹ Ibid.

¹⁰¹² N. Aliprantis, préc., p. 59.

¹⁰¹³ Ibid.

¹⁰¹⁴ P. Durand et R. Jaussaud, *Traité de droit du travail*, t. 1, Dalloz, 1947, p. 128.

¹⁰¹⁵ V. not : M. Despax, *Négociations, conventions et accords collectifs*, *Droit du travail*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1989, n°166 bis, p. 29 ; B. Boubli, *Régime juridique des avantages acquis*, *SSL 2001*, suppl., n°1030, p. 12, spéc. p. 14 : « *L'avantage individuel se détermine par son objet. C'est celui dont on peut bénéficier indépendamment de l'appartenance à une collectivité de salariés* » ; G. Vachet, ss. Cass. soc. 23 sept. 2009, *JCP S 2009*, 1599. V. égal. : E. Dockès, *L'avantage individuel acquis*, *Dr. soc.* 1993, p. 826, spéc. p. 828. Selon cet auteur, les avantages collectifs par nature sont « *les avantages qui ne peuvent bénéficier à certains salariés, sans bénéficier à d'autres salariés* ». Les avantages collectifs par finalité sont « *l'ensemble des dispositions ayant pour objet la représentation du personnel, le droit syndical, ou encore la négociation collective* ». L'auteur conclut que « *tout avantage qui n'est collectif ni par nature ni par finalité, doit être qualifié d'individuel* ». V. aussi : B. Teyssié, *Droit du travail*, *Jurisprudences collectives*, 8^{ème} éd., Lexisnexis, 2012, n°1453, qui, reprenant diverses solutions jurisprudentielles, considère qu'est individuel « *l'avantage lié au contrat de travail unissant le salarié et l'employeur, ce qui est le cas d'un élément, du niveau ou de la structure de la rémunération, d'un congé supplémentaire lié à l'ancienneté (...), il se distingue de l'avantage collectif, lequel concerne l'organisation générale de l'entreprise, ce qui est le cas de dispositions générales relatives au temps de travail et de repos ...* ».

recouvrent les notions d'avantage individuel et d'avantage collectif. Elle met en exergue les difficultés tenant à l'élaboration d'une définition précise de ces deux notions.

382. Les insuffisances liées à la distinction proposée - En outre, si l'on s'en tient à l'analyse proposée par Aliprantis, de nombreux avantages conventionnels devraient donner lieu, de manière contestable, à une appréciation individualisée de la part du juge. Tel serait le cas de primes conventionnelles relevant de deux accords différents. De telles primes ont, selon la définition proposée par Aliprantis, un caractère individuel, par leur objet¹⁰¹⁶. Le juge devrait, en conséquence, prendre en considération l'intérêt particulier du salarié. Pourtant, le bénéfice de ces primes est prévu par des normes ayant vocation à s'appliquer à une collectivité de salariés. Dès lors, n'est-il pas logique que le juge apprécie le caractère plus ou moins avantageux de chacune de ces primes eu égard à l'ensemble des salariés intéressés par celles-ci ? En effet, dans une telle hypothèse, la comparaison porte sur des normes dont le champ d'application dépasse la situation du salarié pris individuellement. C'est pourquoi l'appréciation en fonction de l'intérêt particulier du salarié ne se justifie pas. Le juge se prononce d'ailleurs en ce sens. Lorsque la comparaison porte sur des primes conventionnelles, il tient compte des intérêts « *de l'ensemble des salariés et non de tel ou tel d'entre eux* »¹⁰¹⁷. Ainsi, contrairement à l'analyse proposée, la source de l'avantage, individuelle ou collective, paraît essentielle ; elle ne saurait être négligée.

Au demeurant, le contrat de travail étant le réceptacle des avantages individuels, la distinction entre avantages collectifs et individuels ne revêt que peu d'intérêt en ce qui concerne les avantages contractuels¹⁰¹⁸.

B) Une appréciation exclusive de la préférence de l'intéressé

383. Si, lorsqu'il compare une clause contractuelle et une clause conventionnelle, le juge se fonde sur l'intérêt particulier du salarié, la préférence de ce dernier n'est pas

¹⁰¹⁶ En ce sens concernant une prime de fin d'année : N. Aliprantis, La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes, LGDJ, 1980, p. 59.

¹⁰¹⁷ Cass. soc. 19 févr. 1997, préc., note de bas de page, n°973.

¹⁰¹⁸ N. Aliprantis, La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes, LGDJ, 1980, p. 62. L'auteur relève d'ailleurs, à propos des avantages collectifs, que « *en l'occurrence, le contrat de travail n'est pas le moyen approprié de réglementation de tels avantages* ».

pour autant prise en compte. Elle est indifférente (1). Certaines décisions ont néanmoins pu faire douter de cette affirmation (2).

1) *L'indifférence consacrée de la préférence*

384. Le juge avait le choix de se fonder ou non sur la préférence du salarié. Il a préféré écarter celle-ci. Une telle solution est justifiée.

385. Le choix du juge - Selon une partie de la doctrine, le fait d'apprécier le caractère plus avantageux d'une clause contractuelle en fonction de l'intérêt particulier du salarié ne signifie pas nécessairement que cette appréciation est « subjective »¹⁰¹⁹. La comparaison serait « subjective » si le juge prenait en considération la préférence de l'intéressé¹⁰²⁰. Le rôle du juge serait alors particulièrement réduit puisqu'il se limiterait à appliquer la norme préférée par le salarié. A l'inverse, l'appréciation est « objective » « *si l'on se réfère à des éléments extérieurs au choix que veut faire l'intéressé dans le litige donné, tels la volonté du législateur ou des négociateurs selon les normes en conflit, ou encore la préférence habituelle, celle du salarié « commun » ou du personnel de toute entreprise* »¹⁰²¹. Cette appréciation suppose une intervention plus étendue du juge. La notion d'appréciation « objective » ou « subjective » peut néanmoins prêter à confusion. En définitive, la question est de savoir si la préférence du salarié doit être prise en considération.

Les arrêts rendus ne font aucunement référence à une quelconque préférence du salarié. Le juge s'efforce de rechercher, selon sa propre interprétation, et au regard du « salarié commun », le caractère plus ou moins favorable des clauses qui lui sont soumises. Dès lors, le choix retenu est susceptible de ne pas correspondre aux préférences du salarié. Tel fut, notamment, le cas dans un arrêt du 31 octobre 2000. Le juge devait se prononcer sur le caractère plus favorable d'une clause conventionnelle et d'une clause

¹⁰¹⁹ En ce sens : N. Aliprantis, La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes, LGDJ, 1980, p. 60. Selon, cet auteur, on peut « *en effet, en même temps tenir compte de l'intérêt individuel des salariés pris isolément et porter un jugement objectif sur le caractère plus favorable d'une norme par rapport à une autre* ». L'auteur ajoute qu'il y a « *des mesures objectives pour apprécier l'intérêt individuel* ».

¹⁰²⁰ En ce sens : A. Chevillard, La notion de disposition plus favorable, Dr. soc. 1993, p. 363, spéc. p. 364.

¹⁰²¹ A. Chevillard, préc., p. 364.

contractuelle de non-concurrence. La clause contractuelle précisait que l'obligation de non-concurrence ne s'imposait au salarié que si l'employeur dans les quinze jours suivant la rupture du contrat, en exigeait l'exécution. La clause conventionnelle prévoyait une faculté de renonciation au bénéfice de l'employeur, dans les quinze jours suivant la rupture du contrat. Le salarié faisait notamment valoir que la convention collective était plus favorable car le contrat de travail permettait à l'employeur d'exiger discrétionnairement du salarié l'exécution d'une clause de non concurrence. Il estimait, en conséquence, qu'en l'absence de renonciation de l'employeur, il était tenu à un engagement de non-concurrence et il réclamait le paiement de la contrepartie financière. La Cour de cassation n'a pas accueilli sa demande¹⁰²². Elle a estimé que la Cour d'appel avait fait application, à juste titre, « *des dispositions plus favorables à la liberté du travail* » contenues dans le contrat de travail.

386. Un choix justifié - Une telle appréciation, exclusive de la préférence du salarié, est justifiée. Les raisons d'adopter une comparaison objective « *sont identiques à toutes celles qui justifient l'indérogeabilité ou encore l'interdiction de la renonciation* »¹⁰²³. Compte tenu de l'existence du lien de subordination, et eu égard à la situation de dépendance du salarié, celui-ci n'est pas en mesure de déterminer la norme qui lui est la plus favorable¹⁰²⁴. Seul le juge est susceptible d'effectuer ce choix. Son intervention est présumée garantir au salarié une protection efficace de ses intérêts. Ainsi, dans l'exemple ci-dessus, le juge a entendu faire prévaloir la liberté du travail sur le bénéfice d'une contrepartie financière¹⁰²⁵. Dans un arrêt du 5 janvier 1994, la protection de la liberté du travail a également été privilégiée, malgré la préférence de l'intéressé qui souhaitait obtenir le paiement de la contrepartie financière¹⁰²⁶.

¹⁰²² Cass. soc. 31 oct. 2000 : non publié au Bull., n°98-43697 ; JSL 2000, n°70-30, p. 25, obs. N. Rérolle. V. cep. sur la remise en cause d'une telle solution, infra note de bas de page n°1025.

¹⁰²³ A. Chevillard, préc., p. 363, spéc. p. 365.

¹⁰²⁴ En ce sens : A. Chevillard, préc., p. 363, spéc. p. 365.

¹⁰²⁵ Toutefois, la Cour de cassation est revenue sur cette solution. Elle condamne les clauses de non-concurrence en sommeil. V. not. : Cass. soc. 12 févr. 2002 : Bull. civ. V, n°62, n°00-41765 ; Dr. soc. 2002, p. 468, obs. R. Vatinet ; SSL 21 oct. 2002, n°1068, p. 13, obs. M.-C. Haller ; JSL 2002, n°97, p. 19, comm. M-C Haller - Cass. soc. 10 mars 2004, non publié au Bull., n°01-47136 ; Cass. soc. 22 janv. 2003, non publié au Bull., n°01-40031. V. aussi sur l'illicéité d'une clause autorisant l'employeur à renoncer à la clause pendant son exécution : Cass. soc. 13 juill. 2010 : Bull. civ. V, n°174, n°09-41626 ; Dr. soc. 2010, p. 1118, obs. J. Mouly ; JCP S 2010, 1410, note D. Asquinazi-Bailleux.

¹⁰²⁶ Cass. soc. 5 janv. 1994 : non publié au Bull., n°89-45.777. V. cep. : Cass. soc. 25 févr. 1998 : Bull. civ. V, n°104, n°95-45171 ; RJS 4/98, n°497. Dans cette affaire, la Cour de cassation a fait prévaloir le bénéfice de la contrepartie financière.

2) L'indifférence douteuse de la préférence

387. Le préavis de démission le plus court - Toutefois, certaines décisions ont semblé favoriser la préférence du salarié. Tel fut le cas en matière de préavis. Il est acquis que le juge apprécie différemment le caractère plus ou moins favorable d'une clause relative au préavis en cas de démission et en cas de licenciement. En matière de licenciement, le contrat de travail peut prévoir une durée de préavis plus longue que la convention collective¹⁰²⁷. En revanche, en ce qui concerne la démission, le juge retient une solution inverse. Le contrat de travail ne peut imposer au salarié démissionnaire un délai plus long que la convention collective et les usages¹⁰²⁸. Le juge fait donc prévaloir le délai de préavis le plus court. Il décide, notamment, que « *le contrat individuel de travail ne peut imposer au salarié démissionnaire le respect d'un délai de préavis plus long que celui résultant de la convention collective* »¹⁰²⁹.

388. Le préavis de démission le plus long - Cependant, le juge a admis qu'un salarié démissionnaire pouvait se prévaloir du délai de préavis prévu dans son contrat de travail, d'une durée d'un an, alors que le délai de préavis conventionnel était fixé à trois mois¹⁰³⁰. La préférence de l'intéressé avait été, semble-t-il, privilégiée. L'employeur était, selon la Cour de cassation, « *irrecevable à se plaindre de ce que son salarié respecte le préavis contractuel même si celui-ci est plus long que celui prévu par la convention collective* ». Une telle solution avait également vocation à s'appliquer lorsque le délai de préavis plus long résultait d'une décision unilatérale du salarié¹⁰³¹. Source d'insécurité juridique, cette analyse était critiquable¹⁰³². Ainsi, dans un arrêt du

¹⁰²⁷ Cass. soc. 6 nov. 1991 : Bull. civ. V, n°478, n°87-45540, n° 87-45541, n°89-40053 ; JCP G 1992, IV, p. 93.

¹⁰²⁸ Cass. soc. 16 juin 1988 : Bull. civ. V, n°371, n°86-40358 ; JCP E 1988, II, 15356, n°3, obs. P.-H. Antonmattei - Cass. soc. 1^{er} avr. 1992 : Bull. civ. V, n°222, n°90-43999 ; Dr. soc. 1992, p. 478 ; JCP G 1992, IV, 178 ; RJS 5/92, n°610 - Cass. soc. 19 juin 1996 : non publié au Bull., n°93-44728 ; RJS 8-9/96, n°920.

¹⁰²⁹ Cass. soc. 8 nov. 1989 : non publié au Bull., n°86-44414 - Cass. soc. 17 avril 1991 : non publié au Bull., n° 88-45225.

¹⁰³⁰ Cass. soc. 11 avr. 1996 : Bull. civ. V, n°153, n°93-40789 ; TPS 1996, com. 223 ; RJS 06/96 n°671.

¹⁰³¹ Cass. soc. 2 févr. 1993 : non publié au Bull., n°89-44334 ; RJS 03/93 n°266.

¹⁰³² V. not. : J. Péliissier, ss. Cass. soc. 1^{er} juill. 2008 : Bull. civ. V, n°143, n°07-40109, RDT 2008, p. 592 : « *Le préavis de démission présente pour l'employeur l'avantage de disposer d'un certain délai pour trouver un remplaçant au salarié démissionnaire. Mais il présente aussi pour lui l'inconvénient d'être obligé de conserver le salarié à son service pendant toute la durée du préavis et de lui verser la rémunération et les avantages prévus par le contrat tout au long de cette période. Cet inconvénient est d'autant plus manifeste que l'employeur perd le droit de licencier le salarié pendant la période de préavis ...* ».

1^{er} juillet 2008, la Cour de cassation décide que « *dans le cas de résiliation du contrat de travail à l'initiative du salarié, aucune des deux parties n'est fondée à imposer à l'autre un délai congé différent de celui prévu par la loi, le contrat ou la convention collective ou les usages* »¹⁰³³. Mais cette solution a été rendue à propos d'une décision unilatérale du salarié qui entendait se prévaloir d'un délai de préavis plus long. Aurait-elle vocation à s'appliquer en cas de concours d'une disposition conventionnelle et d'une stipulation contractuelle ? La Cour de cassation pourrait décider de s'en tenir au délai de préavis le plus court, si tel est le choix du salarié. Pourtant, une évolution sur ce point serait souhaitable. Elle aurait le mérite de la simplicité ; elle serait gage de prévisibilité et de sécurité juridique.

389. Les causes de soustraction sont nombreuses. De multiples normes légales spéciales, ainsi que de nombreuses normes conventionnelles s'imposent au juge lorsqu'il s'intéresse au contenu de l'accord de volontés. La proximité de ces normes commande la diversité des formes de soustraction.

SECTION 2 : LA DIVERSITE DES FORMES DE SOUSTRACTION

390. La finalité protectrice des dispositions conventionnelles et extra-conventionnelles applicables au contrat de travail justifie le choix de la sanction effectué par le juge. Elle l'influence lorsqu'il se prononce en faveur de la destruction de la clause contractuelle (§1). Elle l'incite, en outre, à neutraliser les effets de la clause contractuelle, sans pour autant aboutir à sa destruction, sanction plus radicale (§2).

§ 1 : La destruction de la clause contractuelle

391. La destruction de la clause contractuelle résulte de son annulation¹⁰³⁴. Selon Japiot, la nullité « *est une sanction qui doit s'adapter au but de la règle dont elle tend à*

¹⁰³³ Cass. soc. 1^{er} juill. 2008 : Bull. civ. V, n°143, n°07-40109 ; JCP S 2008, 1508, note O. Fardoux ; RDT 2008, p. 592, note J. Pélissier ; RJS 10/08, n°989.

¹⁰³⁴ Alors que la nullité suppose une « amputation » de l'acte, et en conséquence, la destruction de la clause illicite, la réduction suppose qu'une quantité, ou un chiffre, soit remplacée par une autre quantité ou un autre chiffre (P. Simler, La nullité partielle des actes juridiques, LGDJ, 1969, n°174, p. 210). V.

assurer l'observation et au milieu ou pratiquement elle intervient »¹⁰³⁵. Ainsi, le juge a limité l'étendue de la nullité (1). Il a encadré l'exercice de son action (II).

I) L'étendue de la nullité limitée par le juge

392. Nullité totale ou partielle - Lorsqu'une clause prohibée par une disposition légale a été introduite dans le contrat de travail, celui-ci doit-il disparaître au même titre que la clause ? Selon la théorie classique des nullités, l'irrégularité d'un élément contractuel affecte le contrat dans son intégralité¹⁰³⁶. Cette conception était celle de la nullité état de l'acte¹⁰³⁷. Il était avancé qu'elle répondait parfaitement à la logique contractuelle¹⁰³⁸. Pourtant, la nullité intégrale du contrat peut aboutir à léser la partie que la loi entend protéger¹⁰³⁹. Dès lors, la question s'est posée de savoir si, en définitive, l'adaptation du contrat ne devait pas prévaloir sur sa disparition¹⁰⁴⁰.

égal. : O. Gout, *Le juge et l'annulation du contrat*, PUAM, 1999, n°662, p. 451 : « *La nullité partielle n'opère que par ablation (...) lorsque le juge recourt à la nullité partielle, son intervention est purement négative, en ce sens qu'il se contente d'effacer la ou les stipulations viciées qui sont en contradiction avec la légalité ... il n'est rien de tel dès lors qu'un tribunal modifie le contenu d'une obligation par la réduction d'une quantité excessive* ». V. aussi : Y.-M. Serinet, *Le juge et l'illicéité du contrat*, in *Le renouveau des sanctions contractuelles*, ss. la dir. de F. Collart-Dutilleul et C. Coulon, *Etudes juridiques*, vol. 28, Economica, 2007, p. 85, spéc. n°8, p. 88 : « *Dans sa forme la plus évidente, la nullité partielle n'est qu'une nullité-amputation, nullité retranchement, nullité-ablation, nullité éradication, ou nullité-extraction* ». Sur la réfection du contrat, v. infra, Partie II, Titre II, n°537 s.

¹⁰³⁵ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, th. Dijon, 1909, p. 13. Comp. : A. Posez, *La théorie de nullités*, RTD civ. 2011, p. 647.

¹⁰³⁶ V. not. sur cette question : O. Gout, *Le juge et l'annulation du contrat*, PUAM, 1999, n°515 s., pp. 361 s. L'auteur développe la conception retenue par les partisans de la théorie classique des nullités. Il explique que selon cette théorie, « *les différentes parties de l'acte, loin d'être indépendantes, formaient un bloc unique, et qu'en conséquence la nullité était un état de fait ayant une valeur absolue frappant la convention, in se, et non dans chacun des ses effets* ».

¹⁰³⁷ V. pour une explication de cette conception : R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, th. Dijon, 1909, p. 272 : « *Si tous les organes sont réunis et parfaitement sains, c'est la vie assurée, la validité. Si, à l'opposé un des organes essentiels à la vie fait défaut, l'acte ne peut prendre naissance, c'est l'inexistence. Si enfin - hypothèse intermédiaire - aucun des organes nécessaires à la vie ne fait défaut, mais que l'un d'eux soit atrophié ou s'il manque un organe d'ordre secondaire, l'acte naît, mais il ne vit que d'une vie imparfaite, instable : c'est l'annulabilité ; si la maladie qui l'affecte guérit, l'organisme reprendra une vie parfaite et stable ; si au contraire, elle entraîne la mort, il rentrera dans le néant* ».

¹⁰³⁸ V. not. : O. Gout, préc., n°516, p. 362 : « *Il n'était donc pas concevable de maintenir un contrat amputé de certains éléments alors que les parties à l'acte ne l'avaient ni voulu, ni conclu comme tel. L'autonomie de la volonté et la liberté contractuelle s'en seraient trouvées fatalement affectées* ».

¹⁰³⁹ V. not. sur ce point : O. Gout, préc., n°518, p. 365. V. égal. G. Farjat, *L'ordre public économique*, LGDJ, 1963, n°454 s. et n°473, p. 374.

¹⁰⁴⁰ V. not. : R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, th. Dijon, 1909. Cet auteur a fait valoir que la nullité devait atteindre les conséquences de l'acte. Elle consiste en « *un droit de critique dirigé contre les effets de l'acte* » (p. 284). Dès lors, « *la nullité de tel effet d'un acte n'exige pas la nullité de tous les autres* » (p. 296). Sur l'évolution de la conception de la théorie des nullités, v. not. : O. Gout,

Alors que dans certains systèmes juridiques étrangers, le législateur a expressément envisagé cette question¹⁰⁴¹, en droit français, il n'est intervenu que ponctuellement¹⁰⁴². Ainsi, en l'absence de dispositions légales, le juge du contrat de travail privilégie une destruction partielle (A). Celle-ci obéit, en principe, à un régime juridique unique (B).

A) Une destruction partielle

393. Absence de dispositions légales concernant l'étendue de la nullité - Le juge détermine l'étendue de la nullité. Sa démarche est susceptible de se fonder sur un critère subjectif reposant sur la recherche de la volonté des parties. Il peut également s'appuyer sur un critère objectif consistant dans la protection de l'ordre public. En ce qui concerne le contrat de travail, la volonté des parties n'est pas un critère satisfaisant (1). Seul le respect de l'ordre public paraît déterminant (2).

préc., n°520, p. 366 ; M. Mekki, L'intérêt général et le contrat, LGDJ, 2004, n°970, p. 575 ; S. Gaudemet, La clause réputée non écrite, *Economica*, 2006, n°113, p. 63.

¹⁰⁴¹ V. not. : BGB, art. 139 : « *Lorsqu'une partie d'un acte juridique est nul, l'acte tout entier est nul, s'il n'y a pas lieu d'admettre que sans cette partie nulle, il eût été encore accompli* ».

A l'inverse, selon l'article 20, al. 2 du code suisse des obligations : « *si le contrat n'est vicié que dans certaines de ses clauses, ces clauses sont seules frappées de nullité à moins qu'il n'y ait lieu d'admettre que le contrat n'aurait pas été conclu sans elles* ». V. aussi la doctrine du crayon bleu dans les pays de Common Law. Seule la clause est affectée par la nullité dès lors qu'elle est susceptible d'être isolée et rayée sans que le reste de l'accord s'en trouve modifié. V. not. : P. Malaurie, Les contrats contraires à l'ordre public, th. Paris, éd. Matot-Braine, Reims, 1953, n°389, p. 248. Selon cet auteur, il « *y a là un automatisme qui évite l'arbitraire du juge* ».

¹⁰⁴² Les différents projets de réforme du droit des obligations envisagent néanmoins cette question. V. not. : P. Catala, Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, La documentation française, 2006, Art. 1130-2 : « *lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une clause de la convention, elle n'emporte nullité de l'acte tout entier que si cette clause a constitué un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles* ». L'alinéa 2 ajoute : « *la convention est maintenue si la finalité de la règle violée exige son maintien ou si la loi répute non écrite une clause, qui dès lors ne lie pas le débiteur* ». Enfin, l'alinéa 3 dispose que « *les mêmes règles s'appliquent au cas où la nullité n'affecte qu'une partie de l'acte* ». V. aussi : Pour une réforme du droit des contrats, Réflexions et propositions d'un groupe de travail sous l'impulsion de M. François Terré, président de l'Académie des Sciences morales et politiques, in Pour une réforme du droit des contrats, ss. la dir. de F. Terré, Dalloz, 2009, p. 22 (art. 86) ; Projet de réforme du droit des obligations proposé par la Chancellerie en juillet 2008 (art. 99).

1) La volonté des parties, un critère insatisfaisant

394. La volonté des parties est considérée par une partie de la doctrine et de la jurisprudence comme un critère permettant de déterminer l'étendue de la nullité (a). Ce critère s'avère contestable (b).

a) L'adoption du critère subjectif

395. Un critère doctrinal - Selon une conception subjective classique, l'étendue de la nullité dépend de la question de savoir si la clause litigieuse est la cause impulsive et déterminante de la conclusion du contrat¹⁰⁴³. Si la clause prohibée constitue la raison d'être de ce dernier, à défaut de laquelle il n'aurait pas été conclu, la nullité doit être totale. Dans le cas contraire, le contrat subsiste. Selon cette analyse, l'autonomie de la volonté constitue le critère normal de l'étendue de la nullité¹⁰⁴⁴.

396. Un critère jurisprudentiel - En droit commun des obligations, les juges se fondent fréquemment sur ce critère intentionnel¹⁰⁴⁵. La recherche de l'intention des parties les conduit à adopter des solutions variables sur l'étendue de la nullité des clauses d'indexation¹⁰⁴⁶. La nullité d'une telle clause peut laisser le contrat subsister¹⁰⁴⁷ ou, à l'inverse, entraîner celle de l'acte dans son entier¹⁰⁴⁸, selon l'intention des parties¹⁰⁴⁹. Toutefois, ce critère peut s'avérer insuffisant.

¹⁰⁴³ En ce sens : P. Simler, La nullité partielle des actes juridiques, LGDJ, 1969, n°314, pp. 383 s. Cet auteur étudie notamment les notions de cause impulsive et déterminante, de condition impulsive et déterminante ainsi que d'indivisibilité subjective. A cet égard, il estime que « leur fondement est toujours identique : le critère grâce auquel les tribunaux déterminent l'étendue de la nullité est, en réalité, toujours fondé, sous des vocables divers, sur L'INTENTION DES PARTIES ». V. égal. les auteurs cités par C. Guelfucci-Thibierge, Nullité, restitutions et responsabilité, LGDJ, 1992, n°487, p. 286. V. aussi sur cette conception classique : B. Teyssié, Réflexions sur les conséquences de la nullité d'une clause d'un contrat, D. 1976, Chron. p. 281, n°12 ; Y. Picod, Rép. civ. Dalloz, Nullité, 2004, n°95.

¹⁰⁴⁴ En ce sens : P. Simler, préc., n°324, p. 396.

¹⁰⁴⁵ V. pour une des premières applications de ce critère : Cass. req. 3 juin 1863 : DP 1863, I, p. 429.

¹⁰⁴⁶ Il revient aux juges du fond de rechercher l'intention des parties. En ce sens : Cass. civ. 3^{ème}, 13 févr. 1969 : Bull. civ. III, n°134 ; JCP E 1969, II, 15492, note J.-P. Lévy ; RTD civ. 1971, p. 627, obs. Y. Loussouarn ; D. 1969, som. p. 109. Selon cet arrêt, « les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain pour apprécier si une clause nulle présente un caractère essentiel au contrat dont dépendrait l'existence de l'ensemble de la convention ». V. aussi : Cass. civ. 3^{ème}, 22 oct. 1970 : Bull. civ. III, n°536, n°69-11470 ; JCP 1971, II, 16636 bis, note J.-P. Lévy ; D. 1971, som. p. 50 - Cass. civ. 3^{ème}, 24 juin 1971 : Bull. civ. III, n°405, n°70-11730 ; D. 1971, som. p. 131 - Cass. com. 4 juill. 1995 : non publié au Bull., n°93-19022.

¹⁰⁴⁷ Cass. civ. 3^{ème}, 13 févr. 1969 : Bull. civ. V, n°134 ; JCP G 1969, II, 15942, 2^{ème} espèce, note J.-P. Lévy.

b) *Les insuffisances du critère subjectif*

397. De larges pouvoirs reconnus au juge - Certains auteurs ont mis en exergue le caractère contestable du critère de l'intention des parties en raison, notamment, de son caractère « *aléatoire, voire arbitraire* »¹⁰⁵⁰. Ce critère « *consacrerait un pouvoir d'immixtion du juge dans le contrat qui serait intolérable* »¹⁰⁵¹. Par ailleurs, il favorise, dans certaines hypothèses, le recours à la nullité totale. Or, cette sanction peut s'avérer inadaptée, particulièrement en ce qui concerne le contrat de travail.

398. Des inconvénients liés à l'efficacité limitée de la nullité totale - La nullité totale présente « *l'inconvénient de ne pas permettre de déjouer des prévisions qui ne sont pas conformes à la loi* »¹⁰⁵². En outre, la nullité totale est susceptible de décourager la saisine du juge par la partie lésée. « *Ainsi un emprunteur hésitera à demander la nullité d'une clause d'indexation si le résultat de son action risque d'être l'annulation totale du contrat et, partant, l'exigibilité immédiate de sa dette* »¹⁰⁵³.

¹⁰⁴⁸ Cass. civ. 3^{ème}, 24 juin 1971 : Bull. civ. III, n°405, n°70-11730 ; JCP G 1972, II, 17191, note J. Ghestin - Cass. com. 27 mars 1990 : Bull. civ. IV, n°93, n°88-15092 ; D. 1991, p. 289, note X. Testu ; Rép. Defr. 1991, art. 35041, n°2, p. 610, obs. J. Honorat ; RTD civ. 1991, p. 112, obs. J. Mestre. V. not la jurisprudence citée par P. Simler, préc., n°79, p. 95.

¹⁰⁴⁹ Selon un courant doctrinal, la clause d'indexation est présumée avoir été déterminante de la volonté des parties. En ce sens : P. Malaurie, Les contrats contraires à l'ordre public, th. Paris, éd. Matot-Braine, Reims, 1953, n°387, p. 247 ; J.-P. Lévy, Après le « tournant » financier de fin 1958. La monnaie, les obligations et les paiements, JCP G, 1959, I, 1472, n°36. Cependant, les juridictions n'ont jamais retenu une telle présomption. V. not. : B. Teyssié, Réflexions sur les conséquences de la nullité d'une clause d'un contrat, D. 1976, Chron., p. 281, n°19, note (42) : « *De nombreuses décisions annulent le contrat tout entier en observant que la clause d'indexation avait été une condition impulsive et déterminante, mais sans se référer à une quelconque présomption* ». V. aussi : O. Gout, Le juge et l'annulation du contrat, PUAM, 1999, n°538, p. 378.

¹⁰⁵⁰ C. Guelfucci-Thibierge, nullité, restitutions et responsabilité, LGDJ, 1992, n°490, p. 288. V. aussi : B. Teyssié, préc., n°22 : « *Il y a là un danger évident : permettre au juge de méconnaître la volonté réelle des contractants sous prétexte de découvrir leurs intentions véritables* ». V. aussi : J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, Droit civil. Les obligations, 1/ l'acte juridique, 15^{ème} éd., Sirey Université, 2012, n°360, p. 358.

¹⁰⁵¹ O. Gout, Le juge et l'annulation du contrat, PUAM, 1999, n°557, p. 390.

¹⁰⁵² C. Larroumet, Droit civil. Les obligations, Le contrat, t. III, 6^{ème} éd., Economica, 2007, n° 574, p. 588. V. aussi : O. Gout, préc., n°545, p. 383 ; P. Simler, préc., n°331, p. 402 ; C. Guelfucci-Thibierge, Nullité, restitutions et responsabilité, LGDJ, 1992, n°491, p. 289.

¹⁰⁵³ P. Simler, préc., n°331, p. 402. V. aussi : G. Farjat, L'ordre public économique, LGDJ, 1963, n°474, p. 374. Cet auteur souligne à propos de la clause monétaire, que « *seul le débiteur a intérêt à demander la nullité de la clause ; il y a des chances qu'il s'abstienne si la nullité du contrat doit être prononcée, notamment s'il s'agit d'un contrat de prêt* ». V. égal. : B. Teyssié, préc., n°22 ; O. Gout, préc., n°544, p. 382 : « *Un locataire ferait-il valoir l'irrégularité d'une disposition du bail qu'il a signé s'il était par la suite évincé de son logement ?* ».

En ce qui concerne le contrat de travail, cet argument est particulièrement convaincant. Un salarié s'abstiendra probablement de saisir le juge si son contrat est susceptible d'être annulé. Il préférera s'en tenir aux termes de son contrat plutôt que de risquer la perte de son emploi¹⁰⁵⁴. C'est pourquoi un autre critère a été envisagé.

2) *La spécificité de l'ordre public, un critère déterminant*

399. La majorité de la doctrine propose de retenir un critère mixte reposant à la fois sur la volonté des parties et sur le respect des exigences de l'ordre public (a). Si un tel critère paraît justifié en droit commun des obligations, il en va différemment en ce qui concerne le contrat de travail. La spécificité de l'ordre public commande, en effet, de retenir un critère purement objectif. C'est d'ailleurs en ce sens que se prononce le juge (b).

a) Le rejet d'un critère purement subjectif

400. La prise en considération des exigences d'ordre public - Certains auteurs ont souligné que « *sous le couvert de cette interprétation de volonté, les tribunaux s'inspirent bien davantage de considérations d'intérêt général* »¹⁰⁵⁵. L'efficacité de la sanction justifierait les solutions jurisprudentielles. Il s'agirait d'une question de droit relevant de la compétence de la Cour de cassation. Si une doctrine minoritaire retient un critère purement objectif, la doctrine majoritaire opte pour un critère mixte.

401. Un critère objectif proposé par une doctrine minoritaire - Selon une première interprétation, seul un critère objectif doit prévaloir et serait retenu par le juge¹⁰⁵⁶. La nullité a, en effet, pour fondement la violation d'une norme impérative. Dès lors, « *il*

¹⁰⁵⁴ En ce sens, v. not. : G. Farjat, préc., n°450, p. 359.

¹⁰⁵⁵ J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, Droit civil. Les obligations, 1/ l'acte juridique, 15^{ème} éd., Sirey Université, 2012, n°360, p. 358 ; P. Malaurie, Les contrats contraires à l'ordre public, th. Paris, éd. Matot-Braine, Reims, 1953, n°387, p. 247 : « *Les juges préfèrent habiller l'ordre public avec une prétendue volonté contractuelle ; ils continuent à présenter des règles impératives sous la forme d'interprétation de volonté tacite en suivant une sorte de réflexion héréditaire* » ; G. Farjat, préc., n°494, p. 391 et n°497, p. 393 ; C. Guelfucci-Thibierge, nullité, restitutions et responsabilité, LGDJ, 1992, n°492, p. 291. V. aussi : O. Gout, Le juge et l'annulation du contrat, PUAM, 1999, n°539, p. 379.

¹⁰⁵⁶ C. Guelfucci-Thibierge, Nullité, restitutions et responsabilité, LGDJ, 1992, n°496, p. 295.

s'agit pour cette sanction, de rétablir la légalité transgressée lors de la conclusion du contrat en supprimant les effets juridiques de l'acte qui l'ont méconnue. Ce rétablissement de la légalité se doit donc d'être proportionné à l'illicéité des effets de l'acte »¹⁰⁵⁷. Autrement dit, seul le rétablissement de la légalité transgressée doit guider le juge lorsqu'il s'interroge sur l'étendue de la nullité.

402. Un critère mixte proposé par une doctrine majoritaire - Toutefois, la majorité de la doctrine considère que si le juge doit s'attacher à la satisfaction de l'ordre public, il doit également s'intéresser à la volonté des parties¹⁰⁵⁸. En effet, « la mise en œuvre réaliste et proportionnée de la nullité impose la prise en considération de tous les intérêts en présence, notamment ceux des parties au contrat. Bien entendu, dès lors qu'un intérêt est a priori considéré comme supérieur par l'ordre public, c'est lui qui devra être présumé déterminer l'étendue de la nullité »¹⁰⁵⁹. Mais s'il n'existe pas d'intérêt supérieur, le critère purement intentionnel a vocation à s'appliquer¹⁰⁶⁰. Pourtant, en ce qui concerne le contrat de travail, le juge ne se fonde en aucun cas sur l'intention des parties.

b) L'application d'un critère purement objectif

403. Rejet de la nullité totale du contrat de travail - Lorsqu'une clause contenue dans un contrat de travail est prohibée par une disposition légale, le juge sanctionne celle-ci par une nullité partielle. Seule la clause illicite est affectée par la nullité. En matière de clause d'indexation, à la différence de ce qu'a pu admettre le juge en droit commun des obligations, la nullité n'affecte jamais le contrat de travail¹⁰⁶¹. De même, la nullité d'une clause de résiliation anticipée, prohibée par l'article L. 1243-1 du code du

¹⁰⁵⁷ Ibid. V. égal. : F. Boussougou, La nature juridique de la réduction applicable aux obligations excessives, Etudes offertes au Doyen P. Simler, Dalloz, Litec, 2006, p. 531, spéc. n°29, p. 546.

¹⁰⁵⁸ V. not. en ce sens : O. Gout, Le juge et l'annulation du contrat, PUAM, 1999, n°562 s, pp. 393, spéc. n° 567, p. 395 ; P. Malaurie, Les contrats contraires à l'ordre public, thèse Paris, éd. Matot-Braine, Reims, 1953, n°387, p. 247, spéc. n°397, p. 253.

¹⁰⁵⁹ M. Mekki, L'intérêt général et le contrat, LGDJ, 2004, n°995, p. 586.

¹⁰⁶⁰ C'est notamment cette analyse que consacre l'article 1130-2 du code civil de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription de P. Catala, La documentation française, 2006, Art. 1130-2.

¹⁰⁶¹ V. not. : Cass. soc. 18 mars 1992 : Bull. civ. V, n°188, n°88-43434.

travail n'atteint en aucun cas le contrat dans son entier¹⁰⁶². Le juge ne fait aucunement référence à l'intention des parties. D'ailleurs comme le souligne un auteur à propos de la clause de résiliation anticipée, « *il est tout à fait improbable que dans l'intention des parties (singulièrement dans celle de l'employeur) une clause de résiliation puisse être détachable de l'ensemble du contrat* »¹⁰⁶³. Dès lors, le juge refuse de considérer que la nullité de la clause de résiliation unilatérale puisse entraîner celle du contrat dans son entier, peu important la volonté des parties. En réalité, il répugne à admettre la nullité du contrat de travail. Cette réticence se justifie par la spécificité de l'ordre public applicable à ce contrat.

404. Un rejet justifié par l'existence d'un ordre public de protection - Les dispositions légales applicables au contrat de travail ont en principe pour finalité la protection des intérêts du salarié. L'objectif du législateur est d'assurer à ce dernier une certaine « *sécurité contractuelle* »¹⁰⁶⁴. L'ordre public de protection applicable au contrat de travail « *se propose de venir au secours d'un contractant qui n'a pas forcément disposé de toute la liberté nécessaire afin de négocier, comme il l'entendait, l'étendue de ses droits et devoirs lors de la conclusion d'un acte juridique* »¹⁰⁶⁵.

Or, la sanction qui consiste à annuler le contrat de travail va à l'encontre de cet objectif. Elle entraîne, pour le salarié, la perte de son emploi. Elle contredit, en conséquence, l'objectif de maintien de la relation contractuelle¹⁰⁶⁶. Une telle sanction n'est pas adaptée « *au but de la règle dont elle tend à assurer l'observation* »¹⁰⁶⁷. Le juge fait donc prévaloir les exigences liées à l'ordre public de protection et privilégie une nullité

¹⁰⁶² V. not. Cass. soc. 17 oct. 2000 : non publié au Bull., n°98-41815 ; JSL 2000 n°70-9 p. 22. V. égal. sur ce point : G. Couturier, La théorie des nullités dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation, Le contrat au début du XXI^e siècle, Etudes J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 273, spéc. p. 282.

¹⁰⁶³ G. Couturier, préc., p. 282.

¹⁰⁶⁴ P. Simler, La nullité partielle des actes juridiques, LGDJ, 1969, n°332, p. 404.

¹⁰⁶⁵ O. Gout, préc., n° 547, p. 384.

¹⁰⁶⁶ P. Simler, préc., n°332, p. 404 : « *La possibilité d'une annulation totale en vertu du critère intentionnel enlèverait donc toute utilité à cet ordre public de protection, puisque c'est le soi-disant protégé qui en ferait les frais* » ; O. Gout, préc., n° 547, p. 384 : « *Autrement dit, il est plus approprié d'expurger le contrat de son illicéité que de l'annuler intégralement, à défaut la protection mise en œuvre par l'ordre public n'irait pas dans le sens du contractant que l'on projetait de défendre* ».

¹⁰⁶⁷ R. Japiot, Des nullités en matière d'actes juridiques, th. Dijon, 1909, p. 13.

partielle. « Elle permet de mieux assurer la prévention de l'illicéité. Elle favorise une meilleure dénonciation de celle-ci »¹⁰⁶⁸.

B) Un régime unique

405. Plusieurs dispositions légales prévoient la destruction de la clause illicite¹⁰⁶⁹. Le législateur a utilisé, à cet égard, diverses formulations. (1). Mais le juge refuse, en principe, toute distinction liée au régime de la destruction (2).

1) La diversité des formulations légales

406. Une interprétation littérale des dispositions légales conduit à distinguer le régime des clauses réputées non écrites de celui des clauses sanctionnées par la nullité (a). Toutefois, une telle distinction ne semble pas avoir été souhaitée par le législateur (b).

a) La distinction préconisée

407. La distinction textuelle - Le législateur emploie diverses expressions pour sanctionner une clause illicite contenue dans un contrat de travail¹⁰⁷⁰. Dans certaines hypothèses, il prévoit que les clauses prohibées sont « nulles »¹⁰⁷¹ ou « nulles et de nul effet »¹⁰⁷². Il peut également préciser qu'une clause est « nulle de plein droit »¹⁰⁷³. Par

¹⁰⁶⁸ Y.-M. Serinet, Le juge et l'illicéité du contrat, in Le renouveau des sanctions contractuelles, ss. la direction de F. Collart-Dutilleul et C. Coulon, Etudes juridiques, vol. 28, Economica, 2007, p. 85, spéc. n°12, p. 92.

¹⁰⁶⁹ Au demeurant, le législateur n'envisage pas, en matière de contrat de travail, des hypothèses de nullité intégrale. Comp : C. civ., art. 1172 : « toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend ». V. cep. l'évolution jurisprudentielle sur cet article : P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, Droit civil. Les obligations, Defrénois, 5^{ème} éd., 2011, n°718 s., p. 349 s. ; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, Droit civil. Les obligations, 10^{ème} éd., Dalloz, 2009, n°420, p. 431 ; Y. Picod, Rép. civ. Dalloz, Nullité, 2004, n°95.

¹⁰⁷⁰ Sur l'utilisation de diverses expressions dans des domaines autres que le contrat de travail, v. not. : R. Bailod, A propos des clauses réputées non écrites, Mélanges L. Boyer, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 15, spéc. n°5, p. 17 ; V. Cottureau, La clause réputée non écrite, JCP G 1993, I, 3691, n°2 ; O. Gout, Le juge et l'annulation du contrat, PUAM, 1999, n°579, p. 401 ; Y. Picod, Rép. civ. Dalloz, Nullité, 2004, n°98. Sur des exemples de clauses réputées non écrites : V. Cottureau, La clause réputée non écrite, JCP G 1993, I, 3691, n°2 ; O. Gout, Le juge et l'annulation du contrat, PUAM, 1999, n°114, p. 91.

¹⁰⁷¹ Tel est le cas des clauses « couperet » (C. trav. art. L. 1237-4),

¹⁰⁷² Tel est le cas des clauses attributives de juridiction (C. trav. art. L. 1221-5).

ailleurs, il indique parfois que toute disposition ou stipulation contraire à une disposition légale « *est réputée non écrite* »¹⁰⁷⁴. Or, la clause frappée de nullité et celle que le législateur réputé non écrite ou déclare nulle de plein droit sont susceptibles d'obéir à des régimes juridiques distincts.

408. La distinction doctrinale - Une partie de la doctrine fait valoir, en effet, que la sanction du « réputé non écrit » est une sanction autonome qui suit un régime juridique propre¹⁰⁷⁵. Selon certains auteurs, la clause réputée non écrite devrait être considérée « *comme n'ayant pas été rédigée* »¹⁰⁷⁶. Son régime reposerait, en conséquence, sur une fiction légale¹⁰⁷⁷. Cette analyse tendrait à rapprocher, sans pour autant les confondre, le régime de la clause réputée non écrite et celui de l'inexistence¹⁰⁷⁸. Un auteur retient néanmoins une analyse plus nuancée selon laquelle « *réputer non écrite une clause, c'est en dénier non pas l'existence matérielle mais la valeur juridique* »¹⁰⁷⁹. En d'autres

¹⁰⁷³ Les cotisations sociales patronales doivent rester à la charge de l'employeur, « *toute convention contraire étant nulle de plein droit* » (C. sécu. soc. art. L. 241-8).

¹⁰⁷⁴ Sont notamment réputées non écrites les clauses prévoyant des amendes ou autres sanctions pécuniaires (C. trav. art. L. 1331-2), les clauses dérogeant à la compétence territoriale des conseils de prud'hommes (C. trav. art. R. 1412-4), les clauses tendant « *à interdire l'embauche par l'entreprise utilisatrice du salarié temporaire à l'issue de sa mission* » (C. trav. art. L. 1251-44), les conventions dérogeant à la compétence du conseil des prud'hommes (C. trav. art. L. 1411-4).

¹⁰⁷⁵ En ce sens : J. Kullmann, Remarques sur les clauses réputées non écrites, D. 1993, Chron. p. 59 ; V. Cottureau, La clause réputée non écrite, JCP G 1993, I, 3691, n°15 ; S. Gaudemet, La clause réputée non écrite, *Economica*, 2006, n°89, p. 50 ; R. Baillod, A propos des clauses réputées non écrites, *Mélanges L. Boyer*, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 15.

¹⁰⁷⁶ R. Baillod, préc., n°10, p. 21. V. égal. : V. Cottureau, La clause réputée non écrite, JCP G 1993, I, 3691, n°15 « *Réputer une clause non écrite consiste à l'isoler du contrat pour la faire disparaître en l'effaçant au même titre que les Anglais la rayeront d'un coup de crayon suivant la règle « du crayon bleu »*. Il estime que « *la clause restera provisoire et suspendue dans le temps du fait qu'elle est née paralysée et en état de survie artificielle* ». Comp. : G. Piette, La correction du contrat, PUAM, 2004, n°1056, p. 557. Selon cet auteur, si la clause est considérée comme n'ayant jamais été rédigée, il n'est point besoin de demander au juge son effacement.

¹⁰⁷⁷ Sur le contenu de cette fiction, v. : J. Kullmann, préc., p. 61.

¹⁰⁷⁸ En ce sens : J. Carbonnier, Droit civil, Les obligations, 22^{ème} éd. refondue, janv. 2000, Vol. 2, PUF, coll. *Quadrige*, 2004, n°1019, p. 2096. Cet auteur estime que la clause réputée non écrite « *ressemble à l'inexistence en ce qu'elle peut fonctionner automatiquement, sans l'intervention d'un juge. Elle s'en différencie par un effet moins étendu, puisqu'elle efface la seule clause illicite, laissant subsister le contrat pour le surplus* ». V. aussi : C. Hannoun, Remarques sur la prescription de l'action en nullité en droit des sociétés, *Rev. des sociétés*, 1991, p. 45 : « *La sanction d'une clause réputée non écrite ne relève pas de la théorie classique de l'inexistence ... il s'agit pourrait-on dire d'une forme particulière d'inexistence : « l'inexistence par détermination de la loi » par opposition à l'inexistence en soi » seule envisagée par la théorie classique* » ; G. Piette, La correction du contrat, PUAM, 2004, n°1057, p. 558, et n°1058, p. 560. Comp. : V. Cottureau, préc., n°15. V. aussi : J. Kullmann, préc., p. 59. Selon cet auteur, l'inexistence de la clause réputée non écrite « *édictee par la loi et limitée par celle-ci à une clause déterminée, ne se confond pas avec l'inexistence dont la théorie a été réalisée au XIX^{ème} siècle* ».

¹⁰⁷⁹ S. Gaudemet, La clause réputée non écrite, *Economica*, 2006, n°12, p. 7 et n°139, p. 79.

termes, il ne s'agit pas de nier l'existence de la clause en considérant qu'elle n'a jamais existé. La clause figure matériellement dans l'acte. Mais elle est dépourvue de toute force contraignante. La sanction du « réputé non écrit » devrait ainsi être assimilée à celle de « nullité de plein droit »¹⁰⁸⁰.

409. Les conséquences de la distinction sur le rôle du juge - Par ailleurs, alors que l'annulation ne devient effective qu'au jour où elle est prononcée par le juge, la sanction du réputé non écrit opèrerait de plein droit, « ab origine »¹⁰⁸¹. L'intervention judiciaire ne serait indispensable qu'en cas de désaccord des parties. L'action en justice serait alors marquée par l'originalité de la sanction du « réputé non écrit ». Elle serait imprescriptible¹⁰⁸², ouverte à tout intéressé¹⁰⁸³ et insusceptible de confirmation¹⁰⁸⁴. Par ailleurs, la démarche du juge aurait un caractère particulier. Il lui reviendrait de « constater » et non de « prononcer » le caractère non écrit de la clause litigieuse¹⁰⁸⁵. Le jugement du réputé non écrit aurait ainsi une nature déclarative et non constitutive, comme en matière de nullité¹⁰⁸⁶. En outre, le juge serait autorisé à relever d'office le caractère réputé non écrit d'une clause¹⁰⁸⁷. En matière de nullité, il conviendrait de

¹⁰⁸⁰ S. Gaudemet, préc., n°140, p. 80.

¹⁰⁸¹ R. Baillod, préc., p. 21, n°10.

¹⁰⁸² En ce sens : R. Baillod, préc., n°19 et n°20 p. 26 et p. 27. L'auteur se fonde sur le fait que les clauses illégales sont censées n'avoir jamais été rédigées pour justifier l'imprescriptibilité. V. égal. V. Cottureau, La clause réputée non écrite, JCP G 1993, I, 3691, n°23 ; J. Kullmann, préc., p. 62 s. Cet auteur considère que la clause réputée non écrite ne donne pas lieu à une action qui aurait pour objet spécifique de la déclarer non écrite. Dès lors, selon lui un problème de prescription peut se poser « *mais uniquement en ce qui a trait à l'action en restitution* ». L'auteur ajoute que « *la clause est transparente lorsqu'il s'agit d'apprécier la prescription de l'action* ». Comp. : S. Gaudemet, La clause réputée non écrite, Economica, 2006, n°242, p.129. L'auteur, qui refuse de considérer que la clause procède du néant avance une autre justification. Elle considère que l'article 2262 du code civil n'a pas vocation à s'appliquer au réputé non écrit.

¹⁰⁸³ En ce sens : R. Baillod, préc., n°21, p. 29 ; J. Kullmann, préc., p. 65 ; S. Gaudemet, La clause réputée non écrite, Economica, 2006, n°200 s., p. 106 s. Comp. V. Cottureau, préc., n°22.

¹⁰⁸⁴ La confirmation suppose qu'un contractant renonce à invoquer la nullité d'un acte. Or, comment renoncer à invoquer la nullité d'une clause réputée exclue du contenu contractuel ? V. not. : V. Cottureau, préc., n°23 : « *Son caractère effaçable, le fait qu'elle procède du néant, fait obstacle à la confirmation par une renonciation expresse – par une clause spéciale insérée au contrat – ou tacite, ce qui reviendrait à lui donner une existence réelle alors qu'elle n'a qu'une vie fictive* ». Comp. : S. Gaudemet, La clause réputée non écrite, Economica, 2006, n°91, p. 50 et n°275, p. 145 .

¹⁰⁸⁵ V. not. : J. Kullmann, préc., p. 61. Selon cet auteur, l'objet de la demande est de constater « *que le contrat a été exécuté de façon incorrecte* ». Il en résulte que « *c'est la restitution proprement dite qui constitue l'objet - et l'unique objet - de la demande* »

¹⁰⁸⁶ S. Gaudemet, La clause réputée non écrite, Economica, 2006, n°150, p. 85.

¹⁰⁸⁷ J. Kullmann, préc., p. 62 : « *Si l'on admet que le juge doit relever d'office la nullité d'ordre public, il doit en être a fortiori de même en présence d'un contrat comportant une clause réputée non écrite (...). On ne voit guère comment on pourrait lui faire grief d'avoir statué, non pas en ajoutant à l'action une étape supplémentaire de destruction de l'apparence de la clause comme en matière de nullité, mais en considérant le contrat dans les termes imposés par la loi : la clause n'a jamais figuré dans celui-ci* ». Comp. S. Gaudemet, La clause réputée non écrite, Economica, 2006, n°219 s., p. 115s.

distinguer selon que la règle violée relève de l'ordre public de protection ou de direction¹⁰⁸⁸.

410. Les conséquences sur l'étendue de la destruction - Enfin, si la volonté des contractants est parfois prise en compte lors de l'appréciation de l'étendue de la nullité, tel ne serait jamais le cas lorsque le législateur répute une clause non écrite¹⁰⁸⁹. Celui-ci aurait, en effet, entendu maintenir le contrat amputé de la clause litigieuse. Le contrat « *subsiste nécessairement, purgé de la clause réputée non écrite* »¹⁰⁹⁰.

b) Une distinction contestée

411. Une distinction niée par le législateur - La distinction doctrinale ne semble pas avoir été consacrée par le législateur. Il est « *plus qu'hasardeux de construire une théorie de l'annulation partielle obligatoire sur les termes employés par un législateur dont les techniciens mettent en doute qu'il connaisse toujours la portée des termes qu'il emploie* »¹⁰⁹¹. L'emploi aléatoire des expressions utilisées par le législateur a été mis en exergue par la doctrine¹⁰⁹². Concernant plus précisément le contrat de travail, il est manifeste.

412. Des distinctions infondées - Tout d'abord, rien ne semble justifier la différence de traitement imposée par le législateur entre les clauses qu'il répute non écrites et celles qu'il sanctionne par la nullité. Un auteur considère que le procédé du réputé non

¹⁰⁸⁸ V. J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, Droit civil. Les obligations, 1/ l'acte juridique, 15^{ème} éd., Sirey Université, 2012, n°338, note de bas de page n°1, p. 331.

¹⁰⁸⁹ En ce sens : J. Kullmann, préc., p. 62 ; G. Piette, La correction du contrat, PUAM, 2004, n°1062, p. 563.

¹⁰⁹⁰ S. Gaudemet, La clause réputée non écrite, *Economica*, 2006, n°106, p. 59.

¹⁰⁹¹ G. Farjat, L'ordre public économique, LGDJ, 1963, n°480, p. 379. V. égal. : P. Simler, La nullité partielle des actes juridiques, LGDJ, 1969, n°334, p. 405 : « *Le critère textuel doit donc être rejeté (...). Il confère une signification excessivement précise aux termes employés par le législateur* » ; O. Gout, Le juge et l'annulation du contrat, PUAM, 1999, n°583, p. 403.

¹⁰⁹² Sur ces questions, v. not. J. Kullmann, préc., p. 59, spéc. p. 61. Cet auteur relève notamment qu'à l'occasion d'une réforme, « *la clause initialement réputée non écrite peut fort bien se transformer en clause nulle, sans que ni la nouvelle loi, ni ses travaux préparatoires, n'indiquent les raisons de cette modification* ». V. aussi : Gaël Piette, La correction du contrat, PUAM, 2004, n°1050, p. 555. Cet auteur souligne qu'avant la réforme des règles de compétence des conseils de prud'hommes, le décret n°58-1292 du 22 décembre 1958 prévoyait dans son article 81 que toute clause attributive de juridiction incluse dans un contrat de travail était « *nulle et de nul effet* ». Or, l'article R. 1412-4 du code du travail prévoit désormais que toute clause qui déroge à la compétence territoriale des conseils de prud'hommes est « *réputé non écrite* ».

écrit viendrait assurer la sanction d'un ordre public politique et moral¹⁰⁹³. Pourtant, les clauses couperet sont susceptibles de porter atteinte à l'ordre public politique et moral ; elles créent une discrimination selon l'âge du salarié¹⁰⁹⁴. Or, l'article L. 1237-4 du code du travail prévoit qu'elles « *sont nulles* »¹⁰⁹⁵.

413. Des distinctions artificielles - Par ailleurs, le législateur soumet parfois une même clause à des sanctions différentes. L'article L. 1221-5 du code du travail prévoit que toute clause attributive de juridiction est « *nulle et de nul effet* ». Or, selon l'article L. 1411-4, relatif à la compétence des conseils de prud'hommes, « *toute convention contraire est réputée non écrite* ». Dès lors, au regard de ces textes, la clause qui dérogerait à la compétence matérielle du conseil de prud'hommes serait susceptible d'être réputée non écrite sur le fondement de l'article L. 1411-4, et annulée, sur celui de l'article L. 1221-5. Cette incohérence démontre que le législateur a recours indifféremment aux notions de « réputé non écrit » et de « nullité ».

2) *L'unité de régime consacrée par le juge*

414. Le juge du contrat de travail refuse, en principe, de distinguer le « réputé non écrit » et la « nullité » (a). Une telle distinction est exceptionnelle (b).

a) La confusion de la nullité et du réputé non écrit

415. L'absence de distinction jurisprudentielle - La démarche du juge est identique, quelle que soit la clause soumise à son contrôle. Il résulte, notamment, d'un arrêt rendu

¹⁰⁹³ S. Gaudemet, préc., n°549, p. 283, spéc. n°556, p. 285.

¹⁰⁹⁴ Rappr. sur le non respect des conditions de mise à la retraite et la nullité du licenciement discriminatoire qui en découle : CA Paris, 18^{ème} ch. D, 27 janv. 2004 : JurisData n°2004-239382 ; RJS 6/04, n°686 ; Dr. ouvr. 2004, p. 563 - Cass. soc. 21 déc. 2006 : Bull. civ. V n°412, n°05-12816 ; JCP E 2007, 1241, note F. Duquesne ; JCP E 2007, 1288, note S. Béal et C. Terrenoire ; RJS 03/07 n°326 ; J. Duplat, Mise à la retraite et discrimination, RJS 2007, p. 223 ; JCP S 2007, 1244, note B. Bossu ; RDT 2007, p. 238, note I. Desbarrats. Selon la Cour de justice de l'Union européenne les clauses couperet ne sont pas nécessairement discriminatoires. La question est de savoir si la clause est appropriée et nécessaire pour atteindre un objectif légitime en matière de politique de l'emploi. V. not. : CJUE 12 octobre 2010 aff. 45/09, Rosenblatt, JCP S 2010, 1480, note J. Cavallini.

¹⁰⁹⁵ De même, l'article R. 1412-4 du code du travail précise que toute clause qui déroge à la compétence territoriale des conseils de prud'hommes est « *réputé non écrite* ». Pourtant, une telle clause ne paraît pas porter atteinte à l'ordre public politique et moral. En ce sens : S. Gaudemet, La clause réputée non écrite, *Economica*, 2006, n°559, p. 288.

par la chambre sociale de la Cour de cassation que « *la clause prévoyant la résiliation du contrat à durée déterminée avant l'échéance du terme par l'une ou l'autre des parties est nulle, doit être réputée non écrite et n'entraîne pas la requalification du contrat* »¹⁰⁹⁶. Cet arrêt illustre la confusion opérée par la Cour.

416. L'intention des parties, un élément indifférent - En outre, en présence d'une clause nulle, le juge ne s'interroge pas sur la question de savoir si la clause prohibée a été la cause impulsive et déterminante de la volonté des parties. La nullité laisse en toute hypothèse le contrat subsister. A cet égard, le régime de la nullité correspond, en partie, à celui de la clause réputée non écrite, tel qu'envisagé par la doctrine. Que la clause soit nulle ou réputée non écrite, le contrat de travail est maintenu, amputé de la clause prohibée par la loi.

Ici encore, le juge fait prévaloir les exigences liées à l'ordre public de protection. Celles-ci le conduisent à opter en faveur d'une nullité partielle, quelle que soit la volonté des parties. Le recours à un critère subjectif, voire à un critère mixte, n'est donc pas pertinent en ce qui concerne le contrat de travail.

b) La distinction exceptionnelle de la nullité et du réputé non écrit

417. La stipulation réputée non écrite - La Cour de cassation a parfois semblé opérer une distinction entre la nullité et le « réputé non écrit » en l'absence de toute précision légale sur ce point. Dans un arrêt du 13 juillet 2010, elle a considéré « *que le salarié ne pouvant être laissé dans l'incertitude quant à l'étendue de sa liberté de travailler, la clause par laquelle l'employeur se réserve la faculté, après la rupture, de renoncer à la clause de non-concurrence à tout moment au cours de l'exécution de celle-ci doit être réputée non écrite* »¹⁰⁹⁷.

De même, dans un arrêt du 8 avril 2010, la Cour de cassation a décidé que la clause de non-concurrence minorant la contrepartie financière en cas de licenciement pour faute

¹⁰⁹⁶ Cass. soc. 17 oct. 2000 : non publié au Bull., n°98-41815 ; JSL 2000 n°70-9, p. 22.

¹⁰⁹⁷ Cass. soc. 13 juill. 2010 : Bull. civ. V, n°174, n°09-41626 ; Dr. soc. 2010, p. 1118, obs. J. Mouly ; JCP S 2010, 1410, note D. Asquinazi-Bailleux.

n'est pas nulle mais doit être réputée non écrite en ses seules dispositions relatives à cette minoration¹⁰⁹⁸. Cette solution a été réaffirmée¹⁰⁹⁹. Le juge procède au sauvetage de la clause ; il l'ampute d'une modalité illicite. Il la purge de son illicéité.

418. Une nullité partielle ? - La Cour a-t-elle entendu appliquer le régime du réputé non écrit ? *A priori*, il est permis de penser que la notion de « réputé non écrit » correspond à une nullité - ou « validité »¹¹⁰⁰ - partielle de la clause. Tel est le cas dans l'arrêt du 13 juillet 2010. Cependant, dans l'arrêt du 8 avril 2010, la soustraction opérée par le juge semble obéir à un régime distinct de celui de la nullité. Dans l'affaire ayant donné lieu à cet arrêt, le salarié avait démissionné. Il avait d'abord perçu la contrepartie financière de la clause de non concurrence. Puis, il avait été engagé par une entreprise concurrente. L'employeur invoquait la violation de la clause de non-concurrence. Le salarié faisait valoir que la clause était nulle. Ainsi, en validant partiellement la clause, la Cour de cassation retient une solution défavorable au salarié¹¹⁰¹. Dès lors, il est douteux que la soustraction opérée par le juge obéisse au régime de la nullité. En effet, le salarié a, en principe, le choix de demander la nullité. Cette option lui est accordée par le juge. Ce dernier encadre, en effet, l'exercice de l'action en annulation.

II) L'exercice de l'action en nullité encadré par le juge

419. Distinction entre nullité relative et nullité absolue - Alors que la doctrine classique fondait la distinction entre nullité relative et nullité absolue sur l'état de l'acte

¹⁰⁹⁸ Cass. soc. 8 avril 2010 : Bull. civ. V, n°92, n°08-43056 ; RDC 2010, p. 1199, obs. T. Genicon ; JCP S 2010, 1288, note I. Beyneix ; JCP E 2010, 1656, n°12, note P. Grignon ; D. 2010, p. 1085, obs. L. Perrin.

¹⁰⁹⁹ Cass. soc. 25 janv. 2012 : Bull. civ. V, n°20, n°10-11590 ; SSL 2012, n°1550, p. 136, note F. Canut ; JCP S 2012, 1208, note I. Beyneix ; A. Charbonneau, RDT 2012, p. 216 ; D. 2012, p. 2760, note Y. Serra. V. aussi : Cass. soc. 3 mai 2012 : non publié au Bull., n° 10-26.70.

¹¹⁰⁰ V. not. : P. Grignon, sous Cass. soc. 8 avril 2010, JCP E 2010, 1656, n°12 : « *La nullité partielle de la clause mais, autrement dit, sa validité partielle – chacun choisissant entre les deux possibilités selon ses affinités ...* ».

¹¹⁰¹ Cette solution a été critiquée. Elle n'emporte aucun effet dissuasif (En ce sens : P. Grignon, sous Cass. soc. 8 avril 2010, JCP E 2010, 1656, n°12 : « *Elle encourage l'employeur à ne plus avoir de scrupules à prévoir une modulation du montant de la contrepartie, la sanction n'étant que l'éradication de l'alinéa litigieux* ». Le juge a probablement souhaité sanctionner le salarié n'ayant pas respecté la clause. Mais seul ce dernier peut en principe invoquer la nullité d'une clause de non-concurrence ou sa réduction (V. infra n°425). Pourquoi retenir une solution différente en cas de minoration de la contrepartie financière ? V. not. : F. Canut, Conditions d'ouverture de l'obligation de non-concurrence et droit à indemnisation : quelle sanction en cas de dissociation ?, SSL 2012, n°1550, p. 136 : « *C'est au salarié de décider du maintien ou pas de l'interdiction de concurrence, et par conséquent, du versement de la contrepartie financière. C'est là toute la logique de l'ordre public de protection* ».

et plus précisément sur la gravité du vice qui l'affectait¹¹⁰², la distinction proposée par la doctrine dominante repose désormais sur le fondement de la règle transgressée¹¹⁰³. La question est de savoir si la règle a pour objet la protection de l'intérêt général ou la protection d'intérêts privés. Lorsqu'elle a pour finalité la protection de l'intérêt général, la nullité doit être absolue. En revanche, lorsqu'elle est protectrice d'un intérêt particulier, elle devrait être relative. La nullité absolue peut, en principe, être invoquée par tout intéressé¹¹⁰⁴. Elle est insusceptible de confirmation. La nullité relative ne peut être invoquée que par le contractant que la règle entend protéger. L'acte peut faire l'objet d'une confirmation. Si cette distinction est reprise par la plupart des auteurs¹¹⁰⁵, ceux-ci s'accordent néanmoins à reconnaître que la simplicité des principes n'est qu'apparente¹¹⁰⁶.

420. Les nuances de la distinction - La distinction opérée entre la protection d'intérêts particuliers et celle de l'intérêt général a, en effet, été critiquée¹¹⁰⁷. Il a été proposé d'assouplir la distinction entre nullité relative et nullité absolue, sans pour

¹¹⁰² D'après la doctrine classique, la nullité absolue serait encourue lorsque l'un des organes essentiels à la vie de l'acte fait défaut. La nullité relative aurait vocation à s'appliquer lorsque le contrat, malade, est susceptible d'être guéri. Certains auteurs ont par ailleurs eu recours à la notion d'inexistence. Il y aurait inexistence lorsqu'un élément particulièrement essentiel du contrat fait défaut, tel que l'absence d'objet. V. sur la doctrine classique : V. aussi : C. Beudant, ss. Cass. ch. req. 5 mai 1879, note D. 1880, I, p. 145. V. aussi : J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, Droit civil. Les obligations, 1/ l'acte juridique, 15^{ème} éd., Sirey Université, 2012, n°325, p. 314 ; C. Larroumet, Droit civil. Les obligations, Le contrat, t. III, 6^{ème} éd., Economica, 2007, n° 531 s., pp. 537 s.

¹¹⁰³ V. : J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, Droit civil. Les obligations, 1/ l'acte juridique, 15^{ème} éd., Sirey Université, 2012, n°328, p. 317. V. aussi : O. Gout, Le juge et l'annulation du contrat, PUAM, 1999, n°311 s., pp. 211 s. ; G. Couturier, La confirmation des actes nuls, LGDJ, 1972, p. 153 s. ; G. Farjat, L'ordre public économique, LGDJ, 1963, n°392, p. 320 ; R. Japiot, Des nullités en matière d'actes juridiques, thèse Dijon, 1909, p. 534.

¹¹⁰⁴ V. G. Farjat, L'ordre public économique, LGDJ, 1963, n°392, p. 320 : « *En raison de l'intérêt à défendre, il s'agit de multiplier les chances de dénonciation de l'illicite de créer l'insécurité pour les contractants* » ; G. Couturier, La confirmation des actes nuls, LGDJ, 1972, p. 153 s.

¹¹⁰⁵ V. not. : J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, préc., n°327 s., pp. 316 s. ; C. Larroumet, Droit civil. Les obligations, Le contrat, t. III, 6^{ème} éd., Economica, 2007, n° 525 s., pp. 534 s. ; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, Droit civil. Les obligations, 10^{ème} éd., Dalloz, 2009, n°393 s., pp. 409 s. ; P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, Droit civil. Les obligations, Defrénois, 5^{ème} éd., 2011, n°701 s., pp. 338 s.

¹¹⁰⁶ En ce sens : M. Mekki, L'intérêt général et le contrat, LGDJ, 2004, n°1018, p. 597. V. aussi : J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, préc., n°328, p. 318 ; C. Larroumet, préc., n°534, p. 544 ; P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, préc., n°709, p. 344.

¹¹⁰⁷ Il a notamment été avancé qu'il n'existerait qu'une différence de degré entre nullité relative et absolue. Il est parfois difficile de distinguer ce qui relève d'un intérêt privé et de l'intérêt général. V. en ce sens : M. Mekki, préc., n°1023, pp. 602 et 603. V. aussi sur les difficultés liées à cette distinction : G. Farjat, préc., n°405, p. 328 ; O. Gout, préc., n°332, p. 221. V. aussi : J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, préc., n°328, p. 318 : « *Il n'existe pas de frontière tranchée entre l'intérêt général et les intérêts privés : toute disposition légale présente toujours, peu ou prou, un certain caractère d'intérêt général ; sinon elle n'aurait pas été édictée* ».

autant l'écarter¹¹⁰⁸. La distinction ne doit pas être figée ; elle doit pouvoir être adaptée aux circonstances de la cause.

Les décisions du juge en ce qui concerne le contrat de travail reflètent cette tendance. Ce contrat est principalement soumis à des règles ayant pour finalité la protection des intérêts du salarié. Le juge est, en conséquence, amené à limiter, voire à écarter, les hypothèses dans lesquelles la violation des dispositions légales est sanctionnée par une nullité absolue (A). Pour autant, la nullité prononcée par le juge ne peut être qualifiée de nullité relative. Elle n'en comporte pas l'ensemble des caractéristiques. Il s'agit, en réalité, d'une « nullité de protection » (B).

A) La nullité absolue écartée par le juge

421. La nullité des clauses d'indexation¹¹⁰⁹ ou des clauses attributives de juridiction¹¹¹⁰ peut être soulevée par tout intéressé, y compris par l'employeur. A l'inverse, en ce qui concerne les « clauses couperet », la Cour de cassation a abandonné le recours à la nullité absolue. Cette solution s'inscrit dans un courant jurisprudentiel qui tend à réserver au salarié la possibilité d'invoquer la nullité des clauses contractuelles.

422. Les clauses couperet - Selon l'article L. 1237-4 du code du travail, « *sont nulles toutes stipulations d'une convention ou d'un accord collectif de travail et d'un contrat de*

¹¹⁰⁸ En ce sens : M. Mekki, préc., n°1032, p. 608 et n°1047, p. 618 : « *La mise en œuvre des nullités, quelle que soit leur nature doit se faire de manière souple et au cas par cas. Une nullité relative pourrait exclure toute confirmation alors qu'une nullité absolue pourrait dans d'autres cas la justifier* » ; O. Gout, préc., n°375, p. 253 : « *Si l'opposition intérêt général – intérêt particulier doit être privilégiée afin de déterminer les titulaires du droit de critique, elle n'est pas toujours appropriée (...) seul le juge, qui côtoie la vérité du terrain, nous paraît en mesure de d'adapter et de moduler la solution aux exigences de la sanction* » ; J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, Droit civil. Les obligations, 1/ l'acte juridique, 15^{ème} éd., Sirey Université, 2012, n°330, p. 319.

¹¹⁰⁹ En raison de l'atteinte qu'elles sont susceptibles de porter à l'ordre public, la Cour de cassation sanctionne les clauses d'indexation illicites par une nullité absolue. Elle a notamment estimé qu'une indexation prohibée par la loi, « *atteinte d'une nullité absolue, n'était susceptible ni de confirmation, ni de ratification* » (Cass. com. 3 nov. 1988 : Bull. civ. IV, n°287, n°87-10043 ; D. 1989, jurisp. p. 93, note P. Malaurie). V. sur la possibilité pour l'employeur d'invoquer la nullité de ces clauses : Cass. soc. 2 mars 1977 : Bull. civ. V, n°159, n°75-40669 - Cass. soc. 3 mai 1979 : Bull. civ. V, n°383, n°78-40123 - Cass. soc. 27 févr. 1980 : Bull. civ. V, n°197, n°78-41322 - Cass. soc. 4 mai 1993 : non publié au Bull., n°89-41.972.

¹¹¹⁰ V. not. : Cass. soc. 25 mars 1963 : Bull. civ. V, n°293 ; JCP G 1963, II, 13247.

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 »¹¹¹¹.

423. La consécration de la nullité absolue - Dans un arrêt du 1^{er} février 1995, la Cour de cassation avait décidé que les clauses prohibées par ce texte étaient entachées « *d'une nullité d'ordre public absolu* »¹¹¹². La clause litigieuse - conventionnelle - prévoyait une rupture de plein droit du contrat de travail lorsque le salarié aurait atteint l'âge de 65 ans¹¹¹³. L'intéressé ayant été mis à la retraite à l'âge de 60 ans, l'employeur se prévalait de la nullité de la clause. Le salarié faisait valoir qu'en vertu de celle-ci, il ne pouvait être mis à la retraite avant l'âge de 65 ans. Selon lui, la nullité atteignait le caractère automatique de la clause mais laissait subsister la « *partie souple* » qui n'autorisait la mise à la retraite qu'à partir de 65 ans¹¹¹⁴. Cette thèse avait d'ailleurs été retenue par la Cour d'appel de Paris¹¹¹⁵. Mais la Cour de cassation a considéré que la clause était nulle. Ainsi, l'employeur pouvait se prévaloir d'un texte adopté par le législateur dans l'intérêt du salarié¹¹¹⁶.

424. L'abandon de la nullité absolue - Toutefois, la position de la Cour de cassation a évolué. Elle a décidé, dans un arrêt du 6 novembre 1998, que l'employeur était irrecevable à se prévaloir des dispositions de l'article L. 1237-4 du code du travail¹¹¹⁷.

¹¹¹¹ Avant l'introduction de l'article L. 1237-4 (anc. L. 122-14-12) dans le code du travail par la loi n°87-588 du 30 juillet 1987 (JO 31 juillet 1987), la jurisprudence admettait la licéité des clauses couperet en se fondant sur le principe de la liberté contractuelle : Cass. soc. 22 janv. 1981 : Bull. civ. V, n°58, n°79-41194 ; D 1981, IR 434, obs. P. Langlois - Cass. soc. 24 avril 1986 : Bull. civ. V, n° 173, n°84-16182 et n°84-16183 ; JCP 1986 E, I, 15690, n°11, obs. B. Teyssié ; Dr. soc. 1986, p. 460, concl. P. Franck ; D. 1987, som. p. 207 - Cass. soc. 22 mai 1986 : Bull. civ. V, n° 244, n°83-42383 et n°83-43219 ; Dr. soc. 1987, p. 1, note J. Savatier ; JCP G 1986, I, 20714, note L. Parléani ; JCP E 1986, II, 14808, note L. Parléani ; D. 1987, som. p. 207.

¹¹¹² Cass. soc. 1^{er} févr. 1995 : Bull. civ. V, n°48, n°90-42635 ; Dr. soc. 1995, p. 233, et l'étude de G. Couturier, Les clauses couperet, encore, p. 231 ; D 1995, som. p. 362, obs. A. Bouilloux ; RJS 3/95 n°226 ; CSBP 1995, n°68, A 17 ; JCP E 1995, pan. 371.

¹¹¹³ Une telle solution est transposable aux clauses couperet contractuelles.

¹¹¹⁴ Les clauses « souples » relatives au départ à la retraite sont autorisées. Ainsi, selon l'article L. 1237-4 du code du travail, « *les stipulations relatives au départ à la retraite des salariés prévues par une convention collective, un accord collectif de travail ou un contrat de travail sont applicables sous réserve qu'elles ne soient pas contraires aux dispositions légales* ».

¹¹¹⁵ CA Paris 22^{ème} ch. 16 mars 1990 : RJS 8-9/90 n°660 : « *La nullité édictée par l'article L. 122-14-2 [L. 1237-4 nouv.] du code du travail n'atteint que le caractère d'automatisme de la disposition litigieuse qui peut en être expurgée sans autant qu'en soit modifiée l'économie* ».

¹¹¹⁶ En ce sens : G. Couturier, Les clauses « couperet », encore..., Dr. soc. 1995, p. 231, spéc. p. 232.

¹¹¹⁷ Cass. Ass. Plén. 6 nov. 1998 : Bull. civ. AP, n°3, n°97-41931 ; Dr. soc. 1999, p. 94, obs. J. Savatier ; JCP E 1999, p. 133, note D. Corrignan-Carsin ; CSBP 1999, n°106, A 2 ; Gaz Pal. Rec 1998, som. p. 724 ; D 1998, IR p. 253, LPA 28 juin 1999, p. 17, note G.-P. Quéant.

Cette solution a été confirmée par la suite¹¹¹⁸ ; elle est justifiée. Le fait de réserver au salarié la faculté d'invoquer les dispositions édictées dans son intérêt permet d'en assurer l'efficacité¹¹¹⁹. « *Le résultat envisagé de la protection des travailleurs n'aurait pas été atteint, si l'on avait permis à l'employeur de se libérer de ses engagements en invoquant une nullité dont le salarié, lui, ne se prévalait pas et qu'il n'avait pas intérêt à invoquer* »¹¹²⁰.

425. Une tendance jurisprudentielle - Cette solution vise, en réalité, la plupart des clauses illicites contenues dans le contrat de travail. La Cour de cassation rappelle régulièrement que « *seul le salarié peut se prévaloir de la nullité de la clause de non-concurrence* »¹¹²¹. Dans un arrêt du 12 février 1975, elle énonçait notamment, à propos d'une indemnité de clientèle illicite, que « *la violation des règles établies dans l'intérêt des travailleurs n'est sanctionnée par la nullité que lorsqu'elle nuit aux intérêts de ceux-ci* »¹¹²².

En réalité, la Cour de cassation tend à réserver au salarié le droit d'invoquer une règle édictée dans son intérêt. Ainsi, après avoir décidé que « *la nullité d'une transaction peut être invoquée par l'une ou l'autre partie* »¹¹²³, elle retient désormais que « *la nullité d'une transaction résultant de ce qu'elle a été conclue avant la notification du licenciement est une nullité relative instituée dans l'intérêt du salarié qui ne peut dès lors être invoquée par l'employeur* »¹¹²⁴. En matière de requalification du contrat à durée

¹¹¹⁸ Cass. soc. 19 janvier 1999 : non publié au Bull., n° 95-40615 - Cass. soc. 2 mai 2000 : non publié au Bull., n°97-45136 - Cass. soc. 9 mars 1999 : non publié au Bull., n°95-45334 ; CSBP 1999, n°111, S, 292, obs. P Munier ; Gaz Pal. Rec 1999, pan. p. 127 - Cass. soc. 19 juin 2002 : non publié au Bull., n°00-43923 - Cass. soc. 20 juin 2001 : non publié au Bull., n°95-45334 ; CSBP 2001, n° 133, S 427.

¹¹¹⁹ En ce sens : J. Laroque, *Réflexions sur la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation, Tendances du droit du travail français contemporain, Etudes G.-H. Camerlynck*, Dalloz, 1978, p. 26, spéc. p. 31 ; G. Couturier, *La confirmation des actes nuls*, LGDJ, 1972, n°207, p. 172 : « *Il est nécessaire que le droit de critique soit reconnu à ceux que la règle d'intérêt privé protège, à tous ceux-ci mais à eux seuls, pour que la nullité assure son rôle de protection* ». V. aussi : G. Farjat, *L'ordre public économique*, LGDJ, 1963, n°393, p. 321.

¹¹²⁰ J. Laroque, préc., p. 31.

¹¹²¹ Cass. soc. 25 janv. 2006 : Bull. civ. V, n°25, n°04-43646 ; JCP S 2006, 1211, note P.-Y. Verkindt ; RJS 4/06, n°437. V. égal. : Cass. soc. 17 juill. 1997, Bull. civ. V, n°280, n°95-40869 - Cass. soc. 7 juill. 1988 : Bull. civ. V, n°423, n°85-44180. V. aussi : Cass. soc. 18 déc. 1968 : Bull. civ. V, n°610 : « *L'absence de limitation dans la clause de non-concurrence n'était pas de nature à préjudicier à la société qui ne pouvait donc s'en prévaloir pour tenter d'échapper aux conséquences pécuniaires de l'interdiction* ».

¹¹²² Cass. soc. 12 févr. 1975 : Bull. civ. V, n°68, n°74-40062.

¹¹²³ Cass. soc. 24 oct. 2000 : Bull. civ. V, n°344, n°98-41192 ; Dr. soc. 2001, p. 27, note G. Couturier.

¹¹²⁴ Cass. soc. 28 mai 2002 : Bull. civ. V, n°282, n°99-43852 et n°99-43853 ; D. 2002 som. p. 3116, obs. A. Pousson ; JCP G 2002, II, n°1047, note D. Corrignan-Carsin ; JCP E 2002, 1469, p. 1630, note D.

déterminée en un contrat à durée indéterminée, la Cour de cassation estime également que les dispositions des articles L.1242-1 et suivants du code du travail « *ont été édictées dans un souci de protection du salarié qui, seul, peut se prévaloir de leur inobservation* »¹¹²⁵. Pour autant, s'agit-il réellement d'une nullité relative ?

B) Une nullité de protection consacrée par le juge

426. Le fait que le juge réserve au salarié la possibilité d'invoquer la nullité des clauses contenues dans son contrat de travail ne signifie pas pour autant qu'il s'agit d'une nullité relative (1). La nullité consacrée par le juge revêt un caractère spécifique (2).

1) Une nullité distincte de la nullité relative

427. La nullité sanctionnant les clauses prohibées par une disposition légale n'est pas une nullité relative *stricto sensu*. Elle ne peut donner lieu à confirmation (a). Le point de départ de la prescription est différé (b).

a) La confirmation écartée

428. La nullité relative, domaine de la confirmation - La confirmation se définit comme une renonciation au droit d'invoquer la nullité¹¹²⁶. Elle n'est logiquement admise

Corrignan-Carsin ; JCP E 2002, pan. 1029, note F. Taquet ; LPA. 12 sept. 2002, p. 12, note L. François ; Dr. soc. 2002, p. 783, obs. G. Couturier. V. aussi : Cass. soc. 6 avril 2004 : non publié au Bull., n°02-41630 - Cass. soc. 16 nov. 2004 : Bull. civ. V, n°291, n°02-43427.

¹¹²⁵ Cass. soc. 16 juill. 1987 : Bull. civ. V, n°481, n°85-45258 ; D. 1988, som. p. 97, obs. J.-M. Béraud ; Dr. soc. 1989, p. 366, obs. G. Poulain. V. aussi : Cass. soc. 13 févr. 1991 : Bull. civ. V, n°70, n°87-44303 ; Dr. soc. 1991, p. 413, obs. J. Savatier - Cass. soc. 25 févr. 2004 : non publié au Bull., n°02-41606.

¹¹²⁶ En ce sens : G. Couturier, La confirmation des actes nuls, LGDJ, 1972, n°10, p. 9. La première partie de la thèse du Professeur G. Couturier est consacrée à la nature juridique et au régime de la confirmation. L'auteur revient sur l'analyse classique selon laquelle la confirmation consistait en une réparation du vice dont était infecté l'acte. Il considère, à l'inverse, que la confirmation n'a qu'un effet abdicatif et n'a pas pour conséquence de valider l'acte confirmé. V. égal. en faveur de l'analyse développée par le Professeur G. Couturier : J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, Droit civil. Les obligations, 1/ l'acte juridique, 15^{ème} éd., Sirey Université, 2012, n°341, p. 336.

qu'en faveur d'un acte frappé de nullité relative¹¹²⁷. Conformément à l'article 1338, alinéa 2, du code civil, la confirmation peut être tacite et résulter de l'exécution volontaire du contrat. Elle suppose la connaissance du vice par le confirmant et l'intention de renoncer à invoquer la nullité¹¹²⁸. Or, l'exécution volontaire du contrat est susceptible de révéler cette intention¹¹²⁹. Elle peut donc valoir confirmation¹¹³⁰. Cependant, l'exécution volontaire du contrat de travail n'implique pas nécessairement la mise en œuvre de l'ensemble des clauses qu'il contient. Ainsi, la clause couperet, la clause de non-concurrence ou la clause de résiliation unilatérale, n'ont vocation à s'appliquer qu'au moment de la rupture du contrat de travail. L'intention du salarié de renoncer à invoquer la nullité ne peut être déduite de l'exécution du contrat de travail.

Toutefois, certaines clauses ont pu être exécutées par les parties avant la saisine du juge. Tel est le cas des clauses visées par l'article L. 241-8 du code de la sécurité sociale qui font peser sur le salarié la charge des cotisations patronales. Pourtant, même dans cette hypothèse, le juge n'a jamais admis qu'une confirmation ait pu intervenir. La nature de la confirmation justifie son exclusion en ce qui concerne le contrat de travail.

429. L'ordre public de protection, obstacle à la confirmation - La confirmation consiste à renoncer au droit d'invoquer la nullité. Or, en raison de l'existence du lien de subordination, le salarié n'est susceptible de renoncer à un droit relevant d'une disposition d'ordre public que lorsque la subordination a définitivement cessé¹¹³¹. Le salarié bénéficie, à cet égard, d'une « *protection renforcée* » en raison de sa situation de faiblesse¹¹³². En conséquence, lorsqu'il est inclus dans un lien de subordination, la

¹¹²⁷ V. not. : F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, Droit civil. Les obligations, 10^{ème} éd., Dalloz, 2009, n°399, p. 416 : « *Protectrice de l'intérêt général, la nullité absolue n'est pas édictée dans l'intérêt de telle ou telle personne, mais dans celui de la société. Il faut donc, en ce cas, renforcer les chances d'anéantissement effectif de l'acte et non les diminuer, ce à quoi conduirait précisément l'admission de la renonciation. Protectrice des intérêts privés, la nullité relative est en quelque sorte à la disposition des personnes dont les intérêts sont atteints. Si la ou les personnes concernées entendent renoncer à son bénéfice, il paraît difficile de le leur interdire, du moins si cette renonciation intervient à un moment où le confirmant agit en toute liberté* ».

¹¹²⁸ V. not. sur les conditions de la confirmation : G. Couturier, préc., n°19, p. 15 ; J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, préc., n°342, p. 337.

¹¹²⁹ G. Couturier, préc., n°38, p. 27 : « *C'est la tâche du juge de rechercher si l'attitude du confirmant prétendu manifeste avec certitude l'intention de confirmer, c'est-à-dire l'intention de renoncer au droit d'invoquer la nullité* ».

¹¹³⁰ En l'absence d'une telle intention, l'exécution d'un contrat ne peut valoir confirmation. V. not. : Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} oct. 1996, non publié au Bull., n°94-19345.

¹¹³¹ V. infra, n°292.

¹¹³² En ce sens : G. Couturier, La confirmation des actes nuls, LGDJ, 1972, n°292, p. 255.

confirmation doit être exclue. « *La sanction de la nullité doit s'imposer à la partie tant que subsistent les circonstances à raison desquelles la loi estime nécessaire de la protéger contre elle-même. C'est pendant cette période que la confirmation lui sera interdite : ces circonstances disparues, elle pourra confirmer...* »¹¹³³. Une solution inverse priverait la protection légale de toute efficacité¹¹³⁴.

b) Le point de départ de la prescription différé

430. Nullité relative - L'article 1304, alinéa 1, du code civil prévoit que la prescription extinctive des actions en nullité relative¹¹³⁵ est de cinq ans¹¹³⁶. En ce qui concerne la nullité relative, le point de départ du délai de la prescription court en principe au jour de la conclusion du contrat¹¹³⁷. Si un tel point de départ était effectivement retenu, le salarié serait susceptible d'être débouté de ses demandes dans de nombreuses hypothèses. Une clause couperet est insérée dans le contrat de travail d'un salarié au moment de son embauche. C'est généralement au moment de la mise en œuvre de la clause, lorsque le salarié a atteint l'âge de la retraite, qu'est invoquée sa nullité. Cependant, il a pu s'écouler un délai supérieur à cinq ans depuis la conclusion du contrat. Il en est de même en ce qui concerne les clauses de non-concurrence ou de résiliation unilatérale.

¹¹³³ R. Japiot, Des nullités en matière d'actes juridiques, thèse Dijon, 1909, p. 752. V. aussi : G. Couturier, La confirmation des actes nuls, LGDJ, 1972, n°297, p. 261.

¹¹³⁴ J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, Droit civil. Les obligations, 1/ l'acte juridique, 15^{ème} éd., Sirey Université, 2012, n°346, p. 341 : « *Les dispositions d'ordre public de protection seraient à l'évidence, inefficaces si le contractant qu'elles tendent à protéger pouvait confirmer un contrat où elles ont été enfreintes* ». V. aussi : O. Gout, Le juge et l'annulation du contrat, PUAM, 1999, n°344, p. 230.

¹¹³⁵ Si ce texte semble avoir une vocation générale, il est cependant admis qu'il ne concerne que les actions en nullité relative. V. not. : J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, préc., n°351, p. 344 ; P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, Droit civil. Les obligations, 5^{ème} éd., Defrénois, 2011, n°705, p. 341 ; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, Droit civil. Les obligations, 10^{ème} éd., Dalloz, 2009, n°410, p. 421.

¹¹³⁶ Depuis l'entrée en vigueur de la loi n°2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, la prescription de l'action en nullité absolue est également de cinq ans (et non plus de trente ans). L'article 2224 du code civil prévoit que « *les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer* ». Sur le point de départ de la prescription, v. not. : J. Klein, th. dactyl., Paris II, 2010, n°194, p. 154 : « *la référence faite par l'article 2224 au jour où le demandeur « aurait dû connaître » les faits - c'est-à-dire concrètement la cause de nullité - lui permettant d'agir, devrait permettre de s'en tenir au jour de la conclusion de l'acte* ».

¹¹³⁷ V. not. : Cass. com. 17 mai 2011 : Bull. civ. IV, n°77, n°10-17397. V. égal. : F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, préc., n°413, p. 423 ; C. Larroumet, Droit civil. Les obligations, Le contrat, t. III, 6^{ème} éd., Economica, 2007, n°566, p. 575.

Or, en matière de vice du consentement ou d'incapacité, le délai ne court qu'à compter du jour où le vice ou l'incapacité a pris fin¹¹³⁸. Il pourrait alors être avancé qu'en raison du lien de subordination, le délai ne court qu'à compter du jour où le salarié n'est plus sous la subordination de l'employeur. D'ailleurs, selon la doctrine classique, la prescription quinquennale était fondée sur l'idée d'une confirmation tacite. Le salarié ne pouvant renoncer alors qu'il était placé sous la subordination de l'employeur, il était permis de penser que le délai de prescription ne pouvait courir qu'à compter du jour où la subordination avait cessé. Le fondement de la « confirmation tacite » était néanmoins remis en cause par la doctrine dominante¹¹³⁹. La réduction à cinq ans du délai de prescription des actions personnelles ou mobilières porte le coup de grâce à une telle justification.

431. Rappel de salaires - En réalité, lorsque la nullité concerne une clause relative à l'exécution du contrat de travail, telle une clause instituant une sanction pécuniaire ou une clause transférant au salarié la charge des cotisations patronales, sa demande n'a pas pour unique objet l'annulation de la clause. Il intente, en réalité, une action en paiement du salaire qui se prescrit par cinq ans¹¹⁴⁰ à compter de la date à laquelle le salaire devient exigible¹¹⁴¹. Dans ce cas, le « *décompte se fait davantage de manière inversée en partant du point d'arrivée de la prescription* »¹¹⁴². Seules les règles relatives à la prescription des salaires semblent alors s'appliquer. Peu importe que l'action en nullité relative soit prescrite.

432. Indemnité de licenciement - De même, le salarié qui se prévaut de la nullité d'une clause couperet réclame des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. Avant la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription, « *l'action en paiement de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et*

¹¹³⁸ C. civ., art. 1304, al. 2 et 3. V. not. : C. Larroumet, préc., n° 566, p. 576 ; J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, préc., n°354, p. 347.

¹¹³⁹ V. not. : P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, préc., n°705, p. 341 : « *Cette volonté tacite est ici comme ailleurs, artificielle ; il arrive que la prescription coure alors que le titulaire de l'action ignorait le vice, par exemple l'héritier de l'incapable* » ; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, préc., n°412, p. 423 ; J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, préc., n°352, p. 286.

¹¹⁴⁰ C. trav. art. L. 3245-1.

¹¹⁴¹ Cass. soc. 1^{er} févr. 1961 : Bull. civ. IV, n°144 - Cass. soc. 16 juill. 1963 : Bull. civ. IV, n°605.

¹¹⁴² J. Klein, th. dactyl., Paris II, n°254, p. 194.

sérieuse était soumise à la prescription trentenaire de droit commun »¹¹⁴³. Le juge refusait de lui appliquer le régime de l'action en nullité relative. Désormais, ce délai est de cinq ans. Mais il court, *a priori*, à compter de la rupture du contrat, date de réalisation du dommage subi par le salarié¹¹⁴⁴.

433. L'autonomie des actions écartée - Dès lors, la nullité des clauses contractuelles illicites est-elle réellement une nullité relative ? Le juge entend peut-être consacrer l'autonomie des actions en nullité, en responsabilité et en paiement des salaires. Une telle analyse a notamment été retenue par la première chambre civile de la Cour de cassation¹¹⁴⁵. Mais tel n'est pas, semble-t-il, le raisonnement retenu par la chambre sociale. En effet, en matière de transaction, elle a admis, avant la loi du 17 juin 2008, que l'action en nullité relative se prescrivait par cinq ans¹¹⁴⁶. Pourtant, l'action du salarié tendait à obtenir des dommages-intérêts. Le juge a donc fait prévaloir la prescription extinctive propre à la nullité relative. D'ailleurs, la chambre sociale énonce expressément, dans ce cas, que la transaction est entachée d'une « nullité relative »¹¹⁴⁷. Doit-on en déduire qu'en l'absence d'une telle précision, la nullité des clauses du contrat de travail n'est pas une véritable « nullité relative » ?

2) Une nullité spécifique

434. Un régime hybride - Selon certains auteurs, la nullité des clauses contenues dans un contrat de travail pourrait être une nullité relative excluant toute possibilité de

¹¹⁴³ V. not. : Cass. soc. 21 sept. 2005 : non publié au Bull., n°03-43774 : « *L'action en paiement de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et de l'indemnité de licenciement, qui trouvent leur cause dans la rupture du contrat et non dans la prestation de travail, était soumise à la prescription trentenaire de droit commun* » - Cass. soc. 27 févr. 2002 : non publié au Bull., n° 98-46290.

¹¹⁴⁴ V. not. sous l'empire des anciennes dispositions : Cass. civ. 1^{ère}, 9 juill. 2009, Bull. civ. I, n°172, n°08-10820 - Cass. com. 26 janv. 2010, Bull. civ. IV, n°21, n°08-18354. V. aussi : P. Malinvaud, D. Fenouillet, Droit des obligations, 12^{ème} éd., Lexisnexus, 2012, n°896, p. 701.

¹¹⁴⁵ En ce sens : Cass. civ. 1^{ère}, 4 févr. 1975 : Bull. civ. I, n°43, n°72-13217 ; JCP G 1975, II, 18100, note C. Larroumet ; D. 1975, p. 405, note C. Gaury. V. not. C. Guelfucci-Thibierge, Nullité, restitutions et responsabilité, LGDJ, 1992, n°589, p. 345, spéc. n°599, p. 348 : « *La prescription de l'action en nullité ne fait pas obstacle à l'exercice d'une action en responsabilité* ».

¹¹⁴⁶ Cass. soc. 14 janv. 2003 : Bull. civ. V, n°6, n°00-41880 ; RJS 3/03 n°343. V. aussi : Cass. soc. 16 nov. 2004 : Bull. civ. V, n°291, n°02-43427 ; RJS 2/05, n°150.

¹¹⁴⁷ Cass. soc. 28 mai 2002 : Bull. civ. V, n°282, n°99-43852 et n°99-43853 ; D. 2002 som. p. 3116, obs. A. Pousson ; JCP G 2002, II, n°1047, note D. Corrigan-Carsin ; JCP E 2002, 1469, p. 1630, note D. Corrigan-Carsin ; JCP E 2002, pan. 1029, note F. Taquet ; LPA. 12 sept. 2002, p. 12, note L. François ; Dr. soc. 2002, p. 783, obs. G. Couturier. V. aussi : Cass. soc. 6 avril 2004 : non publié au Bull., n°02-41630 - Cass. soc. 16 nov. 2004 : Bull. civ. V, n°291, n° 02-43.427.

confirmation¹¹⁴⁸. Mais le régime de la nullité des clauses contenues dans un contrat de travail pourrait également être rapproché du régime de la sanction du « réputé non écrit ». Cette sanction est insusceptible de confirmation et n'affecte pas le contrat dans son entier. Or, la nullité des clauses contenues dans un contrat de travail est une nullité partielle. En outre, si la sanction du « réputé non écrit » est imprescriptible, le régime de la nullité s'en rapproche. La nullité d'une clause couperet, notamment, peut être invoquée « perpétuellement » par le salarié, pourvu que l'action tendant à l'octroi de dommages-intérêts ne soit pas prescrite¹¹⁴⁹.

Pour autant, le régime de cette nullité ne saurait être assimilé à celui du « réputé non écrit ». Cette dernière sanction peut être invoquée par tout intéressé. Le juge est autorisé à relever d'office la sanction du « réputé non écrit »¹¹⁵⁰. Tel ne devrait pas être le cas de la nullité d'une clause contenue dans un contrat de travail. Outre le respect des principes directeurs du procès¹¹⁵¹, le juge ne devrait pouvoir prononcer d'office la nullité que dans le cas où « celle-ci [vient] (...) au soutien de la prétention de la partie protégée »¹¹⁵². Imposer au salarié une disposition qui nuit à ses intérêts irait à l'encontre de la finalité de la règle transgressée. Une disposition édictée dans son intérêt ne saurait, sans incohérence, se retourner contre lui¹¹⁵³. En conséquence, le régime de la nullité des clauses contenues dans le contrat de travail emprunte à la fois au régime de la nullité relative et à celui du « réputé non écrit ».

435. Un régime autonome - Le juge reconnaît un régime autonome à la nullité sanctionnant les clauses illicites contenues dans le contrat de travail. « *On trouve une*

¹¹⁴⁸ V. not. O. Gout, Le juge et l'annulation du contrat, PUAM, 1999, n°344, p. 231 : « *On peut très bien concevoir que la sanction de la violation d'une réglementation d'ordre public est la nullité relative mais que le juge refuse d'admettre la possibilité de renoncer au bénéfice de cette réglementation, faute de quoi il deviendrait trop aisé de mettre en échec la portée des législations de ce type* ». V. aussi : M. Mekki, L'intérêt général et le contrat, LGDJ, 2004, n°1047, p. 619.

¹¹⁴⁹ V. not. en ce sens, concernant la clause réputée non écrite : J. Kullmann, Remarques sur les clauses réputées non écrites, D. 1993, Chron. p. 59, spéc. pp. 65 et 66.

¹¹⁵⁰ V. supra n°409.

¹¹⁵¹ Selon l'article 16 alinéa 2 du code de procédure civile, le juge « *ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations* ». En outre, le juge doit respecter l'objet du litige. L'article 4 du code de procédure civile dispose, en effet, que « *l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties* ». Selon l'article 5, « *le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé* ». Enfin, le juge « *ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat* » (art. 7, al. 1).

¹¹⁵² C. Guelfucci-Thibierge, Nullité, restitutions et responsabilité, LGDJ, 1992, n°589, p. 345, spéc. n° 622, p. 359 et 360.

¹¹⁵³ V. cep. supra, n°417 et n°418.

théorie nouvelle des nullités en droit du travail. Ce n'est tout à fait ni la nullité absolue ni la nullité relative du droit privé »¹¹⁵⁴. Seul le salarié peut se prévaloir de la nullité. Il ne peut, pour autant, renoncer au droit de l'invoquer. Les règles de prescription de l'action en nullité s'effacent au profit des règles de prescription du salaire et des dommages-intérêts dus en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse. La nullité ne devrait être relevée d'office par le juge qu'à l'appui de la demande du salarié. Enfin, la nullité ne frappe pas le contrat dans son entier mais uniquement la clause illicite ; peu importe la volonté des parties.

436. Le juge du contrat de travail a donc choisi de faire prévaloir la finalité de la règle transgressée sur l'application d'une nullité dont le régime serait défini de manière stricte et intangible. Les exigences d'ordre public le conduisent à reconnaître, implicitement, l'existence d'une nullité spécifique. Il s'agit d'une « nullité de protection » dont le régime est lié à la finalité protectrice des règles qu'elle entend sanctionner. C'est également cette finalité qui justifie la neutralisation de certaines clauses contractuelles.

§ 2 : La neutralisation de la clause contractuelle

437. L'effacement des effets juridiques de la clause - La nullité conduit à la destruction de la clause illicite. Cependant, la soustraction ne suppose pas nécessairement l'annulation de la clause. Le juge procède parfois à sa « neutralisation ». La clause subsiste matériellement dans le contrat de travail ; elle ne produit aucun effet juridique. La neutralisation peut être explicite (I) ou implicite (II).

I) La neutralisation explicite

438. Le juge se prononce en faveur de « l'inopposabilité » de certaines clauses contractuelles prohibées par une disposition légale (A). Le recours à cette notion est contestable (B).

¹¹⁵⁴ J. Laroque, *Réflexions sur la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation, Tendances du droit du travail français contemporain*, Etudes G.-H. Camerlynck, Dalloz, 1978, p. 26, spéc. p. 32. L'auteur ajoute : « *La jurisprudence a cherché à ce que les règles protectrices des travailleurs ne soient pas détournées du but dans lequel elles ont été instaurées, à tenir compte, des réalités économiques plus que des apparences juridiques, à assurer l'exécution de bonne foi des relations de travail* ».

A) L'inopposabilité consacrée

439. Le juge considère que les clauses compromissaires ne sont pas opposables au salarié, malgré les termes du code du travail. Le choix du juge est motivé par la protection des intérêts du salarié.

440. Des dispositions légales contrariées - Dans un arrêt du 30 novembre 2011, la chambre sociale de la Cour de cassation a décidé que la clause compromissoire stipulée dans un contrat de travail était « inopposable » aux salariés en application de l'article L 1411-4 du Code du travail. De même, dans l'ordre international, la chambre sociale de la Cour de cassation refuse d'écarter l'application de l'article 2061 du code civil et des articles L.1411-4 et R.1412-4 du code du travail sur lesquels se fonde la prohibition des clauses compromissaires en droit du travail. Elle décide que « *la clause compromissoire insérée dans un contrat de travail international n'est pas opposable au salarié qui a saisi régulièrement la juridiction française compétente en vertu des règles applicables, peu important la loi régissant le contrat de travail* »¹¹⁵⁵. En d'autres termes, la clause est valable ; mais l'employeur ne peut s'en prévaloir¹¹⁵⁶. Cette solution ne respecte pas les termes des articles L.1411-4 et R.1412-4 du code du travail. Au regard de ces textes, la clause devrait être « réputée non écrite »¹¹⁵⁷.

¹¹⁵⁵ Cass. soc. 16 fév. 1999 : Bull. civ. V, n°78, n°96-40643 ; Rapport de la Cour de cassation, La documentation française, 1999, p. 328 ; Dr. soc. 1999, p. 632, obs. M.-A. Moreau ; JCP E 1999, p. 748, obs. F. Taquet et p. 1685, note P. Coursier ; Rev. cr. DIP 1999, p. 745, obs. F. Jault-Seseke ; Dr. et pat. 1999, n°2390 ; TPS 1999, com. 213 ; Rev. arb. 1999, p. 290, obs. M. Moreau - Cass. soc. 4 mai 1999 : Bull. civ. V, n°191, n°97-41860 ; TPS 1999, com. n°376 ; JCP G 2000, II, 10337, note D. Ammar ; Gaz. Pal. 2000, 1, som. p. 699 - Cass. soc. 12 avril 2008 : non publié au Bull., n°01-44654 ; RDT 2008, p. 326, note E. Severin ; RJS 6/08, n°708. V. aussi : Cass. soc. 28 juin 2005 : Bull. civ. V, n°216, n°03-45042 ; RJS 10/2005, n°1016 ; JCP S 2005, 1245, note J.-F. Cesaro ; D. 2005 pan., p. 3052, note T. Clay ; D. 2005 IR, p. 2035 ; JDI, 2006, p. 616, obs. S. Sana-Chaillé de Néré. V. égal. : Cass. soc. 9 oct. 2001 : Bull. civ. V, n°312, n°99-43288 ; Rev. arb. 2002, p. 347, obs. T. Clay ; TPS 2002, com. n°30 ; Dr. soc. 2002, p. 122, obs. M.-A. Moreau ; RJS 12/01, n°1452.

¹¹⁵⁶ De même, en ce qui concerne les clauses attributives de juridiction en matière internationale, la Cour de cassation se situe parfois sur le terrain de l'opposabilité. Ainsi, après avoir considéré que ces clauses étaient « valides » dans l'ordre international (Cass. soc. 30 janv. 1991 : Bull. civ. V n°41, n°87-42086 ; D 1991, IR p. 50. V. aussi : J. Deprez, Relation internationale de travail et compétence juridictionnelle dans les derniers développements de jurisprudence, RJS 1991, p. 618), elle a décidé dans un arrêt du 21 janvier 2004 que « *la clause attributive de compétence ..., était opposable à l'intéressée* » (Cass. soc. 21 janv. 2004 : Bull. civ. V, n°24, n°01-44215 ; RJS 04/04, n°441 ; D. 2004, som. p. 2187 ; Rev. cr. DIP 2004, p. 644. La portée de cet arrêt est incertaine). V. aussi : Cass. soc. 10 nov. 2009 : non publié au Bull., n°09-40029.

¹¹⁵⁷ Comp : Cass. soc. 12 févr. 1985 : Bull. civ. V, n°97, n°82-43268 ; D 1985 IR, p. 456, note A. Lyon-Caen ; Rev. cr. DIP 1986, p. 469, obs. M.-L. Niboyet-Hoegy. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a considéré que la clause était nulle. V. égal. : T. Clay, ss. Cass. soc. 9 oct. 2001, Rev. arb. 2002, p. 351, qui considère que les articles L. 1411-4 et R. 1412-4 du code du travail travail commandent

441. Les intérêts du salarié préservés - La protection du salarié s'avère indispensable en droit interne ainsi que dans l'ordre international¹¹⁵⁸. Dès lors, une clause compromissoire insérée dans un contrat de travail interne ou international ne saurait être imposée au salarié. Pour autant, cette protection ne doit pas se retourner contre lui. Il peut avoir intérêt à soumettre le litige qui l'oppose à son employeur à un arbitre plutôt qu'au conseil de prud'hommes¹¹⁵⁹. C'est la raison pour laquelle le juge a opté pour l'inopposabilité de la clause. Si le salarié « *souhaite s'affranchir de cette protection au moment où le litige survient et où il n'est plus susceptible de subir les pressions de celui qui l'embauche, pourquoi l'en priver ?* »¹¹⁶⁰. Le choix de l'inopposabilité garantit une protection efficace des intérêts du salarié¹¹⁶¹. Toutefois, d'un point de vue juridique, cette analyse est contestable.

B) *L'inopposabilité injustifiée*

442. L'inopposabilité est destinée à protéger des tiers au contrat (1). La nullité de la clause compromissoire devrait donc être privilégiée. Elle est susceptible de protéger le salarié (2).

443. L'inopposabilité, la protection des tiers - En principe, l'inopposabilité n'emporte de conséquences qu'à l'égard des tiers au contrat¹¹⁶². Elle n'est « *destinée*

« l'éradication » de la clause illicite. L'auteur en conclut : « *on comprend dès lors beaucoup mieux pourquoi la Cour de cassation choisit de parler de clause « inopposable » : tel est bien l'effet d'une clause réputée non écrite* ».

¹¹⁵⁸ V. en ce sens le rapport de la Cour de cassation, La documentation française, 1999, p. 328.

¹¹⁵⁹ En ce sens, M-A Moreau, ss. Cass. soc. 16 fév. 1999 et Cass. soc. 4 mai 1999, Rev. arb. 1999, p. 295 : « *Certains cadres dirigeants, souvent aussi mandataires sociaux, peuvent avoir intérêt à profiter du caractère confidentiel de l'arbitrage, favorable au développement des carrières de haut niveau* ».

¹¹⁶⁰ T. Clay, ss. Cass. soc. 28 juin 2005, D. 2005, pan., p. 3052.

¹¹⁶¹ En ce sens, v. not. : F. Jault-Seseke, ss. Cass. soc. 16 fév. 1999, Rev. cr. DIP 1999, p. 755. Selon cet auteur, le choix de cette sanction s'expliquerait notamment par « *le principe de faveur au salarié qui irrigue le droit du travail* » ; M-A Moreau, Rev. arb. 1999, p. 298 : « *la non-opposabilité au salarié de la clause compromissoire devient alors une règle propre de faveur...* ». V. aussi : S. Sana-Chaillé de Néré, JDI, 2006, p. 616, spéc. p. 619. V. égal. le rapport de la Cour de cassation, La documentation française, 1999, p. 328.

¹¹⁶² En ce sens, J. Duclos, L'opposabilité, essai d'une théorie générale, 1984, LGDJ, p. 27. L'auteur écrit à propos de l'inopposabilité que « *cette sanction négative se différencie de la nullité sur deux points essentiels : d'une part elle ne tient pas aux conditions de formation de l'acte, d'autre part, elle laisse en principe subsister son efficacité entre les parties* ». V. égal. sur cette distinction : J. Carbonnier, Droit civil, Les obligations, 22^{ème} éd. refondue, janv. 2000, Vol. 2, PUF, coll. Quadrige, 2004, n°1024,

qu'à la protection des tiers et non à celle des parties (...) inter partes tout se passera THEORIQUEMENT comme s'il n'y avait pas d'inopposabilité »¹¹⁶³. Autrement dit, l'inopposabilité n'affecte pas la validité de l'acte. Son efficacité demeure entre les parties. Dès lors, la solution dégagée par la Cour de cassation à propos des clauses compromissoires insérées dans un contrat de travail international est contestable. Il est incohérent, juridiquement, de déclarer la clause compromissoire « inopposable » au salarié, partie au contrat de travail¹¹⁶⁴.

444. La nullité, la protection du salarié - Certes, la nullité absolue ne paraît pas respecter la finalité des dispositions légales. Mais la nullité relative en assure l'efficacité. Les effets de la nullité relative sont d'ailleurs si proches de ceux de l'inopposabilité que certains auteurs estiment que « si l'on osait ce mot dangereux, on dirait que l'inopposabilité est une nullité à effet relatif »¹¹⁶⁵. La nullité relative aurait permis de garantir la finalité de la règle transgressée, sans encourir les critiques susceptibles d'être formulées à l'encontre de l'inopposabilité¹¹⁶⁶. Plus précisément, il doit s'agir d'une « nullité de protection » insusceptible de confirmation dont le délai de prescription court à compter de la naissance du litige¹¹⁶⁷. La nullité serait nécessairement une nullité partielle conformément à ce que prescrivent les articles L.1411-4 et R.1412-4 du code du travail. Seule cette nullité de protection permet de garantir la finalité de la règle transgressée dans l'ordre interne et dans l'ordre

p. 2103 ; P. Simler, La nullité partielle des actes juridiques, LGDJ, 1969, n°14, p. 13 ; H. J. et L. Mazeaud, F. Chabas, Leçons de droit civil, Les obligations, 9^{ème} éd., Montchrestien, 1998, n°295-2, p. 298 ; C. Larroumet, Droit civil. Les obligations, Le contrat, t. III, 6^{ème} éd., Economica, 2007, n° 547, p. 557.

¹¹⁶³ D. Bastian, Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité, th. Paris, Sirey, 1929, p. 337. V. aussi : J. Duclos, préc., p. 27.

¹¹⁶⁴ En ce sens, S. Sana-Chaillé de Néré, préc., p. 619. Comp. : T. Clay, ss. Cass. soc. 9 oct. 2001, Rev. arb. 2002, p. 351 : « Il ne s'agit plus de l'inopposabilité à l'égard des tiers (celle qui se différencie de la nullité) mais de l'inopposabilité au sens générique, c'est-à-dire au sens d'un acte dont les effets sont neutralisés, y compris à l'égard des parties à l'acte ». V. aussi : T. Clay, L'arbitrage en droit du travail : quel avenir après le rapport Barthélémy-Cette ?, Dr. soc. 2010, p. 930, spéc. n°77, p. 944.

¹¹⁶⁵ H.J. et L. Mazeaud, F. Chabas, Leçons de droit civil, Les obligations, 9^{ème} éd., Montchrestien, 1998, n°295-2, p. 299.

¹¹⁶⁶ En ce sens, T. Clay, ss. Cass. soc. 9 oct. 2001, Rev. arb. 2002, p. 354 : « Rien n'empêche de considérer que la protection de l'employé relèverait d'une nullité relative car il s'agit bien de « protéger un intérêt individuel » et non pas « un intérêt général » ».

¹¹⁶⁷ En ce sens, à propos de l'application de l'article 2061 du code civil, P. Marini, F. Fages, La réforme de la clause compromissoire, D. 2001, Chron. p. 2658, spéc. p. 2663 : « Il faudrait retenir le critère de la naissance du litige puisque, à compter de ce moment la partie protégée doit pouvoir prendre conscience des conséquences d'un règlement arbitral de son litige ».

international¹¹⁶⁸. La neutralisation de la clause devrait donc être écartée. Pour autant, dans d'autres hypothèses, la neutralisation implicite de certaines clauses peut, *a priori*, paraître justifiée.

II) La neutralisation implicite

445. Le juge écarte parfois l'application de la clause soumise à son contrôle sans pour autant décider de son « inopposabilité » ou de sa « nullité ». Les manifestations de cette « neutralisation » dépendent alors de la nature de la norme transgressée. Lorsqu'il s'agit d'une norme légale, la clause litigieuse est simplement privée d'effets (A). En revanche, si une norme conventionnelle est plus favorable qu'une clause contractuelle, elle se substitue, en principe, à cette dernière (B).

A) La neutralisation exclusive de la substitution

446. Plutôt que de se prononcer en faveur de la destruction de la clause soumise à son contrôle, le juge fait parfois abstraction de celle-ci. La prise en compte de la clause n'est qu'apparente ; sa validité est artificielle.

447. La validité conditionnelle des clauses d'indivisibilité - Dans un arrêt du 12 juillet 2005, la Cour de cassation a décidé qu'il appartient au juge d'apprécier si la clause d'indivisibilité est « *justifiée par la nature du travail à accomplir et proportionnée au but poursuivi et si la poursuite du second contrat de travail est rendue*

¹¹⁶⁸ Le juge estime que la clause compromissoire contenue dans un acte mixte est nulle. V. not. : Cass. civ. 2^{ème}, 5 mai 1982 : Bull. civ. II, n°69, n°81-10544 ; Rev. arb. 1983, p. 75, obs. J. Rubellin-Devichi. V. aussi : CA Paris 16 mars 1984 : JurisData n°1984-024801 ; Rev. arb. 1986, p. 434, obs. P. Fouchard - CA Versailles 29 oct. 1990 : JurisData, n°1990-051164 ; Rev. arb. 1992, p. 483, obs. D. Cohen - CA Paris 11 mars 1994 : Juris-Data n°1994-021837 ; Rev. arb. 1996, p. 139, obs. J. Pellerin ; RTD com. 1994, p. 700, obs. E. Loquin. Certes, il s'agit, en principe, d'une nullité absolue et non d'une nullité relative. Toutefois, cette solution pourrait être remise en cause (v. not. : CA Paris 12 nov. 1998 : Rev. arb. 1999, p. 374, obs. C. Jarrosson). Elle est, en effet, vivement critiquée par la doctrine. V. not. : Fouchard, La laborieuse réforme de la clause compromissoire par la loi du 15 mai 2001, Rev. arb. 2001, p. 412, n°24 ; E. Loquin, ss. CA Paris 11 mars 1994, RTD com. 1994, p. 700 ; C. Jarrosson, La clause compromissoire, Rev. arb. 1992, p. 259, spéc. p. 267. V. aussi : P. Marini, F. Fages, préc., p. 2663. Contra : J. Rubellin-Devichi, ss. Cass. civ. 2^{ème}, 5 mai 1982, Rev. arb. 1983, p. 75.

impossible par la rupture du premier »¹¹⁶⁹. Autrement dit, la Cour de cassation semble admettre la validité de la clause d'indivisibilité dès lors que les conditions qu'elle édicte sont remplies. Une telle analyse est contestable ; la clause d'indivisibilité prévoit une cause automatique de rupture du contrat de travail. Dès lors, elle est contraire aux articles L.1235-1 et L.1231-4 du code du travail.

448. La validité artificielle des clauses d'indivisibilité - Cependant, la validité de la clause d'indivisibilité n'est qu'un leurre. La Cour de cassation précise « *qu'une clause de résiliation d'un contrat de travail ne dispense pas le juge de rechercher si la rupture a une cause réelle et sérieuse* ». En réalité, exiger que la rupture du contrat de travail ait rendue impossible la poursuite du second contrat revient à priver d'efficacité la clause d'indivisibilité. « *La Cour de cassation exige des juges du fond qu'ils recherchent s'il existe ou non une situation objective rendant impossible la poursuite du contrat et susceptible de justifier, par voie de conséquence, sa résiliation. Et c'est en réalité cette situation objective, et non la clause stipulée, qui pourra, le cas échéant, justifier le licenciement prononcé* »¹¹⁷⁰. En définitive, la clause n'est valide que si la rupture du second contrat repose sur une cause réelle et sérieuse. Or, dans ce cas, la clause est inutile. En revanche, lorsqu'elle présente un intérêt, elle n'est pas valide. Les effets de la clause d'indivisibilité sont paralysés. Le juge aurait donc pu déclarer la clause nulle plutôt que de recourir à un subterfuge laissant croire à sa validité¹¹⁷¹. A l'inverse, la neutralisation de la clause est justifiée lorsqu'elle est la conséquence de la substitution d'une norme conventionnelle.

B) La neutralisation conséquence de la substitution

449. Lorsqu'une norme conventionnelle s'avère plus favorable qu'une clause contractuelle, elle se substitue, en principe, à cette dernière (1). Cette substitution

¹¹⁶⁹ Cass. soc. 12 juill. 2005 : Bull. civ. V, n°244, n°03-45394 ; RJS 10/05, n°941 ; JCP S 2005, 1333, note J. K. Adom ; D. 2006, jurisp., p. 344, note J. Mouly ; Dr. soc. 2006, p. 1045, obs. J. Savatier ; Rapport de la Cour de cassation 2005, La documentation française, p. 227.

¹¹⁷⁰ En ce sens : J. Mouly, Les clauses d'indivisibilité entre contrats de travail : une application malencontreuse de l'article L. 120-2 du code du travail, D. 2006, jurisp., p. 344.

¹¹⁷¹ En ce sens : J. Mouly, préc., p. 344, spéc. p. 346 : « *C'est par un pur effet d'optique que l'on peut croire à l'efficacité de la clause d'indivisibilité et penser que le juge admet dans certains cas sa validité, alors qu'il se borne en réalité à statuer sur le caractère justifié du licenciement intervenu en se fondant sur une situation objective, indépendante de la clause litigieuse* ».

n'entraîne pas la destruction de la clause contractuelle. Cette dernière est « mise en sommeil » (2).

1) *La substitution de la clause conventionnelle*

450. L'application immédiate de la clause conventionnelle - Conformément à l'article L. 2254-1 du code du travail, « *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 juge considère que cette application est immédiate et impérative¹¹⁷². Dans cette hypothèse, la norme conventionnelle, plus favorable, s'incorpore-t-elle au contrat de travail ? Remplace-t-elle la clause contractuelle moins favorable ?

451. L'absence de contractualisation de la clause conventionnelle - Certains auteurs ont soutenu que les clauses plus favorables contenues dans l'acte conventionnel devaient s'incorporer au contrat de travail¹¹⁷³. A l'inverse, selon une doctrine majoritaire, le statut collectif des salariés ne doit pas être confondu avec le contrat de travail¹¹⁷⁴. C'est en ce sens que s'est prononcée la jurisprudence : « *un accord collectif*

¹¹⁷² Cass. soc. 19 nov. 1997 : Bull. civ. V, n°386, n°95-40280 ; RJS 1/98, n°75 ; Dr. soc. 1998, p. 12, note J. Savatier ; JCP G 1998, II, 10043, note M. Rousseau ; J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, Les grands arrêts du droit du travail, 4^{ème} éd., Dalloz, 2008, n°166, p. 747. V. aussi : Cass. soc. 17 juill. 2001 : Bull. civ. V, n°273, n°98-42310 et n°98-42369 ; RJS 11/01, n°1282 ; Dr. soc. 2001, p. 1017, obs. C. Radé.

¹¹⁷³ V. not. en ce sens : P. Langlois, Contrat individuel et convention collective : un nouveau cas de représentation, Dr. soc. 1975, p. 283. Cet auteur fonde l'incorporation sur l'idée de la représentation des salariés par les syndicats. Selon lui, « *on devrait donc en déduire que les contrats de travail des adhérents des organisations signataires sont constituées, à la fois, des clauses négociées individuellement et des dispositions de l'accord collectif* ». Comp. M. Despax, Conventions collectives, Traité de droit du travail, 2^{ème}éd., Dalloz, 1989, n°57 : « *La meilleure façon que l'on ait de rendre compte des solutions jurisprudentielles et des prescriptions légales consiste à admettre qu'il y a une réception provisoire des dispositions de la convention collective dans le contrat individuel de travail. Pendant la durée de la convention collective, les normes de cette dernière s'insèrent dans les contrats individuels de travail* ». V. aussi : Y. Chalaron, J.-Cl. Trav., Fasc. 1-34, Négociation, Conventions et accords collectifs – Application, 2000, n°90.

¹¹⁷⁴ En ce sens : H. Thuillier, Contribution à la théorie des sources en droit du travail, I. La réception des sources, un ordre statutaire ?, JCP 1974, I, 2649 ; P. Ollier, L'accord d'entreprise dans ses rapports avec les autres sources de droit dans l'entreprise, Dr. soc. 1982, p. 680 ; J. Deprez, Un remède incertain à la précarité des avantages acquis : l'incorporation dans le contrat de travail, Dr. soc. 1986, p. 906. V. aussi : N. Aliprantis, La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes, LGDJ, 1980, p. 262. Cet auteur critique la thèse de l'incorporation sans pour autant opter expressément en faveur de la thèse de la non incorporation. V. égal. : P. Rodière, La convention collective en droit international, th. dactyl. Paris I, 1977, n°110, p. 126 ; Y. Chalaron, Négociations et accords collectifs d'entreprise, Pratique sociale, ss. la direction de B. Teyssié, Litec, 1990, n°223, pp. 227 et 228 ; G. Borenfreund, L'articulation du contrat de travail et des normes collectives, Dr. ouvr. 1997, p. 514, spéc. p. 521.

ne peut modifier le contrat de travail d'un salarié ; seules les dispositions plus favorables d'un accord collectif peuvent se substituer aux clauses du contrat »¹¹⁷⁵. Autrement dit, si la clause conventionnelle se substitue à la clause contractuelle, elle n'est pas pour autant contractualisée. Elle conserve son origine conventionnelle et demeure extérieure au contrat de travail. La question se pose alors de savoir quel sort le juge entend réserver à la clause contractuelle.

2) La « mise en sommeil » de la clause contractuelle¹¹⁷⁶

452. Lorsque le juge substitue une clause conventionnelle à une clause contractuelle, il ne prononce pas, en principe, la nullité de cette dernière (a). Toutefois, il admet parfois la destruction de la clause contractuelle (b).

a) L'absence de destruction

453. Une substitution provisoire - Le juge ne sanctionne pas, en principe, la clause contractuelle moins favorable qu'une disposition conventionnelle par la nullité. *« L'exclusion de la disposition la moins favorable n'est en aucune manière un anéantissement, une annulation ou une révocation »¹¹⁷⁷. Il s'agit d'une « substitution provisoire »¹¹⁷⁸. Le juge paralyse provisoirement les effets de la clause contractuelle. Cependant, la Cour de cassation n'utilise expressément le terme de « substitution » que lorsque l'entrée en vigueur de la convention collective est postérieure au contrat de travail¹¹⁷⁹.*

454. Une substitution justifiée - La substitution est pertinente. La convention collective peut être mise en cause ultérieurement. Sous réserve du maintien des

¹¹⁷⁵ V. not. : Cass. soc. 27 juin 2002 : non publié au Bull., n°00-44663 ; RJS 10/02, n°1075.

¹¹⁷⁶ Expression utilisée par le Professeur P.-Y. Verkindt, *Le contrat de travail. Modèle ou anti-modèle du droit civil des contrats ?*, in *La nouvelle crise du contrat*, C. Jamin, D. Mazeaud, Dalloz 2003, p. 223.

¹¹⁷⁷ Y. Chalaron, *Négociations et accords collectifs d'entreprise*, Pratique sociale, ss. la direction de B. Teyslié, Litec, 1990, n°230, p. 236.

¹¹⁷⁸ V. en ce sens : Y. Chalaron, préc., n°230, p. 236 ; J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, Dalloz, 27^{ème} éd., 2013, n°1268, p. 1320.

¹¹⁷⁹ V. not. : Cass. soc. 19 nov. 1997 : Bull. civ. V, n°386, n°95-40280 ; RJS 1/98, n°75 ; Dr. soc. 1998, p. 12, note J. Savatier ; JCP G 1998, II, 10043, note M. Rousseau ; J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, *Les grands arrêts du droit du travail*, 4^{ème} éd., Dalloz, 2008, n°166, p. 747 - Cass. soc. 17 juill. 2001 : Bull. civ. V, n°273, n°98-42310.

avantages individuels acquis, il est logique que le salarié puisse alors se prévaloir de la clause contractuelle. Cette dernière peut s'avérer plus favorable que la loi. Pourtant, la Cour de cassation admet parfois la destruction de la clause contractuelle défavorable.

b) Une destruction ponctuelle

455. La destruction expresse - La destruction est parfois dictée expressément par la convention collective¹¹⁸⁰. Mais même en l'absence de telles dispositions, la nullité de la clause est parfois retenue par le juge. Tel fut le cas dans un arrêt du 28 mai 1998¹¹⁸¹. Dans cette affaire, des salariés avaient accepté un nouveau mode de rémunération moins favorable que celui qui résultait des accords d'entreprise « en survie » en application de l'article L. 2261-14 du code du travail. La Cour d'appel avait considéré que les avenants avaient produit effet postérieurement à la période de survie. Cette analyse n'a pas été retenue par la Cour de cassation. Selon elle, « *les avenants aux contrats de travail emportaient renonciation aux dispositions de l'accord d'entreprise encore en vigueur au moment de la signature desdits avenants, ce dont il résultait qu'ils étaient nuls* ». De même, avant l'entrée en vigueur de la loi n°2008-596 du 25 juin 2008, la Cour a admis la nullité d'une clause prévoyant un renouvellement de la période d'essai, en l'absence de dispositions conventionnelles en ce sens¹¹⁸². Enfin, elle a considéré à plusieurs reprises qu'une clause contractuelle de non-concurrence moins favorable que les dispositions conventionnelles préexistantes était nulle¹¹⁸³.

¹¹⁸⁰ V. not. : F. Gaudu et R. Vatinet, Les contrats de travail, LGDJ, 2001, n°587, p. 516.

¹¹⁸¹ Cass. soc. 26 mai 1998 : Bull. civ. V, n°278, n°96-41053 et n°96-41054 ; Dr. soc. 1998, p. 886, et l'étude de G. Couturier, Pot pourri autour des modifications du contrat de travail, p. 878 ; TPS 1998, com. 283, B. Teyssié ; JCP E 1999, p. 126, n°22, obs. F. Bousez ; RJS 7/98, n°886.

¹¹⁸² Cass. soc. 30 mars 1995 : Bull. civ. V, n°117, n°91-4407 : « *Mais attendu, d'une part, que, répondant ainsi aux conclusions, le conseil de prud'hommes, après avoir relevé que la convention collective applicable des magasins de vente d'alimentation et d'approvisionnement ne prévoyait pas la possibilité de renouveler la période d'essai d'un mois, a exactement décidé, en conformité avec les dispositions de l'article L. 135-2 du Code du travail, que la clause du contrat de travail prévoyant un tel renouvellement, qui était moins favorable au salarié, était nulle ; Et attendu que, d'autre part, le salarié ne peut renoncer pendant la durée du contrat de travail aux droits qu'il tient de la convention collective* ».

¹¹⁸³ Cass. soc. 13 janv. 1998 : Bull. civ. V, n°6, n°95-41480 ; D. 1999, jurisp. p. 161, note C. Bourrier et N. Bouche - Cass. soc. 12 févr. 2002 : Bull. civ. V, n°63, n°99-43858 - Cass. soc. 12 févr. 2002 : non publié au Bull., n° 00-41451 - Cass. soc. 14 nov. 2007 : Bull. civ. V, n°189, n°06-44284. V. aussi : Cass. soc. 30 nov. 2005 : non publié au Bull., n°03-46209 - Cass. soc. 12 oct. 2011 : Bull. civ. V, n°233, n°09-43155 ; JCP S 2012, 1005, note J.-F. Cesaro ; Dr. soc. 2012, p. 198, obs. J. Mouly ; Dr. ouvr. 2012, p. 19 et l'étude de F. Canut, Sanction d'une clause de non-concurrence excessive : vers une évolution de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation, p. 12.

456. Des tentatives d'explication - Diverses explications peuvent être avancées à l'appui de la destruction de la clause contractuelle.

457. L'absence d'autonomie de la disposition conventionnelle - Dans de multiples hypothèses, la clause conventionnelle ne pouvait se substituer à la clause contractuelle défavorable. Tel est le cas lorsque la clause conventionnelle prévoit que la contrepartie financière éventuellement prévue par le contrat ne peut être inférieure à un certain seuil¹¹⁸⁴. Il en est de même lorsque l'accord conventionnel limite le secteur d'activité de la clause de non-concurrence éventuellement prévue au contrat¹¹⁸⁵. Dans ces hypothèses, l'objet de la norme conventionnelle est d'encadrer la stipulation d'une clause de non-concurrence dans le contrat. Ces dispositions ne suffisent pas « à fonder une clause de non-concurrence »¹¹⁸⁶. Pour autant, la clause contractuelle aurait pu être mise à l'écart. Mais aurait-elle trouvé vocation à s'appliquer ultérieurement ?

458. L'inapplicabilité définitive des clauses - Fréquemment les clauses contractuelles annulées n'auraient pu recevoir une quelconque application ultérieure. Les clauses relatives au renouvellement de la période d'essai et les clauses de non-concurrence produisent respectivement leurs effets au commencement de l'exécution du contrat de travail et lors de la rupture de celui-ci. Or, le juge avait été saisi lors de leur application. Le maintien de celles-ci dans le contrat de travail n'était pas pertinent. Toutefois, la mise en sommeil des avenants dans l'arrêt du 26 mai 1998 aurait pu présenter un intérêt¹¹⁸⁷. Ces avenants auraient pu être appliqués à l'expiration du délai de survie.

459. La sanction d'une renonciation - Une autre explication peut alors être avancée. La nullité devrait être réservée aux hypothèses de « renonciation ». En cas de renonciation à une disposition conventionnelle, il y aurait « violation de l'impérativité de cette disposition dans la mesure où la renonciation tend à lui faire perdre définitivement son applicabilité et à retirer a priori au juge le pouvoir d'apprécier son caractère plus ou moins favorable »¹¹⁸⁸. Par conséquent, « la nullité et non seulement

¹¹⁸⁴ Cass. soc. 13 janv. 1998 : Bull. civ. V, n°6, n°95-41480 ; D. 1999, jurispr. p. 161, note C. Bourrier et N. Bouche.

¹¹⁸⁵ V. not. : Cass. soc. 12 oct. 2011, préc..

¹¹⁸⁶ J.-F. Cesaro, ss. Cass. soc. 12 oct. 2011, JCP S 2012, 1005.

¹¹⁸⁷ V. supra n°455.

¹¹⁸⁸ Y. Chalaron, J.-Cl. Trav., Fasc. 1-36, 2000, n°46.

l'inopposabilité provisoire pourrait alors sanctionner cette violation de principes essentiels du droit des conventions collectives »¹¹⁸⁹. En conséquence, soit la clause contractuelle défavorable est postérieure à l'entrée en vigueur des dispositions conventionnelles ; elle constitue une « renonciation ». La sanction de la nullité aurait alors vocation à s'appliquer. Sont, en effet, concernées les conditions de formation de la clause¹¹⁹⁰. Soit la clause contractuelle est antérieure à l'entrée en vigueur des dispositions conventionnelles ; dans ce cas il ne s'agit plus d'une renonciation. La clause contractuelle formée valablement ne peut être annulée. Les dispositions conventionnelles ont alors vocation à se substituer à la clause contractuelle. Telle semble être, *a priori*, l'analyse de la Cour de cassation dans les arrêts précités.

460. Une clarification nécessaire - Cependant, dans d'autres décisions, la destruction de la clause contractuelle est incertaine malgré l'existence d'une renonciation. Le juge énonce simplement que « *les parties liées par un contrat de travail ne peuvent, pendant toute la durée du contrat, déroger par un accord particulier, sauf dispositions plus favorables pour le salarié, aux dispositions conventionnelles qui leur sont applicables* »¹¹⁹¹. Il décide que « *la disposition conventionnelle plus favorable au salarié que la clause (...) prévue à son contrat individuel de travail devait s'appliquer...* »¹¹⁹². Enfin, il se borne parfois à écarter l'application de la clause contractuelle¹¹⁹³. Dès lors, sa position mériterait d'être clarifiée.

461. La neutralisation souhaitée - En réalité, le juge devrait admettre la « mise en sommeil » de la clause contractuelle moins favorable dès lors qu'elle susceptible de

¹¹⁸⁹ Ibid.

¹¹⁹⁰ En ce sens : J. Savatier, ss. Cass. soc. 19 nov. 1997, Dr. soc. 1998, p. 12 : « *En cas de conflit entre une clause du contrat de travail et une clause de la convention collective régissant le contrat, le principe de l'application de la clause la plus favorable au travailleur (...) peut jouer soit lors de la conclusion du contrat, soit au cours de l'exécution de celui-ci. Dans le premier cas, la clause contractuelle moins avantageuse est frappée de nullité. Dans le second cas, la clause contractuelle était licite à l'origine, mais la clause plus favorable de la convention collective lui est substituée à compter de la date où la convention est devenue applicable* ».

¹¹⁹¹ V. not. : Cass. soc. 14 sept. 2005 : non publié au Bull., n°03-43990 ; RJS 11/05, n°1126 - Cass. soc. 3 mars 1988 : Bull. civ. V, n°161, n°85-44816 - Cass. soc. 4 déc. 1990 : Bull. civ. V, n°608, n°87-42499 - Cass. soc. 6 juill. 1994 : Bull. civ. V, n°226, n°90-45206 ; Dr. ouvr. 1995, p. 555, note F. Kessler.

¹¹⁹² V. not. : Cass. soc. 4 févr. 2003 : Bull. civ. V, n°40, n°01-40384 ; Dr. ouvr. 2004, p. 523 ; D. 2003, som. p. 1658, obs. S. Frossard ; JCP G 2003, IV, 1857.

¹¹⁹³ V. not. en ce qui concerne la période d'essai : Cass. soc. 6 juin 2001 : non publié au Bull., n°99-41220 : « *Après avoir relevé que la convention collective nationale des ingénieurs et cadres de la métallurgie prévoyait que la période d'essai ne saurait excéder six mois, a exactement décidé que la*

retrouver son caractère plus avantageux. Une telle solution serait justifiée eu égard à la finalité du principe de faveur. Peu importe que la clause ait été conclue après l'entrée en vigueur de l'accord collectif. Par exemple, une indemnité contractuelle de licenciement est plus avantageuse que les dispositions légales ; elle l'est moins, en revanche, que l'indemnité prévue par l'accord collectif qui lui est antérieur. Ce dernier est remis en cause ultérieurement. Le salarié doit alors pouvoir bénéficier de l'indemnité contractuelle. Une telle analyse serait conforme à la finalité protectrice de l'article L. 2254-1 du code du travail.

462. *La neutralisation limitée* - Cependant, il n'en est pas de même d'une clause contractuelle de non-concurrence moins favorable que la convention collective. Si cette dernière vient à disparaître, appliquer la clause contractuelle de non-concurrence doit recevoir application n'est pas nécessairement avantageux.

En réalité, une telle clause doit être annulée. Une contrepartie financière, prévue dans le contrat, qui s'avère inférieure à la contrepartie conventionnelle devrait être considérée comme dérisoire. La nullité de la clause devrait ainsi être encourue sur le fondement de l'article 1131 du code civil¹¹⁹⁴. Une clause contractuelle dont le périmètre est plus étendu que celui prévu par la convention collective devrait être considérée comme portant une atteinte excessive à la liberté de travail du salarié. Le juge devrait considérer qu'elle fait échec à l'article L.1121-1 du code du travail. Dans ces hypothèses, la nullité devrait donc reposer sur la renonciation du salarié à une disposition légale¹¹⁹⁵. Ce n'est pas l'application du principe de faveur qui justifierait la nullité de la clause ; ce serait le non-respect de l'ordre public social¹¹⁹⁶.

clause du contrat de travail instaurant une période d'essai de 4 mois renouvelable une fois, était moins favorable et ne pouvait être appliquée ».

¹¹⁹⁴ V. infra n°528.

¹¹⁹⁵ V. not. : J. Mouly, ss. Cass. soc. 12 oct. 2011, Dr. soc. 2012, p. 199, spéc. p. 200 : «*Qu'il existe ou non un accord collectif devrait être sans incidence sur la solution. Le problème à résoudre est toujours le même : la protection d'une liberté fondamentale, en l'occurrence la liberté professionnelle du salarié. Le relais d'une convention collective ne devrait donc pas être de nature à modifier la sanctions susceptible de s'appliquer* ».

¹¹⁹⁶ En ce qui concerne le renouvellement de la période d'essai (v. supra n°455), il est également permis de penser que la nullité aurait dû être justifiée par le non-respect de l'ordre public social. Le fait de prévoir le renouvellement de la période d'essai en l'absence de disposition conventionnelle aurait pu être considéré comme une renonciation du salarié au droit de se prévaloir des règles relatives au licenciement.

Qu'en est-il d'une clause prévoyant expressément que le salarié renonce à l'application d'une ou plusieurs dispositions conventionnelles ? Dans ce cas, la clause a exclusivement pour objet, et non seulement pour effet, d'éluider l'article L. 2254-1 du code du travail. Le salarié renonce au droit de se prévaloir de ce texte. Or, une telle renonciation est prohibée. Elle fait échec à l'ordre public social. Au demeurant, admettre, dans ce cas, la neutralisation de la clause n'a aucun intérêt. Une telle clause n'aura jamais vocation à s'appliquer. Peu importe que les dispositions conventionnelles soient ultérieurement remises en cause ; la clause a justement pour objet d'écarter leur application. De même, une société soumise à la convention nationale de la métallurgie est reprise par une autre société soumise à la convention nationale de la prévention et de la sécurité. Pendant la période de survie de la convention nationale de la métallurgie, un salarié de la société reprise signe un avenant en vertu duquel il renonce à l'application de cette dernière au bénéfice de la convention nationale de la prévention et de la sécurité. Une telle clause est nulle. Elle a directement pour objet d'éluider L.2261-14 du code du travail¹¹⁹⁷. Le principe de faveur ne justifie donc pas, dans ce cas, sa nullité. Le non-respect de l'ordre public social est à l'origine de sa destruction par le juge.

La distinction entre le non-respect du principe de faveur et celui de l'ordre public social est parfois délicate. Elle n'est pas clairement effectuée par le juge. Elle est néanmoins essentielle ; elle devrait conditionner le sort de la clause contractuelle.

¹¹⁹⁷ Il en allait différemment dans l'arrêt précité du 28 mai 1998 (V. supra, n°455). L'avenant n'avait pas exclusivement pour objet d'écarter l'application des accords collectifs. Il prévoyait des dispositions moins favorables, en termes de rémunération, que l'accord collectif. A l'expiration de la période de survie, ces dispositions auraient pu avoir vocation à s'appliquer.

463. Conclusion du chapitre 1 : Les normes applicables au contrat de travail sont multiples. Il s'agit, notamment, de normes légales spéciales. Elles revêtent une force contraignante particulière liée à l'existence d'un ordre public spécifique : l'ordre public social. Caractérisées par leur indérogabilité relative, elles justifient une intervention judiciaire récurrente et destructrice. Même le contrat de travail international n'échappe pas à l'application de règles de compétence interne jugées impératives. Ainsi, la finalité protectrice des dispositions légales spéciales est à l'origine de solutions originales. La validité des clauses de résiliation unilatérale et des clauses d'invisibilité est, en principe, admise en droit commun des contrats ; tel n'est pas le cas lorsqu'elles sont insérées dans un contrat de travail.

Le juge est également tenu d'appliquer des dispositions à vocation générale. Les clauses de variation sont annulées sur le fondement de l'article 1134, alinéa 2, du code civil. Selon certains auteurs, seul l'article 1174 du code civil constituerait un fondement pertinent. Mais les conditions d'application de ce texte sont défaillantes. En réalité, les clauses de variation emportent renonciation du salarié au droit de se prévaloir de l'article 1134, alinéa 2. Eu égard à la spécificité de l'ordre public social, le salarié ne saurait valablement renoncer au droit de consentir. Les articles 6 et 1134 du code civil commandent l'annulation des clauses de variation. L'application de l'article 1129 du code civil doit également être envisagée. Elle n'est source d'aucune difficulté en ce qui concerne la prestation de travail. Qu'en est-il du salaire ? Depuis les arrêts d'assemblée plénière du 1^{er} décembre 1995, l'article 1129 n'est pas applicable au prix. L'exigence de détermination du prix ne s'impose qu'en raison de l'existence de dispositions légales particulières. Or, il n'en existe point qui soit applicable au contrat de travail. Pourtant, la chambre sociale n'autorise ni la fixation ni la modification unilatérale du salaire par l'employeur. L'article 1129 est-il appliqué implicitement par la chambre sociale ? Une telle solution serait incohérente au regard des arrêts d'assemblée plénière...

Par ailleurs, conformément au principe de faveur, l'existence de dispositions conventionnelles doit être prise en considération. L'identification des situations de concours est source de difficultés. Le juge privilégie une méthode analytique ; il effectue une comparaison par ensemble d'avantages. Afin d'identifier la disposition la plus favorable, il se livre à une appréciation individualisée. Pour autant, la préférence du salarié est, en principe, indifférente.

Ainsi, la prolixité et la spécificité des normes applicables au contrat de travail est à l'origine des diverses formes de soustraction. Le juge procède parfois à la destruction de la clause. Le contrat de travail subsiste. L'exercice de l'action en nullité est réservé au salarié. Il ne s'agit pas, pour autant, d'une nullité relative. Le juge consacre une « nullité spécifique de protection ». Parfois, l'action du juge consiste à « neutraliser » certaines clauses contractuelles illicites. Ces décisions sont contestables. L'illicéité doit être sanctionnée par la nullité. La « neutralisation » de la clause contractuelle doit être réservée aux hypothèses dans lesquelles une norme conventionnelle plus favorable prévaut.

En conséquence, la soustraction de clauses contractuelles résulte de l'existence d'un ordre public spécifique dont le juge entend garantir le respect et l'efficacité. Dans certaines hypothèses, la protection de cet ordre public est source d'un pouvoir créateur. Celui-ci se manifeste, notamment, par un aménagement des hypothèses de soustraction.

CHAPITRE 2 : LA SOUSTRATION AMENAGEE PAR LE JUGE

464. L'énonciation de conditions objectives de validité - Le juge ne se borne pas nécessairement à détruire la clause contractuelle illicite soumise à son contrôle. Il fait parfois œuvre de création en soumettant la validité de cette dernière, ou son efficacité, à des conditions qu'il édicte.

465. L'absence exceptionnelle de fondement textuel - Cette démarche créatrice est exceptionnellement dépourvue de tout fondement textuel. Le juge considère qu'une clause aménageant la responsabilité contractuelle du salarié n'est valable¹¹⁹⁸ ou ne peut produire effet¹¹⁹⁹ qu'en cas de faute lourde de l'intéressé. Cette solution repose sur un principe prétorien selon lequel « *la responsabilité du salarié n'est engagée envers son employeur qu'en cas de faute lourde* »¹²⁰⁰. Le salarié n'a pas à supporter les risques d'exploitation¹²⁰¹. Hormis cette hypothèse, ce sont des fondements autres que prétoriens qui constituaient, en principe, la base de l'intervention créatrice du juge.

466. Les libertés fondamentales - L'article 1134 du code civil permet l'édiction des conditions de validité de certaines clauses de variation¹²⁰². Cependant, le pouvoir créateur du juge, dans cette hypothèse, est relativement réduit. Son intervention créatrice se manifeste essentiellement à travers la protection des droits et libertés fondamentales. Selon l'article L. 1121-1 du code du travail, « *nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas*

¹¹⁹⁸ Cass. soc. 23 sept. 1992 : Bull. civ. V, n°466, n°89-43035 - Cass. soc. 29 juin 1994, non publié au Bull., n°92-41240.

¹¹⁹⁹ Cass. soc. 10 nov. 1992 : Bull. civ. V, n°538, n°89-40523 ; RJS 1/93, n°4. V. aussi : Cass. soc. 19 oct. 1995 : non publié au Bull., n°94-41146 ; RJS 12/95, n°1236.

¹²⁰⁰ Cass. soc. 27 nov. 1958 : Bull. civ. IV, n°1269 ; D. 1959, p. 20, note R. Lindon ; JCP G 1959, II, 11143, note J. Brethe de la Gressaye ; RTD civ. 1959, p. 753, obs. J. Carbonnier ; J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, Les grands arrêts du droit du travail, 4^{ème} éd., Dalloz, 2008, n°47, p. 255. V. aussi : Cass. soc. 12 avril 1995 : Bull. civ. V, n°131, n°92-12373 ; Dr. soc. 1995, p. 654 et l'étude de J. Savatier, La nullité de la reconnaissance par un salarié de sa responsabilité civile envers l'employeur en l'absence de faute lourde, p. 651 ; RJS 5/95, n°487, 1^{ère} esp.

¹²⁰¹ Sur les justifications de cette solution, v. not. : H. Blaise, la responsabilité pécuniaire du salarié envers l'employeur, RJS 1996, p. 68 ; G. Couturier, Responsabilité civile et relations individuelles de travail, Dr. soc. 1988, p. 407. V. aussi : Cass. soc. 31 mai 1990 : Bull. civ. V, n°260, n°88-41419 ; RJS 7/90, n°548.

¹²⁰² V. supra n°342.

justifiées par la nature de la tâche à accomplir, ni proportionnées au but recherché »¹²⁰³. C'est sur le fondement de ce texte que le juge opère désormais un contrôle spécifique sur les clauses contractuelles, contenues dans un contrat de travail, susceptibles de porter atteinte aux libertés individuelles du salarié. Conformément à ce texte, le juge exerce un contrôle « de pertinence » (Section 1) et « de proportionnalité » (Section 2).

SECTION 1 : UN POUVOIR CREATEUR FONDE SUR UN CONTRÔLE DE PERTINENCE

467. L'article L. 1121-1 du code du travail invite le juge à s'interroger sur la question de savoir si la clause est « *justifiée par la nature de la tâche à accomplir* ». Avant l'entrée en vigueur de ce texte, le juge exigeait déjà que la clause soit « *indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise* ». Cette exigence prétorienne (§ 1) est conforme aux dispositions légales (§ 2).

§ 1 : La protection des intérêts légitimes de l'entreprise, une condition prétorienne

468. La condition liée à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise a d'abord été énoncée à propos des clauses de non-concurrence (I). Elle a ensuite été étendue à d'autres clauses du contrat de travail (II).

¹²⁰³ Cet article a été inséré dans le code du travail par une loi n°92-1446 du 31 décembre 1992. Sur les origines de ce texte, v. not. P. Waquet, Les libertés dans l'entreprise, RJS 2000, p. 335, spéc. p. 341 : « *Si l'origine de ce texte doit être recherchée dans le rapport du Professeur Gérard Lyon-Caen sur les libertés publiques et l'emploi, la formule elle-même vient directement de l'arrêt Corona rendu par le Conseil d'Etat le 1^{er} février 1980 à propos de la légalité d'un règlement intérieur. Elle a été reprise par la loi du 4 août 1982 et spécialement par l'article L. 122-35 [L.1321-3 nouv.] du code du travail concernant le règlement intérieur* ».

I) Une condition de validité des clauses de non-concurrence

469. Les clauses de non-concurrence¹²⁰⁴ apportent des restrictions à la liberté du travail¹²⁰⁵ et plus précisément au libre exercice d'une activité professionnelle¹²⁰⁶. « *Berceau d'un conflit de libertés* »¹²⁰⁷, elles sont à l'origine d'une jurisprudence abondante concernant leurs conditions de validité. Le juge précise ainsi qu'une clause de non-concurrence doit être « *indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise* ». Cette exigence, initialement rejetée (A), est désormais acquise (B).

¹²⁰⁴ Sur ces clauses, v. not. : G. Lyon-Caen, Les clauses restrictives de la liberté du travail (clause de non-concurrence ou de non-réembauchage), Dr. soc. 1963, p. 88 ; D. Corrignan-Carsin, Validité de la clause de non-concurrence et protection des intérêts légitimes de l'employeur, Dr. soc. 1992, p. 967 ; S. Choisez, La contrepartie financière de la clause de non-concurrence d'un contrat de travail, Dr. soc. 1993, p. 662 ; J.-J. Serret, Le droit commun des obligations et la concurrence d'un ancien salarié, Dr. soc. 1994, p. 759 ; Y. Serra, La qualification professionnelle du salarié, élément déterminant de la validité de la clause de non-concurrence en droit du travail, D. 1996, Chron., p. 245 ; C. Pizzio-Delaporte, La clause de non-concurrence : jurisprudence récente, Dr. soc. 1996, p. 145 ; R. Vatinet, les principes mis en œuvre par la jurisprudence relative aux clauses de non-concurrence en droit du travail, Dr. soc. 1998, p. 534 ; Y. Auguet, La légitimité de la clause de non-concurrence en droit du travail, LPA 24 juin 1998, n°75, p. 14 ; N. Gavalda, Les critères de validité des clauses de non-concurrence en droit du travail, Dr. soc. 1999, p. 582 ; R. Vatinet, Les conditions de validité des clauses de non-concurrence : l'imbroglio, Dr. soc. 2002, p. 949 ; Y. Serra, Tsunami sur la clause de non-concurrence en droit du travail, D. 2002, jurisp., p. 2491 ; J.-Y. Kerbouch, Clause d'interdiction de concurrence et contrepartie financière, RJS 1/03, p. 3 ; F. Favennec-Héry, Tempête sur la clause de non-concurrence, SSL 21 oct. 2002, n°1094, p. 6 ; V. Stulz, La clause de non-concurrence, LPA 2003, n°213, p. 9 ; B. Reynès, La renonciation à la clause de non-concurrence, la portée du revirement jurisprudentiel de 2002, D. 2004, Chron., p. 1543 ; A. Teissier, La clause de non-concurrence en droit du travail : loyauté renforcée ou forcée ?, JCP S 2005, 1085 ; C. Tétard, Réflexions sur le régime de la renonciation à la clause de non-concurrence, JCP S 2006, 1885 ; J.-P. Lhernould, Clauses de non-concurrence, un an de jurisprudence de la Cour de cassation, RJS 2012, p. 171 ; C. Radé, Le juge et la contrepartie financière à la clause de non-concurrence, Dr. soc. 2012, p. 784 ; L.-F. Pignarre, La contrepartie financière de la clause de non-concurrence et droit des obligations : jeux d'influence, RDT 2009, p. 151.

¹²⁰⁵ Sur la liberté du travail, v. supra, n°17.

¹²⁰⁶ V. sur la reconnaissance d'un principe fondamental : Cass. soc. 10 juill. 2002 (3 arrêts) : Bull. civ. V, n°239, n°99-43334 et n°99-43336 ; Bull. civ. V, n°239, n°00-45135 ; Bull. civ. V, n°239, n°00-45387 ; D. 2002, som. p. 2491, note Y. Serra et p. 3111, note J. Péliissier ; JCP G 2002, II, 10162, note F. Petit ; SSL 22 juill. 2002, n°1085, p. 9, note A. Chirez ; JCP E 2002, 1511, note D. Corrignan-Carsin ; Dr. ouvr. 2002, p. 533, note D. Taté ; D. 2003, som. p. 1222, obs. B. Thullier ; Contrats, conc. consom. 2002, n°141, obs. M. Malaurie-Vignal ; JCP G 2003, I, 130, obs. P. Morvan ; RJS 10/02, n°1119 ; Dr. soc. 2002, p. 954 et l'étude de R. Vatinet, Les conditions de validité des clauses de non-concurrence : l'imbroglio, p. 949. V. aussi : Cass. soc. 29 janv. 2003 : Bull. civ. V, n°27, n°00-44882 ; RJS 4/03, n°455 ; TPS 2003, com. 134 - Cass. soc. 18 mars 2003 : Bull. civ. V, n°98, n°00-46358 ; Dr. et pat., 2003, n°116, p. 105, obs. P.-H. Antonmattéi ; RJS 6/03, n°734 ; TPS 2003, com. 212 ; D. 2003, IR, p. 1007 - Cass. soc. 28 juin 2006 : Bull. civ. V, n°231, n° 05-40990 ; RJS 11/06, n°1144 - Cass. soc. 27 févr. 2007 : Bull. civ. V, n°32, n°05-44984 ; RJS 05/07, n°595.

¹²⁰⁷ M. Mekki, L'intérêt général et le contrat, LGDJ, 2004, n°547, p. 332.

A) Une exigence initialement rejetée

470. La protection des intérêts légitimes de l'entreprise, un élément initialement indifférent - Le juge a d'abord refusé de soumettre la clause de non-concurrence à la condition d'être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise. Cette analyse résultait notamment d'un arrêt *Furlani* du 13 octobre 1988¹²⁰⁸. Le fait que l'activité concurrente, susceptible d'être exercée par le salarié, ne soit pas préjudiciable à l'entreprise n'avait aucune incidence sur la validité de la clause¹²⁰⁹.

471. La force obligatoire du contrat, un principe initialement prépondérant - Cette solution a été rendue au visa de l'article 1134 du code civil. L'arrêt *Furlani* précisait que les juges du fond « *ne pouvaient substituer leur appréciation de l'utilité pour l'employeur de l'obligation imposée au salarié à la force obligatoire de la convention des parties* ». L'employeur apparaissait, en effet, comme étant « *seul juge (...) de l'intérêt que présente la stipulation d'une clause de non-concurrence (...)* »¹²¹⁰. Ce raisonnement interdisait au juge de s'interroger sur l'opportunité d'une telle clause, sous peine de s'immiscer dans le contrat de travail. « *La solution adoptée dans l'arrêt Furlani accordait à la volonté des contractants, à travers l'article 1134 du Code civil, une force inébranlable et ignorait l'atteinte à la liberté du travail du salarié* »¹²¹¹.

B) Une exigence désormais acquise

472. La protection des intérêts légitimes de l'entreprise, une exigence effective - La Cour de cassation est revenue sur son arrêt *Furlani* dans un arrêt *Godissart* du 14 mai 1992. Elle a ainsi décidé qu'une clause de non-concurrence n'est licite que si elle est

¹²⁰⁸ Cass. soc. 13 oct. 1988 : Bull. civ. V, n°494, n°85-43352 ; D. 1989, jurispr., p. 122, note Y. Serra ; D. 1989, som. p. 165, obs. P. Fieschi-Vivet ; JCP E 1989, II, 15474, note J. Amiel-Donat.

¹²⁰⁹ V. not. sur ce point, Y. Serra, ss. Cass. soc. 13 oct. 1988, D. 1989, jurispr., p. 122, n° 7. V. aussi : P. Fieschi-Vivet, D. 1989, som. p. 165.

¹²¹⁰ Y. Serra, ss. Cass. soc. 13 oct. 1988, D. 1989, jurispr., p. 122, n°5. V. aussi : P. Waquet, Le juge et l'entreprise, Dr. soc. 1996, p. 472 ; H. Thiébault, L'employeur et le juge, Dr. soc. 1997, p. 133 ; M.-C. Escande-Varniol, La Cour de cassation et l'intérêt de l'entreprise, RJS 2000, p. 260 ; B. Teyssié, L'intérêt de l'entreprise, aspects de droit du travail, D. 2004, Chron. p. 1680.

¹²¹¹ A. Martinon, Vers une harmonisation des jurisprudences sociale et commerciale ? A propos des conditions de validité de la clause de non-concurrence, in Le code de commerce 1807-2007, Dalloz, p. 527, spéc. p. 529.

« indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise »¹²¹². Approuvant les juges du fond, elle a considéré que les fonctions du salarié, laveur de vitres, ne justifiaient pas l'existence de la clause de non-concurrence. Cette solution, conforme à la jurisprudence communautaire¹²¹³, a été adoptée avant l'entrée en vigueur de l'article L. 1121-1 (anc. art. L. 120-2) du code du travail. Elle a été confirmée postérieurement¹²¹⁴.

473. Le caractère indispensable de la protection, une exigence formelle -
Cependant, le juge semble s'en tenir au caractère « utile » - et non indispensable - de la clause¹²¹⁵. Il admet la validité de la stipulation contractuelle dès lors qu'elle répond à un besoin de protection de l'entreprise¹²¹⁶. Selon un arrêt du 6 janvier 2010, les parties peuvent exclure la mise en œuvre de la clause de non-concurrence en cas de rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur¹²¹⁷. Or, dans ce cas, peut-on encore considérer que la clause est indispensable ? « Elle le serait donc en cas de démission et

¹²¹² Cass. soc. 14 mai 1992 : Bull. civ. V, n°309, n°89-45300 ; D. 1992, som. p. 350, obs. Y. Serra ; JCP 1992, II, 21889, note J. Amiel-Donat ; Dr. soc. 1992, p. 967, note D. Corrignan-Carsin ; J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, Les grands arrêts du droit du travail, 4^{ème} éd., Dalloz, 2008, n°45, p. 241.

¹²¹³ V. not. à propos des contrats de franchise : CJCE 28 janv. 1986, aff. 161-84, Pronuptia : D. 1986, som. p. 273, obs. L. Cartou.

¹²¹⁴ V. not. : Cass. soc. 1^{er} mars 1995 : non publié au Bull., n°93-42754 ; D. 1996, som. p. 245, 1^{ère} esp., obs. Y. Serra ; CSBP 1995, n°69, A 18, p. 111 ; RJS 4/95, n°377 ; D. 1996, som. p. 254, obs. Y. Picod - Cass. soc. 19 nov. 1996 : Bull. civ. V, n°392, n°94-19404 ; Dr. soc. 1997, p. 95, obs. G. Couturier ; CSBP 1997, n°87, A 7, p. 37 - Cass. soc. 22 oct. 1997 : Bull. civ. V, n°325, n°94-45186 ; JCP E 1997, pan. 1321 - Cass. soc. 7 avril 1998 : Bull. civ. V, n°202, n°95-42495 ; D. 1999, som. p. 107, obs. Y. Serra - Cass. soc. 10 juill. 2002, préc., note de bas de page, n°1206 - Cass. soc. 29 janv. 2003 : Bull. civ. V, n°27, n°00-44882 ; D. 2003, IR p. 531 ; RJS 4/03, n°455 - Cass. soc. 29 avril 2003 : Bull. civ. V, n°143, n°01-42026 ; RJS 7/03, n°918 ; D. 2004, som. p. 1161, obs. M. Gomy - Cass. soc. 13 oct. 2011 : non publié au Bull., n°10-10888.

¹²¹⁵ V. en ce sens : Y. Serra, Tsunami sur la clause de non-concurrence en droit du travail, D. 2002, jurisp., p. 2491, spéc. p. 2496. Contra : M. Chagny, Droit de la concurrence et droit commun des obligations, Dalloz, 2004, n°231, pp. 239 et 240 : « La légitimité (...) s'apprécie en la personne du créancier et (...) ne s'identifie pas à l'utilité de la clause ».

¹²¹⁶ N. Gavalda, Les critères de validité des clauses de non-concurrence en droit du travail, Dr. soc. 1999, p. 582, spéc. p. 587 : « Dès lors qu'un intérêt légitime est identifié (accès à un savoir faire, à des informations importantes, contact avec la clientèle), la nécessité de le protéger par une clause de non-concurrence semble automatiquement déduit ». V. cep. : Cass. soc. 7 avril 1998 : Bull. civ. V, n°202, n°95-42495. Dans cette affaire, la Cour de cassation a considéré que « du fait qu'elle était accompagnée, en l'espèce, d'une clause de rachat conférant au salarié la faculté d'être libéré de son obligation, avec l'accord de l'employeur, moyennant le versement d'une somme forfaitaire, la clause de non-concurrence litigieuse ne pouvait être considérée comme indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'employeur ». V. sur cet arrêt : N. Gavalda, préc., p. 587 : « La présence d'une clause de rachat n'est pas contraire à la nécessité d'une protection. Elle est le montant évalué du dommage que pourrait subir l'employeur par la concurrence du salarié ».

¹²¹⁷ Cass. soc. 6 janv. 2010 : non publié au Bull., n°08-41357.

*pas en cas de licenciement ? C'est douteux... »*¹²¹⁸. Le caractère « indispensable » de la clause n'est qu'un leurre ; son caractère utile semble suffire. D'ailleurs, la Cour de cassation emploie parfois une terminologie différente. Elle considère que la clause doit être « nécessaire » à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise¹²¹⁹.

II) Une condition de validité étendue au-delà des clauses de non-concurrence¹²²⁰

474. La chambre sociale de la Cour de cassation a étendu la condition de légitimité aux clauses d'exclusivité (A) et aux clauses de résidence (B).

A) Les clauses d'exclusivité

475. Dans quatre arrêts du 11 juillet 2000, la Cour de cassation a admis au visa, notamment, du préambule de la constitution du 27 octobre 1946 et de l'article L. 1121-1 du code du travail, qu'une clause d'exclusivité « *n'est valable que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise (...)* »¹²²¹. La Cour a appliqué aux clauses d'exclusivité la condition dégagée dans son arrêt *Godissart* en matière de clause de non-concurrence¹²²². Cette solution a été réaffirmée à plusieurs

¹²¹⁸ F. Canut, Conditions d'ouverture de l'obligation de non-concurrence et droit à indemnisation : quelle sanction en cas de dissociation ?, SSL 2012, n°1531, p. 6, spéc. p. 8.

¹²¹⁹ V. not. : Cass. soc. 18 déc. 1997 : Bull. civ. V, n°459, n°95-43409 ; Dr. soc. 1998, p. 194, obs. J. Savatier - Cass. soc. 25 mars 1998 : Bull. civ. V, n°176, n°94-20780 ; Dr. soc. 1998, p. 534, note R. Vatinet.

¹²²⁰ V. les arrêts rendus par la chambre commerciale de la Cour de cassation : Cass. com. 4 juin 2002 : Bull. civ. IV, n°98, n°00-14688 ; Contrats, conc. consom. 2002, n°153, obs. L. Leveneur ; JCP G 2003, II, 10164, note F.-X. Licari. V. aussi : Cass. com. 14 nov. 1995 : non publié au Bull., n°93-16299 ; D. 1997, som. p. 59, obs. D. Ferrier. V. égal. sur cette question : A. Martinon, Vers une harmonisation des jurisprudences sociale et commerciale ? A propos des conditions de validité de la clause de non-concurrence, in Le code de commerce 1807-2007, Dalloz, p. 527. V. égal. : Cass. civ. 1^{ère}, 11 mai 1999 : Bull. civ. I, n°156, n°97-14493 ; RJDA 8-9/1999, n°880 ; D. 1999, som. p. 385, obs. J. Penneau ; Rép. Defr. 1999, art. 37041, p. 992, obs. D. Mazeaud.

¹²²¹ Cass. soc. 11 juill. 2000 : Bull. civ. V, n°276, n°98-40143 ; Bull. civ. V, n°277, n°98-43420 ; non publié au Bull., n°98-43945 ; non publié au Bull., n°98-41486 ; RJS 11/00, n°1155 ; Dr. soc. 2000, p. 1141, obs. J. Mouly.

¹²²² V. sur cette question : J. Mouly, ss. Cass. soc. 11 juill. 2000, Dr. soc. 2000, p. 1142. L'auteur considère que la validité des clauses d'exclusivité devrait être admise moins facilement que pour les clauses de non-concurrence. En effet, « *l'employeur est déjà protégé, en effet, contre une activité complémentaire du salarié par l'obligation de non-concurrence inhérente au contrat de travail lui-même (...). Il faudrait donc un risque important et particulier de concurrence pour que la clause d'exclusivité puisse être admise* ».

reprises¹²²³. Elle interdit, notamment, à l'employeur d'insérer une clause d'exclusivité dans un contrat de travail à temps partiel¹²²⁴.

B) Les clauses de résidence

476. Une condition consacrée - La Cour de cassation a étendu sa solution aux clauses de domicile¹²²⁵. Dans un arrêt *Spileers*, la Cour de cassation a rappelé, au visa de l'article 8 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que « *toute personne a droit au respect de son domicile ; que le libre choix du domicile personnel et familial est l'un des attributs de ce droit* ». Ainsi, elle a décidé qu'une restriction à la liberté de choisir son domicile personnel « *n'est valable qu'à la condition d'être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise (...)* »¹²²⁶.

477. Une consécration ponctuelle - Toutefois, dans une décision ultérieure du 12 juillet 2005¹²²⁷, la Cour de cassation n'a pas repris la formule dégagée dans l'arrêt *Godissart*. Elle s'est en effet fondée sur l'article 9 du code civil selon lequel « *chacun a droit au respect de sa vie privée* » et sur l'article L. 1121-1 du code du travail. Elle décide que « *toute personne dispose de la liberté de choisir son domicile et que nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché* ». Cette solution a été confirmée¹²²⁸. La Cour de cassation ne fait donc plus référence à « *la protection des intérêts légitimes de*

¹²²³ Cass. soc. 11 mai 2005 : Bull. civ. V, n°161, n°03-40837 - Cass. soc. 2 avril 2003, non publié Bull., n°01-41494 - Cass. soc. 13 nov. 2002, non publié au Bull., n°00-46705 - Cass. soc. 6 févr. 2001, non publié au Bull., n°98-46423.

¹²²⁴ En ce sens : Cass. soc. 11 juill. 2000, préc., note de bas de page, n°1221.

¹²²⁵ V. aussi infra n°503.

¹²²⁶ Cass. soc. 12 janv. 1999 : Bull. civ. V, n°7, n°96-40755 ; RJS 2/99, n°151 ; J. Richard de la Tour, *Le libre choix du domicile du salarié et le contrat de travail*, RJS 1999, p. 94 ; Dr. ouvr. 1999, p. 254, note P. Moussy ; RTD civ. 1999, p. 358, obs. J. Hauser.

¹²²⁷ Cass. soc. 12 juill. 2005 : Bull. civ. V, n°241, n°04-13342 ; JCP S 2005, n°1209, note P.-Y. Verkindt ; Dr. soc. 2005, p. 1037, obs. J. Barthélémy ; JCP E 2005, 1711, note G. Auzero ; CSBP 2005, n°176, A 4, p. 11, note H. Gillier et F.-J. Pansier ; RJS 10/05, n°1048.

¹²²⁸ Cass. soc. 23 sept. 2009 : Bull. civ. V, n°190, n°08-40434 ; JCP S 2010, note B. Bossu ; RDT 2010, p. 37, note A. Gardin ; Dr. soc. 2010, p. 114, obs. G. Loiseau - Cass. soc. 28 févr. 2012 : Bull. civ. V, n°78, n°10-18308 ; JCP S 2012, 1244, note G. Loiseau ; D. 2012, p. 744, note C. Varin ; Dr. ouvr. 2012, p. 508, note A. Gardin.

l'entreprise ». A-t-elle souhaité abandonner cette condition ? Une réponse négative s'impose. En réalité, une telle condition subsiste ; elle découle de la loi.

§ 2 : La protection des intérêts légitimes de l'entreprise, une condition légale

478. La condition prétorienne de légitimité est conforme à l'article 1131 du code civil (I). Elle correspond à l'exigence de pertinence posée par l'article L. 1121-1 du code du travail (II).

I) Une exigence conforme à l'article 1131 du code civil

479. Un fondement partiellement consacré - Dans un arrêt du 11 mai 1999, la première chambre civile s'est prononcée sur la licéité d'une clause de non-concurrence au visa de l'article 1131 du code civil. Elle a censuré la décision des juges du fond pour manque de base légale. Elle leur reprochait de ne pas avoir recherché « *si cette clause était proportionnée aux intérêts légitimes à protéger, compte tenu de la durée du contrat et du lieu d'exercice de la profession* »¹²²⁹. Ainsi, selon la première chambre civile, la condition liée à la protection des intérêts légitimes repose sur la théorie de la cause¹²³⁰. Cette analyse n'est pas consacrée expressément par la chambre sociale. Celle-ci ne fait pas référence à l'article 1131. Pourtant, un tel fondement justifie implicitement la condition de légitimité. Ce n'est pas la théorie classique de la cause qui fonde cette exigence. La théorie moderne permet au juge de s'interroger sur la licéité de la cause du contrat (A). L'adaptation de cette théorie est à l'origine d'un contrôle de légitimité (B).

¹²²⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 11 mai 1999 : Bull. civ. I, n°156, n°97-14493 ; RJDA 8-9/1999, n°880 ; D. 1999, som. p. 385, obs. J. Penneau ; Rép. Defr. 1999, art. 37041, p. 992, obs. D. Mazeaud. V. aussi : Cass. civ. 1^{ère}, 16 déc. 1992 : Bull. civ. I, n°314, n°91-11232.

¹²³⁰ En revanche, est discutée la question de savoir si, dans cet arrêt, la 1^{ère} chambre civile a entendu fonder l'exigence de proportion (et non plus de licéité) sur l'article 1131. V. not. J. Ghestin, L'absence de cause et la contrepartie propre à une obligation résultant d'une clause d'un contrat, *Etudes offertes à J. Béguin*, Litec, 2005, p. 311. Selon cet auteur, dans cet arrêt, « *ce n'était qu'une application du contrôle de la licéité de la cause, supposant celle de l'atteinte portée à la liberté d'entreprendre du débiteur et de la restriction de concurrence (...). La question ne posait pas en termes d'existence de la cause, entendue comme la contrepartie des obligations de chacune des parties, au moins dans les*

A) Théorie moderne de la cause et contrôle de licéité du contrat

480. Cause « subjective » et « objective »¹²³¹ - La cause « objective », la cause de « l'obligation » ou encore la cause « abstraite » correspond à la théorie classique de la cause. Elle peut être définie comme « *la considération de la contrepartie qu'entend, en principe, recevoir toute personne qui assume une obligation* »¹²³². En principe, la cause objective est identique pour une même catégorie de contrats. A l'inverse, la théorie moderne de la cause « *consiste à « subjectiviser » la cause, en intégrant à ce concept les raisons personnelles qui sont à l'origine de l'acte de volonté : les motifs ou mobiles qui ont déterminé les parties à contracter* »¹²³³. Il s'agit de la « cause subjective », la « cause du contrat » ou encore la « cause concrète ». Elle est à l'origine d'un contrôle judiciaire de la conformité du contrat à l'ordre public et aux bonnes mœurs¹²³⁴. Lorsque le juge s'intéresse à la protection des intérêts légitimes de l'employeur, l'existence éventuelle d'une contrepartie pour le salarié est indifférente. Seule la théorie moderne de la cause justifie la condition prétorienne de légitimité.

B) Adaptation de la théorie moderne de la cause et contrôle de légitimité de la clause

481. Lorsque le juge s'interroge sur le caractère légitime d'une clause restreignant une liberté individuelle, il se livre à une adaptation de la théorie moderne de la cause. Il n'exerce pas un contrôle de « licéité » *stricto sensu*. Il s'agit d'un contrôle de

contrats synallagmatiques ». V. aussi du même auteur : Cause de l'engagement et validité du contrat, LGDJ, 2006, n°417, p. 274.

¹²³¹ La présentation de cette distinction est simplifiée dans les présents développements. V. sur cette distinction : J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, Droit civil. Les obligations, 1/ l'acte juridique, 15^{ème} éd., Sirey Université, 2012, n°254, p. 247 ; P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, Droit civil, Les obligations, 5^{ème} éd., Defrénois, 2011, n°621, p. 310 ; C. Larroumet, Droit civil. Les obligations, Le contrat, t. III, 6^{ème} éd., Economica, 2007, n° 450, p. 448 ; H. J. et L. Mazeaud, F. Chabas, Leçons de droit civil, Les obligations, 9^{ème} éd., Montchrestien, 1998, n°263, p. 265 ; B. Starck, H. Roland, L. Royer, 6^{ème} éd., Litec, 1998, n°864, p. 310 ; D. Mazeaud, La cause, in 1804 – 2004. Le code civil. Un passé, un présent, un avenir, Dalloz, 2004, p. 451. V. aussi : J. Rochfeld, Rép. civ. Dalloz, Cause, 2012.

¹²³² J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, préc., n°262, p. 254.

¹²³³ J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, préc., n°264, p. 258.

¹²³⁴ Cette dualité de fonctions assignée à la cause a d'ailleurs été consacrée très clairement par le juge. En ce sens : Cass. civ. 1^{ère}, 12 juill. 1989 : Bull. civ. I, n°293, n°88-11443 ; Gaz. Pal. 1991, 1, jurispr., p. 374, note F. Chabas ; D. 1991, som. p. 320, obs. J.-L. Aubert ; RTD civ. 1990, p. 468, obs. J. Mestre.

« légitimité » (1). En outre, il ne s'intéresse pas au caractère légitime de la cause du « contrat ». Il examine la cause de la « clause » (2).

1) *Du contrôle de « licéité » au contrôle de « légitimité »*

482. Le contrôle de licéité, une démarche apparemment nécessaire - La nécessité d'un contrôle de licéité des clauses restreignant une liberté individuelle a été mise en exergue par la doctrine. Le Professeur Serra écrivait à propos de l'arrêt *Furlani* du 13 octobre 1988¹²³⁵ : « *ainsi que vient de l'affirmer l'arrêt commenté, les juges n'ont pas à rechercher la licéité de la cause de la convention de non-concurrence, ce qui peut conduire à donner force obligatoire à une convention dont la cause est illicite* »¹²³⁶. Puis, le juge a décidé que la clause devait être « *indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise* ». Selon la doctrine, cette solution reposait sur l'exigence d'une cause licite¹²³⁷.

483. Le contrôle de licéité, une démarche inadaptée - Si le motif ayant déterminé la conclusion d'un acte revêt un caractère illicite, cet acte est nul¹²³⁸. Or, quel est le motif déterminant de l'employeur qui a stipulé une clause de non-concurrence qui n'est pas indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise ? Doit-on considérer que s'il « *n'a pas eu le souci de protéger un élément légitime de l'entreprise, (...) il a voulu porter atteinte à la liberté du travail ?* »¹²³⁹. Il est pourtant douteux que l'employeur ait souhaité insérer une clause de non-concurrence dans le but de porter

¹²³⁵ Cass. soc. 13 oct. 1988 : Bull. civ. V, n°494, n°85-43352 ; D. 1989, jurispr., p. 122, note Y. Serra ; D. 1989, som. p. 165, obs. P. Fieschi-Vivet ; JCP E 1989, II, 15474, note J. Amiel-Donat.

¹²³⁶ Y. Serra, ss. Cass. soc. 13 oct. 1988, D. 1989, som. p. 165.

¹²³⁷ En ce sens : Y. Auguet, Concurrence et clientèle. Contribution à l'étude critique du rôle des limitations de concurrence pour la protection de la clientèle, LGDJ, 2000, n°366, p. 357 et Au nom de la cause (...), vive la généralisation du critère de proportionnalité !, Dr. et pat. 2001, n°91, p. 33 ; Y. Serra, Les fondements et le régime de l'obligation de non-concurrence, RTD com. 1998, p. 7, spéc. p. 15 ; D. Corrignan-Carsin, Validité de la clause de non-concurrence et protection des intérêts légitimes de l'entreprise, Dr. soc. 1992, p. 967, spéc. p. 974. V. aussi : A. Decocq, Essai d'une théorie générale des droits sur la personne, LGDJ, 1960, n°130, p. 189 ; P. Waquet, Les libertés dans l'entreprise, RJS 2000, p. 335, spéc. p. 344.

¹²³⁸ En ce sens : C. Larroumet, préc., n° 483, p. 481 ; H. J. et L. Mazeaud, F. Chabas, préc., n°268, p. 271 ; P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, Droit civil, préc., n°626, p. 315. V. cep. : J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, préc., n°268, p. 260 : « *Dès que parmi les motifs du contrat, le juge en découvre un qui est illicite ou immoral, il le qualifie déterminant, alors qu'il ne sait pas et ne peut pas savoir si cette raison de contracter a été plus décisive que les autres* ». V. aussi : J. Ghestin, La cause de l'engagement et validité du contrat, LGDJ, 2006, n°1249, p. 812.

¹²³⁹ D. Corrignan-Carsin, préc., p. 968.

atteinte à la liberté du travail du salarié. Il est plus juste de considérer qu'il a souhaité se prémunir contre une éventuelle concurrence du salarié, même si, en définitive, sa situation ne nécessitait pas une protection particulière. L'atteinte illégitime portée à la liberté du travail ne constitue donc pas le « *motif* » de conclusion de la clause de non-concurrence. Elle est le « *résultat* » de l'insertion d'une telle clause¹²⁴⁰.

484. Le contrôle de légitimité, une démarche préférable - C'est pourquoi le contrôle exercé par le juge consiste, en réalité, en un contrôle de légitimité. Il se caractérise par l'adaptation du fondement de la théorie moderne de la cause¹²⁴¹. L'analyse de la cause illicite qui consiste à s'interroger sur les motifs ou mobiles déterminants ayant conduit à la conclusion de l'acte n'est pas pertinente. La démarche du juge ne consiste pas à rechercher les raisons ayant motivé la conclusion de l'acte¹²⁴². Peu importe que l'employeur ait réellement souhaité éviter un risque de concurrence. Si ce risque est illusoire, la clause est nécessairement illicite.

2) Du contrôle du « contrat » au contrôle « la clause »

485. Cause du contrat ou cause de la clause - La licéité ou « la légitimité » ne doit-elle pas être appréciée à l'échelon de la relation contractuelle et non obligation par obligation ? Selon la Cour de cassation, c'est la clause - et non le contrat - qui doit être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise. L'examen de la légitimité de la cause s'effectue au regard de la clause. Comment justifier ce découpage ?

486. Caractère autonome de la clause - Si l'on considère que la clause de non-concurrence est autonome par rapport au contrat de travail, l'appréciation de l'existence

¹²⁴⁰ V. not. sur la remise en cause de la définition traditionnelle de la licéité ou de la moralité de la cause dans les contrats à titre onéreux : J. Rochfeld, Rép. civ. Dalloz, Cause, 2012, n°141 : « *Souvent, il semble que seul compte le résultat effectif de l'acte : lorsqu'il contrevient à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, il est sanctionné par les juges* ». V. aussi : R. Martin, Le refoulement de la cause dans les contrats à titre onéreux, JCP G 1983, I, 3100, n°13-14. Ces études dépassent le cadre des clauses restreignant une liberté individuelle contenues dans un contrat de travail.

¹²⁴¹ En ce sens : M. Mekki, L'intérêt général et le contrat, LGDJ, 2004, n°922, p. 550 : « *Afin de ne pas la confondre avec un contrôle a priori de la stricte légalité du contrat au sens de licéité, il apparaît nécessaire d'aborder la cause sous l'angle de sa légitimité* ».

¹²⁴² V. J. Rochfeld, préc., n°142 : « *L'appréciation de la cause lors du contrôle de sa licéité ou de sa moralité serait plus objective que celle effectuée relativement à son existence ; elle se bornerait à la seule appréciation d'un résultat* ».

de sa cause et de sa licéité peut être effectuée indépendamment de ce dernier. Or, le caractère autonome de la clause de non-concurrence doit être admis. En effet, la clause de non-concurrence et le contrat de travail ont des finalités distinctes. Alors que le contrat de travail a pour objet l'exécution de la prestation de travail, la clause de non-concurrence a pour objectif d'empêcher le salarié de concurrencer l'employeur postérieurement à la rupture du contrat de travail¹²⁴³. Par ailleurs, l'obligation de non-concurrence instituée par la clause n'est effective qu'à l'expiration du contrat de travail¹²⁴⁴. Autrement dit, « *la clause de non-concurrence n'accède à la vie juridique qu'une fois le contrat de travail exécuté* »¹²⁴⁵. Ce décalage entre la naissance effective de l'obligation d'exécuter la prestation de travail et l'obligation de non-concurrence permet de détacher la clause de non-concurrence du contrat de travail. Enfin, la Cour de cassation décide que « *le salarié ne se trouve pas dispensé d'exécuter son engagement du seul fait que son licenciement vient à être jugé sans cause réelle et sérieuse* »¹²⁴⁶. Une telle solution peut être interprétée « *comme une expression de l'autonomie de la clause de non-concurrence par rapport au contrat de travail* »¹²⁴⁷. Or, le caractère autonome de la clause de non-concurrence permettrait de justifier le contrôle exercé par le juge.

Toutefois, un tel raisonnement ne peut être retenu concernant les clauses d'exclusivité et les clauses de résidence. De telles clauses ne comportent pas les mêmes caractéristiques que la clause de non-concurrence. Elles produisent leurs effets lors de l'exécution du contrat de travail ; elles cessent de s'appliquer lors de la rupture de ce dernier. Ce n'est

¹²⁴³ V. not. : S. Choisez, La contrepartie financière de la clause de non-concurrence d'un contrat de travail, Dr. soc. 1993, p. 662, spéc. p. 665 : « *L'obligation de non-concurrence supportée par le salarié à l'expiration de son contrat de travail est un devoir autonome au regard de l'autre obligation fondamentale supportée par le salarié, à savoir la réalisation de son travail* ». V. aussi : P. Fieschi-Vivet, Clause de non-réembauchage et indemnité compensatrice, D. 1976, Chron. p.147, spéc. p. 148.

¹²⁴⁴ S. Choisez, préc., p. 662, spéc. p. 665 : « *Les obligations d'exécuter le travail et de ne pas concurrencer son ancien employeur sont donc, par nature, consécutives* » ; A. Martinon, Vers une harmonisation des jurisprudences sociale et commerciale ? A propos des conditions de validité de la clause de non-concurrence, in Le code de commerce 1807-2007, Dalloz, p. 527, spéc. p. 536 : « *Les effets particuliers de la clause, ceux-ci se déployant postérieurement à la cessation du contrat, militent, selon nous, en faveur de l'autonomie de la clause* ».

¹²⁴⁵ M. Gomy, L'autonomie de la clause de non-concurrence post-contractuelle en droit du travail, Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux, Mélanges en l'honneur d'Yves Serra, Dalloz, 2006, p. 199, spéc. p. 206.

¹²⁴⁶ Cass. soc. 22 oct. 1997 : Bull. civ. V, n° 325, n°94-45186 ; JCP E 1998, p. 1147, note J.-J. Serret. V. aussi : Cass. soc. 24 janv. 1974 : Bull. civ. V, n°65, n°72-40463 ; Bull. civ. V, n°65, n°72-40463.

¹²⁴⁷ M. Gomy, préc., p. 213. V. aussi : A. Martinon, Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée, Dalloz, 2005, n°580, p. 456 : « *Si l'obligation de ne pas faire du salarié est maintenue*

pas, en conséquence, le caractère autonome de ces clauses qui permet au juge de s'interroger sur leur légitimité.

487. Caractère accessoire de la clause - En réalité, le caractère « accessoire » des clauses de domicile et d'exclusivité permet d'apporter une justification satisfaisante. En effet, ces clauses sont source d'obligations pour le salarié qui ne peuvent être qualifiées d'obligations « essentielles »¹²⁴⁸. En effet, « *certaines obligations font partie de l'essence même du contrat et lui donnent tout son sens* »¹²⁴⁹. Si de telles obligations sont supprimées, « *le contrat ne correspond plus à ce qu'il devait être dans la qualification donnée par les parties* »¹²⁵⁰. Ainsi, pour le salarié, l'obligation d'exécuter la prestation de travail constitue une obligation essentielle. En revanche, les obligations résultant d'une clause de domicile, d'une clause d'exclusivité peuvent être qualifiées d'obligations accessoires ou encore d'obligations « incidentes », « auxiliaires »¹²⁵¹ ou « secondaires »¹²⁵². Ces dernières « *servent seulement à permettre aux précédentes de développer leur pleine utilité* »¹²⁵³. Autrement dit, les clauses de domicile ou d'exclusivité sont des clauses accessoires puisqu'elles viennent conforter l'obligation essentielle consistant à exécuter la prestation de travail. Il en est de même d'ailleurs des clauses de non-concurrence. « *Le contraire aurait interdit toute recherche d'autonomie car une obligation essentielle est indissolublement liée au contrat qui la contient* »¹²⁵⁴.

Or, lorsqu'une obligation essentielle du contrat trouve son origine dans la poursuite d'un but illicite, c'est la cause subjective du contrat lui-même qui revêt un caractère illicite. L'obligation étant la raison d'être du contrat, la licéité de sa cause se confond avec celle du contrat. En revanche, une approche différente peut être envisagée lorsqu'il s'agit d'une obligation accessoire dont ne dépend pas la raison d'être du contrat qui la

alors que le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse, n'est-ce pas admettre l'autonomie de la clause de non-concurrence par rapport au contrat de travail ».

¹²⁴⁸ V. supra n°276.

¹²⁴⁹ C. Larroumet, Droit civil. Les obligations, Le contrat, t. III, 6^{ème} éd., Economica, 2007, n° 635, p. 699.

¹²⁵⁰ Ibid.

¹²⁵¹ P. Stoffel-Munck, ss. Cass. soc. 4 déc. 2002, RDC 2003, p. 54.

¹²⁵² M. Faure-Abbad, Le fait générateur de la responsabilité contractuelle, LGDJ, 2003, n°65, p. 59. L'auteur précise que « *son exécution n'est pas indispensable à la réalisation de l'objectif recherché : le contrat peut déployer son obligation sans elle* ».

¹²⁵³ P. Stoffel-Munck, préc., p. 54.

¹²⁵⁴ M. Gomy, préc., p. 204.

contient. Dans une telle hypothèse, le juge doit pouvoir s'interroger sur le caractère licite ou légitime de la clause litigieuse à l'origine de l'obligation. Ce n'est plus le caractère autonome de la clause mais son caractère accessoire qui justifie alors la démarche du juge. En définitive, il n'est pas besoin de s'interroger sur le caractère autonome de la clause de non-concurrence. Son caractère accessoire permet, à lui seul, de justifier le contrôle exercé par le juge.

En conséquence, l'exigence prétorienne selon laquelle la clause doit être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise se justifie au regard de la théorie de la cause. Pourtant, l'article L. 1121-1 du code du travail n'édicte pas une telle condition. Dès lors, cette dernière est-elle conforme à ce texte ?

II) Une exigence conforme à l'article L. 1121-1 du code du travail

488. L'exigence prétorienne liée au caractère légitime de la clause correspond à la condition légale posée à l'article L. 1121-1 du code du travail. En effet, même si les exigences légales et prétoriennes font l'objet de formulations différentes (A), elles sont à l'origine de conditions similaires (B).

A) Des formulations différentes

489. La condition prétorienne liée à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise a été consacrée avant l'entrée en vigueur de l'article L. 1121-1 du code du travail. Elle a été réaffirmée, postérieurement, au visa de ce texte¹²⁵⁵. Ce dernier prévoit, notamment, que les restrictions apportées aux droits et libertés individuelles doivent « *être justifiées par la nature de la tâche à accomplir* ». En aucun cas, il ne précise que ces restrictions doivent être « *indispensables à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise* ». D'ailleurs, la Cour de cassation exige parfois la réunion de ces deux conditions (légale et prétorienne). Dans un arrêt du 11 juillet 2000, elle a décidé, au visa de l'article L. 1121-1, qu'une clause d'exclusivité « *n'est valable que si elle est indispensable à la*

¹²⁵⁵ V. not. : Cass. soc. 10 juill 2002, préc., note de bas de page, n°1206 - Cass. soc. 29 janv. 2003, préc., note de bas de page, n°1214.

protection des intérêts légitimes de l'entreprise et si elle est justifiée par la nature de la tâche à accomplir »¹²⁵⁶. Pourtant, ces conditions sont similaires.

B) Des conditions similaires

490. La condition de légitimité, traduction des dispositions légales - L'exigence prétorienne liée au caractère légitime de la clause n'est qu'une expression de la condition de validité édictée à l'article L. 1121-1 du code du travail. Ce constat résulte de l'étude des critères sur lesquels se fonde le juge lorsqu'il décide qu'une clause est « *indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise* »¹²⁵⁷. Ainsi, dans son arrêt *Godissart*, la Cour de cassation a considéré « *qu'en raison des fonctions du salarié* », la clause de non-concurrence n'était pas indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise¹²⁵⁸. Dès lors, la qualification du salarié paraît essentielle¹²⁵⁹. De même, le savoir-faire acquis par le salarié¹²⁶⁰ et l'accès à des informations confidentielles¹²⁶¹ sont des éléments pris en considération. Ces critères ne sont pas pour autant déterminants¹²⁶². Le juge s'intéresse également à l'existence d'un contact avec la clientèle¹²⁶³ et à l'importance du risque concurrentiel dans le secteur

¹²⁵⁶ Cass. soc. 11 juill. 2000 : Bull. civ. V, n°276, n°98-40143 ; Bull. civ. V, n°277, n°98-43420 ; non publié au Bull., n°98-43945 ; non publié au Bull., n°98-41486 ; RJS 11/00, n°1155 ; Dr. soc. 2000, p. 1141, obs. J. Mouly. V. aussi : Cass. soc. 11 mai 2005 : Bull. civ. V, n°161, n°03-40837.

¹²⁵⁷ Certaines législations étrangères, à la différence de notre droit interne, apportent des précisions sur ce point. V. not. l'article 340 du code suisse des obligations : « *La prohibition de faire concurrence n'est valable que si les rapports de travail permettent au travailleur d'avoir connaissance de la clientèle ou de secrets de fabrication d'affaires de l'employeur et si l'utilisation de ces renseignements est de nature à causer à l'employeur un préjudice sensible* ». V. sur ce point : Y. Serra, Tsunami sur la clause de non-concurrence en droit du travail, D. 2002, p. 2491.

¹²⁵⁸ V. supra n°472.

¹²⁵⁹ En ce sens : Cass. soc. 19 nov. 1996 : Bull. civ. V, n°392, n°94-19404 ; Dr. soc. 1997, p. 95, obs. G. Couturier ; CSBP 1997, n°87, A 7, p. 37 - Cass. soc. 11 juill. 2001 : non publié au Bull., n°99-42.915. V. aussi : Y. Serra, La qualification professionnelle du salarié, élément déterminant de la validité de la clause de non-concurrence en droit du travail, D. 1996, Chron. p. 245.

¹²⁶⁰ V. en ce sens : Cass. soc. 14 févr. 1995, non publié au Bull., n°93-43898 - Cass. soc. 18 janv. 2012 : non publié au Bull., n°10-18574.

¹²⁶¹ Cass. soc. 13 janv. 1999 : non publié au Bull., n° 97-40023. V. aussi : CA Bourges 30 juin 1995 : Juris-Data n°1995-052139 - CA Nancy, 4 janv. 1995 : Juris-Data n°1995-040936.

¹²⁶² Comp. R. Vatinet, Les principes mis en œuvre par la jurisprudence relative aux clauses de non-concurrence en droit du travail, Dr. soc. 1998, p. 534, spéc. p. 537 : « *La compétence et le savoir faire communiqué par l'entreprise peuvent être protégés par d'autres types de clause (clause de dédit-formation ou clause de secret)* ».

¹²⁶³ V. not. : Cass. soc. 1^{er} mars 1995 : non publié au Bull., n°93-42754 ; D. 1996, som. p. 245, obs. Y. Serra ; CSBP 1995, n°69, A 18, p. 111 ; RJS 4/95, n°377 ; D. 1996, som. p. 254, obs. Y. Picod (serveur en contact avec la clientèle) - Cass. soc. 18 janv. 2012 : non publié au Bull., n°10-18574. V. aussi : CA Paris 26 avril 2000, Juris-Data n° 2000-152257 (coiffeur en contact avec la clientèle). V. égal. : R. Vatinet, préc., p. 537 ; Y. Auguet, La légitimité de la clause de non-concurrence en droit du travail, LPA 24 juin 1998, n° 75, p. 14, spéc. p. 19 ; N. Gavalda, Les critères de validité des clauses de non-

d'activité considéré¹²⁶⁴. Autrement dit, il se livre à une appréciation *in concreto* ; il se fonde sur un faisceau d'indices démontrant un risque de « *rupture d'égalité dans les moyens de concurrence* »¹²⁶⁵. Or, l'ensemble des éléments pris en considération par le juge (qualification, savoir-faire acquis par le salarié, accès à des informations confidentielles, existence d'un contact avec la clientèle et secteur d'activité concerné) caractérisent, en réalité, « *la nature de la tâche à accomplir par le salarié* ». Malgré des formulations différentes, la condition prétorienne liée au caractère légitime de la clause se confond, en conséquence, avec l'exigence légale prévue à l'article L. 1121-1.

491. La condition de légitimité, une redondance au regard des dispositions légales

- Il importe donc peu que le juge rappelle la condition visée à l'article L. 1221-1, dès lors qu'il précise que la clause doit être « *indispensable ou nécessaire à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise* ». De même, lorsque la chambre sociale de la Cour de cassation énonce que toute restriction apportée à une liberté individuelle doit être justifiée par la nature de la tâche à accomplir, point n'est besoin de préciser que la clause doit être « *indispensable ou nécessaire à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise* ». L'exigence cumulative de ces deux conditions est, en réalité, redondante¹²⁶⁶. Pour autant, la condition de légitimité n'est pas suffisante. La restriction prévue par la clause doit également être « *proportionnée au but recherché* ».

concurrence en droit du travail, Dr. soc. 1999, p. 582, spéc. p. 586 : « *La présence d'un contact avec la clientèle n'est pas, à juste titre, suffisant. Le contact doit être actif (...). Il faut que ce contact permette de détourner éventuellement la clientèle* ».

¹²⁶⁴ V. not. : Cass. soc. 28 juin 2000 : non publié au Bull., n°97-44620. V. aussi : CA Rouen 4 nov. 1997 : Juris-Data n°1997-049240 - CA Paris 2 juill. 1997 : Juris-Data n°1997-022261 - CA Nancy 9 déc. 1996 : Juris-Data n°1996-047465.

¹²⁶⁵ Y. Auguet, préc., n° 75, p. 18. V. aussi : R. Vatinet, préc., p. 537 : « *L'intérêt légitime de l'entreprise est fait d'un ensemble d'indices de nature à laisser craindre une rupture d'égalité des entreprises en concurrence* ».

¹²⁶⁶ En ce sens : J. Mouly, ss. Cass. soc. 10 juill. 2000, Dr. soc. 2000, p. 1142 : « *On aura reconnu là une formule directement inspirée de celle utilisée par la Cour en matière de clause de non-concurrence (...), à laquelle ont été rajoutées, par redondance, les exigences posées à l'article L. 120-2 c. tr.* ».

SECTION 2 : UN POUVOIR CREATEUR FONDE SUR UN CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITE

492. Légitimité et proportionnalité, une double recherche imposée au juge - L'article L. 1121-1 du code du travail invite le juge à s'interroger sur le caractère proportionné de la clause soumise à son contrôle. Autrement dit, le juge doit se livrer à un double examen. Il doit, dans un premier temps, s'interroger sur le caractère légitime de la clause. Puis, si sa légitimité est avérée, il doit vérifier son caractère proportionné¹²⁶⁷. Ces exigences de pertinence et de proportionnalité sont cumulatives¹²⁶⁸.

493. Légitimité et proportionnalité, des exigences liées - Comment s'effectue le contrôle de proportionnalité ? Selon l'article L. 1121-1, le caractère proportionné de la clause est examiné au regard du « *but recherché* ». Or, ce dernier consiste, notamment, dans la protection des intérêts de l'entreprise. Une clause de non-concurrence a pour objet de protéger l'employeur de la concurrence qu'est susceptible de susciter l'activité du salarié, postérieurement à l'exécution de son contrat de travail¹²⁶⁹. C'est donc au regard de cette finalité, que doit s'exercer le contrôle de proportionnalité. C'est d'ailleurs ce que confirme la première chambre civile qui estime que la clause de non-concurrence doit être « *proportionnée aux intérêts légitimes à protéger, compte tenu de la durée du contrat et du lieu d'exercice de la profession* »¹²⁷⁰. De même, la chambre

¹²⁶⁷ V. not. : Y. Auguet, Au nom de la cause (...), vive la généralisation du critère de proportionnalité, Dr. et pat. 2001, n°91, p. 33, spéc. p. 37 : « *Les juges doivent d'abord vérifier la légitimité de l'intérêt du créancier de non-concurrence, la licéité de la cause. Ensuite, si sa légitimité est établie, apprécier l'intensité de la restriction de concurrence (...)* » ; P. Waquet, Les libertés dans l'entreprise, RJS 2000, p. 335, spéc. p. 344 : « *La justification de la clause restreignant une liberté (...) nécessite une double démonstration : l'une tient aux particularités de la tâche que doit accomplir le salarié, l'autre s'attache à établir que les intérêts légitimes de l'entreprise exigent la mesure de protection* » ; I. Cornesse, La proportionnalité en droit du travail, Litec, 2001, n°206, p. 181 : « *Si l'importance des fonctions d'un salarié peut justifier l'existence d'une clause de non-concurrence dans son contrat, ce n'est pas pour autant que l'étendue de celle-ci soit à l'abri de la critique* ». V. aussi : M. Chagny, Droit de la concurrence et droit commun des obligations, Dalloz, 2004, n°368, p. 369. Cet auteur écrit que les autorités appelées à se prononcer sur la licéité de la cause « *vérifient, en premier lieu, que le principe même de son insertion dans la convention n'est pas contraire aux objectifs du droit de la concurrence et, dans le cas, où elles portent un jugement positif sur la clause, elles s'assurent ensuite de sa mesure* ».

¹²⁶⁸ En ce sens : J.-E. Ray, obs. ss. Cass. soc. 12 janv. 1999, Dr. soc. 1999, p. 287 s., spéc. p. 289.

¹²⁶⁹ En ce sens : D. Mazeaud, La notion de clause pénale, LGDJ, 1992, n°444, p. 252 : « *Le but d'une telle stipulation est clair : il s'agit de protéger l'entreprise ...* ».

¹²⁷⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 11 mai 1999 : Bull. civ. I, n°156, n°97-14493 ; Rép. Defr. 1999, art. 37041, p. 992, obs. D. Mazeaud ; Y. Auguet, Au nom de la cause (...), vive la généralisation du critère de proportionnalité, Dr. et pat. 2001, n°91, p. 33 ; D. 2000, som. p. 312, obs. Y. Serra.

commerciale de la Cour de cassation estime que les juges du fond doivent rechercher « si la clause litigieuse, même limitée dans le temps et dans l'espace, (...) [n'est] pas disproportionnée au regard de l'objet du contrat »¹²⁷¹.

494. Légitimité et proportionnalité, des exigences distinctes - Autrement dit, la question est de savoir si, compte tenu de sa finalité (la protection des intérêts de l'employeur), la clause soumise au contrôle du juge ne porte pas atteinte de manière excessive à une liberté. Si les intérêts qu'entend protéger l'employeur ne revêtent pas un caractère légitime, l'atteinte sera nécessairement disproportionnée¹²⁷². Si la clause a pour finalité la protection des intérêts légitimes de l'employeur, encore faut-il que l'atteinte portée à la liberté du salarié ne soit pas excessive¹²⁷³. A cet égard, le juge a édicté différentes conditions de validité tenant au caractère mesuré de la restriction de liberté (§ 1). Toutefois, pour certaines clauses, et plus précisément pour la clause de non-concurrence, la mesure de la restriction n'est pas suffisante. La clause n'est valable que si elle comporte une contrepartie financière. Une telle condition est étrangère au contrôle de proportionnalité (§ 2).

§ 1 : La proportionnalité, l'exigence d'une restriction mesurée

Selon la jurisprudence, la restriction de liberté du salarié, prévue par une clause du contrat de travail, doit être mesurée. Quel est le champ d'application de cette exigence (I) ? Quelle en est la signification (II) ?

¹²⁷¹ Cass. com. 4 janv. 1994 : Bull. civ. IV, n°4, n°92-14121 ; D. 1995, jurispr., p. 205, note Y. Serra ; RTD civ. 1994, p. 349, obs. J. Mestre - Cass. com. 16 déc. 1997 : D. 1998, som. p. 213, obs. Y. Serra ; Contrats, conc. consom. 1998, com. 39, obs. L. Leveneur.

¹²⁷² Le contrôle de proportionnalité n'a pas lieu d'être dans cette hypothèse. V. not. : C. Pizzio-Delaporte, La clause de non-concurrence : jurisprudence récente, Dr. soc. 1996, p. 145, spéc. p. 146. : « Déclarer qu'une clause de non-concurrence est illégitime pour un laveur de vitres n'est-ce pas admettre que cette clause est disproportionnée par rapport à l'objet même du contrat ? ».

¹²⁷³ V. not. : Cass. soc. 18 sept. 2002 : Bull. civ. V, n°272, n°00-42904 ; D. 2002, p. 3229, note Y. Serra et som. p. 3111, obs. J. Péliissier ; LPA 25 mars 2003, n°60, p. 13, note F. Jault ; Dr. soc. 2002, p. 1007, obs. R. Vatinet ; TPS 2002, com. n°336. V. not. : Y. Serra, ss. Cass. soc. 18 sept. 2002, p. 3229 : « En cas de conflit entre la nécessaire protection des intérêts légitimes de l'entreprise et la sauvegarde de la liberté professionnelle du salarié, c'est cette dernière qui doit être préférée ».

I) Champ d'application de l'exigence d'une restriction mesurée

495. Application de l'article L. 1121-1 - L'exigence d'une restriction mesurée vise de nombreuses clauses. Elle repose généralement sur l'article L. 1121-1 du code du travail. Tel est le cas en ce qui concerne les clauses de non-concurrence¹²⁷⁴, les clauses d'exclusivité¹²⁷⁵ et les clauses de résidence¹²⁷⁶. Le juge soumet leur validité au caractère justifié et proportionné de l'atteinte portée à la liberté du travail ou à la liberté de choisir son domicile.

496. Application envisageable de l'article L. 1121-1 - L'article L. 1121-1 du code du travail pourrait également être appliqué aux clauses de dédit-formation. Ces clauses sont susceptibles de porter atteinte à la liberté du travail du salarié. Pendant une certaine durée, le salarié lié par une clause de dédit-formation s'engage à ne pas démissionner¹²⁷⁷. Or, le droit de démissionner est une « déclinaison » de la liberté du travail¹²⁷⁸. Dès lors, eu égard à la restriction de liberté qu'elle impose, la clause de dédit-formation devrait répondre à l'exigence de proportionnalité prévue à l'article L. 1121-1¹²⁷⁹. D'ailleurs, la Cour de cassation décide que *« les clauses de dédit-formation sont licites (...) si elles n'ont pas pour effet de priver le salarié de la faculté de démissionner »*¹²⁸⁰. Autrement dit, elle exige que la restriction de liberté soit mesurée.

¹²⁷⁴ V. not. : Cass. soc. 10 juill. 2002 (3 arrêts), préc., note de bas de page, n°1206.

¹²⁷⁵ Cass. soc. 11 juill. 2000, préc., note de bas de page, n°1221.

¹²⁷⁶ Cass. soc. 12 juill. 2005, préc., note de bas de page, n°1227.

¹²⁷⁷ V. not. J. Pélissier, La liberté du travail, Dr. soc. 1990, p. 19, spéc. p. 24. V. aussi : F. Gaudu, Fidélité et rupture, Dr. soc. 1991, p. 419 ; A. Martinon, Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée, Dalloz, 2005, n°574, p. 453.

¹²⁷⁸ F. Bousez, La proportionnalité en droit du travail, in Standards, principes et méthodes en droit du travail, Economica, 2011, p. 121, spéc. n°186, p. 128.

¹²⁷⁹ V. not. : F. Gaudu, Fidélité et rupture, Dr. soc. 1991, p. 419 : *« Au regard, du principe de liberté du travail, il convient de relever que le droit de démissionner, en dépit de son caractère d'ordre public, ne constitue nullement un droit intangible (...). En droit positif, la liberté du travail supporte des atteintes, sous la condition notamment que l'atteinte soit strictement limitée. C'est pourquoi, plutôt que de rechercher une interdiction totale des clauses de dédit-formation, il vaut peut être mieux prendre la jurisprudence au sérieux lorsqu'elle affirme que le salarié conserve la faculté de démissionner »*. Comp. : J. Pélissier, La liberté du travail, Dr. soc. 1990, p. 19, spéc. p. 25 : *« Il est inexact d'affirmer que ces clauses ne font pas échec au droit de résiliation unilatérale au motif que la seule obligation qui pèse sur le salarié est de verser une somme d'argent au cas où il démissionnerait. L'obligation de verser une somme d'argent n'est que la sanction de cette obligation, qui est illicite puisqu'elle constitue une renonciation au droit de démissionner, droit d'ordre public »*.

¹²⁸⁰ V. not. : Cass. soc. 17 juill. 1991 : Bull. civ. V, n°373, n°88-40201 ; RJS 10/91, n°1072 - Cass. soc. 21 mai 2002 : Bull. civ. V, n°169, n°00-42909 ; Dr. soc. 2002, p. 902, obs. J. Savatier ; TPS 2002, com.

Elle pourrait néanmoins aller plus loin et soumettre la validité des clauses de dédit-formation au respect des conditions de l'article L. 1121-1.

497. Inapplication de l'article L. 1121-1 : les clauses de mobilité - En revanche, la Cour de cassation refuse d'ériger l'exigence d'une restriction mesurée en une condition de validité des clauses de mobilité. Pourtant, il était permis de penser qu'une telle clause portait atteinte à la vie personnelle et familiale du salarié¹²⁸¹.

498. La liberté de choisir son domicile - Dans l'arrêt Spileers, la Cour de cassation s'est prononcée sur la validité d'une clause selon laquelle l'employeur se réservait « *le droit de modifier la région d'activité en demandant au salarié d'être domicilié sur cette région dans les six mois suivant ce changement d'affectation* »¹²⁸². Dans cette affaire, la clause de mobilité était assortie d'une clause de résidence portant atteinte à la liberté du salarié de choisir son domicile. C'est la raison pour laquelle la Cour de cassation a décidé qu'une restriction à la liberté de choisir son domicile personnel « *n'est valable qu'à la condition d'être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et proportionnée, compte tenu de l'emploi occupé et du travail demandé, au but recherché* ».

Qu'en est-il d'une clause de mobilité silencieuse sur le choix du domicile du salarié ? Lorsque la Cour de cassation se prononce sur les conditions de validité d'une telle clause, elle décide, au visa de l'article 1134 du code civil, qu'« *une clause de mobilité doit définir de façon précise sa zone géographique d'application et qu'elle ne peut conférer à l'employeur le pouvoir d'en étendre unilatéralement la portée* »¹²⁸³. Lors de la

n°249, obs. P.-Y. Verkindt ; RJS 11/02, n°1270. V. aussi : Cass. soc. 5 juin 2002 : Bull. civ. V, n°196, n°00-44327 ; RJS 8-9/02, n°1013.

¹²⁸¹ En faveur d'un contrôle ab initio, v. not. L. Gratton, La volonté du salarié, in Volonté du salarié et droit fondamentaux, Dalloz, 2012, p. 183, spéc. p. 187.

¹²⁸² Cass. soc. 12 janv. 1999 : préc., note de bas de page, n°1226. V. aussi : Cass. soc. 3 nov. 2004 : non publié au Bull., n°03-40158. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a considéré que la mutation qui résultait de la mise en œuvre d'une clause de mobilité « *avec changement de domicile n'était ni indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise ni proportionnée, compte tenu de l'emploi occupé et du travail demandé, au but recherché* ». Cependant, là encore, la clause prévoyait que le salarié pouvait « *être amené à changer de lieu de travail impliquant un changement de résidence* ». Dès lors, il n'est pas certain que la solution eut été la même en l'absence de mention relative à la résidence du salarié.

¹²⁸³ Cass. soc. 7 juin 2006 : Bull. civ. V, n°209, n°04-45846 ; JCP S 2006, 1917, note B. Bossu ; JCP E 2006, 2443, p.1696, note S. Béal ; Dr. soc. 2006, p. 926, obs. F. Favennec-Héry ; RDT 2006, p. 313, obs.

formation de la clause, le contrôle de proportionnalité fondé sur l'article L. 1121-1 du code du travail n'a donc pas vocation à s'appliquer. En réalité, le juge semble considérer que la clause de mobilité n'inflige pas, en soi, une atteinte à la liberté du salarié de choisir son domicile¹²⁸⁴. Une clause de mobilité silencieuse sur le choix de la résidence du salarié « *n'est, si l'on ose dire, qu'une obligation de fait* »¹²⁸⁵ ; le salarié resterait, en définitive, libre du choix de son domicile. Une telle analyse peut néanmoins paraître artificielle.

499. *L'atteinte à la vie personnelle* - Par ailleurs, même si elle n'est pas assortie d'une clause de résidence, la clause de mobilité est « susceptible » de porter atteinte à la vie personnelle et familiale du salarié. Dès lors pourquoi ne pas soumettre la validité de cette clause au respect de l'article L. 1121-1 ? En réalité, lors de la formation de la clause de mobilité, aucune atteinte n'est portée à la vie personnelle du salarié. L'atteinte n'est pas contemporaine de la formation du contrat. Elle n'est alors qu'éventuelle. Dès lors, il est logique que la Cour de cassation refuse de soumettre la validité des clauses de mobilité à l'article L. 1121-1 du code du travail en raison d'une atteinte portée à la vie personnelle et familiale. Le contrôle s'effectue au cours de l'exécution du contrat, lorsque l'employeur souhaite mettre en œuvre la clause. Si cette mise en œuvre est susceptible de porter atteinte à sa vie personnelle et familiale, le salarié peut refuser la mutation¹²⁸⁶. L'exigence d'une restriction mesurée lors de la conclusion de la clause n'a donc pas lieu d'être. Mais que signifie une telle exigence ?

II) Significations de l'exigence d'une restriction mesurée

J. Péliissier - Cass. soc. 17 juill. 2007 : non publié au Bull., n°06-41360 ; JCP S 2007, 1955, note B. Bossu - Cass. soc. 9 nov. 2011 : non publié au Bull., n°10-10320.

¹²⁸⁴ V. not. : Cass. soc. 28 mars 2006 : Bull. civ. V, n°126, n°04-41016 ; JCP S 2006, 1381, note P.-Y. Verkindt : « *Attendu, cependant, qu'une mutation géographique ne constitue pas en elle-même une atteinte à la liberté fondamentale du salarié quant au libre choix de son domicile* ».

¹²⁸⁵ S. Tournaux, La différenciation réaffirmée de la clause de mobilité et de la clause d'obligation de résidence, Lexbase, Hebdo, éd. soc., 31 mai 2007, n°362. L'auteur ajoute : « *la clause de mobilité ne permet pas juridiquement d'imposer au salarié de s'installer à tel ou tel endroit* ».

¹²⁸⁶ V. not. : Cass. soc. 14 oct. 2008 : Bull. civ. V, n°192, n°07-40523 ; RJS 12/08, n°1162 ; RDT 2008, p. 731, note G. Auzero ; JCP G 2008, II, 10201, note D. Corrignan-Carsin ; JCP S 2008, 1668, note B. Bossu ; D. 2008, p. 2672, note L. Perrin ; JCP G 2008, II, 10202, note D. Jacotot - Cass. soc. 13 janv. 2009 : non publié au Bull., n° 06-45562, RDT 2009, p. 300, obs. A. Dumery ; C. Radé, Dr. soc. 2009, p. 614.

500. L'exigence d'une restriction mesurée emporte diverses significations selon la nature des clauses soumises au juge. Dans tous les cas, la clause ne doit pas avoir pour objet ou pour effet de priver le salarié de l'exercice d'une liberté (A). Cette exigence est également à l'origine de l'édiction de conditions de validité spécifiques, destinées à limiter l'atteinte portée aux libertés individuelles du salarié (B).

A) Une exigence exclusive de privation de liberté

501. Atteinte et privation, des notions distinctes - Si le juge admet, conformément à l'article L. 1121-1 du code du travail, qu'une clause puisse porter atteinte à une liberté fondamentale, elle ne saurait l'éluder. Une clause écartant purement et simplement l'exercice d'une liberté crée une atteinte disproportionnée, une restriction démesurée. D'ailleurs, les termes « d'atteinte » ou de « restriction » n'ont plus lieu d'être dans une telle situation. La liberté du salarié est annihilée. Un tel anéantissement doit conduire le juge à condamner la clause à l'origine de cette privation de liberté.

502. Atteinte et privation, des notions distinguées - Le juge a énoncé, à l'égard de certaines clauses, des conditions de validité de nature à écarter tout risque de privation de liberté. Les clauses de dédit-formation ne sont licites que dans la mesure « où elles n'ont pas pour effet de priver le salarié de la faculté de démissionner »¹²⁸⁷. Une telle précision révèle un souci de protection de « la substance de la liberté du salarié »¹²⁸⁸.

En ce qui concerne les clauses de non-concurrence, il résulte d'une jurisprudence ancienne que leur validité est subordonnée au fait que le salarié conserve « la possibilité d'exercer normalement l'activité professionnelle qui lui est propre »¹²⁸⁹. Dans des arrêts plus récents, la Cour de cassation a précisé cette condition. Elle a notamment décidé que la clause ne devait pas empêcher le salarié de retrouver un autre emploi, compte tenu de sa formation et de ses connaissances¹²⁹⁰ ou encore de son expérience professionnelle¹²⁹¹.

¹²⁸⁷ V. supra n°496.

¹²⁸⁸ Expression utilisée par le Professeur M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat*, LGDJ, 2004, n°552, p. 337.

¹²⁸⁹ V. not. Cass. soc. 18 oct. 1952 : Bull. civ. V, n°736 ; JCP G 1953, II, 7519, obs. G. B. ; RTD civ. 1952, p. 124, note J. Carbonnier ; D. 1952, jurispr., p. 795.

¹²⁹⁰ Cass. soc. 2 déc. 1997 : Bull. civ. V, n°414, n°95-43672 ; RJS 1/98, n°33.

¹²⁹¹ Cass. soc. 18 déc. 1997 : Bull. civ. V, n°459, n°95-43409 ; Dr. soc. 1998, p. 194, obs. J. Savatier - Cass. soc. 13 janv. 1998 : Bull. civ. V, n°7, n°95-40732 ; Dr. soc. 1998, p. 278, obs. J. Savatier.

Désormais, la Cour exige que la clause prenne en compte « *les spécificités de l'emploi du salarié* »¹²⁹². Pour autant, la condition tenant à la faculté pour le salarié de retrouver un emploi conforme à sa formation et à son expérience subsiste¹²⁹³. Il s'agit, en effet, d'une condition essentielle. Le fait d'empêcher le salarié d'exercer une activité correspondant à sa formation, son expérience sa qualification¹²⁹⁴ reviendrait à le priver de la faculté de choisir librement une activité professionnelle. Or, la clause de non-concurrence doit « *permettre à l'intéressé d'exercer une activité professionnelle - et même son activité professionnelle - d'une façon plus difficile mais néanmoins réelle* »¹²⁹⁵. L'entrave portée à la liberté du salarié ne doit pas être totale. C'est pourquoi, la clause doit comporter certaines limites.

B) Une exigence source de limitations spécifiques

503. Les limitations légales - Pour certaines clauses, les limitations posées par le juge correspondent, en définitive, aux conditions de validité énoncées par l'article L. 1121-1 du code du travail. La Cour de cassation considère qu'une clause d'exclusivité n'est valable « *que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et si elle est justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché* »¹²⁹⁶.

En ce qui concerne les clauses de résidence, la Cour se borne généralement à rappeler les conditions visées à l'article L. 1121-1 du code du travail. Il est néanmoins permis de douter de la validité conditionnelle de ces clauses. Dans une décision du 28 février 2012, la décision des juges du fond est cassée pour violation de la loi, et non pour un défaut de base légale. « *La cour d'appel avait statué par des motifs impropres à établir*

¹²⁹² Cass. soc. 10 juill. 2002, préc., note de bas de page, n°1206 - Cass. soc. 29 janv. 2003, préc., note de bas de page, n°1214 - Cass. soc. 29 avril 2003, préc., note de bas de page, n°1214.

¹²⁹³ En ce sens : M. Mekki, L'intérêt général et le contrat, LGDJ, 2004, n°554, p. 339 ; F. Petit, ss. Cass. soc. 10 juill. 2002, JCP G 2002, II, 10162. V. égal. : J. Pélissier, ss. Cass. soc. 10 juill. 2002 : D. 2002, som. p. 3111.

¹²⁹⁴ V. not. sur l'importance de cet élément : Y. Serra, La qualification professionnelle du salarié, élément déterminant de la validité de la clause, D. 1996, Chron., p. 245 ; R. Vatinet, Dr. soc. 1998, p. 534, spéc. p. 537 : « *C'est donc la qualification professionnelle qui est un élément déterminant de cette jurisprudence, celle qui fonde l'identité professionnelle du salarié et dont il a le droit de disposer, comme si c'était une nouvelle forme de propriété intellectuelle* ».

¹²⁹⁵ T. Revet, La liberté du travail, in Libertés et droits fondamentaux, ss. la dir. de R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, T. Revet, 11^{ème} éd., Dalloz, 2005, n°933, p. 721.

¹²⁹⁶ V. supra n°475.

que l'atteinte au libre choix par la salariée de son domicile était justifiée par la nature du travail à accomplir et proportionnée au but recherchée »¹²⁹⁷. Comme l'a justement souligné un auteur, « la Cour de cassation se fait ainsi directement juge des raisons susceptibles de justifier une clause de résidence ce par quoi elle se donne l'autorité de n'en admettre aucune et de dévitaliser toute clause compromettant la liberté d'installation du domicile au lieu choisi par le salarié »¹²⁹⁸.

504. Des limitations spécifiques - Le juge reconnaît néanmoins la validité de nombreuses clauses restrictives d'une liberté fondamentale, sous réserve du respect de certaines conditions. Tel est le cas en ce qui concerne les clauses de dédit-formation (1) ainsi que les clauses de non-concurrence (2).

1) Les clauses de dédit-formation

505. Diverses conditions de validité - Outre la conclusion d'une convention particulière avant le début de la formation¹²⁹⁹, « les clauses de dédit-formation sont licites si elles constituent la contrepartie d'un engagement pris par l'employeur d'assurer une formation entraînant des frais réels au-delà des dépenses imposées par la loi ou la convention collective, si le montant de l'indemnité de dédit est proportionné aux frais de formation engagés et si elles n'ont pas pour effet de priver le salarié de la faculté de démissionner »¹³⁰⁰. A cet égard, la Cour de cassation énonce trois conditions de validité. Seule la dernière est liée à l'exigence d'une restriction mesurée.

506. La cause de l'obligation du salarié - La clause doit tout d'abord constituer la « contrepartie d'un engagement pris par l'employeur d'assurer une formation entraînant des frais réels au-delà des dépenses imposées par la loi ou la convention collective ». Cette condition repose, *a priori*, sur l'article 1131 du code civil. L'engagement du salarié de ne pas démissionner doit être causé. La formation constitue

¹²⁹⁷ Cass. soc. 28 févr. 2012, préc., note de bas de page, n°1228.

¹²⁹⁸ G. Loiseau, ss. Cass. soc. 28 févr. 2012, JCP S 2012, 1244.

¹²⁹⁹ Cass. soc. 4 févr. 2004 : Bull. civ. V, n°40, n°01-43651 ; CSBP 2004, n°159, p. 170, obs. F.-J. Pansier ; SSL 8 mars 2004, n°1159, p. 14 ; JSL 2004, n°143, p. 10, com. M-C Haller.

¹³⁰⁰ Cass. soc. 21 mai 2002 : Bull. civ. V, n°169, n°00-42909 ; Dr. soc. 2002, p. 902, obs. J. Savatier ; TPS 2002, com. n°249, obs. P.-Y. Verkindt ; RJS 11/02, n°1270. V. aussi : Cass. soc. 5 juin 2002 : Bull. civ. V, n°196, n°00-44327 ; RJS 8-9/02, n°1013.

la cause de l'obligation du salarié. Mais, en définitive, il est permis de penser que cette condition répond à l'exigence d'une « restriction justifiée »¹³⁰¹.

507. La proportionnalité aux frais de formation - Le montant de l'indemnité de dédit doit être « *proportionné aux frais de formation engagés* ». Ici encore, une telle condition n'est pas liée à l'exigence d'une restriction mesurée. Si le montant de l'indemnité de dédit est particulièrement élevé au regard des salaires perçus par le salarié¹³⁰², son droit de résiliation unilatérale risque d'être annihilé. Ce risque est d'autant plus important que la durée de la clause est longue. Pourtant, dans ces hypothèses, le montant de l'indemnité de dédit peut être proportionné aux frais de formation engagés. Cette condition ne garantit donc pas le caractère proportionné de l'atteinte portée à la liberté du travail du salarié. Elle a pour objet d'encadrer l'évaluation forfaitaire des dommages-intérêts dus par le salarié en cas d'inexécution de son obligation de stabilité¹³⁰³.

508. Une restriction mesurée - Seule la dernière condition est liée à l'exigence d'une restriction mesurée. La clause ne doit « *pas avoir pour effet de priver le salarié de la faculté de démissionner* ». La Cour pourrait se fonder sur l'article L. 1121-1 du code du travail et exercer un véritable contrôle de proportionnalité. Le caractère proportionné de la clause devrait être apprécié au regard de la durée de la clause et du montant des salaires perçus par le salarié. Ces éléments pourraient d'ailleurs fonder l'édiction de nouvelles conditions de validité.

2) Les clauses de non-concurrence

509. Limitation spatiale et temporelle de la clause de non-concurrence - La chambre sociale de la Cour de cassation exige que la clause de non-concurrence soit « *limitée dans le temps et dans l'espace* »¹³⁰⁴. Ces critères n'ont pas toujours été déterminants. En effet, la chambre sociale a longtemps considéré que la clause de non-

¹³⁰¹ V. infra n°521.

¹³⁰² En ce sens : F. Gaudu, R. Vatinet, *Traité des contrats*, LGDJ, 2001, n°298, p. 251.

¹³⁰³ V. infra n°741.

¹³⁰⁴ Cass. soc. 10 juill. 2002, préc., note de bas de page, n°1206 - Cass. soc. 29 janv. 2003, préc., note de bas de page, n°1214 - Cass. soc. 18 mars 2003 préc., note de bas de page, n°1206.

concurrence était licite lorsqu'elle était limitée dans le temps « *ou* » dans l'espace¹³⁰⁵. Elle estimait que ces conditions avaient un caractère alternatif. Dans certains arrêts, la chambre sociale s'est même abstenue d'y faire référence¹³⁰⁶. En définitive, ce qui importait c'est que le salarié « *puisse se reclasser dans un emploi correspondant à sa formation professionnelle* »¹³⁰⁷. Même lorsque le juge faisait état des limitations spatiales et temporelles de la clause de non-concurrence, c'était en considération de la possibilité laissée au salarié d'exercer une activité conforme à sa formation et à son expérience¹³⁰⁸. Les limitations dans le temps et dans l'espace ne constituaient qu'un élément d'appréciation lui permettant de se prononcer sur la faculté laissée au salarié d'exercer normalement son activité¹³⁰⁹.

Les critères de temps et d'espace sont désormais déterminants. La clause de non-concurrence n'est valable que si elle est limitée dans le temps et dans l'espace. Pour autant, la condition liée à la possibilité pour le salarié d'exercer son activité n'a pas disparu. Les limitations spatiales et temporelles tendent à garantir au salarié la possibilité d'exercer une activité conforme à son expérience et à sa formation. Elles sont, à elles seules, insuffisantes.

510. Limitation quant à l'activité - Doit être annulée une clause limitée dans le temps et dans l'espace qui vise une activité correspondant « *au seul métier (...)* [que le salarié] *connaisse* »¹³¹⁰. La Cour de cassation précise, en effet, que la clause de non-concurrence n'est valable que « *si elle tient compte des spécificités de l'emploi du*

¹³⁰⁵ Cass. soc. 18 déc. 1979 : Bull. civ. IV, n°340, n°78-11393 : « *Que la clause de non-concurrence ne doit pas, pour être valable, être limitée à la fois dans l'espace et le temps mais comporter seulement l'une ou l'autre de ces limitations* ». V. aussi : Cass. soc. 27 juin 1984, Bull. civ. V, n°269, n°81-42932 - Cass. com. 30 oct. 1989 : Bull. civ. IV, n°260, n°88-16804 ; D. 1989, IR, p. 301.

¹³⁰⁶ Cass. soc. 18 déc. 1997 : Bull. civ. V, n°459, n°95-43409 ; Dr. soc. 1998, p. 194, obs. J. Savatier - Cass. soc. 13 janv. 1998 : Bull. civ. V, n°7, n°95-40732 ; Dr. soc. 1998, p. 278, obs. J. Savatier

¹³⁰⁷ J. Savatier, ss. Cass. soc. 18 déc. 1997, Dr. soc. 1998, p. 194.

¹³⁰⁸ V. not. en ce sens : Cass. soc. 20 janv. 1999, non publié au Bull., n°96-45669. V. aussi : Cass. soc. 28 oct. 1997 : Bull. civ. V, n°342, n°94-43792 ; JCP G 1998, II, 1092, note Y-M. Serinet ; Dr. soc. 1998, p. 78, note G. Couturier ; CSBP 1998, n°96, A 1, p. 5 ; RJS 12/97, n°1369.

¹³⁰⁹ En ce sens : D. Corrigan-Carsin, ss. Cass. soc. 10 juill. 2002, JCP E 2002, 1511 ; N. Gavalda, Les critères de validité des clauses de non-concurrence en droit du travail, Dr. soc. 1999, p. 582, spéc. p. 589.

¹³¹⁰ Cass. soc. 31 mai 2000, non publié au Bull., n°99-42.859.

salarié »¹³¹¹. L'activité visée par la clause doit être limitée ; elle doit garantir au salarié la possibilité d'exercer normalement son activité¹³¹².

En définitive, les limites relatives à la nature de l'activité de l'intéressé ainsi que les limites temporelle et spatiale édictées par le juge répondent à l'exigence de proportionnalité visée à l'article L. 1121-1 du code du travail¹³¹³. Elles garantissent au salarié la possibilité d'exercer une activité conforme à son expérience et à sa formation. La liberté du travail du salarié est restreinte ; elle n'est pas annihilée. La clause de non-concurrence conforme à l'exigence d'une restriction mesurée n'est pas pour autant valable. Le juge exige, en outre, qu'elle comporte une contrepartie financière.

§ 2 : La proportionnalité, étrangère à l'exigence d'une contrepartie financière

511. Une condition cantonnée aux clauses de non-concurrence - Selon la Cour de cassation, la clause de non-concurrence n'est licite que si « *elle comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière* »¹³¹⁴. Cette exigence n'est applicable qu'aux clauses de non-concurrence¹³¹⁵. A la différence de certains systèmes juridiques étrangers, elle ne découle pas d'un texte légal¹³¹⁶. Comment la

¹³¹¹ Cass. soc. 10 juill. 2002, préc., note de bas de page, n°1206 - Cass. soc. 29 janv. 2003, préc., note de bas de page, n°1214 - Cass. soc. 18 mars 2003 préc., note de bas de page, n°1206.

¹³¹² V. not. : Cass. soc. 18 sept. 2002 : Bull. civ. V, n°272, n°00-42904 ; D. 2002, p. 3229, note Y. Serra et som. p. 3111, obs. J.Pélissier ; LPA 25 mars 2003, n°60, p. 13, note F. Jault ; Dr. soc. 2002, p. 1007, obs. R. Vatinet. Dans cette affaire, le juge a restreint le champ des activités interdites à l'ancien salarié. Sur la réduction de la clause, v. infra n°798.

¹³¹³ Ces limitations figuraient déjà dans des arrêts plus anciens. V. not. : Cass. soc. 8 mai 1967 : Bull. civ. IV, n°373 ; D. 1967, jurisp, p. 690, note G. Lyon-Caen. V. aussi sur la jurisprudence antérieure à cet arrêt : G. Lyon-Caen, Les clauses restrictives à la liberté du travail, Dr. soc. 1963, p. 88, spéc. p. 90 s. V. égal. : A. Decoq, Essai d'une théorie générale des droits sur la personne, LGDJ, 1960, n°129, p. 89.

¹³¹⁴ Cass. soc. 10 juill. 2002, préc., note de bas de page, n°1206 - Cass. soc. 29 janv. 2003, préc., note de bas de page, n°1214 - Cass. soc. 18 mars 2003 préc., note de bas de page, n°1206 - Cass. soc. 31 mai 2006 : Bull. civ. V, n°198, n°04-44598 ; RJS 10/06, n°1060 - Cass. soc. 27 févr. 2007 : Bull. civ. V, n°32, n°05-44984 ; RJS 05/07, n°595.

¹³¹⁵ V. cep. infra n°522 sur l'indemnisation d'une sujétion particulière consistant dans le travail à domicile.

¹³¹⁶ En Italie, les conditions de validité des clauses de non-concurrence sont prévues par l'article 2125 du code civil. Ce texte exige une contrepartie financière. V. not. : V. Brino, *Droits d'ici, droits d'ailleurs, Regards, La clause de non-concurrence*, RDT 2007, p. 682. En Allemagne, la clause est régie par le § 60 du HGB. Une contrepartie financière est également nécessaire. V. not. : P. Rémy, et M. Zumfelde, *La clause de non-concurrence, Droits d'ici, droits d'ailleurs, Regards, La clause de non-concurrence*, RDT 2007, p. 678. V. aussi : M. Gomy, *Essai sur l'équilibre de la convention de non-concurrence*, PUP, 1999, n°222, p. 134 s. ; Y. Serra, *La non-concurrence en matière commerciale, sociale et civile (Droit interne et*

justifier ? Le contrôle de proportionnalité semble être à l'origine de l'exigence d'une contrepartie financière (I). Cependant, seul le fondement de la cause est pertinent (II).

I) La proportionnalité, fondement apparent de la contrepartie financière

512. L'exigence d'une contrepartie financière aux clauses de non-concurrence a été consacrée au visa de l'article L. 1121-1 du code du travail (A). Pourtant, la proportionnalité constitue un fondement contestable de la contrepartie financière (B).

A) L'article L. 1121-1, un fondement consacré

513. Une exigence relativement récente - Jusqu'en 2002, le juge refusait de soumettre la validité des clauses de non-concurrence à l'octroi d'une contrepartie financière¹³¹⁷. Cette solution avait fait l'objet de critiques¹³¹⁸. Le juge décide, depuis le 10 juillet 2002, que la « *clause de non-concurrence n'est licite que si elle (...) comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière ...* »¹³¹⁹. En l'absence de contrepartie financière, la clause de non-concurrence contenue dans le contrat de travail encourt désormais la nullité. En outre, le juge estime que la stipulation d'une telle clause cause nécessairement un préjudice au salarié¹³²⁰.

communautaire), Dalloz, 1991, n°223, p. 161 ; S. Choisez, La contrepartie financière de la clause de non-concurrence d'un contrat de travail, Dr. soc. 1993, p. 662, spéc. p. 665 ; S. Le Gac-Pech, La proportionnalité en droit privé des contrats, LGDJ, 2000, n°536, p. 206.

¹³¹⁷ V. not. : Cass. soc. 6 mai 1982 : Bull. civ. V, n°279, n°79-42739 ; D. 1983, IR, 419 - Cass. soc. 25 janv. 1984 : Bull. civ. V, n°31, n°82-13172 ; D. 1985, IR, 246, obs. J. Frossard - Cass. soc. 9 oct. 1985 : Bull. civ. V, n°442, n°83-46113 ; D. 1986, jurisp. p. 420, note Y. Serra ; RTD civ. 1986, p. 343, obs. J. Mestre : « *La validité d'une clause de non-concurrence n'est pas subordonnée à l'octroi au salarié d'une compensation pécuniaire si celle-ci n'est pas prévue par une convention collective* » - Cass. soc. 11 oct. 1990 : Bull. civ. V, n°459, n°86-45320 - CA Paris 11 févr. 1991 : JurisData n°1991-022273 ; D. 1992, som. p. 52, obs. Y. Serra.

¹³¹⁸ V. not. : G. Lyon-Caen, Les clauses restrictives à la liberté du travail, Dr. soc. 1963, p. 88, spéc. p. 94 ; P. Fieschi-Vivet, Clauses de non-réembauchage et indemnité compensatrice, D. 1976, Chron., p. 147 ; Y. Serra, ss. Cass. soc. 9 oct. 1985 : D. 1986, jurisp. p. 420, spéc. p. 421 ; S. Choisez, La contrepartie financière de la clause de non-concurrence d'un contrat de travail, Dr. soc. 1993, p. 662.

¹³¹⁹ V. supra, note de bas de page n°1314.

¹³²⁰ La Cour de cassation décide au visa de l'article 1147 du code civil que « *la stipulation dans le contrat de travail d'une clause nulle cause nécessairement un préjudice au salarié* ». En ce sens : Cass. soc. 12 janv. 2011 : Bull. civ. V, n°15, n°08-45280 ; Dr. soc. 2011, p. 468, obs. J. Mouly ; Dr. ouvr. 2011, p. 214 et l'étude de F. Canut, Stipulation d'une clause de non-concurrence nulle et indemnisation du salarié, p. 209 ; JCP S 2011, 1042, note I. Beyneix.

Dans ses arrêts du 10 juillet 2002, la Cour de cassation a consacré l'exigence d'une contrepartie financière au visa du principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle et de l'article L. 1121-1 du code du travail. Ainsi, selon le Professeur Morvan, « seuls le principe de proportionnalité et son précipité visible dans le code du travail, l'article (...) [L.1121-1] permettent d'expliquer cette innovation »¹³²¹. Il en résulte que « la recherche d'une stricte proportionnalité pourrait conduire à voir dans l'absence de contrepartie pécuniaire, l'existence d'une disproportion »¹³²².

B) L'article L. 1121-1, un fondement contestable

514. Le prix de l'atteinte à une liberté - Cependant, une telle analyse est contestable. Elle revient à admettre que l'employeur peut « acheter » la liberté du salarié¹³²³. Le caractère proportionné de l'atteinte portée à la liberté du salarié dépendrait, en définitive, de l'existence et du montant de la contrepartie financière. « L'atteinte portée par une clause de non-concurrence à la liberté fondamentale d'exercer une activité professionnelle cesse d'être disproportionnée si le travailleur (...) est payé pour ce sacrifice ! Pourtant, « l'atteinte à une liberté ou à un droit fondamental ne saurait se

Certains auteurs considèrent qu'il devrait s'agir d'une responsabilité délictuelle. En ce sens, P. Grosser, ss. Cass. soc. 11 janv. 2006, JCP E 2006, 1417 : « La jurisprudence, approuvée par une doctrine très majoritaire, a depuis longtemps opté pour la nature délictuelle de la responsabilité consécutive à l'annulation d'une convention ». V. aussi : J. Mouly, ss. Cass. soc. 12 janv. 2011, Dr. soc. 2011, p. 468. Mais la Cour de cassation semble consacrer une responsabilité contractuelle puisqu'elle se fonde sur l'article 1147 du code civil. Quel est alors le préjudice ? La Cour semble considérer qu'il résulte de la restriction de liberté pendant la période d'exécution du contrat. (En ce sens : J. Mouly, ss. Cass. soc. 12 janv. 2011, Dr. soc. 2011, p. 468). Ce raisonnement n'est pas cohérent. Il devrait alors justifier le versement d'une contrepartie financière pendant l'exécution du contrat même si la clause de non-concurrence stipulée au contrat est licite (V. infra n°530). Dans tous les cas, la liberté du travail du salarié est entravée. En réalité, la Cour a probablement souhaité dissuader l'employeur de stipuler une clause illicite. V. not. J. Mouly, préc. : « Dans ce cas les dommages-intérêts remplissent moins une fonction réparatrice qu'une fonction de peine privée ». V. aussi : Cass. soc. 11 janv. 2006 : Bull. civ. V, n°8, n°03-46933 ; JCP E 2006, 1417, note P. Grosser ; JCP S 2006, 1102, note I. Beyneix ; Dr. soc. 2006, p. 465, obs. J. Mouly : « Le respect par un salarié d'une clause de non-concurrence illicite lui cause nécessairement un préjudice dont il appartient au juge d'en apprécier l'étendue ». La Cour de cassation s'est également fondée sur l'article 1147. Il eut été préférable qu'elle se fonde sur le terrain des restitutions. En ce sens : M. Gomy, ss. Cass. soc. 29 avril 2003 et Cass. soc. 24 juin 2003, D. 2004, som. p. 1161. V. aussi : L.-F. Pignarre, La contrepartie financière de la clause de non-concurrence et droit des obligations : jeux d'influence, RDT 2009, p. 151, spéc. p. 155.

¹³²¹ P. Morvan, ss. Cass. soc. 10 juill. 2002, JCP G 2002, n°18, I, 130.

¹³²² I. Cornesse, La proportionnalité en droit du travail, Litec, 2001, n°153, p. 135.

¹³²³ V. not. : F. Petit, ss. Cass. soc. 10 juill. 2002, JCP G 2002, II, 10162.

monnayer »¹³²⁴. Au demeurant, si la contrepartie financière ne constituait « que » le prix de l'atteinte portée à la liberté du salarié, elle devrait être généralisée à toutes les clauses restrictives d'une liberté. Or, tel n'est pas le cas. En réalité, la théorie de la cause est le véritable fondement de l'exigence d'une contrepartie financière.

II) La cause de l'obligation, fondement pertinent de la contrepartie financière

515. La contrepartie financière constitue-t-elle la cause de l'obligation de non-concurrence ? Est visée la cause « objective », dite également cause de « l'obligation » ou encore cause « abstraite ». La question a été débattue alors que la contrepartie financière n'était pas érigée en condition de validité de la clause de non-concurrence. Désormais consacrée comme telle, il paraît justifié de considérer qu'elle constitue la cause de l'engagement de non-concurrence. Une telle analyse repose sur l'autonomie de la clause (A) ainsi que sur son caractère synallagmatique (B).

A) Une analyse fondée sur l'autonomie de la clause

516. L'autonomie de la clause de non-concurrence doit être admise (1). Pour autant, elle ne justifie pas, à elle seule, l'exigence d'une contrepartie financière (2).

1) L'autonomie, un préalable justifié

517. L'autonomie contestée - Certains auteurs ont fait valoir qu'il était excessif de considérer que chaque obligation du contrat de travail doit comporter une cause spécifique¹³²⁵. Une telle analyse paraît justifiée en ce qui concerne la cause de l'obligation. Au sein du contrat, « *les obligations accessoires qui pèsent sur le débiteur sont causées par les obligations essentielles qui pèsent sur le créancier de l'obligation*

¹³²⁴ R. Vatinet, Les conditions de validité des clauses de non-concurrence : l'imbroglia, Dr. soc. 2002, p. 949, spéc. p. 952.

¹³²⁵ V. not. : V. not. J. Ghestin, L'absence de cause et la contrepartie propre à une obligation résultant d'une clause d'un contrat, Etudes offertes à J. Béguin, Litec, 2005, p. 311, spéc. p. 317 ; S. Choisez, La contrepartie financière de la clause de non-concurrence d'un contrat de travail, Dr. soc. 1993, p. 662, spéc. p. 666.

particulière »¹³²⁶. L'obligation de verser la rémunération - obligation essentielle - constituerait la cause de l'engagement de non-concurrence¹³²⁷. Cependant, une telle analyse suppose de considérer que la clause de non-concurrence est un élément du contrat de travail. Or, tel n'est pas le cas.

518. L'autonomie justifiée – La clause de non-concurrence revêt un caractère autonome. La clause de non-concurrence et le contrat de travail ont des finalités distinctes. L'obligation de non-concurrence ne naît qu'une fois le contrat de travail exécuté. Le maintien de la clause lorsque le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse milite en faveur de son autonomie. Si la clause est autonome, la cause de l'obligation de l'engagement de non-concurrence pourrait être détachée des obligations assumées par l'employeur en vertu du contrat de travail¹³²⁸. Le caractère autonome de la clause de non-concurrence justifierait ainsi l'exigence, qui lui est propre, d'une contrepartie financière.

519. Une autonomie limitée - L'absence d'autonomie des autres clauses du contrat de travail expliquerait l'exclusion d'une contrepartie financière.

520. Clauses de résidence et d'exclusivité - A l'inverse, les clauses de résidence ne pouvant être détachées du contrat de travail, l'existence d'une cause spécifique, donc d'une contrepartie financière, n'aurait pas lieu d'être. De même, l'absence d'autonomie des clauses d'exclusivité pourrait expliquer que, pour ces dernières, la contrepartie financière ne constitue pas une condition de validité de la clause. La contrepartie devrait être recherchée dans le contrat de travail du salarié et plus précisément dans les obligations assumées par l'employeur.

521. Clauses de dédit-formation - On peut néanmoins s'étonner de la solution rendue par la Cour de cassation à propos des clauses de dédit-formation. L'exigence d'une

¹³²⁶ G. Blanc-Jouvan, L'après-contrat, Etudes à partir du droit de la propriété littéraire et artistique, PUAM, 2003, n°89, p. 90 et n°92, p. 94.

¹³²⁷ Toutefois, certaines insuffisances ont été mises en exergue par la doctrine. Le salarié n'aurait probablement pas perçu une rémunération moindre s'il n'avait pas souscrit la clause de non-concurrence. En ce sens : Y. Serra, La non-concurrence en matière commerciale, sociale et civile (Droit interne et communautaire), Dalloz, 1991, n°226, p. 162. V. aussi : J. Amiel-Donat, Les clauses de non-concurrence en droit du travail, Litec, 1988, n°51, p. 56. V. égal. : A. Martinon, Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée, Dalloz, 2005, n°579, p. 455.

contrepartie financière n'a pas lieu d'être concernant ces dernières. Mais la Cour de cassation exige, semble-t-il, qu'elles comportent une cause spécifique. Elles ne sont valables que si la formation a entraîné des frais réels au-delà des dépenses imposées par la loi ou la convention collective¹³²⁹. Comment justifier l'exigence d'une contrepartie spécifique ? S'agit-il d'une clause autonome ? La Cour de cassation admet que le salarié n'est pas tenu du versement de l'indemnité s'il n'a pas reçu de formation¹³³⁰. Une telle solution milite en faveur de la reconnaissance de l'autonomie de la clause. L'inexécution de la clause ne rejaillit pas sur le contrat de travail. Cependant, l'autonomie de la clause de dédit-formation doit d'emblée être relativisée. A la différence de la clause de non-concurrence, la clause de dédit-formation ne naît pas à la rupture du contrat. En cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, elle n'a pas vocation à s'appliquer¹³³¹. Au demeurant, il ne serait pas surprenant que la Cour de cassation décide que le manquement de l'employeur à l'obligation de formation prévue par une clause de dédit-formation autorise le salarié à prendre acte de la rupture de son contrat¹³³². Dès lors, il est permis de penser que la clause de dédit-formation n'est pas réellement autonome. Dans ce cas, quelle est la raison d'être de la condition liée à l'engagement de « *frais de formation au-delà des dépenses imposées par la loi ou la convention collective* » ?

En réalité, la validité des clauses restreignant le droit de démissionner du salarié devrait être admise sous réserve du respect des exigences de justification et de proportionnalité. Or, dans quelles hypothèses, de telles clauses peuvent-elle être justifiées ? Probablement, lorsque l'employeur a fait bénéficier le salarié d'une formation qui a entraîné des frais réels au-delà des dépenses imposées par la loi ou la convention collective. L'employeur souhaite alors « légitimement » se prémunir contre l'embauche ultérieure de l'intéressé - qui vient de bénéficier d'une formation - par une autre entreprise. Dès lors, la condition prétorienne liée à l'engagement de « *frais de*

¹³²⁸ La clause de confidentialité revêt également un caractère autonome.

¹³²⁹ Cass. soc. 17 juill. 1991, préc., note de bas de page, n°1280 - Cass. soc. 21 mai 2002, préc., note de bas de page, n°1300. V. aussi : Cass. soc. 5 juin 2002, préc., note de bas de page, n°1300.

¹³³⁰ Cass. soc. 28 mars 1995 : non publié au Bull., n° 91-45088.

¹³³¹ Rapp. : Cass. soc. 11 janv. 2012 : Bull. civ. V, n°14, n°10-15481 ; RJS 3/12, n°224.

¹³³² Rapp. Cass. soc. 5 déc. 2007 : non publié au Bull., n°06-42904. La Cour de cassation admet que le refus du salarié de suivre une formation imposée par l'employeur dans l'intérêt de l'entreprise peut

formations au-delà des dépenses imposées par la loi ou la convention collective » pourrait être considérée comme la traduction de l'exigence d'une restriction « justifiée ». La cause de l'obligation du salarié devrait être recherchée dans le contrat de travail.

522. Clauses de « travail à domicile » - Par ailleurs, la Cour de cassation décide que l'utilisation du domicile à des fins professionnelles doit être indemnisée. Une telle occupation constitue une immixtion dans la vie privée du salarié et n'entre pas dans l'économie générale du contrat¹³³³. Une telle solution peut paraître curieuse. La clause qui prévoit le travail à domicile ne revêt pas *a priori* un caractère autonome. Il était permis de penser que la cause de l'engagement du salarié résidait dans la rémunération versée au contrat. La Cour a-t-elle entendu indemniser la restriction portée au droit à la vie privée ? Une réponse négative s'impose. La Cour se place implicitement sur le terrain de la cause. Elle précise, de manière péremptoire, « *qu'une telle occupation n'entre pas dans l'économie générale du contrat* ». A cet égard, elle tend à reconnaître une certaine autonomie à la clause¹³³⁴. Si elle s'était placée exclusivement sur le terrain de l'article L.1121-1, il n'était pas besoin de détacher la clause du contrat afin d'exiger une contrepartie spécifique. La seule atteinte portée au droit au respect de la vie privée aurait justifié l'exigence d'une indemnisation particulière. Pour autant, l'autonomie de la clause est artificielle. En réalité, comme pour le travail de nuit¹³³⁵, les astreintes¹³³⁶ ... le juge a entendu faire bénéficier d'une indemnisation spécifique le salarié soumis à une sujétion particulière. Le législateur n'ayant rien prévu sur ce point, il s'est octroyé le pouvoir d'exiger une telle indemnisation. A cet égard, il s'est substitué au législateur. D'ailleurs dans ses arrêts postérieurs, il ne fait plus référence à la vie privée du salarié

justifier son licenciement. Il doit en être ainsi, *a fortiori*, lorsque la formation est prévue par un accord. Dans ce cas, l'inexécution de la clause relative à la formation rejaillirait sur le contrat de travail.

¹³³³ Cass. soc. 7 avril 2010 : Bull. civ. V, n°86, n°08-44865 à n°08-44869 ; RDT 2010, p. 517, note B. Bossu ; JCP S 2010, 1218, note G. Loiseau ; RJS 6/10, n°570 ; JSL 2010, n°278, p. 8, note M. Hautefort.

¹³³⁴ V. cep. G. Loiseau, ss. Cass. soc. 7 avril 2010, JCP S 2010, 1218 : « *L'idée est donc bien réfutée qu'il y aurait dans l'occupation du domicile à des fins professionnelles une simple variable, limitée au lieu de travail, de la réalisation de l'activité salariée. L'esprit est au contraire que le travail subordonné ne s'exerce pas, dans son économie générale, au lieu affecté dans sa destination ordinaire à la vie privée du salarié* ».

¹³³⁵ C. trav., art. L.3122-39.

¹³³⁶ C. trav. art. L. 3121-7.

ou à l'économie générale du contrat¹³³⁷. Une telle analyse peut néanmoins paraître contestable. Elle aboutit à un rééquilibrage judiciaire des prestations.

2) L'autonomie, un préalable insuffisant

523. Le caractère unilatéral de la clause - Si la clause de non-concurrence est autonome, la cause de l'engagement de non-concurrence pourrait justifier l'exigence d'une contrepartie financière. Doit-on en déduire qu'avant les arrêts du 10 juillet 2002, la Cour de cassation consacrait « *la validité d'une obligation sans cause* »¹³³⁸ ? En réalité, si la clause de non-concurrence est un contrat unilatéral, la cause de l'engagement du salarié peut être extérieure à la clause. L'exigence d'une contrepartie financière ne s'impose plus avec la même force. Le contrat unilatéral n'est, en effet, source d'obligations qu'envers l'une des parties¹³³⁹. C'est la raison pour laquelle, « *l'existence d'une contrepartie pour le salarié ne saurait consister en une obligation créée par le contrat à la charge de l'autre partie...* »¹³⁴⁰.

524. Une cause extérieure au contrat - Le Professeur Serra s'était notamment interrogé sur la question de savoir si l'engagement de non-concurrence constituait un contrat unilatéral. Il a néanmoins rapidement écarté cette analyse au motif qu'elle « *supposerait pour être retenue, que le salarié soit animé d'une intention libérale, ce qui relève de l'hypothèse d'école* »¹³⁴¹. Toutefois, le contrat de travail « extérieur » au « contrat de non-concurrence » était également susceptible de constituer la cause de l'engagement de non-concurrence¹³⁴². Le salarié accepte la clause de non-concurrence

¹³³⁷ Cass. soc. 12 déc. 2012 : non publié au Bull., n°11-20502 ; JCP G 2013, n°1-2, p. 35, note G. Dedessus-Le-Moustier ; JCP S 1123, note B. Bossu ; Dr. soc. 2013, p. 357 et l'étude de S. Tournaux, Un pas vers l'indemnisation généralisée au titre de l'utilisation du domicile à des fins professionnelles, p. 353.

¹³³⁸ V. not. : D. Mazeaud, La notion de clause pénale, LGDJ, 1992, n°448, p. 254 ; A. Martinon, Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée, Dalloz, 2005, n°577, p. 454.

¹³³⁹ C. civ., art. 1103 : « *Il est unilatéral lorsqu'une ou plusieurs personnes sont obligées envers une ou plusieurs autres, sans que la part de ces dernières, il y ait engagement* ».

¹³⁴⁰ C. Larroumet, Droit civil. Les obligations, Le contrat, t. III, 6^{ème} éd., Economica, 2007, n° 456, p.450.

¹³⁴¹ Y. Serra, ss. Cass. soc. 9 oct. 1985, D. 1986, jurisp. p. 422 et La non-concurrence en matière commerciale, sociale et civile (Droit interne et communautaire), Dalloz, 1991, n°227, p. 163. V. aussi : A. Martinon, préc., n°581, p. 457 : « *Il serait audacieux de découvrir dans l'obligation du salarié une intention d'enrichir l'entreprise alors que l'engagement produit ses effets à un moment où le salarié ne fait plus pas partie des effectifs de l'entreprise* ».

¹³⁴² V. not. : R. Vatinet, Les conditions de validité des clauses de non-concurrence : l'imbroglio, Dr. soc. 2002, p. 949, spéc. p. 952 : « *La clause peut tout aussi bien être unilatérale sans être pour autant dénuée*

en raison de la conclusion de son contrat de travail. La cause de son engagement réside dans la conclusion, l'exécution, la situation que lui confère le contrat¹³⁴³. Dès lors, l'analyse retenue par la Cour de cassation n'était pas dépourvue de fondement juridique¹³⁴⁴.

B) Une analyse fondée sur le caractère synallagmatique de la clause

525. Si la clause de non-concurrence revêt un caractère synallagmatique, son autonomie justifie l'exigence d'une contrepartie financière (1). Mais le choix du caractère synallagmatique de la clause relève exclusivement d'un choix de politique juridique (2).

1) Le caractère synallagmatique, une solution consacrée

526. Une clause synallagmatique - En exigeant une contrepartie financière, la Cour de cassation reconnaît le caractère synallagmatique de la clause de non-concurrence¹³⁴⁵. Selon l'article 1102 du code civil, « *le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres* ». Le salarié tenu par une clause de non-concurrence s'oblige à ne pas concurrencer l'employeur ; ce

de cause. En effet, quel que soit son degré d'autonomie par rapport au contrat de travail, la clause de non-concurrence n'en est pas moins unie à ce contrat par un lien « d'unité fonctionnelle » indéniable, de telle sorte que l'engagement du salarié - appréciable au moment où celui-ci accepte de signer la clause de non-concurrence - trouve évidemment sa cause dans le contrat de travail ». Rappr. : J.-J. Serret, Le droit commun des obligations et la concurrence d'un ancien salarié, Dr. soc. 1994, p. 759, spéc. p. 763. Selon cet auteur, « la cause de l'engagement de non-concurrence - au sens de cause impulsive et déterminante de cette convention - réside donc bien dans le contrat de travail. En conséquence, il y a indivisibilité entre la clause de non-concurrence et le contrat de travail ».

¹³⁴³ Dans un arrêt ancien en date du 24 janvier 1866, la Cour de cassation avait considéré que la cause de l'engagement du salarié résidait « *dans le désir d'acquiescer, même au prix de quelques sacrifices, les connaissances et l'expérience qui le mettraient à même d'exercer plus tard avec profit et pour son propre compte un commerce qui lui assurerait du travail et peut être un jour la fortune* » (Cass. civ. 24 janv. 1966 : D. 1866, I, p. 82). V. cep. : J. Amiel-Donat, Les clauses de non-concurrence en droit du travail, Litec, 1988, n°53, p. 57 : « *Reste à expliquer les hypothèses où une nouvelle expérience n'a pu être acquise par l'ancien salarié et où l'obligation de non-concurrence mise à sa charge ne trouve de justification que dans le souci de protéger une clientèle avec laquelle il était directement en contact* ».

¹³⁴⁴ Elle justifie l'absence d'exigence de contrepartie financière des clauses de confidentialité.

¹³⁴⁵ En ce sens, v. not. : M. Gomy, L'autonomie de la clause de non-concurrence post-contractuelle en droit du travail, Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux, Mélanges en l'honneur d'Yves Serra, Dalloz, 2006, p. 199, spéc. p. 209.

dernier s'engage à lui verser une contrepartie pécuniaire. La cause de l'obligation du salarié réside dans le paiement de la contrepartie financière. Cette interprétation est confortée par la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation. Lorsque les parties avaient prévu le versement d'une contrepartie financière, le juge décidait que cette contrepartie avait « *pour cause l'obligation de non-concurrence imposée au salarié* »¹³⁴⁶.

527. La contrepartie, cause de l'obligation de non-concurrence - Des arrêts postérieurs à ceux du 10 juillet 2002 confirment l'analyse selon laquelle la contrepartie financière constitue la cause de l'obligation de ne pas concurrencer l'employeur.

528. La référence à l'article 1131 du code civil - La chambre commerciale de la Cour de cassation n'a pas hésité à viser, notamment, l'article 1131 du code civil afin de décider que « *la clause de non-concurrence (...) n'est licite que si elle (...) comporte l'obligation pour la société de verser (...) une contrepartie financière...* »¹³⁴⁷.

Par ailleurs, la chambre sociale de la Cour de cassation retient, au visa des articles 1131 du code civil et L. 1121-1 du code du travail, qu'« *une contrepartie financière dérisoire à la clause de non-concurrence contenue dans un contrat de travail équivaut à une absence de contrepartie* »¹³⁴⁸. Dès lors, « *le juge ne peut, sous couvert de l'appréciation du caractère dérisoire de la contrepartie pécuniaire invoquée par le salarié, substituer son appréciation du montant de cette contrepartie à celle fixée par les parties et, après*

¹³⁴⁶ Cass. soc. 8 oct. 1996 : Bull. civ. V, n°312, n°95-40405 ; Dr. soc. 1996, p. 1095, obs. G. Couturier. Toutefois, dans son arrêt du 8 octobre 1996, la Cour de cassation ajoute que le paiement de la contrepartie « *ne peut être affecté par (...) la possibilité ou non pour le salarié de reprendre une activité concurrentielle* ». V. sur ce point : P. Morvan, ss. Cass. soc. 10 juill. 2002, JCP G 2003, I, 130 : « *Même si elle s'avère inutile (...) la clause de non-concurrence demeure valable et oblige l'employeur à verser la contrepartie promise* ». Comp. : R. Vatinet, Les principes mis en œuvre par la jurisprudence relative aux clauses de non-concurrence en droit du travail, Dr. soc. 1998, p. 534, spéc. p. 542 : « *C'est plus simplement la contrepartie de la contrainte acceptée par le salarié* ». V. aussi : G. Couturier, ss. Cass. soc. 8 oct. 1996, Dr. soc. 1996, p. 1095 : « *C'est le prix que l'employeur s'est engagé à payer pour obtenir l'engagement du salarié, un engagement qui peut, pendant le cours de l'exécution du contrat, avoir été utile à l'entreprise, en dissuadant le salarié de reprendre sa liberté* ». V. aussi : Cass. soc. 14 janv. 1988 : Bull. civ. V, n°43, 85-42047 ; JCP G 1988, IV, p. 102 : « *Une indemnité de non-concurrence qui (...) compense l'avantage constitué pour l'employeur de l'absence de concurrence par le salarié est indépendante du travail fourni* ».

¹³⁴⁷ Cass. com. 15 mars 2011 : Bull. civ. IV, n°39, n°10-13824 ; D. 2011, p. 1261, note Y. Picod ; RDT 2011, p. 306, note G. Auzero ; RTD civ. 2011, p. 348, obs. B. Fages ; Rev. des sociétés 2011, p. 620, obs. L. Gaudon ; JCP G 2011, p. 692, note F. Khodri ; JCP E 2011, 1409, note B. Couret et B. Dondero.

avoir décidé de l'annulation de la clause, accorder au salarié la contrepartie qu'il estime justifiée ». La référence à l'article 1131 du code civil ne fonde pas l'exigence d'une contrepartie financière. Elle exclut un rééquilibrage des obligations par le juge. Elle confirme néanmoins que la contrepartie constitue la cause de l'obligation de non-concurrence du salarié. Au demeurant, si l'exigence d'une contrepartie financière reposait sur l'article L. 1121-1, le juge aurait exercé son pouvoir de réduction¹³⁴⁹.

529. L'exception d'inexécution - Par ailleurs, la chambre sociale de la Cour de cassation décide que l'employeur est dispensé du paiement de la contrepartie financière lorsque le salarié ne respecte pas la clause de non-concurrence¹³⁵⁰. Autrement dit, elle admet le jeu de l'exception d'inexécution qui n'a en principe vocation à s'appliquer qu'aux contrats synallagmatiques en raison de l'interdépendance des obligations créée par de tels contrats¹³⁵¹.

530. Des incohérences - Certaines décisions peuvent néanmoins paraître incohérentes. La Cour de cassation décide que la contrepartie financière de l'obligation de non-concurrence ayant la nature juridique d'une indemnité compensatrice de salaire ouvre droit à l'indemnité de congés payés¹³⁵². Si la contrepartie financière est la cause de l'obligation « autonome » de non-concurrence du salarié, la qualification de « salaire » paraît *a priori* contestable¹³⁵³.

En outre, selon la Cour de cassation, le paiement, pendant la période d'exécution du contrat, de la contrepartie financière prévue par une clause de non-concurrence nulle,

¹³⁴⁸ Cass. soc. 16 mai 2012 : A paraître au Bull., n°11-10760 ; JSL 5 juill. 2012, n°325, p. 16, note J.-E. Tourreil ; Dr. soc. 2012, p. 787 et l'étude de C. Radé, Le juge et la contrepartie financière à la clause de non-concurrence, p. 784 ; RJS 8-9/12, n°700. V. aussi infra n°462.

¹³⁴⁹ V. infra n°796.

¹³⁵⁰ V. not. : Cass. soc. 18 févr. 2003 : non publié au Bull., n°01-40194 - Cass. soc. 25 févr. 2003 : Bull. civ. V, n°65, n°00-46263 ; RJS 5/03, n°605 ; JCP G 2003, II, 10104, note D. Corrignan-Carsin. V. aussi : Cass. soc. 13 sept. 2005 : Bull. civ. V, n°251, n°02-46795 ; RJS 11/05, n°1205.

¹³⁵¹ L.-F. Pignarre, La contrepartie financière de la clause de non-concurrence et droit des obligations : jeux d'influence, RDT, p. 151, spéc. p. 154.

¹³⁵² Cass. soc. 23 juin 2010 : Bull. civ. V, n°145, n°08-70233 ; Dr. soc. 2010, p. 1254, obs. J. Mouly ; JCP S 2010, 1540, note I. Beyneix. Sur l'assujettissement à cotisations sociales : v. not. : Cass. soc. 2 février 1972 : Bull. civ. V, n°89, n°70-13634 - Cass. soc. 6 juill. 2000 : non publié au Bull., n°98-15307 ; RJS 9-10/00, n°993..

s'analyse en un complément de salaire et n'est pas dénué de cause¹³⁵⁴. L'employeur ne peut donc obtenir la restitution des sommes versées au titre de cette clause. Autrement dit, la Cour de cassation refuse la restitution des sommes au profit du salarié. Pourtant, si ces sommes constituent la cause de l'obligation de non-concurrence, elles devraient donner lieu à restitution. Dès lors, comment expliquer la solution retenue par la Cour ?

Lorsque le contrat contient une clause de non-concurrence, la liberté du travail du salarié est nécessairement restreinte durant la période d'exécution de l'accord¹³⁵⁵. L'intéressé a pu refuser une offre d'embauche en raison de sa clause de non-concurrence. Une telle restriction a-t-elle incité le juge à exclure la restitution ? Une telle analyse est envisageable. Elle justifierait, notamment, la solution de la Cour de cassation selon laquelle « *la stipulation dans le contrat de travail d'une clause nulle cause nécessairement un préjudice au salarié* »¹³⁵⁶. Mais dans ce cas, l'exigence d'une contrepartie financière, pendant l'exécution du contrat de travail devrait être étendue à toute clause de non-concurrence, valable ou nulle. Or, telle n'est pas la solution retenue par la Cour de cassation. Cette dernière a probablement souhaité éviter l'insertion de clauses qui auraient pour effet d'éluder l'exigence d'une contrepartie financière. A cet effet, elle retient néanmoins une solution contestable d'un point de vue juridique. Au demeurant, la consécration du caractère synallagmatique de la clause de non-concurrence n'est pas justifiée par des considérations juridiques. Il s'agit d'un choix de politique juridique.

¹³⁵³ V. not. : J. Mouly, ss. Cass. soc. 23 juin 2010, Dr. soc. 2010, p. 1254, spéc. p. 1255. Selon cet auteur, il est « *bien difficile de qualifier de salaire une somme qui est la contrepartie non d'un véritable travail mais d'une inactivité, même imposée* »

¹³⁵⁴ Cass. soc. 17 nov. 2010 : Bull. civ. V, n° 263, n°09-42389 ; JCP S 2010, 1551, note L. Dauxerre ; Dr. soc. 2011, p. 335, obs. J. Mouly ; RDT 2011, p. 111, note L. Bento de Carvalho.

Sur le fait que le montant de la contrepartie financière ne peut dépendre uniquement de la durée d'exécution du contrat, ni son paiement intervenir avant la rupture, v. : Cass. soc. 7 mars 2007 : Bull. civ. V, n°44, n°05-45511 ; JCP G 2007, II, 10077, note D. Corrignan-Carsin ; Dr. soc. 2007, p. 657, obs. J. Mouly ; RDC 2007, p. 825, obs. C. Radé ; D. 2007, p. 1708, note C. Lefranc-Hamoniaux ; RDT 2007, p. 308, note G. Auzero. V. aussi : Cass. soc. 22 juin 2011 : Bull. civ. V, n°159, n°09-71567 ; JCP S 2011, 1425, note I. Beyneix ; Dr. soc. 2011, p. 1121, obs. J. Mouly.

¹³⁵⁵ V. not. : J.-P. Lhernould, Clauses de non-concurrence, un an de jurisprudence de la Cour de cassation, RJS 2012, p. 171, spéc. p. 175.

¹³⁵⁶ V. supra n°513.

2) *Le caractère synallagmatique, un choix de politique juridique*

531. La recherche d'un juste équilibre - La reconnaissance du caractère synallagmatique de l'engagement de non-concurrence commande de rechercher sa cause dans le contrat de non-concurrence. L'exigence d'une contrepartie financière devient alors indispensable. L'exigence d'une contrepartie financière est, à la fois, à l'origine de la nature synallagmatique de la clause et un effet de celle-ci.

La question est alors de savoir pourquoi la chambre sociale de la Cour de cassation est revenue sur sa jurisprudence antérieure en exigeant une contrepartie financière et en consacrant le caractère synallagmatique de la clause¹³⁵⁷. Certes, l'existence d'une cause était discutée. Cependant, la qualification de contrat unilatéral et la recherche de la cause dans le contrat de travail n'étaient pas contestables.

En réalité, la recherche d'un juste équilibre justifie le revirement opéré par la Cour de cassation le 10 juillet 2002¹³⁵⁸. Celle-ci estime, en effet, que l'exigence d'une contrepartie financière « *restaure l'équilibre entre les obligations des parties au contrat de travail* »¹³⁵⁹. Cet impératif d'équité a d'ailleurs conduit très tôt la doctrine à préconiser l'exigence d'une contrepartie financière. Dès 1985, le Professeur Serra écrivait qu'il serait pour le moins « *équitable que l'amputation des libertés fondamentales du travail et du commerce que détermine l'engagement de non-concurrence dans la personne du salarié, pour la protection de cette valeur que représente la clientèle de l'entreprise, reçoive nécessairement une contrepartie* »¹³⁶⁰. Autrement dit, « *dans la mesure où le salarié prend un engagement restrictif de sa*

¹³⁵⁷ Une clause de non-concurrence qui ne comporte pas de contrepartie financière est illicite même si elle a été conclue avant le 10 juillet 2002. V. not. : Cass. soc. 25 févr. 2004 : non publié au Bull., n°02-41306 ; RJS 5/04, n°532 : « *la sécurité juridique (...) ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence immuable, l'évolution de la jurisprudence relevant de l'office du juge dans l'application du droit* ». V. aussi : Cass. soc. 30 mars 2005, non publié au Bull., n°03-41911 - Cass. soc. 31 oct. 2006, non publié au Bull., n°05-40405.

¹³⁵⁸ En ce sens : A. Chirez, La clause de non-concurrence doit enfin être indemnisée, SSL 22 juill. 2002, n°1085, p. 9.

¹³⁵⁹ Rapport de la Cour de cassation 2002, La documentation française, p. 350.

¹³⁶⁰ Y. Serra, ss. Cass. soc. 9 oct. 1985, D. 1986, jurisp. p. 420. V. aussi : S. Le Gac-Pech, La proportionnalité en droit privé des contrats, LGDJ, 2000, n°536, p. 206. L'auteur écrit à propos de l'existence légale d'une contrepartie financière par certains droits étrangers que « *l'idée d'équilibre paraît mieux caractérisé* ».

capacité de travail - ce ne saurait être sans contrepartie »¹³⁶¹. L'équité commanderait donc de compenser la restriction de liberté imposée au salarié par l'octroi d'une contrepartie financière.

532. Une conception égalitaire - La recherche d'un juste équilibre, fondé sur l'exercice du contrôle de proportionnalité, ne s'oriente-t-elle pas vers une conception plus « égalitaire » du contrat ? Sans pour autant consacrer « *une équivalence arithmétique des droits et obligations des parties* »¹³⁶², le juge semble désormais soucieux de garantir un équilibre plus « objectif » du contrat. Il est probable que, dans son esprit, l'unilatéralisme de la clause de non-concurrence et l'absence de cause immédiate pour le salarié ne permettaient plus de garantir l'existence d'un juste équilibre¹³⁶³. Le revirement du 10 juillet 2002 dépend, en définitive, d'une appréciation subjective de la chambre sociale de la Cour de cassation ; il ne résulte pas de considérations strictement juridiques.

¹³⁶¹ G. Lyon-Caen, les clauses restrictives à la liberté du travail, Dr. soc. 1963, p. 88, spéc. p. 94.

¹³⁶² Expression utilisée notamment par le Professeur D. Mazeaud, Le principe de proportionnalité et la formation du contrat, LPA 30 sept. 1998, n°117, p. 12.

¹³⁶³ Jusqu'à un arrêt du 15 mars 2011, préc., note de bas de page, n°1347, la chambre commerciale n'exigeait pas que la clause de non-concurrence comporte une contrepartie financière. V. not. : A. Martinon, Vers une harmonisation des jurisprudences sociale et commerciale ? A propos des conditions de validité de la clause de non-concurrence, Le code de commerce 1807- 2007, Dalloz, p. 527 ; C. Jamin, Clause de non-concurrence et contrat de franchise, D. 2003, Chron., p. 2878. Il est néanmoins permis de douter de la généralisation de la solution du 15 mars 2011. L'arrêt vise le « *salarié* ». En ce sens, v. not. : Y. Picod, note ss Cass. com. 15 mars 2011 : D. 2011, p. 1261, spéc. p. 1264. V. aussi : C.-E. Bucher, J.-Cl. Concurrence Consommation, Fasc. 111, 2012, n°105.

533. Conclusion du chapitre II - La soustraction des clauses du contrat de travail est encadrée. La protection des libertés fondamentales est à l'origine de l'édiction de diverses conditions de validité. La restriction de liberté doit être justifiée par la protection des intérêts légitimes de l'employeur. Cette exigence est la traduction de l'exigence d'une cause licite figurant à l'article 1131 du code civil. Plus précisément, il s'agit d'un contrôle de « légitimité ». Celui-ci s'exerce, notamment, à l'égard de la clause de non-concurrence dont l'autonomie est avérée et des clauses d'exclusivité et de résidence dont le caractère accessoire est manifeste. Ce contrôle comporte désormais un fondement légal : l'article L. 1121-1 du code du travail. La restriction de liberté doit être *« justifiée par la nature de la tâche à accomplir »*.

Ce texte justifie également l'exercice d'un contrôle de proportionnalité. L'atteinte portée à une liberté fondamentale du salarié doit être *« proportionnée au but recherché »*. Ainsi, l'exigence d'une restriction mesurée vise toutes les clauses qui, dès leur formation, portent atteinte à une liberté fondamentale. Tel n'est pas le cas de la clause de mobilité. L'atteinte - éventuellement - portée à la vie personnelle et familiale résulte de la mise en œuvre de la clause de mobilité. Elle n'est pas contemporaine de la formation du contrat.

Le contrôle de proportionnalité est à l'origine de l'édiction de multiples conditions de validité. Les clauses d'exclusivité et de résidence doivent répondre aux exigences instituées par l'article L. 1121-1 du code du travail. A l'égard des clauses de dédit-formation et de non-concurrence, le juge édicte des conditions spécifiques de validité. L'exigence d'une contrepartie financière à la clause de non-concurrence semble d'ailleurs découler du contrôle de proportionnalité. Pourtant, elle est la cause de l'obligation de non-concurrence pesant sur le salarié. En effet, la clause de non-concurrence revêt un caractère autonome. En exigeant une contrepartie financière, la Cour de cassation reconnaît son caractère synallagmatique. La clause de non-concurrence n'est plus un contrat unilatéral, dont la cause résiderait dans le contrat de travail. Ce choix de politique juridique révèle la volonté du juge de garantir un équilibre plus « objectif » du contrat.

Conclusion du titre II

534. La soustraction judiciaire de clauses contenues dans le contrat de travail est récurrente. Pourtant, le rôle du juge doit être relativisé. La soustraction résulte de la prolixité des normes qui lui sont applicables. Normes légales spéciales, normes générales découlant du code civil, normes conventionnelles ... sont autant de justifications à l'immixtion du juge dans le contrat de travail. Eu égard à la spécificité de l'ordre public en droit du travail, ces normes justifient des solutions originales.

Si l'application de normes spéciales laisse, en principe, une place relativement réduite à l'initiative du juge, son rôle se déploie lorsqu'il prohibe les clauses de variation. Certes, il fait application des textes du code civil. Il adopte néanmoins une solution originale, fondée sur la spécificité du contrat de travail : la rémunération doit, *a priori*, être déterminée ou déterminable.

Le rôle du juge atteint son apogée lorsqu'il contrôle la validité des clauses portant atteinte aux libertés fondamentales. Désormais, il dispose d'un fondement légal. L'article L. 1121-1 lui confère une part d'appréciation considérable. Il l'autorise à soumettre la validité de certaines clauses à de multiples conditions qu'il édicte. Soucieux de garantir un équilibre économique entre les parties¹³⁶⁴, le juge exige désormais que la clause de non-concurrence comporte une contrepartie financière. Pourtant, cette condition ne repose pas sur l'article L. 1121-1 du code du travail. Elle constitue la cause de l'obligation du salarié ; elle ne résulte pas du contrôle de proportionnalité. Ce dernier semble constituer un prétexte permettant au juge de s'immiscer dans le contrat. De même, l'exigence d'une indemnisation spécifique lorsque le domicile est utilisé à des fins professionnelles a parfois été rattachée, indirectement, à la vie privée du salarié. Ces solutions traduisent, en réalité, une volonté de rééquilibrage du contrat. Le juge semble se livrer à un contrôle de l'équivalence des prestations. Mais est-ce véritablement son rôle ?

¹³⁶⁴ En ce sens : G. Canivet, L'approche économique du droit par la chambre sociale de la Cour de cassation Dr. soc. 2005, p. 951, spéc. p. 954.

Conclusion de la première partie

535. Une adaptation conforme aux textes - L'adaptation du contrat de travail se manifeste par l'enrichissement de son contenu. Diverses obligations n'ayant pas été envisagées par les parties sont découvertes par le juge. Son pouvoir découle de l'application des articles 1134, alinéa 3, et 1135 du code civil. Son intervention est guidée par une règle d'interprétation objective destinée à insuffler au contrat sa pleine efficacité. La finalité du contrat de travail, le but contractuel poursuivi par les parties lui dictent son intervention. Dès lors, la force obligatoire du contrat n'est pas éludée ; elle est révélée, renforcée¹³⁶⁵.

L'adaptation du contrat de travail se manifeste également par l'amputation de son contenu. Lorsque le juge soustrait des clauses au contrat de travail, son action lui est dictée par le respect de dispositions impératives. La prolixité des normes applicables, la spécificité de l'ordre public social, l'existence du principe de faveur, justifient des solutions originales. La figure du contrat de travail revêt alors toute sa singularité. Pour autant, le juge tend à préserver la pérennité du contrat. Le contrat n'est pas annulé ; il subsiste, amputé de la clause illicite.

536. Une adaptation décidée par le juge - Toutefois, si l'adaptation judiciaire du contrat de travail n'est pas dépourvue de fondements, le rôle du juge demeure prépondérant. L'enrichissement du contrat dépend du but contractuel poursuivi par les parties. L'identification des moyens permettant d'y parvenir appellent nécessairement une interprétation empreinte de subjectivité. En définitive, l'élaboration du modèle de contrat de travail est l'œuvre de la chambre sociale de la Cour de cassation. Si l'évolution de son contenu résulte de considérations économiques, sociologiques, parfois mises en exergue par la doctrine, la chambre sociale détient néanmoins un pouvoir décisif. De même, le contrôle que lui confère l'article L. 1121-1 du code du travail sur les clauses portant atteinte à une liberté fondamentale est considérable. Pour autant, ce

¹³⁶⁵ Comp. : P. Jacques, Regards, sur l'article 1135 du code civil, Dalloz, 2005, n°355, p. 756 : « Composer le contenu d'une convention de tout ce qui justifie sa force obligatoire, tel nous semble bien être le but réel de l'obligation complétive ». V. aussi : n°359, p. 762 et n°368, p. 778 : « Le complétif a pour finalité d'imprimer à un accord de volontés cette direction qui, à sa manière, justifie que force obligatoire soit reconnue à la convention dont il déclenche l'application ». V. aussi : C. Mouly-Guillemaud, Retour sur l'article 1135 du code civil, LGDJ, 2006, n°535, p. 528.

n'est pas l'application de ce texte, lorsqu'elle est justifiée, qui est source de difficultés. Ces dernières découlent de l'application « forcée », « apparente » de l'article L. 1121-1. Ainsi, l'exigence d'une contrepartie financière à la clause de non-concurrence ne saurait reposer sur ce texte. La consécration de cette condition découle d'une volonté de rééquilibrage des prestations. La force obligatoire du contrat est nécessairement affectée. Les parties ont entendu conclure un contrat unilatéral ; le juge lui confère un caractère synallagmatique. Il n'hésite pas à se substituer au législateur. Dans d'autres hypothèses, il prend la place des cocontractants. Tel est le cas lorsqu'il procède à la réfection du contrat.

DEUXIEME PARTIE : LA REFECTION DU CONTRAT PAR LE JUGE

537. La transformation du contrat de travail ne s'opère pas exclusivement par voie d'adjonction ou d'amputation. Le juge n'hésite pas à « réaménager » l'accord de volontés des parties. Dans cette hypothèse, son action porte sur ce qui a été convenu. La volonté des parties est « remodelée ». Le juge « refait » le contrat. Il procède à sa « réfection ». Mais comment se manifeste son intervention ? Requalification, « déqualification », correction, réduction... sont autant de termes qui permettent de viser cette action « modificatrice » du contrat. En réalité, la réfection se manifeste principalement par deux types d'intervention.

538. Le contrat est tout d'abord « reconstruit », « restructuré ». Le socle contractuel ne résulte plus du choix des parties. Leur volonté réelle n'a qu'une incidence limitée sur le choix des « fondations » du contrat de travail. Les éléments envisagés par les parties sont requalifiés ou « déqualifiés » par le juge. Le champ contractuel dépend, en définitive, de l'appréciation de celui-ci. Le contrat de travail est rebâti (Titre 1).

539. Le contrat fait également l'objet de « rectifications ». L'accord de volontés illicite, inadapté ou « suranné » est partiellement « rayé ». La clause litigieuse n'est pas pour autant détruite ; elle est remplacée. La rédaction de la clause n'est plus l'œuvre des parties. Elle devient celle du juge. Le contrat est réécrit (Titre 2).

TITRE 1 : LE CONTRAT REBÂTI

540. De la modification unilatérale au renouveau du contrat de travail - La jurisprudence relative à la modification du contrat de travail conduit le juge à rebâtir le contrat¹³⁶⁶. Selon l'article 1134, alinéa 1^{er}, du code civil, « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ». Elles ne peuvent être modifiées ou révoquées que de leur consentement mutuel. Cependant, le régime de la modification du contrat de travail est profondément marqué par l'existence du lien de subordination¹³⁶⁷. Ce dernier est caractérisé par « *l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné* »¹³⁶⁸. Le salarié est soumis à une obligation particulière d'obéissance à l'égard de son employeur ; corrélativement, ce dernier dispose à son encontre d'un certain pouvoir¹³⁶⁹. Il s'agit du pouvoir de direction. « *Au droit d'exiger du salarié qu'il effectue un travail s'ajoute celui d'en diriger l'exécution* »¹³⁷⁰. Ce pouvoir trouve sa source dans le contrat de travail¹³⁷¹. Le salarié accepte, au moment de la conclusion du contrat, de se

¹³⁶⁶ Dans certains systèmes juridiques étrangers, le législateur est intervenu sur cette question. La modification du contrat de travail fait parfois l'objet de dispositions légales. Tel est le cas du code civil espagnol. V. not. : E. Martin Puebla, La modification du contrat, RDT 2009, p. 256, spéc. p. 264.

¹³⁶⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 6 juill. 1931 : D.P. 1931, 1, p. 121, note P. Pic ; J. Péliissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, Les grands arrêts du droit du travail, Dalloz, 4^{ème} éd., 2008, n°1 : « *La qualité de salarié implique nécessairement l'existence d'un lien juridique de subordination du travailleur à la personne qui l'emploie* ».

¹³⁶⁸ Cass. soc. 13 nov. 1996 : Bull. civ. V, n°386, n°94-13187 ; Dr. soc. 1996, p. 1069 et l'étude de J.-J. Dupeyroux, A propos de l'arrêt *Société Générale*, p. 1067 ; JCP E 1997, II, 911, note J. Barthélémy.

¹³⁶⁹ A. Fabre, Le régime du pouvoir de l'employeur, LGDJ, 2010, n°45, p. 24. V. aussi : S. Frossard, Les objets soustraits au pouvoir, SSL 2008, Suppl. 1340, p. 47.

¹³⁷⁰ A. Fabre, préc., n°45, pp. 24 et 25.

¹³⁷¹ En ce sens, E. Dockès, De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur, Analyse juridique et valeurs en droit social, Etudes offertes à Jean Péliissier, Dalloz, 2004, p. 203, spéc. p. 208. V. aussi : J. Savatier, Modification unilatérale du contrat de travail et respect des engagements contractuels, Dr. soc. 1988, p. 135, spéc. p. 136.

Cependant, pendant longtemps, une analyse institutionnelle prévalait. Cette thèse trouve son origine dans la théorie juridique de l'institution développée par Maurice Houriou (M. Hauriou, Précis de droit administratif et de droit public, 6^{ème} éd., Sirey, 1907, p. 1 et s.). Ainsi, l'entreprise « *doit assurer le bien commun de tous ses membres. Employeur et salariés font partie d'un même organisme, leurs intérêts sont solidaires, leur action doit servir l'utilité commune. Ces notions fondent les prérogatives de l'entrepreneur et celles de la collectivité du personnel ; elles en déterminent également les limites* » (P. Durand et R. Jaussaud, Traité de droit du travail, t. 1, Dalloz, 1947, n°347, p. 423). Dès lors, les prérogatives du chef d'entreprise seraient « *inhérentes à sa qualité* » (P. Durand et R. Jaussaud, préc., p. 424).

La Cour de cassation a semblé reprendre cette analyse. V. not. : Cass. soc. 16 juin 1945 : non publié au Bull., Dr. soc. 1946, p. 427, note P. Durand. Sur cette thèse, v. égal. : A. Legal et J. Brethe de la Gressaye, Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées, Sirey, 1938, p. 62, spéc. p. 66 ; J. Brethe

soumettre à l'autorité de l'employeur. La question est alors de savoir si le pouvoir de direction permet à l'employeur de modifier unilatéralement le contrat. « *La logique contractuelle requiert l'accord du salarié pour toute modification contractuelle alors qu'au contraire, la logique de pouvoir suppose que l'employeur peut imposer sa volonté au salarié* »¹³⁷².

Jusqu'en 1987, la Cour de cassation privilégiait une logique de pouvoir. Les modifications substantielles nécessitaient l'accord des deux parties ; les modifications non substantielles pouvaient être imposées unilatéralement au salarié. Cependant, se fondant sur la faculté de résiliation unilatérale du contrat de travail, la Cour de cassation décidait que « *le contrat de travail, qui peut être à tout moment rompu par la volonté de l'une des parties, (...) [pouvait] également, par là-même, être modifié de façon unilatérale* »¹³⁷³. L'employeur pouvait « *modifier unilatéralement les éléments substantiels du contrat, notamment la rémunération, sauf aux salariés à considérer le contrat comme rompu* »¹³⁷⁴. Si le salarié continuait d'exécuter le contrat de travail modifié, le juge estimait qu'il n'avait « *pas usé de son droit de faire constater la rupture aux torts de l'employeur* »¹³⁷⁵. Le salarié ne pouvait agir en justice

de la Gressaye, le pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise, Dr. soc. 1960, p. 633 ; P. Durand, Rapport sur la notion de l'entreprise, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. 3, 1947, p. 45, spéc. p. 56 et Aux frontières du contrat et de l'institution, La relation de travail, JCP E, 1944, I, 387.

Sur les critiques de cette analyse, v. : N. Catala, L'entreprise t. 4, Dalloz, 1980, n°141, p. 148 : « *Mais la réalité ne renvoie pas l'image de cette vision communautaire* » ; E. Dockès, De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur, Analyse juridique et valeurs en droit social, Etudes offertes à Jean Pélissier, Dalloz, 2004, p. 203, spéc. p. 207.

V. en faveur d'une réhabilitation du contrat de travail : G. Lyon-Caen, Arch. de Philo. du Droit, t. XIII, Défense et illustration du contrat de travail, Sirey, 1968, p. 59, spéc. p. 69 : « *Ainsi, le contrat individuel demeure la source réelle du rapport de travail, car à l'origine de ce rapport, il doit nécessairement y avoir un consentement. Mais, et c'est une des originalités du contrat de travail, ce consentement peut être tacite, s'exprimer par une adhésion donnée à des règles préexistantes ou à des usages de l'entreprise et intervenir à diverses étapes (notes de service de l'employeur et circulaires). Mais, même tacite, il n'est pas fictif* ». V. aussi du même auteur, RTD civ. 1974, Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail, p. 233.

V. sur le dualisme du contrat de travail : A. Jeammaud, M. Le Friant, A. Lyon-Caen, L'ordonnancement des relations de travail, D. 1999, Chron., p. 359, spéc. p. 362.

¹³⁷² P. Lokiec, Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels, LGDJ, 2004, n°277, p. 199. V. aussi sur le rapport entre le pouvoir patronal et le contrat de travail : J.-M. Béraud, Les interactions entre le pouvoir unilatéral du chef d'entreprise et le contrat de travail, Dr. Ouvr. 1997, p. 529.

¹³⁷³ Cass. soc. 26 janv. 1978 : Bull. civ. V, n°69, n°75-15675 ; Dr. soc. 1979, p. 287, obs. J. Savatier.

¹³⁷⁴ Cass. soc. 23 avril 1986 : Dr. soc. 1986, p. 871, et l'étude de J. Savatier, La réduction du salaire : inexécution ou modification unilatérale du contrat de travail ?, p. 867.

¹³⁷⁵ Cass. soc. 9 avril 1986 : Dr. soc. 1986, p. 869 et l'étude de J. Savatier, préc., p. 867.

afin de demander l'exécution du contrat aux conditions antérieures¹³⁷⁶. Le pouvoir de direction de l'employeur prévalait sur la force obligatoire du contrat¹³⁷⁷.

541. Du renouveau à la refonte du contrat - Le 8 octobre 1987, la Cour de cassation est revenue sur cette jurisprudence. Elle a considéré que « *l'acceptation par (...) [les salariés] de la modification substantielle qu'ils avaient refusée du contrat de travail ne pouvait résulter de la poursuite par eux du travail (...) c'était à l'employeur de prendre la responsabilité d'une rupture* »¹³⁷⁸. A défaut, il devait « *maintenir les conditions de travail contractuellement convenues* »¹³⁷⁹. Cette solution annonçait un retour en force de la logique contractuelle¹³⁸⁰. Ce renouveau du contrat de travail a été confirmé par plusieurs arrêts du 10 juillet 1996¹³⁸¹ dans lesquels la Cour de cassation a consacré un changement de terminologie¹³⁸². La « *modification du contrat de travail* » ne peut intervenir qu'avec l'accord des parties¹³⁸³. Le

¹³⁷⁶ Cass. soc. 10 avril 1986 : Bull. civ. V, n°126, n°83-42751 ; Dr. soc. 1986, p. 870, et l'étude de J. Savatier, préc., p. 867.

¹³⁷⁷ Cette jurisprudence a été critiquée, v. not., J. Savatier, La modification unilatérale du contrat de travail, Dr. soc. 1981, p. 219, spéc. p. 221. V. aussi : La réduction du salaire : inexécution ou modification unilatérale du contrat de travail ?, Dr. soc. 1986, p. 867, spéc. p. 869. V. égal. : M. Despax, L'acceptation tacite par le salarié de modifications aux conditions de travail unilatéralement convenues avec l'employeur, Mélanges Gabriel Marty, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 448, spéc. p. 462.

¹³⁷⁸ Cass. soc. 8 oct. 1987 : Bull. civ. V, n°541, n°84-41902 et n°84-41903 ; Dr. soc. 1988, p. 140 et l'étude de J. Savatier, Modification unilatérale du contrat de travail et respect des engagements contractuels, p. 135 ; D. 1988, jurip., p. 57, note Y. Saint-Jours ; J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud et E. Dockès, Les grands arrêts de droit du travail, Dalloz, 4^{ème} éd. 2008, n°49, p. 263. V. aussi : Cass. soc. 21 janv. 1988, Bull. civ. V, n°58, n°84-45385.

¹³⁷⁹ Cass. soc. 4 févr. 1988 : Bull. civ. V, n°96, n°85-45000.

¹³⁸⁰ En ce sens, P. Waquet, Le renouveau du contrat de travail, RJS 1999, p. 383. V. aussi : J. Savatier, Modification unilatérale du contrat de travail et respect des engagements contractuels, Dr. soc. 1988, p. 135, spéc. p. 138 ; G. Couturier, Droit du travail, Les relations individuelles, 2^{ème} éd., PUF, 1993, n°218, p. 358.

¹³⁸¹ Cass. soc. 10 juill. 1996 : Bull. civ. V, n°278, n°93-41137 ; Bull. civ. V, n°278, n°93-40966 ; RJS 1996, n° 900 ; Dr. soc. 1996, p. 976, obs. H. Blaise ; Dr. ouvr. 1996, p. 457, note P. Moussy ; JCP G 1997, II, 22768, note Y. Saint-Jours ; J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud et E. Dockès, Les grands arrêts de droit du travail, Dalloz, 4^{ème} éd., 2008, n°50, p. 264. Sur ce changement de terminologie dans la jurisprudence antérieure, v. not. : Cass. soc. 23 sept. 1992 : Bull. civ. V, n°477, n°90-45106 ; RJS 11/92, n°1274.

¹³⁸² V. sur ce point : P. Waquet, La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail, RJS 1996, p. 791, spéc. p. 793 : « *Le changement de terminologie doit (...) être pris au sérieux : il révèle une approche nouvelle des relations employeur-salariés...* ».

¹³⁸³ Le refus d'une modification du contrat de travail ne constitue pas en soi une cause réelle et sérieuse de licenciement. En ce sens, v. not. : Cass. soc. 20 oct. 1998 : Bull. civ. V, n°433, n°96-40614 ; Dr. soc. 1998, p. 1045, note P. Waquet ; JCP E 1998, pan. p. 2028, note D. Boulmier ; D. 1999, som., p. 174, obs. I. Desbarats - Cass. soc. 14 nov. 2007 : non publié au Bull., n°06-43762 ; JCP S 2008, 1097, note B. Bossu.

« *changement des conditions de travail* » relève du pouvoir de direction de l'employeur et peut être imposé au salarié¹³⁸⁴.

Cette distinction aboutit à une refonte judiciaire du contrat de travail. La détermination du « socle contractuel »¹³⁸⁵ suppose que le juge se prononce sur la valeur contractuelle des éléments envisagés par les parties. Il ne s'agit pas d'ajouter ou de soustraire au contrat de travail. Certains éléments ont nécessairement été envisagés par les parties. Le salarié ne saurait accomplir sa prestation de travail sans connaître sa durée de travail. Il en de même de ses horaires. Reste à déterminer leur valeur. La détermination du champ contractuel devient alors l'œuvre du juge¹³⁸⁶. Certes, son intervention résulte d'un souci de protection de la force obligatoire du contrat. Le juge s'efforce de révéler la volonté des parties (Chapitre I). Toutefois, cette quête s'avère illusoire (Chapitre 2).

¹³⁸⁴ Le refus d'un changement des conditions de travail est, en principe, fautif. En ce sens : Cass. soc. 10 juill. 1996, préc. n°541). Cependant, compte tenu des circonstances de l'espèce, la faute n'est pas nécessairement une faute grave. V. not. : Cass. soc. 15 déc. 2004 : Bull. civ. V, n°335, n°02-44924 - Cass. soc. 23 févr. 2005 : Bull. civ. V, n°64, n°04-45463 ; D. 2005, p. 1678, note H. K. Gaba ; JCP G 2005, II, 10076, note D. Corrignan-Carsin ; Dr. soc. 2005, p. 638, et l'étude de P. Bouaziz et I. Goulet, A propos de la modification du lieu de travail et de la clause de mobilité, p. 634. V. cep. infra, n°587 s., en cas d'atteinte excessive au droit du salarié au respect de sa vie personnelle et familiale.

¹³⁸⁵ Expression utilisée notamment par P. Waquet, *Le renouveau du contrat de travail*, RJS 1999, p. 383, spéc. p. 386.

¹³⁸⁶ Le juge peut éventuellement s'inspirer de la directive n°91/533 du 14 octobre 1991 relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail pour identifier les éléments du contrat de travail. Celle-ci prévoit que l'employeur est tenu de porter à la connaissance du travailleur salarié les éléments essentiels du contrat ou de la relation de travail énumérés dans son article 2. Cette information doit notamment porter sur l'identité des parties, le lieu de travail, le titre, le grade, la qualité ou la catégorie d'emploi ... Pour autant, ces éléments ne doivent pas nécessairement figurer dans le contrat de travail. La directive n'impose à l'employeur qu'une obligation d'information. Elle n'exige pas la mention de ces informations dans le contrat de travail.

CHAPITRE 1 : LA QUÊTE TRADITIONNELLE DE LA VOLONTE DES PARTIES

542. Désormais, la logique contractuelle prime sur le pouvoir de direction de l'employeur. Tout élément relevant de la sphère contractuelle ne peut être modifié qu'avec l'accord des parties. A cet effet, la volonté des parties est « objectivée ». Le juge dépasse leur intention réelle « *au nom d'une vision plus réaliste et constructive de leurs attentes* »¹³⁸⁷. Cette tentative « d'objectivation » (Section 1) comporte néanmoins des limites (Section 2).

SECTION 1 : UNE TENTATIVE « D'OBJECTIVATION » DE LA VOLONTE DES PARTIES

543. Le juge tente de déterminer de manière objective les éléments relevant du socle contractuel (§ 1). Sa démarche est guidée par le contenu de la définition du contrat de travail (§ 2).

§ 1 : La détermination d'un socle contractuel

544. La distinction entre les éléments substantiels et non substantiels du contrat de travail a été abandonnée. Elle reposait sur une analyse subjective fondée sur l'importance de la modification (I). Désormais, la Cour de cassation retient une analyse objective liée à l'objet de modification (II).

I) L'importance de la modification, un critère subjectif

545. Le critère de distinction entre les modifications substantielles - qui nécessitent l'accord des parties - et non substantielles - qui pouvaient être imposées au salarié - résidait

¹³⁸⁷ A. Lyon-Caen, Une liaison dangereuse entre jurisprudence et théorie à propos de la modification du contrat de travail, Etudes offertes à J. Pélissier, Dalloz, 2004, p. 357, spéc. p. 363.

principalement dans l'importance de la modification, appréciée de manière subjective. Ce critère était source d'incertitudes (A) et d'incohérences (B).

A) Des incertitudes

546. La recherche de l'intention de parties - Le fait, pour le juge, de s'interroger sur l'importance de la modification eu égard aux circonstances de la cause était source d'incertitudes¹³⁸⁸. La modification était substantielle « *lorsqu'elle affectait l'un des éléments du contrat qui avait déterminé le consentement des parties lors de sa conclusion* »¹³⁸⁹. A défaut d'indication dans le contrat, les juges du fond investis d'un pouvoir souverain d'appréciation devaient rechercher l'intention des parties¹³⁹⁰. « *A l'interprète de découvrir, lorsqu'elle n'est pas clairement exprimée, l'intention de ceux qui l'ont façonné* »¹³⁹¹. Ce n'est donc pas la nature de la modification (horaire, lieu, attributions, rémunération...) qui importait, mais ses conséquences sur les conditions de vie personnelle et professionnelle du salarié. Le juge devait apprécier « *l'importance du changement par rapport aux conditions d'exécution initialement posées dans les faits* »¹³⁹².

547. La diversité des solutions - Les mesures de rétrogradation ou de déclassement¹³⁹³, les modifications affectant le montant de la rémunération¹³⁹⁴ étaient généralement qualifiées de substantielles¹³⁹⁵. En revanche, le changement du lieu de travail donnait lieu à des qualifications différentes. L'appréciation du caractère substantiel reposait alors sur la prise en considération de l'intention des parties et des conséquences qu'emportait la modification à

¹³⁸⁸ Sur les applications de la distinction jurisprudentielle des modifications substantielles et non substantielles, v. not. : G. Couturier, *Droit du travail, Les relations individuelles*, 2^{ème} éd., PUF, 1993, n°220, p. 360 s. ; B. Teyssié, *La modification du contrat de travail, instrument de gestion de l'entreprise*, Dr. soc. 1986, p. 852, spéc. p. 855.

¹³⁸⁹ G. Couturier, *Droit du travail, Les relations individuelles*, 2^{ème} éd., PUF, 1993, n°219, p. 359.

¹³⁹⁰ Sur la jurisprudence relative au pouvoir souverain des juges du fond, v. not. : Cass. soc. 5 nov. 1987, Bull. civ. V, n° 620, n°84-43209 - Cass. soc. 19 nov. 1987 : Bull. civ. V, n°662, n°85-45108 ; Dr. soc. 1988, p. 138 et l'étude de J. Savatier, *Modification unilatérale du contrat de travail et respect des engagements contractuels*, p. 135 - Cass. soc. 26 nov. 1987 : Bull. civ. V, n°684, n°85-41389 ; Dr. soc. 1988, p. 139, et l'étude de J. Savatier, préc., p. 135.

Sur les règles générales de qualification dégagées par la Cour de cassation, v. not. : G. Lyon-Caen, J. Pélissier, *Droit du travail*, 16^{ème} éd., Dalloz, 1992, n°271, pp. 248 et 249.

¹³⁹¹ B. Teyssié, préc., p. 852.

¹³⁹² G. Lyon-Caen, J. Pélissier, préc., n°271, p. 249.

¹³⁹³ V. not. : Cass. soc. 21 oct. 1985 : Bull. civ. V, n°473, n°83-40270.

¹³⁹⁴ V. not. : Cass. soc. 9 mai 1984, : Bull. civ. V, n°182, n°82-40854 ; *Jurisp. sociale*, mai 1984, n°33.

¹³⁹⁵ V. not. : G. Couturier, *Droit du travail, Les relations individuelles*, 2^{ème} éd., PUF, 1993, n°220, p. 360.

l'égard du salarié. Ne présentait pas un caractère substantiel la modification du lieu de travail qui n'était pas « *de nature à rendre sensiblement plus long ou plus difficile le trajet à accomplir quotidiennement par la salariée* »¹³⁹⁶. A l'inverse, était substantiel le changement du lieu de travail à l'origine de trajets plus longs et de changements plus nombreux de moyens de transport¹³⁹⁷. De même, un changement d'horaires ne constituait pas nécessairement une modification substantielle¹³⁹⁸. Il présentait un caractère substantiel lorsqu'il était incompatible avec les obligations familiales du salarié¹³⁹⁹. Compte tenu de la diversité des situations, l'approche subjective retenue par les juges du fond s'avérait source d'incertitudes.

B) Des incohérences

548. Des solutions divergentes - Quelques décisions jurisprudentielles suffisent à mettre en exergue l'insécurité juridique qui découlait de cette approche subjective. La mutation de la ville de La-Seyne à celle de Toulon¹⁴⁰⁰ - éloignées d'environ huit kilomètres - a été qualifiée de « substantielle ». Mais une mutation de Varsovie à Puteaux a été considérée comme « non-substantielle »¹⁴⁰¹. Un retour aux conditions initiales de travail en matière d'horaires a été qualifié dans un cas de modification « substantielle »¹⁴⁰² et dans l'autre de modification « non-substantielle »¹⁴⁰³. Enfin, une réduction de la durée du travail de 140 à 40 heures par mois, unilatéralement imposée à une salariée à la suite d'une baisse d'activité, a été jugée « non-substantielle »¹⁴⁰⁴.

549. Les conséquences d'une approche subjective - Ces solutions pouvaient paraître critiquables. Pourtant, ces divergences d'appréciation résultaient de l'approche subjective

¹³⁹⁶ Cass. soc. 17 mai 1983 : Jurisp. sociale, mai 1983, n°61. V. aussi : Cass. soc. 4 mai 1983 : Jurisp. sociale, mai 1983, n°9 : « *Mais attendu que les juges du fond, ayant relevé que le changement du lieu de travail avait eu pour effet, non pas d'éloigner mais de rapprocher Pérez, demeurant alors à Asnières, de son domicile, en ont justement déduit que Pérez ne pouvait se prévaloir d'une modification substantielle du contrat de travail ...* ».

¹³⁹⁷ Cass. soc. 5 oct. 1977 : Bull. civ. V, n°511, n°76-41051.

¹³⁹⁸ Cass. soc. 6 févr. 1980, Bull. civ. V, n°108, n°78-41263.

¹³⁹⁹ Cass. soc. 22 mai 1975 : Bull. civ. V, n°264, n°74-40505.

¹⁴⁰⁰ Cass. soc. 25 mars 1982 : Bull. civ. V, n°225, n°80-40506.

¹⁴⁰¹ Cass. soc. 18 nov. 1982 : Bull. civ. V, n°631, n°80-41639.

¹⁴⁰² Cass. soc. 2 mars 1994 : non publié au Bull., n°90-40080.

¹⁴⁰³ Cass. soc. 12 janv. 1994 : non publié au Bull., n°91-45887 ; RJS 4/94, n°376, 2^{ème} esp.

¹⁴⁰⁴ Cass. soc. 23 janv. 1985 : Dr. soc. 1985, p. 641 et l'étude de H. Blaise, Les droits individuels des salariés face à une réduction du temps de travail, p. 634 ; D. 1985, IR, p. 455, 4^{ème} esp., obs. A. Lyon-Caen.

retenue par les juges du fond¹⁴⁰⁵. Dès lors, la distinction « *manquait de netteté car il n'était pas aisé de tracer la frontière entre le substantiel et le non substantiel, entre ce que le salarié pouvait refuser et ce qu'il devait accepter* »¹⁴⁰⁶. La Cour de cassation est revenue sur sa jurisprudence.

II) L'objet de la modification, un critère objectif

550. Dans un premier temps, la Cour de cassation a distingué le changement des conditions de travail et la modification du contrat de travail (A). Cette évolution l'a conduite à contrôler la qualification retenue par les juges du fond. L'approche est devenue objective (B).

A) Le choix de la terminologie, un gage de cohérence

551. La distinction entre les modifications substantielles et non-substantielles était contestable d'un point de vue juridique. La jurisprudence a évolué et consacré un changement de terminologie.

552. L'ancienne distinction - La distinction entre les modifications substantielles et non-substantielles était « *artificielle et trompeuse* »¹⁴⁰⁷. Elle incitait à penser que l'employeur pouvait unilatéralement modifier le contrat. Certes, cette faculté était limitée aux modifications « non substantielles ». Mais l'article 1134 prohibe toute modification unilatérale du contrat de travail¹⁴⁰⁸. La notion de modification non substantielle révélait une contradiction. Elle a été abandonnée.

¹⁴⁰⁵ V. not. à propos de l'arrêt préc. du 23 janvier 1985, B. Teyssié, La modification du contrat de travail, instrument de gestion de l'entreprise, Dr. soc. 1986, p. 857 : « *Cette décision pourrait surprendre si la frontière qui sépare le substantiel du non-substantiel dépendait, avant tout, de critères objectifs. Fondée sur des données subjectives, elle se déplace sans cesse, rendant d'autant plus difficile, parfois, la détermination des incidences d'un éventuel anéantissement de la relation salariale* ».

¹⁴⁰⁶ J. Pélissier, Difficultés et dangers de l'élaboration d'une théorie jurisprudentielle : l'exemple de la distinction entre la modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail, Mélanges offerts à P. Couvrat, PUF, 2001, p. 101, spéc. p. 102. V. aussi : H. Blaise, Les droits individuels des salariés face à une réduction du temps de travail, Dr. soc. 1985, p. 634, spéc. p. 636 : « *Cette recherche d'intention rendue divinatoire en l'absence de précisions dans le contrat, est un héritage civiliste qui apparaît mal adapté aux relations de travail* ».

¹⁴⁰⁷ P. Waquet, le renouveau du contrat de travail, RJS 1999, p. 383, spéc. p. 384.

¹⁴⁰⁸ V. not. : P. Waquet, La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail, RJS 1996, p. 791, spéc. p. 792 : « *On pourrait ainsi unilatéralement – et seul l'employeur le pourrait – modifier le contrat de travail à condition que l'atteinte ne soit pas trop importante ! Or, aucune modification du contrat, si minime soit-elle n'est possible sans l'accord des parties* » ; CSBP, n°47,

553. Une nouvelle distinction annoncée - Dans des arrêts du 24 et du 25 juin 1992, la Cour de cassation a décidé que le refus par le salarié de poursuivre l'exécution de son contrat qui n'a fait l'objet d'aucune modification substantielle constituait « *un manquement aux obligations contractuelles* »¹⁴⁰⁹. Cette solution marquait un premier pas vers l'abandon de la notion de modification non-substantielle. Elle a été confirmée dans des arrêts postérieurs, notamment dans une décision du 23 septembre 1992 selon laquelle « *aucune modification de son contrat de travail ou de ses conditions de travail ne peut être imposée à un représentant du personnel* »¹⁴¹⁰. Le juge opposait ainsi la modification du contrat de travail au changement des conditions de travail.

554. Une nouvelle distinction justifiée - Puis, « *ce qui était latent depuis 1992 devient officiel avec les arrêts du 10 juillet 1996* »¹⁴¹¹. La Cour de cassation décide dans un arrêt *Le Berre* que « *le refus par un salarié de continuer le travail ou de le reprendre, après un changement de ses conditions de travail décidé par l'employeur dans l'exercice de son pouvoir de direction constitue, en principe, une faute grave qu'il appartient à l'employeur de sanctionner par un licenciement* »¹⁴¹². Cette distinction entre les modifications du contrat de travail et le changement des conditions de travail semblait constituer une « *amélioration* »¹⁴¹³. L'approche objective consacrée ultérieurement par le juge a renforcé ce gage apparent de sécurité juridique.

p. 58 : « *Il serait permis de donner des coups de canif au contrat de travail ; seuls les coups de hache seraient prohibés* ». V. aussi : E. Dockès, De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur, Analyse juridique et valeurs en droit social, Etudes offertes à Jean Pélissier, Dalloz, 2004, p. 203, spéc. p. 209.

¹⁴⁰⁹ Cass. soc. 24 juin 1992 : Bull. civ. V, n°413, n°88-44805 ; RJS 8-9/92, n°960. V. aussi : Cass. soc. 25 juin 1992 : Bull. civ. V, n°419, n°88-42498 ; RJS 8-9/92, n°960 ; Dr. soc. 1992, p. 825 et les conclusions de Y. Chauvy, Le refus d'une modification non substantielle du contrat de travail : licenciement par l'employeur et imputabilité de la rupture au salarié, p. 818.

¹⁴¹⁰ Cass. soc. 23 sept. 1992 : Bull. civ. V, n°477, n°90-45106 ; RJS 11/92, n°1274. V. aussi : Cass. soc. 22 juin 1993 : Bull. civ. V, n°176, n°91-41983 ; RJS 8-9/93, n°902.

¹⁴¹¹ P. Waquet, préc., p. 793.

¹⁴¹² Cass. soc. 10 juill. 1996 (préc. n°541).

¹⁴¹³ En ce sens : H. Blaise, ss. Cass. soc. 10 juill. 1996, Dr. soc. 1996, p. 976.

B) Le contrôle de qualification, un gage de sécurité juridique

555. L'approche subjective, un contrôle restreint - L'appréciation du caractère substantiel ou non substantiel de la modification relevait du pouvoir souverain des juges du fond¹⁴¹⁴. La Cour de cassation n'opérait qu'un contrôle restreint de dénaturation¹⁴¹⁵. Eu égard à la distinction dégagée dans l'arrêt Le Berre, une évolution jurisprudentielle s'imposait¹⁴¹⁶.

556. L'approche objective, un contrôle de qualification - Annoncée dans un arrêt du 18 juin 1996¹⁴¹⁷, « l'objectivation » du contrôle de la modification du contrat de travail a été consacrée dans un arrêt du 28 janvier 1998 selon lequel « *le mode de rémunération d'un salarié constitue un élément du contrat de travail qui ne peut être modifié sans son accord, peu important que l'employeur prétende que le nouveau mode serait plus avantageux* »¹⁴¹⁸. Comme le souligne un auteur, « *on ne considère plus le degré d'intensité de la modification mais seulement son objet* »¹⁴¹⁹. Si la modification porte sur un élément qualifié de « contractuel », le contrat de travail est modifié. L'importance de la modification n'est plus déterminante. La question est alors de savoir quels sont les éléments relevant de la sphère contractuelle. La définition du contrat de travail permet de répondre à cette interrogation.

§ 2 : Une détermination liée à la définition du contrat

557. Le contrat de travail se définit tout d'abord par les parties qui s'engagent¹⁴²⁰. Ainsi, la Cour de cassation estime à juste titre que « *le transfert du salarié d'une société à une autre constitue une modification du contrat de travail* »¹⁴²¹. En outre, le contrat de travail constitue

¹⁴¹⁴ V. supra n°546.

¹⁴¹⁵ V. not. : Cass. soc. 26 nov. 1987 (préc., note de bas de page, n°1390). V. sur ce point : H. Blaise, Modification du contrat de travail : portée du contrôle exercé par la Cour de cassation, RJS 1989, p. 67.

¹⁴¹⁶ V. not. : J. Péliissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, Les grands arrêts du droit du travail, Dalloz, 4^{ème} éd., 2008, p. 270.

¹⁴¹⁷ Cass. soc. 18 juin 1996 : Bull. civ. V, n°252, n°94-44654 à n°94-44662 ; Dr. soc. 1996, p. 978, obs. H. Blaise.

¹⁴¹⁸ Cass. soc. 28 janv. 1998 : Bull. civ. V, n°40, n°95-40275 ; RJS 3/98, n°274 ; Dr. soc. 1998, p. 528 et l'étude de G. Couturier, La rémunération élément du contrat de travail, p. 523.

¹⁴¹⁹ G. Couturier, préc., p. 524.

¹⁴²⁰ A. Mazeaud, ss. Cass. soc. 5 mai 2004 : Dr. soc. 2004, p. 793, spéc. p. 794.

¹⁴²¹ Cass. soc. 5 mai 2004 : Bull. civ. V, n°120, n°02-42580 ; RJS 7/04, n°794 ; Dr. soc. 2004, p. 793, obs. A. Mazeaud. Le transfert du contrat de travail ne s'impose au salarié que lorsque les conditions d'application de l'article L. 1224-1 du code du travail sont réunies. V. not. : Cass. soc. 10 avril 2008 : non publié au Bull., n°06-45836 ; RJS 6/08, n°644 ; JCP S 2008, 1436, note P. Morvan : « *Le principe selon lequel, lorsque les conditions d'application de l'article (...) [L. 1224-1], du code du travail ne sont*

un type spécifique de contrat caractérisé par certains éléments. Ces éléments de qualification sont nécessairement contractuels (I). Il en est de même des éléments indispensables à la détermination de l'objet des obligations contractuelles (II).

I) Les éléments de qualification du contrat

558. Les essentialia du contrat, des éléments contractuels - Le contrat de travail place une personne sous la subordination d'une autre afin d'exercer une activité rémunérée¹⁴²². Ainsi, la qualification de « contrat de travail » suppose la réunion de trois éléments : une prestation de travail, une rémunération et un lien de subordination. Ces éléments relèvent de l'essence du contrat¹⁴²³. « *Les choses qui sont de l'essence du contrat, sont celles sans lesquelles ce contrat ne peut subsister. Faute de l'une de ces choses, ou il n'y a point du tout de contrat, ou c'est une autre espèce de contrat* »¹⁴²⁴. Convenues par les parties lors de la formation du contrat, les *essentialia* conditionnent l'existence de l'accord de volontés qu'elles permettent de caractériser¹⁴²⁵. Dès lors, la rémunération, le lien de subordination et la prestation de travail - éléments de qualification du contrat de travail - constituent nécessairement des éléments contractuels. Telle est la position de la Cour de cassation.

559. Les essentialia du contrat, une valeur contractuelle reconnue - Il résulte de nombreux arrêts que « *la rémunération du salarié constitue un élément du contrat de travail*

pas réunies, le transfert du contrat de travail du salarié ne peut s'opérer qu'avec son consentement exprès, ayant été édicté dans le seul intérêt du salarié, sa méconnaissance ne peut être invoquée que par celui-ci ». Cette solution est justifiée eu égard, notamment, au caractère intuitu personae du contrat de travail. Rappr. : Cass. com. 6 mai 1997 : Bull. civ. IV, n°117, n°94-16335 ; Bull. civ. IV, n°118, n°95-10252 ; RTD civ. 1997, p. 936, obs. J. Mestre ; Rép. Defr. 1997, art. 36633, p. 977, obs. D. Mazeaud ; D. 1997, p. 588, note N. Billiau et C. Jamin ; D. 1998, som. p. 136, obs. H. Le Nabasque.

¹⁴²² A. Mazeaud, Droit du travail, 8^{ème} éd., Montchrestien, 2012, n°538, p. 311. Comp. : J. Pélissier, G. Auzero, E. Dockès, Droit du travail, Dalloz, 2013, 27^{ème} éd., n°200, p. 232 : « *La qualification contrat de travail* » suppose la réunion nécessaire de quatre éléments : une obligation de fournir une tâche à exécuter, une prestation personnelle de travail (ou l'engagement de la fournir), une rémunération (ou la promesse de la payer), un lien de subordination ».

¹⁴²³ A. Lyon-Caen, Une liaison dangereuse entre jurisprudence et théorie à propos de la modification du contrat de travail, Etudes offertes à J. Pélissier, Dalloz, 2004, p. 357, spéc. p. 362 : « *En substance, un contrat spécial, un type de contrat devrait-on peut-être dire, n'existe pas sans certains éléments qui le caractérisent. Ces éléments constituent sa figure* ».

¹⁴²⁴ R.-J. Pothier, Traité des obligations, Œuvres de Pothier, annotées et mises en corrélation avec le code civil et la législation actuelle, par M. Bugnet, t. II, Eloge de Pothier, Traité des obligations. De la prestation des fautes, Videcoq, Cosse et Delamotte, 1848, n°6, p. 6. V. supra n°.

»¹⁴²⁶. De même, « le mode de rémunération contractuel d'un salarié ne peut être modifié sans son accord, peu important que l'employeur prétende que le nouveau mode serait plus avantageux »¹⁴²⁷. Ainsi, « la modification unilatérale du mode de rémunération contractuel par l'employeur justifie la prise d'acte de la rupture du contrat par le salarié »¹⁴²⁸. La prestation de travail, élément de qualification du contrat, relève également du socle contractuel. Reste à la caractériser.

II) Les éléments de détermination de l'objet du contrat

560. L'objet de l'obligation du salarié consiste à réaliser une prestation de travail ce qui implique « la détermination des différentes dimensions du travail subordonné »¹⁴²⁹. La prestation de travail doit répondre à la condition de détermination posée par l'article 1129 du code civil. Ce texte a, en effet, vocation à s'appliquer (A). Cette exigence revêt une signification particulière lorsqu'elle vise la prestation de travail (B).

A) Application de l'article 1129 à la prestation de travail

561. Le champ d'application de l'article 1129 du code civil - Selon l'alinéa 1 de l'article 1129 du code civil, « il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce ». Ce texte vise « la chose » mais a vocation à s'appliquer à une prestation n'ayant pas pour objet une chose corporelle¹⁴³⁰.

¹⁴²⁵ V. not. : J. Domat, Les lois civiles dans leur ordre naturel, Suivies du droit public, Nouvelle édition, Revue et corrigée, t. 1^{er}, Luxembourg, André Chevalier, 1702, 1^{ère} partie, des engagements, Livre premier, Titre 1, Section III, I. V. supra n°276.

¹⁴²⁶ V. not. : Cass. soc. 3 mars 1998 : Bull. civ. V, n°109, n°95-43274 ; Dr. soc. 1998, p. 529 et l'étude de G. Couturier, La rémunération élément du contrat de travail, p. 523 ; RJS 4/98, n°417. V. aussi : Cass. soc. 19 mai 1998 : Bull. civ. V, n°265, n°96-41573. V. égal. P. Waquet, Tableau de la jurisprudence sur le contrôle de la modification du contrat de travail, Dr. soc. 1999, p. 566.

¹⁴²⁷ Cass. soc. 28 janv. 1998, préc., note de bas de page, n°1418 - Cass. soc. 30 mai 2000 : Bull. civ. V, n°206, n°97-45068 - Cass. soc. 3 juill. 2001 : Bull. civ. V, n°242, n°99-42761 ; Dr. soc. 2001, p. 1006, obs. C. Radé ; RJS 10/01, n°1112.

¹⁴²⁸ Cass. soc. 5 mai 2010 : Bull. civ. V, n°102, n°07-45409 ; JCP S 2010, 1298, D. Corrignan-Carsin.

¹⁴²⁹ E. Dockès, La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail, Dr. soc. 1997, p. 143.

¹⁴³⁰ Cass. com. 28 oct. 1983 : Bull. civ. V, n°86 ; Rép. Defr. 1984, art. 33230, n°9, p. 294, obs. J.-L. Aubert. La Cour de cassation a admis au visa de l'article 1129, alinéa 1, que l'objet de l'obligation « de faire un geste » n'était ni déterminé, ni déterminable. V. aussi : E. Dockès, La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail, Dr. soc. 1997, p. 141 : « Le terme de « chose », au sens de

562. L'inapplication de l'alinéa 2 de l'article 1129 - L'alinéa 2 précise que « *la quotité de la chose peut être incertaine pourvu qu'elle puisse être déterminée* ». Autrement dit, si une chose de genre doit être déterminée dans son espèce sa quotité peut être déterminable¹⁴³¹. L'alinéa 2 de l'article 1129 est applicable aux choses de genre. Il serait éventuellement susceptible de justifier la validité des clauses de « déterminabilité » de la rémunération¹⁴³². En revanche, la teneur de la prestation reste soumise à l'exigence de détermination visée à l'alinéa 1 de l'article 1129. Elle ne doit pas être déterminable au moment de la formation du contrat ; elle doit être déterminée¹⁴³³. Cette exigence revêt une signification particulière en ce qui concerne la prestation de travail.

B) Signification de l'application de l'article 1129 à la prestation de travail

563. Le salarié doit connaître au moment de la conclusion du contrat l'étendue de son engagement¹⁴³⁴. Mais quels sont les éléments permettant de définir la teneur de ce dernier ? Elle dépend principalement de la nature de la prestation de travail (1) et de son cadre « spatio-temporel »¹⁴³⁵ (2).

l'article 1129 du code civil doit être compris largement, comme incluant toutes les activités auxquelles un débiteur peut s'être engagé. Le travail subordonné ne saurait donc être exclu sur cet argument »

¹⁴³¹ V. supra n°340.

¹⁴³² V. supra n°343 s.

¹⁴³³ En ce sens : C. Larroumet, Droit civil. Les obligations, Le contrat, t. III, 6^{ème} éd., Economica, 2007, n° 391, p. 367 : « Une obligation consistant en une prestation de service n'a pas non plus normalement de quotité. Le service promis doit être déterminé dans son contenu, ce qui suffit pour affirmer l'existence d'un objet de la prestation de service ». V. aussi : T. Revet, La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat, in L'unilatéralisme et le droit des obligations, ss. la direction de C. Jamin et D. Mazeaud, Etudes juridiques, vol. 9, Economica, 1999, p. 31 : « Cette détermination ultérieure ne peut concerner que les caractéristiques de l'objet dont la fixation n'est pas indispensable à la naissance d'un engagement contractuel (...). Il ne peut donc s'agir de la teneur de la prestation, dont la détermination conditionne nécessairement la naissance de l'obligation ».

¹⁴³⁴ Ainsi, l'insertion d'une clause ayant pour objet d'accroître l'étendue de l'engagement du salarié est soumise à son accord. Son accord est notamment requis si l'employeur souhaite insérer dans le contrat de travail une clause d'exclusivité (Cass. soc., 7 juin 2005 : Bull. civ. V, n°189, n°03-42080) une clause de mobilité (Cass. soc., 24 nov. 1999 : Bull. civ. V, n°456, n°97-45202) ou encore une clause de non-concurrence (Cass. soc., 7 juill. 1998 : Bull. civ. V, n°367, n°96-40256 et n°96-45047).

¹⁴³⁵ V. not. : P. Waquet, Le renouveau du contrat de travail, RJS 1999, p. 383, spéc. p. 386 : « Reprenons les deux conditions essentielles, la rémunération d'une part, le travail qui se subdivise en trois questions : un travail, lequel ; un travail, où ; un travail quand et combien ». V. égal. : E. Dockès, La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail, Dr. soc. 1997, p. 140, spéc. p. 144.

1) La nature de la prestation de travail

564. La qualification, élément de détermination de la nature de la prestation - La Cour de cassation estime que le changement de qualification professionnelle constitue une modification du contrat de travail¹⁴³⁶. Il en est de même de la diminution des responsabilités dont dépend la qualification¹⁴³⁷. Ces solutions sont justifiées. La qualification permet de caractériser la nature de la prestation de travail. Elle constitue un élément de détermination de l'objet de l'obligation du salarié. Un changement de qualification affecte nécessairement la teneur de la prestation et constitue une modification du contrat.

565. Les tâches du salarié, modalités d'exécution de la prestation - Pour autant, l'employeur est en droit de fixer les modalités d'accomplissement de la prestation de travail. Son pouvoir de direction doit lui permettre de s'assurer de l'efficacité et de l'utilité de cette dernière. Ainsi, un changement de fonctions peut être décidé unilatéralement dès lors que la nature de la prestation n'est pas affectée¹⁴³⁸. Le changement de tâches à accomplir en rapport avec la qualification n'est pas une modification du contrat¹⁴³⁹. La fixation des objectifs - et *a fortiori* leur modification - relève également du pouvoir de direction¹⁴⁴⁰. De tels changements ne modifient pas, *a priori*, la nature de la prestation telle qu'elle a été envisagée à l'origine par les parties.

¹⁴³⁶ Cass. soc. 23 janv. 2001 : Bull. civ. V, n°18, n°99-40129 - Cass. soc. 17 janv. 2006 : non publié au Bull., n° 04-40965 - Cass. soc. 2 oct. 2002 : non publié au Bull., n°00-42003 ; RJS 12/02, n°1351.

¹⁴³⁷ V. not. : Cass. soc. 15 mars 2006 : non publié au Bull., n°04-42070 ; RDT 2006, p. 35, obs. G. Pignarre - Cass. soc. 28 janv. 2005, Bull. civ. V, n°35, n°03-40639.

V. égal. sur la rétrogradation à titre de sanction disciplinaire : Cass. soc. 16 juin 1998 : Bull. civ. V, n° 320, n°95-45033 ; Dr. soc. 1998, p. 806 et Rapp. P. Waquet, Droit disciplinaire et modification du contrat de travail, p. 803 ; J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, Les grands arrêts du droit du travail, Dalloz, 4^{ème} éd., 2008, n°67, p. 319 ; D. 1999, jurisp. p. 125, note C. Puigelier et J. Mouly, Chron. p. 359. V. aussi : Cass. soc. 27 mars 2007 : non publié au Bull., n°06-42113 ; RDT 2007, p. 459, obs. S. Frossard ; JCP G 2007, II, 10093, note D. Corrignan-Carsin - Cass. soc. 10 juill. 2007 : non publié au Bull., n°05-45610 ; RDT 2008, p. 108, obs. R. de Quenaudon.

¹⁴³⁸ Cass. soc. 8 oct. 2003 : non publié au Bull., n°01-44772 ; TPS 2003, com. 395 ; RJS 1/04, n°4.

¹⁴³⁹ V. not. : Cass. soc. 12 mai 2010 : non publié au Bull., n°09-41007 et n°09-41008 ; JCP S 2010 1356, note A. Martinon. V. aussi : Cass. soc. 10 mai 1999 : Bull. civ. V, n°199, n°96-45673 ; RJS 6/99, n°791 ; Dr. soc. 1999, p. 736, obs. B. Gauriau ; JCP E 2000, p. 88, note C. Puigelier - Cass. soc. 10 oct. 2000 : Bull. civ. V, n°316, n° 98-41358 - Cass. soc. 18 mai 2005 : non publié au Bull., n°03-43565.

¹⁴⁴⁰ Cass. soc. 22 mai 2001 : Bull. civ. V, n°408, n°99-41838 et n°98-41358 ; RJS 8-9/01, n°998 - Cass. soc. 2 mars 2011 : Bull. civ. V, n°55, n°08-44977 ; non publié au Bull., n°08-44978 ; RJS 5/11, n°393 ; JCP S 2011, 1196, note P. Morvan. Sur les répercussions de la modification des objectifs sur la rémunération, v. infra n°619..

2) Le cadre « spatio-temporel » de la réalisation de la prestation de travail

566. L'application de l'article 1129 du code civil suppose que soient déterminés le lieu où est exécutée la prestation (a), ainsi que la durée du travail (b).

a) Le lieu

567. Le lieu de travail - Une clause contractuelle « *claire et précise* » peut prévoir que le salarié exécutera exclusivement son travail dans un lieu précis. A défaut, la Cour de cassation considère que le lieu d'exécution de la prestation de travail ne constitue pas un élément contractuel¹⁴⁴¹. Une telle solution peut sembler logique¹⁴⁴². En l'absence de précision dans le contrat, un changement du lieu de travail d'une centaine de mètres doit pouvoir être imposé au salarié. Seules les modalités d'exécution de la prestation sont alors affectées. La teneur de la prestation n'est pas, *a priori*, modifiée.

568. Le secteur géographique - Toutefois, la mutation d'un salarié non itinérant à plusieurs centaines de kilomètres du lieu de travail initial risque fort d'affecter l'étendue de sa prestation. Si l'objet de son obligation est modifié, son accord est indispensable. La Cour de cassation a donc tenté de dégager un critère objectif permettant d'identifier les hypothèses dans lesquelles le changement du lieu de travail constitue une modification contractuelle. Il s'agit du « secteur géographique »¹⁴⁴³. L'employeur peut, en vertu de son pouvoir de

¹⁴⁴¹ Cass. soc. 3 juin 2003 : Bull. civ. V, n°185, n°01-43573 ; Bull. civ. V, n°185, n°01-40376 ; Dr. soc. 2003, p. 884, obs. J. Savatier ; D. 2004, p. 89, note C. Puigelier ; JSL 2003, n°127, p. 9, note M. Hautefort ; JCP G 2003, II, 10165, note M. Véricel ; LPA 2003, n°199, p. 6, obs. G. Picca et A. Sauret ; RDC 2004, p. 237, obs. J.-P. Chazal ; Dr. ouvr. 2003, p. 527, note P. Moussy et F. Saramito ; JCP E 2003, 1247, note L. Le Berre et F. Chautard. V. aussi : Cass. soc. 21 janv. 2004 : Bull. civ. V, n°26, n°02-12712 ; SSL 2 févr. 2004, n°1154, note G. Lyon-Caen ; Gaz. Pal, mars-avril 2004, p. 1426, obs. B. Boubli ; Dr. ouvr. 2004, p. 222, note B. Lardy-Pélissier ; JCP E 2004, 447, note S. Béal - Cass. soc. 15 mars 2006 : Bull. civ. V, n°102, n°02-46496 ; JCP S 2006, 1329, note B. Bossu. Sur cette solution, v. infra n°616 s.

¹⁴⁴² Cette analyse est pertinente en l'absence de précision, dans le contrat, sur le lieu d'exécution de la prestation. En revanche, elle s'avère plus discutable lorsque le contrat indique le lieu d'exécution de la prestation sans préciser que le salarié exécutera exclusivement son travail dans ce lieu. V. infra n°626 s.

¹⁴⁴³ Cass. soc. 4 mai 1999 : Bull. civ. V, n°186, n°97-40576 ; Dr. soc. 1999, p. 737, obs J.-E. Ray ; JSL 1999, n°37-2 ; J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, Les grands arrêts du droit du travail, Dalloz, 4^{ème} éd., 2008, n°51, p. 265 ; D. 2000, som. p. 85, obs. S. Frossard ; JCP E 2000, p. 806, note C. Lefranc-Harmoniau : « *Attendu, cependant, que le changement du lieu de travail doit être apprécié de manière objective* ». V. égal. : Cass. soc. 16 déc. 1998 : Bull. civ. V, n°558, n°96-40227. V. aussi : Cass. soc. 21 mars 2000 : Bull. civ. V, n°114, n°98-44005 ; Dr. soc. 2000, p. 650, obs. J. Savatier - Cass. soc.

direction, modifier unilatéralement le lieu de travail au sein du secteur géographique initial. Au-delà de ce périmètre, l'accord du salarié est requis¹⁴⁴⁴. Cette analyse paraît pertinente. Le changement du lieu de travail au sein d'un même secteur géographique n'a pas d'incidence sur la teneur de la prestation de travail. A l'inverse, un changement de secteur géographique a des incidences sur l'étendue de l'obligation du salarié.

569. Le travail à domicile - En revanche, la Cour de cassation retient un tout autre raisonnement lorsqu'il s'agit d'imposer au salarié de travailler à domicile. Dans ce cas, elle a admis sur le fondement des articles L. 1121-1 du code du travail et 9 du code civil que « *le salarié n'est tenu ni d'accepter de travailler à son domicile, ni d'y installer ses dossiers et ses instruments de travail* »¹⁴⁴⁵. Peu importe alors que le domicile soit situé dans le même secteur géographique ou un secteur différent. En réalité, le fait d'imposer à un salarié de travailler à son domicile affecte nécessairement l'objet de son obligation. Le travail à domicile constitue une « *modalité exorbitante de l'organisation du travail salarié* »¹⁴⁴⁶. Il contraint le salarié à restreindre son espace de vie « personnelle » afin d'y installer ses dossiers et ses instruments de travail¹⁴⁴⁷. De telles modalités d'exécution de la prestation de travail - eu égard à leur caractère exorbitant - emportent inéluctablement des conséquences sur la teneur de ses obligations. Cette analyse a été en partie consacrée par le législateur¹⁴⁴⁸.

3 mai 2006 : Bull. civ. V, n°158, n°04-41880 ; JCP S 2006, 1666, note B. Bossu - Cass. soc. 18 avril 2008 : non publié au Bull., n°06-41874 à 06-41877.

¹⁴⁴⁴ V. cep. infra n°578, à propos des déplacements occasionnels.

¹⁴⁴⁵ Cass. soc. 2 oct. 2001 : Bull. civ. V, n°292, n°99-42727 ; RJS 12/01, n°1399 ; Dr. soc. 2001, p. 1044 et l'étude de J. E. Ray, La légitime censure des télé-travaux forcés, Dr. soc. 2001, p. 1039 - Cass. soc. 31 janv. 2012 : non publié au Bull., n°10-25367. V. aussi : F. Favennec-Héry, Vie privée dans l'entreprise et à domicile, RJS 2001, p. 940.

¹⁴⁴⁶ G. Loiseau, ss. Cass. soc. 7 avril 2010, JCP S 2010, 1218.

¹⁴⁴⁷ Une telle modalité d'exécution de la prestation porte nécessairement atteinte à sa vie privée (V. not. supra n°522). Pour autant, ce n'est pas l'atteinte à la vie privée du salarié qui doit justifier son accord. En effet, un changement des conditions de travail peut, en principe, être imposé au salarié. Ce dernier est susceptible de se prévaloir d'un droit de refus lorsque le changement porte une atteinte excessive à sa vie personnelle et familiale. En revanche, si le changement porte une atteinte justifiée et proportionnée à sa vie personnelle et familiale, le salarié ne dispose pas d'un droit de refus. Or, en ce qui concerne le travail à domicile, le juge n'exerce pas, *a priori*, un contrôle de justification et de proportionnalité. Le salarié dispose en toute hypothèse d'un droit de refus. Dès lors, à moins de considérer que la Cour de cassation estime que le travail à domicile emporte nécessairement une atteinte excessive à la vie personnelle et familiale du salarié, l'atteinte portée à la vie privée ne justifie pas à elle seule l'exigence d'un accord du salarié.

¹⁴⁴⁸ V. not. C. trav. art. L. 1222-9, al. 2 : « *Le refus d'accepter un poste de télétravailleur n'est pas un motif de rupture du contrat de travail* ». Ce texte résulte d'une loi n°2012-387 du 22 mars 2012.

b) La durée du travail

570. Un élément contractuel - La durée du travail est généralement qualifiée d'élément contractuel¹⁴⁴⁹. Le caractère déterminé de la prestation suppose que le « volume de la prestation de travail » ait été convenu¹⁴⁵⁰. A défaut, la teneur de la prestation ne répond pas à l'exigence posée par l'article 1129 du code civil.

571. La répartition des horaires – En revanche, le changement d'horaires relève du pouvoir de direction¹⁴⁵¹. En effet, la répartition des horaires au sein de la journée ou de la semaine n'a pas d'incidence sur le volume de la prestation de travail. Elle n'affecte pas, *a priori*, l'étendue de l'obligation du salarié.

En conséquence, le raisonnement de la Cour de cassation - qui tend à reconnaître une valeur contractuelle à la qualification, au secteur géographique et à la durée du travail - paraît fondé¹⁴⁵². Toutefois, la distinction sur laquelle il repose s'avère délicate à mettre en œuvre. « L'objectivation » de la volonté des parties présente de nombreuses limites.

¹⁴⁴⁹ En ce sens : Cass. soc. 23 janv. 2001 : Bull. civ. V, n°19, n°98-44843, n° 98-45287, n°98-45318. V. aussi : Cass. soc. 20 oct. 1998 : Bull. civ. V, n°433, n°96-40614 ; Dr. soc. 1998, p. 1045, note P. Waquet ; JCP E 1998, pan., p. 2028, D. Boulmier ; D. 1999, som., p. 174, note I. Desbarat ; Cependant, dans ce dernier arrêt, la Cour de cassation relève que la durée du travail était mentionnée au contrat. V. aussi à propos d'un contrat de travail à temps partiel : Cass. soc. 30 mars 2011 : non publié au Bull., n°09-70853 ; RJS 6/11, n°564 : « *Mais attendu que la durée du travail telle que stipulée au contrat de travail constitue, en principe, un élément du contrat qui ne peut être modifié sans l'accord du salarié, peu important que la rémunération soit maintenue* ».

Sur le lien entre la rémunération et la durée du travail, v. not. Cass. soc. 5 juill. 2005 : non publié au Bull., n°03-43807. Sur l'augmentation de la durée du travail, v. not. : Cass. soc. 23 janv. 2001 : Bull. Civ. V, n°19, 98-44843, n°98-45287, n°98-45318. Sur l'accomplissement d'heures supplémentaires, v. infra n°578.

¹⁴⁵⁰ Expression utilisée par P.-H. Antonmattei, Les éléments du contrat de travail, Dr. soc. 1999, p. 332. V. aussi : M. Morand, La place de l'écrit dans la détermination du champ contractuel, SSL 2003, n°1127, p. 6.

¹⁴⁵¹ Cass. soc. 2 févr. 1999 : Bull. civ. V, n°47, n°96-42831 ; Dr. soc. 1999, p. 419, obs. A. Mazeaud - Cass. soc. 22 févr. 2000 : Bull. civ. V, n°67, n°97-44339 ; JCP G 2000, II, 10321, note D. Corrignan-Carsin ; RJS 4/00, n°374. V. aussi : Cass. soc. 17 oct. 2000 : Bull. civ. V, n°328, n°98-42264 ; Dr. soc. 2001, p. 12 et l'étude de J.-E. Ray, Changements d'horaires (A propos de quelques arrêts récents), p. 7 - Cass. soc. 17 oct. 2000 : Bull. civ. V, n°327, n°98-42177 ; JCP E 2001, n°6, p. 280, note. M. Del Sol - Cass. soc. 6 mai 2009, non publié au Bull., n°07-41766. Le refus du salarié ne constitue pas pour autant une faute grave. En ce sens : Cass. soc. 14 déc. 2005 : Bull. civ. V, n°364, n°03-47721 ; RJS 3/06, n°334 ; JCP S 2006, 1101, note P.-Y. Verkindt : « *Le refus d'une modification des horaires de travail d'une salariée à son retour de congé maternité qui invoque des obligations familiales impérieuses ne constitue pas une faute grave* ». V. égal. supra n°587 s. sur la faculté du salarié de refuser un bouleversement des horaires portant une atteinte excessive au droit à la vie personnelle et familiale.

¹⁴⁵² Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi n°2011-893 du 28 juillet 2011 pour le développement de l'alternance et la sécurisation des parcours professionnels, la Cour de cassation estimait que la mise à

SECTION 2 : LES LIMITES DE « L'OBJECTIVATION » DE LA VOLONTE DES PARTIES

572. L'étude de la jurisprudence portant sur la modification du contrat de travail révèle les limites de l'analyse objective. De nombreuses incertitudes demeurent¹⁴⁵³ (§1). La quête de la volonté des parties subsiste (§ 2).

§ 1 : « L'objectivation », une source persistante d'incertitudes

573. Le caractère objectif de la distinction entre les modifications du contrat et le changement des conditions de travail doit être relativisé¹⁴⁵⁴. Les limites de la sphère contractuelle sont parfois floues (I). L'importance de la modification demeure un critère de distinction (II).

I) Le « socle contractuel » et les « conditions de travail », une distinction floue

574. Un auteur a justement souligné que *« contrairement à ce qui est affirmé dans certains arrêts, il n'existe aucun élément du contrat qui soit toujours contractuel. Tout droit ou obligation du salarié peut selon les circonstances être considéré comme un élément du*

disposition d'un salarié n'entraînait pas en soi une modification de son contrat de travail. Le juge devait rechercher, pour chaque espèce, si l'employeur d'origine continuait d'exercer son pouvoir de direction et si le contrat faisait l'objet d'une modification, telle qu'elle était définie par la Cour de cassation. V. not. : Cass. soc. 1^{er} avril 2003 : Bull. civ. V, n°128, n°02-14680 ; RJS 6/03, n°708 - Cass. soc. 15 mars 2005 : Bull. civ. V, n°88, n°03-41371 ; RJS 6/05, n°601. V. égal. : Cass. soc. 10 déc. 2008 : non publié au Bull., n°07-44689. Désormais, l'article L. 8241-2 du code du travail prévoit que le prêt de main-d'œuvre à but non lucratif conclu entre entreprises requiert l'accord du salarié concerné. La jurisprudence de la Cour de cassation est donc remise en cause.

¹⁴⁵³ En ce sens : J. Péliissier, Difficultés et dangers de l'élaboration d'une théorie jurisprudentielle : l'exemple de la distinction entre la modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail, Mélanges offerts à P. Couvrat, PUF, 2001, p. 101, spéc. p. 103.

¹⁴⁵⁴ F. Favennec-Héry, Modification du contrat de travail : le glissement de l'objectif vers le subjectif, RJS 2003, p. 459 : *« Le « socle contractuel » a des fissures, les clauses du contrat ne se voient pas toujours attribuer plein effet, la casuistique réapparaît discrètement mais sûrement, le champ même du régime de la modification du contrat est incertain. Il n'y a pas sur ce point de sécurité juridique alors*

contrat ou comme une simple condition de travail »¹⁴⁵⁵. La Cour de cassation « déqualifie » certains éléments relevant du socle contractuel (A) ; elle contractualise de simples conditions de travail (B).

A) Des éléments « déqualifiés »

575. Le statut collectif permet, dans certaines hypothèses, de justifier la « déqualification » opérée par le juge (1). Le caractère provisoire de la modification fonde également sa solution (2).

1) Le statut collectif, source de « déqualification »

576. Le statut collectif, source de « déqualification » de la rémunération - La rémunération du salarié constitue un élément du contrat de travail¹⁴⁵⁶. Elle peut néanmoins résulter de la convention collective, de l'usage ou de l'engagement unilatéral de l'employeur¹⁴⁵⁷. Dans ce cas, demeure-t-elle un élément contractuel ?

Selon le Professeur Dockès, « *une prime d'origine conventionnelle ou tirée d'un engagement unilatéral ne (...) [pouvait] être détruite sans suivre, en plus de la procédure de modification de son support d'origine, la procédure de modification des contrats individuels de travail* »¹⁴⁵⁸. Ce raisonnement n'a pas été retenu par la Cour de cassation. « *Lorsqu'une prime*

qu'il serait nécessaire d'assurer une certaine prévisibilité au chef d'entreprise sur les conséquences de ses décisions ».

¹⁴⁵⁵ J. Pélissier, préc., p. 103. V. aussi : C. Radé, ss. Cass. soc. 5 juin 2001, Dr. soc. 2001, p. 886, spéc. p. 887 : « *Toute modification de l'un des piliers du contrat ne nécessite (...) pas nécessairement l'assentiment du salarié ; encore faut-il que la décision prise par l'employeur modifie l'équilibre voulu par les parties lors de l'embauche* ».

¹⁴⁵⁶ Cass. soc. 28 janv. 1998, préc., note de bas de page, n°1418.

¹⁴⁵⁷ Cass. soc. 20 oct. 1998 : Bull. civ. V, n°435, n°95-44290 ; RJS 12/98, n°1448 ; Dr. soc. 1999, p. 128 et l'étude de P. Langlois, Le sort des avantages résultant d'un usage dénoncé, p. 125 ; JCP G 1999, II, 10206, note F. Millet.

¹⁴⁵⁸ E. Dockès, Consécration de la nature contractuelle du salaire, RJS 1998, p. 168, spéc. p. 169 : « *Le mode de calcul du salaire de base et celui des primes ont souvent pour origine des conventions collectives ou des engagements unilatéraux de l'employeur. Sauf à vider le principe de l'arrêt Systia de l'essentiel de son contenu, il faut considérer que, même dans ces cas, « le mode de rémunération d'un salarié constitue un élément du contrat de travail* ». V. aussi : G. Couturier, Qui touche au salaire, touche au contrat, Liaisons sociales, Le mensuel, avril 1998, p. 82 : « *Il est difficile de croire que la conclusion ou la révision d'un accord, la dénonciation d'un usage ou d'un engagement de l'employeur puisse transformer le mode de détermination ou réduire le montant de la rémunération sans que le*

est due en vertu d'un usage ou d'un engagement unilatéral de l'employeur, elle n'est pas incorporée aux contrats de travail et la dénonciation de l'usage ou de l'engagement unilatéral de l'employeur n'emporte aucune modification à ces contrats »¹⁴⁵⁹. Cette analyse est pertinente. Une solution inverse nierait le principe de l'autonomie des sources en droit du travail¹⁴⁶⁰. Dès lors, la rémunération ne constitue pas nécessairement un élément contractuel¹⁴⁶¹. Encore faut-il que l'avantage concerné ait une source contractuelle¹⁴⁶².

577. Le statut collectif, source de « déqualification » de la durée du travail - De même, la durée du travail relève, en principe, du socle contractuel¹⁴⁶³. Le juge a néanmoins admis que « *la réduction de la durée hebdomadaire du travail qui résulte d'un accord collectif étendu s'impose aux salariés ...* ». Seule « *la perte effective de rémunération contractuelle*

contrat individuel soit affecté en rien ; un certain équilibre de la relation contractuelle est forcément remis en cause ».

¹⁴⁵⁹ Cass. soc. 13 févr. 1996 : Bull. civ. V, n°53, n°93-42309 ; RJS 4/96, n°481 - Cass. soc. 7 avril 1998 : Bull. civ. v, n°206, n°95-42992 ; Dr. soc. 1998, p. 623, obs. J. Savatier. V. aussi : Cass. soc. 24 sept. 2008 : non publié au Bull., n°07-42488. Cependant, lorsque la rémunération du salarié résulte exclusivement d'un usage ou d'un engagement unilatéral de l'employeur, la dénonciation régulière de cet usage ou de cet engagement unilatéral ne permet pas à l'employeur de fixer unilatéralement le salaire. La Cour de cassation précise que « *celui-ci doit alors résulter d'un accord contractuel, à défaut duquel il incombe au juge de se prononcer* » (Cass. soc. 20 oct. 1998 : préc., note de bas de page, n°1457). Pour autant, la dénonciation régulière de l'usage suffit à la remise en cause de celui-ci. L'accord du salarié n'est pas nécessaire lors de la dénonciation. Elle déclenche néanmoins une obligation de négociation. De même, les avantages découlant de dispositions conventionnelles peuvent être modifiés ou supprimés conformément aux dispositions légales relatives aux conventions et accords collectifs sous réserve des avantages individuel acquis.

¹⁴⁶⁰ V. not. : P. Waquet, *Le renouveau du contrat de travail*, RJS 1999, p. 383, spéc. p. 386. V. aussi : P.-H. Antonmattéi, *les éléments du contrat de travail*, Dr. soc. 1999, p. 332.

¹⁴⁶¹ V. J. Péliissier, G. Auzero, E. Dockès, *Droit du travail*, 27^{ème} éd., Dalloz, 2013, n°601, p. 625. Ces auteurs relèvent que « *dès qu'une part trop importante du salaire vient d'un engagement unilatéral, la nature contractuelle de cet avantage est généralement admise, d'une manière ou d'une autre* ». Ils citent à cet égard un arrêt du 11 mars 2008 (Cass. soc. 11 mars 2008 : non publié au Bull., n°07-40210 ; Dr. ouvr. 2008, p. 489, note P. Adam). Cet arrêt indique, en effet, que « *la prime litigieuse, qui relevait d'un usage au sein de l'entreprise, avait toujours été payée à Mme X... depuis le début de la relation contractuelle (...), compte tenu de sa fixité et de sa constance, elle constituait un élément de salaire qui ne pouvait être supprimé sans son accord* ». V. aussi : Cass. soc. 10 oct. 2007 : non publié au Bull., n°06-43051 ; RDC 2008, p. 390, obs. C. Radé. La Cour de cassation semble considérer qu'un avantage résultant d'un usage présentant un caractère de constance et de fixité devient contractuel. La portée de ces décisions non publiées doit néanmoins être relativisée. V. not. : Cass. soc. 24 sept. 2008 : non publié au Bull., n°07-42488 ; RDC 2009, p. 172, obs. C. Radé. Dans cet arrêt, la Cour reproche à la Cour d'appel de ne pas avoir caractérisé la commune intention des parties de contractualiser le paiement des primes litigieuses. V. égal. : Cass. soc. 16 mars 2011 : Bull. civ. V, n°76, n°08-42671 ; JCP S 2011, 1326, note A. Barège.

¹⁴⁶² L'entrée en vigueur d'une nouvelle convention collective ne peut modifier le salaire contractuel. En ce sens : Cass. soc. 27 janv. 1999 : Bull. civ. V, n°109, n°99-40068 ; RJS 3/99, n°364. V. aussi : Cass. soc. 7 nov. 2007 : non publié au Bull., n°06-40115 ; RDT 2008, p. 31, note G. Pignarre.

¹⁴⁶³ V. supra n°570.

qu'entraîne cette réduction, constitue (...) une modification du contrat de travail »¹⁴⁶⁴. Depuis la loi n°2000-37 du 19 janvier 2000, l'article L. 1222-7 du code du travail prévoit expressément que « 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 ».

Mais l'application du principe de faveur est susceptible de fonder les solutions dans des espèces dont les faits étaient antérieurs à l'entrée en vigueur de ce texte¹⁴⁶⁵. Si la rémunération contractuelle est maintenue, la réduction de la durée du travail prévue par l'accord collectif est favorable au salarié¹⁴⁶⁶. Il n'y a point de modification de la durée du travail - même si cette dernière est expressément prévue par le contrat - mais substitution de la norme conventionnelle plus favorable¹⁴⁶⁷. L'accord du salarié n'est pas requis.

Toutefois, la Cour de cassation refuse de retenir un tel raisonnement lorsque la réduction de la durée du travail découle d'une décision unilatérale de l'employeur. C'est notamment ce qui résulte d'un arrêt du 30 mars 2011 rendu à propos d'un contrat de travail à temps partiel. Selon cette décision « la durée du travail telle que stipulée au contrat de travail constitue, en principe, un élément du contrat qui ne peut être modifié sans l'accord du salarié, peu important que la rémunération soit maintenue »¹⁴⁶⁸.

Dès lors, seule l'existence de dispositions conventionnelles permet de « modifier le raisonnement classique sur la modification du contrat de travail »¹⁴⁶⁹. De même, le caractère provisoire de la mesure est source de « déqualification ».

¹⁴⁶⁴ Cass. soc. 27 mars 2001 : Bull. civ. V, n°109, n°99-40068 ; Dr. soc. 2001, p. 667, obs. C. Radé ; RJS 6/01, n°751. V. aussi : Cass. soc. 13 nov. 2002 : non publié au Bull., n°00-45712 ; RJS 1/03, n°42. V. égal. : Cass. soc. 26 févr. 2003 : Bull. civ. V, n°73, n°01-43027 ; RJS 4/03, n°469. Sur ce dernier arrêt, v. C. Thomas, Accords de réduction du temps de travail « Loi Aubry I », RJS 2003, p. 371. Depuis la loi n°2000-37 du 19 janvier 2000, l'article L. 1222-7 du code du travail prévoit que « 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 ».

¹⁴⁶⁵ La Cour de cassation vise expressément ce principe dans l'arrêt du 26 février 2003 préc. : « Vu la loi n° 98-461 du 13 juin 1998, ensemble l'article L 135-2 [L. 2254-1] du Code du travail [...] ».

¹⁴⁶⁶ Sur ces questions, v. not. C. Thomas, préc. ; P.-H. Antonmattei, L'incidence des accords Aubry sur les contrats individuels de travail, LPA, 2 sept. 1998, n°105, p. 33. V. aussi : C. Radé, ss. Cass. soc. 27 mars 2001, Dr. soc. 2001, p. 669 ; G. Bélier, Quelques questions autour de la loi Robien, Dr. soc. 1996, p. 1009.

¹⁴⁶⁷ V. sur ce point supra n°450.

¹⁴⁶⁸ Cass. soc. 30 mars 2011, préc., note de bas de page, n°1449.

¹⁴⁶⁹ F. Favennec-Héry, Modification du contrat de travail : le glissement de l'objectif vers le subjectif, RJS 2003, p. 459.

2) *Le caractère provisoire de la mesure, source de « déqualification »*

578. Des hypothèses de « déqualification » - L'affectation occasionnelle d'un salarié en dehors du secteur géographique initialement fixé ne constitue pas une modification de son contrat de travail dès lors que certaines conditions sont respectées. L'affectation doit être motivée par l'intérêt de l'entreprise, justifiée par des circonstances exceptionnelles, et le salarié doit avoir été informé préalablement dans un délai raisonnable du caractère temporaire de l'affectation et de sa durée prévisible¹⁴⁷⁰. De même, lorsque le salarié a expressément accepté le caractère temporaire de la modification de ses attributions liée à l'absence d'un collègue, sa réintégration dans son emploi antérieur et la perte de l'indemnité attachée à ce remplacement ne constituent pas une modification du contrat¹⁴⁷¹. Enfin, l'accomplissement, la réduction et la suppression d'heures supplémentaires¹⁴⁷² ainsi que la mise en chômage partiel

¹⁴⁷⁰ Cass. soc. 3 févr. 2010 : Bull. civ. V, n°31, n°08-41412 ; JCP S 2010, 1148, note V. Roulet ; JCP S 2010, 1431, note S. Béal et A. Ferreira ; Dr. ouvr. 2010, p. 359, note B. Lardy-Pélessier ; RDT 2010, p. 226, obs. J.-Y. Frouin ; Gaz. Pal. 29 avril 2010, n°119, p. 9 obs. R. Laulier ; JCP G 2010, p. 414, note N. Dedessus-Le- Moustier - Cass. soc. 22 sept. 2010 : non publié au Bull., n°08-70368. V. aussi : A Gardin, le changement temporaire du lieu de travail du salarié, SSL 2000, n°1460, p. 6 et n°1461, p. 5

A fortiori, sous réserve du respect de certaines conditions, le déplacement occasionnel n'est pas constitutif d'une modification du contrat. V. not. : Cass. soc. 22 janv. 2003 : Bull. civ. V, n°15, n°00-43826 ; JCP G 2003, II, 10080, note D. Corrigan-Carsin ; D. 2003, som., p. 1659, note M.-C. Escande-Varniol ; SSL 2003, n°1107, p. 8, avis de J. Duplat : « *Le déplacement occasionnel (...) 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* » - Cass. soc. 11 juill. 2012 : A paraître au Bull., n°10-30219 - Cass. soc. 24 oct. 2012 : non publié au Bull., n°11-17543.

¹⁴⁷¹ Cass. soc. 31 mai 2012 : A paraître au Bull., n°10-22759, JCP S 2012, 1356, note F. Dumont. Comp. : Cass. soc. 11 janv. 2006 : Bull. civ. V, n°5, n°03-46698, JCP S 2006, 1157, note J.-Y. Frouin.

¹⁴⁷² Cass. soc. 9 mars 1999 : Bull. civ. V, n°103, n°96-43718 ; RJS 4/99, n°524 ; Dr. soc. 1999, p. 630, obs. P.-H. Antonmattei. V. aussi : Cass. soc. 2 nov. 2005 : non publié au Bull., n° 03-47679 ; RJS 1/06, n°54 - Cass. soc. 10 mars 1998 : Bull. civ. V, n°124, n°95-44842 ; Dr. soc. 1998, p. 492, obs. J. Barthélémy. Cependant, la décision de l'employeur doit avoir été prise dans l'intérêt de l'entreprise : Cass. soc. 19 juin 2008 : non publié au Bull. n°07-40874 ; non publié au Bull., n°07-40874 ; RJS 12/08, n°1199. V. égal. : Cass. soc. 10 oct. 2012 : A paraître au Bull., n° 11-10455.

V. aussi en ce qui concerne la suppression d'une astreinte : Cass. soc. 13 juill. 2010 : Bull. civ. V, n°173 ; JCP S 2010, 1365, note M. Morand, « *Lorsqu'une astreinte est une sujétion liée à une fonction et que le titulaire de cette fonction n'y est pas systématiquement soumis, sa suppression par l'employeur ne constitue pas une modification du contrat* » - V. aussi : Cass. soc. 15 déc. 2004 : Bull. civ. V, n°334, n°02-43233 ; RJS 2/05, n°158. La référence faite au caractère systématique pouvait néanmoins laisser penser qu'une contractualisation à travers le temps était possible. Cependant, cette référence paraît abandonnée ; la contractualisation à travers le temps est désormais exclue. V. not. : Cass. soc. 10 oct. 2012 : A paraître au Bull., n°11-10454 ; CSBP 2012, A 99, n°246, p. 328, note F.-J. Pansier ; JCP 2012, 1494, note M. Morand : « *Attendu qu'il n'existe pas de droit acquis à l'exécution d'astreintes, sauf engagement de l'employeur vis à vis du salarié à en assurer l'exécution d'un certain nombre ; qu'à défaut d'un tel engagement, seul un abus de l'employeur dans l'exercice de son pouvoir de direction peut ouvrir droit à indemnisation* ». V. not. : A. Fabre, Attribution d'heures supplémentaires et d'astreintes : principe d'égalité, où es-tu ?, SSL. 2012, n°1650, p. 11, spéc. p. 12 : « *L'exclusion expresse d'un droit*

pendant la période d'indemnisation¹⁴⁷³ peuvent, en principe, être imposés au salarié. Secteur géographique, durée du travail, fonctions et rémunération sont alors modifiés unilatéralement par l'employeur.

Sur quel fondement la Cour de cassation s'appuie-t-elle pour justifier ces solutions? En ce qui concerne le chômage partiel, certains auteurs estiment que « *la chambre sociale a voulu encourager les employeurs qui choisissent des mesures de réduction collective d'horaires plutôt que des licenciements économiques* »¹⁴⁷⁴. Le juge aurait souhaité privilégier la stabilité du contrat de travail. Pourtant, l'objectif de stabilité contractuelle ne saurait autoriser une correction unilatérale de la volonté des parties. Si l'adaptation du lien contractuel doit être favorisée, la force obligatoire du contrat ne doit pas être éludée.

579. Des mesures provisoires - En réalité, dans chacune de ces hypothèses (affectation occasionnelle en dehors du secteur géographique, heures supplémentaires et chômage partiel), la modification n'est que « temporaire ». Le caractère provisoire de la mesure justifie la « déqualification »¹⁴⁷⁵. Il est en effet permis de penser que les incidences de la mesure étant limitées dans le temps, elles n'affectent pas la teneur de la prestation.

acquis au profit de la recherche d'un engagement de l'employeur, le tout au visa de l'article 1134 du code civil paraît écarter cette analyse désormais ».

¹⁴⁷³ Cass. soc. 18 juin 1996 : Bull. civ. V, n°252, n°94-44654 à n°94-44662 ; Dr. soc. 1996, p. 978, obs. H. Blaise - Cass. soc. 2 févr. 1999 : Bull. civ. V, n°47, n°96-42831 ; Dr. soc. 1999, p. 419, obs. A. Mazeaud - Cass. soc. 9 mars 1999, préc.. V. aussi : M. Morand, Le chômage partiel ne modifie plus le contrat de travail, Dr. du trav., oct. 1996, p. 3. Sur la jurisprudence antérieure, v. not. : Cass. soc. 23 oct. 1991 : Bull. civ. V, n°437, n°88-43601 ; Dr. soc. 1991, p. 961. Encore faut-il, en ce qui concerne le chômage partiel, que les conditions de l'article R. 5122-1 du code du travail soient remplies. V. cep. : J. Péliissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud et E. Dockès, Les grands arrêts de droit du travail, Dalloz, 4^{ème} éd. 2008, p. 373 : « *Le texte mentionne l'exigence d'une « contrainte » de suspendre ou réduire temporairement l'activité de l'entreprise. Mais l'énoncé des possibles raisons de cette « contrainte » démontre que l'on est loin du caractère contraignant de la force majeure ...* ».

¹⁴⁷⁴ P. Waquet, La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail, RJS 1996, p. 791, spéc. p. 796. V. aussi : H. Blaise, ss. Cass. soc. 18 juin 1996, Dr. soc. 1996, p. 978 ; J. Péliissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud et E. Dockès, Les grands arrêts de droit du travail, Dalloz, 4^{ème} éd. 2008, p. 374 : « *Il s'agit de simplifier le recours au chômage partiel, en espérant par cette voie éviter d'éventuels licenciements économiques* ».

¹⁴⁷⁵ En ce qui concerne le chômage partiel, v. en ce sens : P.-H. Antonmattei, ss. Cass. soc. 9 mars 1999, Dr. soc. 1999, p. 631.

B) Des éléments contractualisés

580. Le changement des horaires de travail peut, en principe, être imposé au salarié. Toutefois, en cas de « *bouleversement des horaires* »¹⁴⁷⁶, l'accord de ce dernier peut s'avérer nécessaire. Ce bouleversement est apprécié objectivement par le juge (1). Subsidiairement, il peut faire l'objet d'une approche subjective (2).

1) L'appréciation objective du bouleversement des horaires

581. Certains bouleversements des horaires déterminés objectivement requièrent, à juste titre, l'accord du salarié (a). En revanche, la Cour de cassation a considéré, de manière contestable, que la mise en place d'un accord de modulation nécessitait l'accord de ce dernier (b).

a) Un accord justifié

582. Les changements d'horaires constitutifs de bouleversements - Sont qualifiés de « modifications du contrat », le passage d'un horaire de jour à un horaire de nuit¹⁴⁷⁷, d'un horaire fixe à un horaire variable¹⁴⁷⁸, d'un horaire libre à un horaire fixe¹⁴⁷⁹, d'un horaire continu à un horaire discontinu¹⁴⁸⁰ ainsi que la modification d'un cycle¹⁴⁸¹, la perte une

¹⁴⁷⁶ Expression utilisée par P. Waquet, Tableau de la jurisprudence sur le contrôle de la modification du contrat de travail, Dr. soc. 1999, p. 566, spéc. p. 578.

¹⁴⁷⁷ Cass. soc. 5 juin 2001 : Bull. civ. V, n°206, n°98-44782 ; Bull. civ. V, n°206, n°98-44781 ; Dr. soc. 2001, p. 886, obs. C. Radé ; RJS 8-9/01, n°922 - Cass. soc. 27 févr. 2001 : Bull. civ. V, n°61, n°98-43783 ; Dr. soc. 2001, p. 553, obs. J. Savatier ; RJS 5/01, n°564 - Cass. soc. 18 juin 2002 : non publié au Bull., n°00-44134 ; RJS 11/02, n°1205. V. aussi : Cass. soc. 7 avril 2004 : Bull. civ. V, n°107, n°02-41486 : « *Le passage, même partiel, d'un horaire de jour à un horaire de nuit constitue une modification du contrat de travail qui doit être acceptée par le salarié* » - Cass. soc. 30 oct. 2007, non publié au Bull., n° 06-43455.

¹⁴⁷⁸ Cass. soc. 14 nov. 2000 : Bull. civ. V, n°365, n°98-43218 ; RJS 1/01, n°10 ; JSL 2000, n°70, p. 15, note L. Seguin - Cass. soc. 8 juill. 2008 : non publié au Bull., n°06-45769 ; RJS 11/08, n°1075. Sur le passage d'un horaire variable à un horaire fixe : Cass. soc. 24 janv. 2007 : non publié au Bull., n°05-42688 ; RJS 4/07, n°410.

¹⁴⁷⁹ Cass. soc. 12 déc. 2000 : Bull. civ. V, n°417, n°98-44580.

¹⁴⁸⁰ Cass. soc. 18 déc. 2000 : Bull. civ. V, n°423, n°98-42885 ; RJS 2/01, n°168. Sur le passage d'un horaire discontinu à un horaire continu : Cass. soc. 8 juill. 2008 : non publié au Bull., n° 06-45769.

¹⁴⁸¹ Cass. soc. 10 mai 1999 : Bull. civ. V, n°208, n°96-45652 ; RJS 6/99, n°830.

semaine sur deux du bénéfice du repos hebdomadaire de deux jours consécutifs¹⁴⁸² et la privation du repos dominical¹⁴⁸³.

583. Des changements non conformes aux prévisions des parties - Ces solutions sont justifiées. Le passage d'un horaire de jour à un horaire de nuit, par exemple, n'est probablement pas conforme aux prévisions initiales des parties. Même s'il n'a pas d'incidence sur le volume de la prestation de travail, un tel changement modifie la teneur de celle-ci. La Cour de cassation a donc tenté de déterminer objectivement les bouleversements d'horaires susceptibles d'affecter l'objet de l'obligation du salarié. Cependant, dans certains cas, ses solutions sont discutables.

b) Une exigence limitée

584. La Cour de cassation a considéré dans un arrêt du 28 septembre 2010 que « *l'instauration d'une modulation du temps de travail constitue une modification du contrat de travail* »¹⁴⁸⁴. Le législateur est intervenu afin de condamner cette jurisprudence.

585. La modulation, l'accord du salarié exigé par le juge - Selon, l'arrêt du 28 septembre 2010, un accord de modulation n'entraînerait pas un simple changement mais un véritable « bouleversement » des horaires¹⁴⁸⁵. En outre, la mise en œuvre de l'accord de modulation serait à l'origine d'« *une modification du mode de détermination des heures supplémentaires* »¹⁴⁸⁶.

¹⁴⁸² Cass. soc. 22 oct. 2003 : non publié au Bull., n°01-42651.

¹⁴⁸³ Cass. soc. 2 mars 2011 : Bull. civ. V, n°56, n°09-43223 ; RJS 5/11, n°429.

¹⁴⁸⁴ Cass. soc. 28 sept. 2010 : Bull. civ. V, n°197, n°08-43161 ; SSL 2010, n°1472, p. 12, note P. Florès ; SSL 2010, n°1464, p. 10, note F. Favennec-Héry ; RJS 12/10, n°939 ; JCP S 2010, 1466, note M. Morand ; D. 2011, p. 219, note S. Frossard ; Dr. soc. 2011, p. 154 et l'étude de J. Barthélémy, Modulation des horaires et contrat de travail, p. 151. V. aussi à propos des salariés à temps partiel : Cass. soc. 28 sept. 2011 : non publié au Bull., n°10-19076.

V. égal. : Cass. soc. 23 sept. 2009 : Bull. civ. V, n°101, n°07-44712 ; JCP S 2009, 1503, note A. Martinon.

¹⁴⁸⁵ En ce sens, P. Florès, Modulation du temps de travail et modification du contrat de travail, SSL 2010, n°1472, p. 12, spéc. p. 13 : « *Même dans le cadre d'un contrat de travail à temps complet, l'accord de modulation n'apporte pas une simple modification des horaires. Il bouleverse ceux-ci sur l'année, par la détermination de périodes hautes et basses auxquelles le salarié devra s'adapter, sauf stipulations contraaires d'un accord d'entreprise ou d'établissement, avec un délai de prévenance de sept jours (C. trav., art. L. 3122-2 al. 3) et qu'il devra prendre en compte dans l'organisation de sa vie personnelle et familiale* ». V. aussi : P. Gosselin, Le temps de travail, jurisprudence récente de la chambre sociale de la Cour de cassation, Dr. soc. 2010, p. 374.

¹⁴⁸⁶ Dans l'affaire soumise à la Cour de cassation, le salarié avait bénéficié de la réduction du temps de travail mais sa durée de travail avait été maintenue à 169 heures. Il effectuait, en conséquence, un

Une telle analyse est contestable. La modulation du temps de travail constitue-t-elle réellement un bouleversement des horaires caractérisant une modification du contrat ? La question se pose au regard des garanties légales encadrant la mise en place d'un régime de modulation. Cette répartition des heures sur une période supérieure à la semaine « *n'entraîne ni diminution, ni augmentation de la durée du travail, mais un changement dans sa répartition en instituant une succession de périodes hautes et de périodes basses de travail ; ce changement est programmé et connu des intéressés ; les modifications susceptibles d'intervenir sont assorties d'un délai de prévenance ; la modulation ne produit pas d'effet sur la rémunération, la plupart des accords étant assortie d'un mécanisme de lissage* »¹⁴⁸⁷.

Par ailleurs, « *exiger l'accord du salarié « pour modifier le mode de détermination des heures supplémentaires » est contraire à une règle jurisprudentielle bien assise* »¹⁴⁸⁸. « *Le salarié n'a pas de droit acquis à l'exécution d'heures supplémentaires* »¹⁴⁸⁹. La solution de la Cour de cassation était sur ce point particulièrement critiquable¹⁴⁹⁰.

La rédaction de l'ancien article L. 3122-9 du code du travail était claire. La modulation était mise en place par « *une convention ou un accord collectif étendu ou une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement* ». Désormais, l'article L. 3122-2 exige « *un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord de branche* ». Le législateur a donc entendu conférer aux partenaires sociaux le pouvoir de

nombre non négligeable d'heures supplémentaires remises en cause par l'application de l'accord de modulation. Dès lors, selon le conseiller P. Florès, « *la modification du contrat de travail qui résulte de l'atteinte à la rémunération du salarié impliquait (...) que soit recueilli son accord exprès* » (SSL 2010, n°1472, p. 13).

¹⁴⁸⁷ F. Favennec-Héry, Une mort annoncée des accords collectifs d'annualisation du temps de travail, SSL 2010, n°1464, p. 10. Toutefois, le travail de nuit fait également l'objet de dispositions protectrices des salariés. Le passage d'un horaire de jour à un horaire de nuit n'entraîne ni diminution ni augmentation de la durée du travail mais un changement dans sa répartition. Il est pourtant acquis qu'il constitue un bouleversement des horaires.

¹⁴⁸⁸ F. Favennec-Héry, préc., p. 11.

¹⁴⁸⁹ P. Florès, préc., p. 13.

¹⁴⁹⁰ V. not. : F. Favennec-Héry, préc., p. 11 : « *Il est dès lors permis de se demander si la véritable modification visée par l'arrêt n'est pas celle-là et si cette décision ne laisse pas présager une évolution du régime des heures supplémentaires... sous couvert de « l'évolution du mode de rémunération ». L'enjeu du débat est-il véritablement la répartition du temps de travail ou le niveau des heures supplémentaires ?* ».

mettre en place un régime de modulation¹⁴⁹¹. Exiger l'accord individuel des salariés revenait à ajouter une condition non prévue par la loi. En ce qui concerne les conventions de forfait, le code du travail exige la conclusion d'un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord de branche ainsi que l'accord individuel du salarié¹⁴⁹². Mais puisqu'il ne prévoit « que » la conclusion d'une convention ou d'un accord collectif pour la mise en place de la modulation, le juge aurait dû en déduire que l'accord du salarié n'était pas requis¹⁴⁹³. Sa solution est d'autant plus critiquable qu'elle avait vocation à s'appliquer à la mise en place de tout aménagement collectif du temps de travail modifiant la période de référence pour le calcul des heures supplémentaires¹⁴⁹⁴. Le législateur a donc été contraint d'intervenir.

586. La modulation, l'accord du salarié exclu par le législateur - L'article 45 de la loi 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives a créé un article L. 3122-6 au sein du code du travail. Selon ce texte, *« 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*

¹⁴⁹¹ Contra : P. Florès, préc., p. 12. Le Conseiller P. Florès se fonde sur les dispositions de l'article L. 1222-7 du code du travail pour justifier la solution de la Cour de cassation. D'après ce texte, *« la seule diminution du nombre d'heures de travail stipulé au contrat de travail en application d'un accord de réduction de la durée du travail ne constitue pas une modification du contrat »*. Ainsi, selon le Conseiller P. Florès, c'est parce que le législateur *« avait conscience que la modification de la durée du travail pouvait constituer une modification du contrat de travail (...) [qu'il] a introduit l'exception prévue par l'article L. 212-3, devenu L. 1222-7 du code du travail. En conséquence, lorsque les faits n'entrent pas dans cette exception légale, les règles de droit commun relatives à la modification doivent être appliquées »*. Cependant, si le législateur est intervenu à l'article L. 1222-7 du code du travail, c'est parce que la durée du travail relève en principe du socle contractuel. Or, tel n'est pas le cas de la répartition des horaires. Dès lors, les dispositions légales ne prévoyant « que » la conclusion d'une convention ou d'un accord collectif excluent l'exigence d'un accord individuel du salarié sur un aménagement du temps de travail.

¹⁴⁹² C. trav., art. L. 3121-39 et 3121-40.

¹⁴⁹³ V. not., M. Morand, La modulation des horaires modifie le contrat de travail, JCP S 2010, 1466 : *« Cette capacité donnée par le législateur à l'accord d'entreprise est encore renforcée par la légitimité des négociateurs depuis la loi du 20 août 2008. Il devient paradoxal de ne pas consacrer une place à part à ce type d'accord dans la relation avec le contrat de travail quand l'accord collectif est souhaité par la législature et approuvé par des syndicats de salariés dont l'audience, constatée lors des élections professionnelles, consacre leur représentativité »*. D'ailleurs, en ce qui concerne les astreintes, le code du travail prévoit notamment à l'article L. 3121-7 *« qu'elles sont mises en place par convention ou accord collectif de travail étendu ou par accord d'entreprise ou d'établissement ... »*. Or, dans ce cas, la Cour de cassation a admis que la décision de l'employeur de mettre en œuvre le régime des astreintes prévu par accord collectif n'entraîne aucune modification du contrat de travail (Cass. soc. 16 déc. 1998 : Bull. civ. V, n°556, n°96-42102 ; Dr. soc. 1999, p. 254 et l'étude de J.-E. Ray, Les astreintes, un temps du troisième type, p. 250 - Cass. soc. 13 févr. 2002 : non publié au Bull., n°00-40387 ; RJS 5/02, n°570).

¹⁴⁹⁴ V. not. : F. Favennec-Héry, Une mort annoncée des accords collectifs d'annualisation du temps de travail, SSL 2010, n°1464, p. 10 spéc. p. 11 et 12 ; J. Barthélémy, Modulation des horaires et contrat de travail, Dr. soc. 2011, p. 151, spéc. p. 153 ; M. Morand, La modulation des horaires modifie le contrat de travail, JCP S 2010, 1466.

modification du contrat de travail. Le premier alinéa ne s'applique pas aux salariés à temps partiel ». L'introduction de ce texte devrait donc fortement inciter la Cour de cassation à revenir sur sa position¹⁴⁹⁵.

2) *L'appréciation subjective du bouleversement des horaires*

587. Outre l'appréciation objective du bouleversement des horaires, la Cour de cassation retient une approche subjective (a), à caractère subsidiaire (b).

a) Une analyse consacrée

588. Une analyse initialement rejetée - Depuis la consécration d'une analyse objective, la Cour de cassation rejetait toute prise en considération de la vie personnelle du salarié lors de la qualification de la mesure. Si le salarié refusait sa mutation dans un même secteur géographique, son ancienneté, ses charges familiales pouvaient permettre de rejeter la qualification de faute grave¹⁴⁹⁶. Il en était de même en cas de changement d'horaires¹⁴⁹⁷. Cette analyse était la conséquence d'une appréciation objective de la modification. Parce que la vie personnelle et familiale du salarié n'était pas prise en compte lors de la qualification de la mesure, elle l'était lorsqu'il refusait cette dernière.

589. Une analyse récemment consacrée - Dans un arrêt du 3 novembre 2011, la Cour de cassation adopte une solution nouvelle. Elle décide, au visa des articles L. 1121-1 du code du travail et 1134 du code civil, que « *sauf atteinte excessive au droit du salarié au respect de sa vie personnelle et familiale ou à son droit au repos, l'instauration d'une nouvelle répartition*

¹⁴⁹⁵ V. sur cette question : M. Morand, L'accord d'aménagement du temps de travail, Loi n°2012-387 du 22 mars 2012, art. 45, JCP S 2012, 1145, n°18. L'auteur s'interroge sur la position future de la Cour de cassation.

¹⁴⁹⁶ V. not. : Cass. soc. 15 déc. 2004, préc., note de bas de page, n°1384 - Cass. soc. 3 juin 2009, non publié au Bull., n°08-4104 et n°08-41420 - Cass. soc. 18 nov. 2009 : non publié au Bull., n°08-44025.

¹⁴⁹⁷ V. not. : Cass. soc. 14 déc. 2005, préc., note de bas de page, n°1451. En ce qui concerne le salarié à temps partiel, l'article L. 3123-24 du code du travail prévoit expressément que « *lorsque l'employeur demande au salarié de changer la répartition de sa durée du travail dans un des cas et selon les modalités préalablement définis dans le contrat de travail, le refus du salarié d'accepter ce changement ne constitue pas une faute ou un motif de licenciement dès lors que ce changement n'est pas compatible avec des obligations familiales impérieuses...* ». V. not. : Cass. soc. 15 déc. 2006 : non publié au Bull., n°05-42133 ; JCP S 2007, 1136, note M. Del Sol.

du travail sur la journée relève du pouvoir de direction de l'employeur »¹⁴⁹⁸. Dans cette affaire, le bouleversement des horaires ne correspondait pas à un changement qualifié objectivement de « modification du contrat ». Il ne s'agissait pas, par exemple, du passage d'un horaire continu à un horaire discontinu. La Cour d'appel avait simplement relevé qu'en raison de la nouvelle répartition des horaires sur la journée, le rythme de travail du salarié était « *totalelement bouleversé* ». Or, la Cour de cassation reproche aux juges du fond de ne pas avoir précisé si le changement d'horaire portait une atteinte excessive au droit du salarié au respect de sa vie personnelle et familiale et à son droit au repos¹⁴⁹⁹. Autrement dit, les conséquences qu'emporte la mesure sur la vie personnelle et familiale du salarié semblent, désormais, pouvoir permettre aux juges du fond de qualifier celle-ci¹⁵⁰⁰.

590. L'analyse subjective, une source de difficultés pratiques - Une telle analyse est source de difficultés pratiques. L'employeur n'a pas connaissance de la vie personnelle et familiale du salarié lorsqu'il envisage la mesure. Dès lors, doit-il l'informer du changement de ses conditions de travail ? Doit-il lui proposer une modification du contrat de travail ? L'analyse objective a, notamment, pour objet d'éviter de telles difficultés de qualification. L'approche subjective ne fait qu'accroître les incertitudes¹⁵⁰¹.

b) Une analyse subsidiaire

591. La persistance de l'analyse objective - La solution ne marque pas un abandon de l'analyse objective. La Cour de cassation a rappelé dans un arrêt également rendu le 3 novembre 2011 que « *le passage d'un horaire continu à un horaire discontinu entraîne la*

¹⁴⁹⁸ Cass. soc. 3 nov. 2011 : Bull. civ. V, n°246, n°10-14702 : D. 2012, p. 67, note P. Lokiec ; RDT 2012, p. 31, note S. Tournaux ; RJS 1/12, n°10 ; JCP G 2011, 1285, veille par C. Lefranc-Hamoniaux ; SSL 14 nov. 2011, n°1513, p. 10, note A. Marcon. V. aussi : Cass. soc. 9 nov. 2011 : non publié au Bull., n°10-14587.

¹⁴⁹⁹ Si une atteinte est portée au droit au repos du salarié, il importe peu qu'elle soit excessive. En ce sens : A. Marcon, Horaires de travail et modification du contrat, un nouveau mode d'emploi, SSL 14 nov. 2011, n°1513, p. 10. V. aussi : P. Lokiec, ss. Cass. soc. 3 nov. 2011, D. 2012, p. 67 : « *Les règles sur le repos sont soit intangibles (repos quotidien, pauses), soit soumises à un régime strict de dérogations (travail dominical) qui se prête difficilement à un accommodement eu égard à l'intérêt de l'entreprise ...* ».

¹⁵⁰⁰ En ce sens : A. Jeammaud, Consentir, in La volonté du salarié, ss. la dir. de Tatiana Sachs, Dalloz, 2012, p. 65, spéc. p. 83 : « *Car à lire cet arrêt de cassation, son « chapeau » notamment, c'est bien sur la qualification du changement en cause - plutôt qu'en infectant un acte de direction - qu'agit l'atteinte excessive, visé en même temps que l'article 1134 du code civil* ».

¹⁵⁰¹ La vie personnelle et familiale doit être prise en compte. Elle ne doit pas avoir d'incidence sur la qualification de la mesure. Elle doit néanmoins permettre au salarié de refuser une mesure qui porterait une atteinte excessive à sa vie personnelle et familiale. V. infra n°646, à propos du secteur géographique.

modification du contrat de travail »¹⁵⁰². L'approche subjective revêt un caractère subsidiaire. Ce n'est que dans l'hypothèse où le bouleversement des horaires ne correspond pas à un cas « objectif » de modification du contrat de travail que les juges du fond doivent revenir à une approche subjective¹⁵⁰³.

En conséquence, la nouvelle distinction élaborée par la Cour de cassation comporte de multiples failles. Celles-ci sont d'autant plus manifestes que l'importance de la modification demeure un critère de distinction.

II) L'importance de la modification, un critère de distinction persistant

592. L'importance de la modification eu égard à la vie personnelle et familiale du salarié constitue le critère implicite sur lequel repose l'analyse de la Cour de cassation (A). Il fait néanmoins l'objet d'une approche « objective » (B).

A) Un critère implicite

593. **L'importance de la modification, un critère *a priori* abandonné** - La Cour de cassation a affirmé à plusieurs reprises sa volonté d'abandonner le critère de distinction reposant sur l'importance de la modification. C'est principalement à propos du lieu et de la rémunération qu'elle a expressément exclu toute référence à l'ancien critère de distinction¹⁵⁰⁴. « *Le changement de lieu doit être apprécié de manière objective* »¹⁵⁰⁵. « *La rémunération contractuelle du salarié constitue un élément du contrat de travail qui ne peut être modifié,*

¹⁵⁰² Cass. soc. 3 nov. 2011 : Bull. civ. V, n°248, n°10-30033.

¹⁵⁰³ Reste la question de savoir si ce raisonnement doit être retenu en cas de mutation du salarié au sein d'un même secteur géographique. Ce n'est qu'en l'absence « *d'atteinte excessive au droit du salarié au respect de sa vie personnelle et familiale* », que le changement de lieu de travail serait alors qualifié de « *changement des conditions de travail* ». Une telle solution serait néanmoins contestable.

¹⁵⁰⁴ V. cep. : Cass. soc. 14 nov. 2007 : non publié au Bull., n°06-43762 ; JCP S 2008, 1097, note B. Bossu : « *La cour d'appel a décidé, à bon droit, que la suppression de l'important avantage en nature que représente la mise à disposition d'un logement de fonction constitue une modification du contrat ...* ». Cette solution est critiquable. V. not. : B. Bossu, ss. Cass. soc. 14 nov. 2007 : JCP S 2008, 1097, p. 24.

¹⁵⁰⁵ Cass. soc. 4 mai 1999, préc., note de bas de page n°1443.

même de manière minime, sans son accord »¹⁵⁰⁶. Le critère reposant sur l'importance de la modification semble être condamné. Pourtant, son application subsiste.

594. L'importance de la modification, un critère utilisé - Certains bouleversements des horaires sont qualifiés par la Cour de cassation de « modifications du contrat »¹⁵⁰⁷. Tel est le cas, par exemple, du passage d'un horaire de jour à un horaire de nuit. Or, généralement un tel changement a des répercussions importantes sur la vie personnelle du salarié¹⁵⁰⁸. N'est-ce pas la véritable raison de la qualification de « modification du contrat de travail » ? A l'inverse, les « *modifications provisoires* » n'ont qu'une incidence limitée sur la vie personnelle de l'intéressé¹⁵⁰⁹. Or, la Cour de cassation ne les qualifie pas de « modifications du contrat ». « *C'est donc l'importance de la modification qui détermine encore la qualification du changement apporté par l'employeur* »¹⁵¹⁰. Mais ce critère n'est plus apprécié de manière subjective.

B) Une approche collective

595. Une approche individuelle exclue - Le critère lié à l'importance de la mesure est « objectif ». Les juges du fond ne doivent pas s'intéresser - dans l'affaire qui leur est soumise - aux répercussions de la mesure sur la vie personnelle du salarié concerné. Toute appréciation individuelle est exclue.

596. Une approche collective retenue - La question est de savoir si la mesure est susceptible d'entraîner des répercussions importantes sur la vie personnelle de n'importe quel salarié. Si tel est le cas, la modification requiert l'accord du salarié. Peu importe qu'elle n'ait pas de véritables conséquences sur la vie personnelle d'un salarié en particulier¹⁵¹¹. Ce

¹⁵⁰⁶ Cass. soc. 19 mai 1998, préc., note de bas de page, n°1426.

¹⁵⁰⁷ Sur ce point, v. infra n°582.

¹⁵⁰⁸ Il en est de même, en principe, d'un changement de secteur géographique ou du fait d'imposer au salarié de travailler à domicile.

¹⁵⁰⁹ V. supra n°578 et n°579.

¹⁵¹⁰ P.-H. Antonmattei, Les éléments du contrat de travail, Dr. soc. 1999, p. 330, spéc. p. 334. V. aussi : F. Favennec-Héry, Modification du contrat de travail : le glissement de l'objectif vers le subjectif, RJS 2003, p. 459.

¹⁵¹¹ Dans un arrêt du 23 avril 2002, la Cour d'appel de Limoges a considéré qu'un « *changement apporté par l'employeur à l'horaire de travail constitue une modification du contrat travail dans la mesure où il a une incidence significative sur la vie privée des salariés ...* » (CA Limoges 23 avril 2002, Gaillard c/ Sté Acaplast : JurisData n°2002-195318 ; Dr. soc. 2002, p. 1152, obs. J. Mouly). Elle a pris en compte la vie privée des salariés lors de la qualification de la mesure. Toutefois, elle n'a pas retenu une approche

raisonnement n'a cependant vocation à s'appliquer que si l'intention des parties est indécélable.

§ 2 : La quête de la volonté des parties, une recherche persistante

597. « L'objectivation » de la volonté des parties ne doit pas se substituer à leur intention réelle¹⁵¹². Le comportement des parties (1) et les stipulations contractuelles (2) doivent être examinés par le juge.

1) Le comportement, révélateur de l'intention des parties

598. Le comportement des parties peut traduire une volonté de contractualisation (A) ou, à l'inverse, exclure une telle intention (B).

A) Une volonté de contractualisation

599. La volonté de contractualisation résulte parfois d'une autorisation implicite de l'employeur (1). L'acceptation implicite du salarié peut également justifier la contractualisation d'un avantage (2).

1) L'autorisation implicite de l'employeur

600. **L'autorisation d'effectuer la prestation de travail à domicile** - Le juge a admis, à propos du travail à domicile, que le comportement des parties était susceptible de révéler la volonté de contractualiser le lieu de travail. Les juges du fond avaient retenu que le contrat de travail ne comportait aucune disposition relative au lieu d'exécution de la prestation. Le

subjective mais objective. Comme le souligne le Professeur Mouly, la Cour d'appel de Limoges « exprimerait tout haut ce que la Cour de cassation pense tout bas » (J. Mouly, préc.).

¹⁵¹² A. Lyon-Caen, Une liaison dangereuse entre jurisprudence et théorie à propos de la modification du contrat de travail, Etudes offertes à J. Pélissier, Dalloz, 2004, p. 357, spéc. p. 363 : « « L'objectivation consiste à dépasser l'intention des parties, au nom d'une vision plus réaliste et constructive de leurs attentes. Dans cette logique, primat doit toutefois être reconnu aux stipulations explicites et ce n'est qu'à défaut de telles stipulations que l'interprétation objective se déploie ».

salarié engagé en qualité de directeur commercial avait été autorisé dès son embauche à effectuer à son domicile les tâches administratives inhérentes à sa prestation de travail¹⁵¹³. Puis, en raison de l'insuffisance de ses résultats commerciaux, l'employeur lui avait demandé de travailler au siège de la société deux jours par semaine. Ce salarié ayant refusé, l'employeur l'avait licencié pour faute grave. La Cour de cassation a estimé que le fait d'imposer au salarié - autorisé à travailler en partie à son domicile - d'effectuer sa prestation au siège constituait une modification du contrat qu'il était en droit de refuser¹⁵¹⁴.

601. Une contractualisation « déduite des circonstances de fait »¹⁵¹⁵ - En l'espèce « *le lieu de travail convenu entre les parties était incertain* »¹⁵¹⁶. L'autorisation de travailler à domicile n'avait pas fait l'objet d'une clause écrite. Il ne s'agissait probablement pas d'une simple tolérance¹⁵¹⁷ mais d'une pratique répétée et approuvée par l'employeur. La solution peut néanmoins surprendre. La mention du lieu dans le contrat ne permet pas sa contractualisation ; mais le comportement des parties peut révéler une telle intention¹⁵¹⁸. De surcroît, « *on est tenté de dire qu'il appartenait aux juges du fond de déterminer la portée de l'accord donné par l'employeur au salarié pour l'accomplissement d'une partie de la prestation de travail au domicile* »¹⁵¹⁹.

2) L'acceptation implicite du salarié

602. La contractualisation de primes de production - Dans un arrêt du 1^{er} février 2012, la Cour de cassation a admis la contractualisation de primes de production en l'absence d'avenant exprès signé par le salarié. Dans cette affaire, l'employeur avait proposé au salarié par courrier daté du 12 février 1992, l'instauration d'une nouvelle méthode de calcul des salaires. Celle-ci entraînait la suppression des primes antérieures et l'instauration d'une prime de production et d'une gratification annuelle. Le courrier précisait, notamment, que l'absence

¹⁵¹³ Ce dernier était situé à 220 km du siège social de l'entreprise.

¹⁵¹⁴ Cass. soc. 13 avril 2005 : Bull. civ. V, n°137, n°02-47621 ; Dr. soc. 2005, p. 819, obs. J. Savatier ; RJS 6/05, n°600. Lorsque les parties sont convenues de l'exécution de la prestation de travail à domicile, l'employeur ne peut modifier une telle organisation sans l'accord du salarié. V. infra n°569.

¹⁵¹⁵ M. Del Sol, Variations jurisprudentielles sur le lieu de travail, JCP S 2006, 1663 : « *La solution permet un aménagement contractuel du lieu de travail en l'absence de toute mention formelle et explicite dans le contrat* ».

¹⁵¹⁶ J. Savatier, ss. Cass. soc. 13 avril 2005, Dr. soc. 2005, p. 819.

¹⁵¹⁷ En ce sens : J. Savatier, préc., p. 820.

¹⁵¹⁸ La solution se justifie par le fait qu'en l'espèce, le lieu de travail contractualisé était le domicile du salarié. Elle ne saurait être étendue à d'autres hypothèses.

de réponse valait acceptation. Or, le 8 décembre 1999, le salarié était informé de la suppression de la prime de production. La cour d'appel a considéré que les avantages avaient été incorporés au contrat de travail en 1992. Dès lors, l'employeur ne pouvait supprimer unilatéralement la prime de production. La Cour de cassation a confirmé une telle analyse¹⁵²⁰.

603. Le comportement, un élément révélateur limité - Dans cette hypothèse, la contractualisation ne résulte pas d'un accord écrit des parties. Or, une modification doit faire l'objet d'une acceptation claire et non équivoque¹⁵²¹. Elle ne peut résulter de la seule poursuite du contrat de travail¹⁵²². Le comportement du salarié ne peut donc à lui seul justifier la solution de la Cour de cassation.

604. L'incidence de la rédaction de la proposition - En réalité, l'employeur avait indiqué au salarié que l'absence de réponse de sa part équivalait à un accord. L'absence de réponse permet donc de justifier la solution. Au demeurant, la demande du salarié tendait à ce que soit reconnue une telle contractualisation. Elle confirmait le caractère non équivoque de son acceptation. Si le salarié avait réclamé un rappel de salaires - dans le délai de prescription - fondé sur l'ancien mode de rémunération, une solution inverse aurait probablement prévalu¹⁵²³. La Cour aurait alors appliqué sa jurisprudence traditionnelle. De même, l'absence de mention relative à l'acceptation implicite du salarié dans le courrier du 12 février 1992 aurait peut-être conduit le juge à adopter la solution inverse.

B) L'absence de volonté de contractualisation

605. La Cour de cassation estime que la « simple » recherche par l'employeur d'un accord avec le salarié, préalablement à la dénonciation d'un usage, ne révèle pas une volonté de contractualisation (1). De même, la remise de documents informant le salarié des usages et

¹⁵¹⁹ V. not. : J. Savatier, préc., p. 820.

¹⁵²⁰ Cass. soc. 1^{er} févr. 2012 : Bull. civ. V, n°49, n°10-17394 et n°10-17591 ; JCP S 2012, 1151, note D. Asquinazi-Bailleux.

¹⁵²¹ V. not. : Cass. soc. 7 juill. 2004, : non publié au Bull., n° 08-40414 ; RJS 10/09, n°778.

¹⁵²² V. not. : Cass. soc. 16 nov. 2005 : non publié au Bull., n°03-47560 ; RJS 2/06, n°164.

¹⁵²³ Sous réserve de l'application de l'article L. 1222-6 du code du travail relatif aux modifications pour motif économique, lorsque le salarié n'a pas donné son accord exprès à la modification de son contrat de travail, il peut la contester même s'il n'a pas protesté pendant plusieurs années. V. not. : Cass. soc. 29 nov. 2011 : Bull. civ. V, n°275, n°10-19435 ; RJS 2/12, n°110.

engagements unilatéraux en vigueur dans l'entreprise ne signifie pas que les parties ont entendu les contractualiser (2).

1) La recherche d'un accord avec le salarié

606. Distinction - Cette hypothèse est différente de celle envisagée dans l'arrêt du 1^{er} février 2012. La question n'est plus de savoir si l'avantage a été contractualisé au moment de son institution. Il s'agit de déterminer si la recherche d'un accord par l'employeur sur sa dénonciation suffit à le contractualiser. Dans la première hypothèse, l'avantage n'a jamais revêtu la nature d'un usage ; dans la seconde, il a toujours eu cette nature. Ainsi, le fait de solliciter l'accord du salarié sur sa remise en cause permet-il de conclure à sa contractualisation ?

607. L'arrêt Perrot, une solution critiquable - La Cour de cassation avait semblé admettre une telle solution dans un arrêt *Perrot* selon lequel « *dès l'instant que la note (...) sollicitait l'accord des salariés à la remise en cause de l'avantage qui avait été reconduit jusqu'au transfert d'activité, elle en confirmait le caractère contractuel* »¹⁵²⁴. Une telle analyse était contestable. « *Lorsqu'une prime est due en vertu d'un usage ou d'un engagement unilatéral de l'employeur, elle n'est pas incorporée aux contrats de travail et la dénonciation de l'usage ou de l'engagement unilatéral de l'employeur n'emporte aucune modification à ces contrats* »¹⁵²⁵. Le simple fait de solliciter l'accord des salariés sur la remise en cause d'un usage ne devrait pas permettre de considérer que cet usage a été contractualisé. La contractualisation doit résulter d'un véritable accord de volontés. Comme le souligne le Professeur Verkindt, « *la simple recherche d'un accord du salarié à la modification de l'avantage ne peut y suppléer* »¹⁵²⁶. La Cour de cassation est d'ailleurs revenue sur cette solution.

¹⁵²⁴ Cass. soc. 5 oct. 1999 : Bull. civ. V, n°361, n°97-45733 à n°97-45735 ; Dr. soc. 2000, p. 112, obs. J.-P. Laborde ; RJS 12/99, n°1437 ; JCP G 2000, II, 10283, F. Duquesne. V. aussi : M. Véricel, La contractualisation des avantages nés de normes d'entreprise atypiques, Dr. soc. 2000, p. 833. Dans un arrêt antérieur, la Cour de cassation avait admis une solution inverse : Cass. soc. 10 févr. 1998 : Bull. civ. V, n°83, n°95-42543 ; RJS 4/98, n°556.

¹⁵²⁵ Cass. soc. 13 févr. 1996, préc., note de bas de page n°1459 - Cass. soc. 7 avril 1998, préc., note de bas de page, n°1459.

¹⁵²⁶ P.-Y. Verkindt, ss. Cass. soc. 26 avril 2006, JCP S 2006, 1674.

608. L'arrêt Perrot, une solution abandonnée - Il est désormais acquis qu'un avantage résultant d'un usage « *n'a pu changer de nature par l'effet de la recherche de l'employeur d'un accord avec ses salariés sur sa modification* »¹⁵²⁷. Cette solution confirme le caractère non contractuel des éléments de rémunération relevant d'un usage, conformément au principe de l'autonomie des sources. Elle évite d'assimiler la simple sollicitation du salarié sur la remise en cause d'un usage à une contractualisation de celui-ci.

2) *La remise de documents au salarié*

609. Une solution constante - Selon la Cour de cassation, « *la remise au salarié, lors de son embauche, d'un document résumant les usages et les engagements unilatéraux de l'employeur n'a pas pour effet de contractualiser les avantages qui y sont décrits* »¹⁵²⁸. Cette solution, confirmée depuis¹⁵²⁹, est justifiée.

610. Une solution logique - L'employeur qui a remis au salarié un document décrivant les usages et engagements unilatéraux en vigueur n'a probablement pas eu l'intention de les contractualiser. Il a entendu respecter l'obligation d'information mise à sa charge par les articles 1134, alinéa 3, et 1135 du code civil. L'employeur doit communiquer au salarié toute information utile liée à l'exécution du contrat. Cette règle ne saurait signifier que toute information portée à la connaissance du salarié doit être contractualisée. Une telle analyse reposerait sur une interprétation erronée du comportement des parties. Dès lors, la Cour de cassation adopte une solution respectueuse de leur volonté.

II) Les stipulations contractuelles, expression de la volonté des parties

611. La volonté des parties s'exprime principalement à travers les clauses contractuelles. Des éléments ne relevant pas, *a priori*, du socle contractuel peuvent être contractualisés (A).

¹⁵²⁷ Cass. soc. 26 avril 2006 : non publié au Bull., n°05-43005 ; JCP S 2006, 1674, note P.-Y. Verkindt ; RJS 7/06, n°910. V. aussi : Cass. soc. 16 nov. 2005 : Bull. civ. V, n°329, n°04-40339 ; RJS 2/06, n°293. V. égal. : Cass. 20 nov. 2012 : non publié au Bull., n°11-22298.

¹⁵²⁸ Cass. soc. 11 janv. 2000 : Bull. civ. V, n°17, n°97-44148 ; Dr. soc. 2000, p. 837 et l'étude de M. Véricel, La contractualisation des avantages nés de normes d'entreprise atypiques, p. 833 ; RJS 2/00, n°151 ; Gaz Pal., som. de jurisprudence, sept. oct., p. 2284, note B. Boubli.

¹⁵²⁹ Cass. soc. 2 mai 2001 : Bull. civ. V, n°143, n°99-41264 - Cass. soc. 10 mars 2010 : non publié au Bull., n°08-44950.

Le contrat peut également autoriser une modification unilatérale grâce à l’insertion de clauses « de variation » (B).

A) La contractualisation d’un élément non contractuel

612. La volonté de contractualisation des parties peut résulter de clauses claires ne laissant qu’une place réduite à l’interprétation du juge. Toutefois, celles dont la rédaction est ambiguë, nécessitent son intervention. Ces stipulations se réfèrent à des normes préexistantes au contrat (1) ou à des conditions de travail (2).

1) La référence à une source préexistante au contrat

613. La référence, révélatrice d’une volonté de contractualisation - Certaines clauses ont expressément pour objet de contractualiser des avantages découlant d’une norme extra-contractuelle. Lorsque l’employeur s’engage dans le contrat de travail au versement d’une prime prévue par un usage, la dénonciation de ce dernier n’entraîne pas la suppression de la prime¹⁵³⁰. Qu’en est-il de la mention, dans le contrat, de la convention collective dont relève l’entreprise ? La Cour de cassation estime parfois qu’une telle référence entraîne l’incorporation de la convention collective au contrat de travail¹⁵³¹. Peu importe que le texte conventionnel s’impose à l’employeur¹⁵³² ou qu’il soit appliqué volontairement¹⁵³³. La mention de la convention collective dans le contrat suffirait à en contractualiser le contenu¹⁵³⁴.

¹⁵³⁰ Cass. soc. 22 janv. 1992 : Bull. civ. V, n°24, n°89-42840 ; RJS 3/92, n°373 ; JCP E 1993, II, 401, note J. Deprez.

¹⁵³¹ V. cep. : Cass. soc. 26 sept. 2012 : non publié au Bull., n°11-10220 : « *Qu’en statuant ainsi, alors que la référence dans le contrat de travail aux dispositions d’un accord collectif de travail n’implique pas que ces dispositions ont été contractualisées* ».

¹⁵³² Cass. soc. 2 déc. 1998 : Bull. civ. V, n°529, n°96-45187 ; Dr. soc. 1998, p. 305, obs. J. Savatier.

¹⁵³³ Cass. soc. 3 févr. 1993 : non publié au Bull., n°89-45433 ; RJS 3/93, n°294. V. not. : E. Dockès, La consécration par le contrat de travail d’un usage d’entreprise permet-elle au salarié d’en conserver le bénéfice malgré sa dénonciation ?, D. 1993, p. 264. V. cep. : Cass. soc. 9 nov. 2011 : Bull. civ. V, n°253, n°09-43528 ; RJS 1/12, n°35 ; JCP G 2012, 57, p. 94, note P. Lokiec. Comp. à propos de l’application d’une convention collective, « *par erreur* » : Cass. soc. 16 mai 2012 : A paraître, n°11-11100.

¹⁵³⁴ La mention de la convention collective dans le contrat ne permet pas de considérer qu’est contractualisée une disposition de la convention collective alors en vigueur, dès lors que le salarié n’avait pas de droit ouvert au bénéfice de celle-ci. En ce sens : Cass. soc. 25 mars 2009 : Bull. civ. V, n°91, n°07-42318 et n°07-42319 ; JCP S 2009, 1282, note L. Drai.

614. La référence, révélatrice d'une volonté d'information - Cependant, toute référence à une source extra-contractuelle n'aboutit pas à sa contractualisation. La mention dans le contrat du régime de prévoyance ou de retraite applicable dans l'entreprise n'a qu'une valeur informative et ne constitue pas un élément contractuel¹⁵³⁵. En outre, « *la circonstance que le contrat de travail se réfère à des dispositions du règlement intérieur prévoyant certains avantages pécuniaires, quand bien même s'agirait-il de dispositions qui ne rentrent pas dans la catégorie des informations devant y figurer, n'a pas pour effet de contractualiser ces avantages, lesquels constituent un engagement unilatéral de l'employeur* »¹⁵³⁶. En conséquence, la référence à une source préexistante au contrat ne caractérise pas nécessairement une volonté de contractualisation. Il en est de même de la mention des conditions de travail.

2) La référence à une condition de travail

615. La référence, révélatrice d'une volonté d'information - La Cour de cassation considère parfois que la mention d'une condition de travail dans le contrat n'a qu'une valeur informative. « *La mention du lieu de travail dans le contrat de travail a valeur d'information à moins qu'il ne soit stipulé par une clause claire et précise que le salarié exécutera son travail exclusivement dans ce lieu* »¹⁵³⁷. La portée de cette solution est néanmoins limitée.

616. La référence, révélatrice d'une volonté de contractualisation - En principe, la mention d'une condition de travail dans le contrat révèle une volonté de contractualisation. « *Lorsque les parties sont convenues d'une exécution de tout ou partie de la prestation de travail par le salarié à son domicile, l'employeur ne peut modifier cette organisation contractuelle du travail sans l'accord du salarié* »¹⁵³⁸. Peu importe l'existence d'une clause de mobilité. Cette solution est néanmoins justifiée par le fait qu'« *en cas de clause relative à*

¹⁵³⁵ Cass. soc. 4 juill. 2007 : non publié au Bull., n°05-45688 ; RJS 10/07, n°1021 ; JCP S 2007, 1759, note L. Draï ; SSL 2007, n°1324, p. 13, note S. Millet. V. aussi : Cass. soc. 1^{er} oct. 2003 : non publié au Bull., n°02-30337. V. égal. : Cass. soc. 6 juin 2007 : Bull. civ. V, n°93, n°06-40521 ; RJS 11/07, n°1210.

¹⁵³⁶ Cass. soc. 10 mars 2004 : Bull. civ. V, n°76, n°03-40505 à n°03-40554 ; RJS 5/04, n°534 ; Dr. soc. 2004, p. 838 et l'étude de M. Véricel, Effets de la référence du contrat de travail aux dispositions du règlement intérieur, p. 834 ; JSL 2004, n°143, p. 12, note J.-E. Tourreil.

¹⁵³⁷ Cass. soc. 3 juin 2003, préc., note de bas de page, n°1441 - Cass. soc. 15 mars 2006, préc., note de bas de page, n°1441.

¹⁵³⁸ Cass. soc. 31 mai 2006 : Bull. civ. V, n°196, n°04-43592 ; Dr. soc. 2006, p. 924, note J. Savatier ; RDC 2006, p. 1168, obs. C. Radé ; RJS 8-9/06, n°919 - Cass. soc. 4 avril 2012 : non publié au Bull.,

l'exécution du travail à domicile, on ne se trouve pas en réalité devant une indication géographique sur le lieu d'exécution du contrat, mais devant une clause portant sur les modalités d'exécution de la prestation »¹⁵³⁹. De même, les horaires de travail mentionnés dans le contrat ne peuvent être modifiés unilatéralement par l'employeur¹⁵⁴⁰. Si les parties prennent soin de préciser dans le contrat les modalités d'exécution de la prestation de travail, c'est qu'elles entendent contractualiser celles-ci. La simple condition de travail devient déterminante du consentement des parties.

B) La variation d'un élément contractuel

617. La Cour de cassation admet la validité des clauses de variation des objectifs conditionnant la rémunération variable (1). De même, elle reconnaît expressément la validité des clauses de mobilité (2).

1) La variation de la rémunération

618. La variation des objectifs autorisée - Le contrat rappelle parfois que l'employeur a la faculté de modifier des éléments relevant de son pouvoir de direction. Il peut, notamment, préciser que les objectifs sont définis unilatéralement par l'employeur. Les objectifs doivent être réalistes¹⁵⁴¹. La Cour de cassation en déduit logiquement que lorsque les objectifs sont définis unilatéralement par l'employeur, celui-ci peut les modifier dès lors qu'ils sont réalisables et qu'ils ont été portés à la connaissance du salarié en début d'exercice¹⁵⁴².

n°11-10.628. V. aussi : Cass. soc. 20 mai 2009 : non publié au Bull., n° 08-41209 - Cass. soc. 13 févr. 2013 : non publié au Bull., n°11-22360.

¹⁵³⁹ J. Savatier, ss. Cass. soc. 31 mai 2006, Dr. soc. 2006, p. 924. L'auteur justifie également la mise à l'écart de la clause de mobilité dans cette affaire : « *En stipulant une clause de mobilité, l'employeur se réserve le droit de modifier le lieu d'exécution du contrat en fonction des sites d'activité de l'entreprise. Cela est étranger au problème du télétravail* ». V. aussi : C. Radé, ss. Cass. soc. 31 mai 2006, RDC 2006, p. 1170 : « *La clause de mobilité ne permettait pas à l'employeur de « muter » la salariée de chez elle vers l'entreprise, le domicile du salarié ne pouvant être (...) assimilé au lieu d'exécution du contrat de travail* ».

¹⁵⁴⁰ Cass. soc. 11 juill. 2001 : Bull. civ. V, n°264, n°99-42710 ; RJS 10/01, n°1111 - Cass. soc. 9 mars 2005 : non publié au Bull., n°03-41715 - Cass. soc. 9 juill. 2008 : non publié au Bull., n°06-46066 - Cass. soc. 29 avril 2009 : non publié au Bull., n°08-40175 ; RJS 7/09, n°604.

¹⁵⁴¹ Cass. soc. 22 mai 2001 : Bull. civ. V, n°180, n°99-41838, n°99-41970 ; RJS 8-9/01, n°998.

619. La variation incidente de la rémunération admise - Qu'en est-il lorsque cette modification a une incidence sur la rémunération ? Dans ce cas, la Cour de cassation reconnaît également à l'employeur une faculté de modification unilatérale¹⁵⁴³. Certes, cette faculté est encadrée¹⁵⁴⁴. Les objectifs doivent être réalisables¹⁵⁴⁵ ; ils doivent avoir été portés à la connaissance du salarié en début d'exercice¹⁵⁴⁶. Une clause contractuelle stipulant que la fixation des objectifs déterminant le montant de la rémunération variable relève du pouvoir de direction de l'employeur semble nécessaire¹⁵⁴⁷. Les objectifs ne doivent conditionner, semble-t-il, que la partie variable de la rémunération et non son intégralité¹⁵⁴⁸. Toutefois, si ces conditions sont réunies, l'employeur est autorisé à modifier unilatéralement la rémunération du salarié¹⁵⁴⁹.

¹⁵⁴² Cass. soc. 2 mars 2011 : non publié au Bull., n°08-44978 - Cass. soc. 30 mars 2011 : non publié au Bull., n°09-42737.

¹⁵⁴³ Cass. soc. 2 mars 2011 : Cass. soc. 2 mars 2011 : Bull. civ. V, n°55, n°08-44977 ; RJS 5/11, n°393 ; JCP S 2011, 1196, note P. Morvan - Cass. soc. 2 mars 2011 : non publié au Bull., n°08-44978 - Cass. soc. 30 mars 2011 : non publié au Bull., n°09-42737. V. aussi : T. Pasquier, Réviser les objectifs salariaux, RDT 2013, p. 82. Sur le caractère contestable de cette décision, v. infra n°653 s.

¹⁵⁴⁴ V. not. : Cass. soc. 2 mars 2011 : non publié au Bull., n°08-44978.

¹⁵⁴⁵ V. not. : P. Morvan, ss. Cass. soc. 2 mars 2011 : JCP S 2011, 1196, « *C'est la modification excessive des objectifs (dont dépend la rémunération contractuelle) qui emporte modification du contrat, que le travailleur peut refuser* ».

¹⁵⁴⁶ Il est en effet logique que le salarié ait connaissance des objectifs qui lui sont assignés. Cette solution est dictée par l'exigence de bonne foi. Rappr. : Cass. soc. 24 sept. 2008 : non publié au Bull., n°07-40717, n°07-40727, n°07-40743, n°07-40747, n°07-40759, n°07-40766 ; RJS 12/08, n°1194 : « *Le salarié doit pouvoir vérifier que le calcul de sa rémunération a été effectué conformément aux modalités prévues* » - Cass. soc. 14 oct. 2009 : non publié au Bull., n°07-44965 ; JCP S 2099, 1594, note P. Morvan.

¹⁵⁴⁷ La Cour de cassation prend soin de relever que la cour d'appel « *avait constaté que l'avenant au contrat de travail stipulait que la détermination des objectifs conditionnant la rémunération variable du salarié relevait du pouvoir de direction de l'employeur, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé les textes susvisés* » (Cass. soc. 2 mars 2011 : non publié au Bull., n°08-44978). Si le contrat renvoie à l'accord des parties, les objectifs ne peuvent être fixés ou modifiés unilatéralement par l'employeur. A défaut de conclusion d'un accord sur ce point, il incombe au juge de déterminer cette rémunération en fonction des critères visés au contrat et des accords conclus les années précédentes (V. infra n°886 s.).

¹⁵⁴⁸ La Cour de cassation vise les « *objectifs conditionnant la rémunération variable* » (Cass. soc. 2 mars 2011 : non publié au Bull., n°08-44978).

¹⁵⁴⁹ V. cep. : Cass. soc. 29 juin 2011 : Bull. civ. V, n°181, n°09-71107 : « *Vu l'article 1134 du code civil, ensemble l'article L. 1221-1 du code du travail ; Attendu que le mode de rémunération contractuelle d'un salarié constitue un élément qui ne peut être modifié sans son accord ; Attendu que pour débouter le salarié de sa demande en paiement de primes contractuelles quantitatives pour l'exercice 2003-2004, l'arrêt retient que le bonus défini le 17 janvier 2002 et fondé sur une augmentation du chiffres d'affaires des ventes a été remplacé par un bonus quantitatif fondé sur une croissance de la marge ; Qu'en statuant ainsi, sans avoir constaté l'accord du salarié sur la modification des objectifs dont la réalisation détermine le montant de la part variable de la rémunération prévue au contrat de travail pour les exercices 2003-2004 et 2005-2006, la cour d'appel a violé les textes susvisés* ». La portée cet arrêt est incertaine. La Cour de cassation a-t-elle entendu revenir sur la solution dégagée dans l'arrêt du 2 mars 2011 ? En l'espèce, le contrat prévoyait le paiement d'une part variable composée de primes calculées selon un plan d'intéressement à établir. Il ne précisait pas expressément, semble-t-il, que la fixation des

2) La variation du lieu de travail

620. La variation du secteur géographique autorisée - La Cour de cassation admet la validité de la clause de mobilité. Elle estime que *« lorsqu'une clause de mobilité est incluse dans un contrat de travail, le changement d'affectation du salarié ne constitue pas une modification du contrat »*¹⁵⁵⁰.

621. La modification unilatérale du secteur géographique admise - Pourtant, la mutation hors du secteur géographique initial ne peut être imposée au salarié¹⁵⁵¹. Il est donc permis de penser que la clause de mobilité autorise, en réalité, une modification unilatérale du contrat¹⁵⁵². Certes, la clause doit *« définir de façon précise sa zone géographique d'application et (...) ne peut conférer à l'employeur le pouvoir d'en étendre unilatéralement la portée »*¹⁵⁵³. Elle aboutit néanmoins à la « déqualification » d'un élément contractuel. Conformément aux stipulations contractuelles, la zone géographique n'est plus un élément du contrat de travail.

objectifs déterminant le montant de la rémunération variable relevait du pouvoir de direction de l'employeur. Cette imprécision est peut être susceptible d'expliquer la décision de la Cour de cassation.

¹⁵⁵⁰ Cass. soc. 7 oct. 1997 : non publié au Bull., n°95-41857 ; TPS 1997, comm. 306 - Cass. soc. 30 sept. 1997 : TPS 1997, comm. 283, obs. P.-Y. Verkindt ; Dr. soc. 1997, p. 1094, obs. J.-E. Ray ; Dr. ouvr. 1998, p. 162, obs. P. Moussy.

¹⁵⁵¹ Cass. soc. 4 janv. 2000 : non publié au Bull., n°97-45647 ; RJS 2/00, n°152

¹⁵⁵² L.-K. Gratton, Les clauses de variation du contrat de travail, Dalloz, 2011, n°195, p. 99 : *« La mise en œuvre d'une clause de variation du contrat de travail se traduit par une modification du contrat, plus précisément, une modification de l'élément du rapport de travail qui constitue l'objet de la prérogative contractuelle de révision. Il y a une certaine hypocrisie à vouloir s'en cacher. Sans doute faut-il une part de ruse pour convaincre un salarié muté à plus de huit cents kilomètres de son lieu de travail initial, en application d'une clause de mobilité géographique étendue à tout le territoire national, que son contrat de travail n'en est pas pour autant modifié »*. V. aussi : F. Gaudu, R. Vatinet, Traité des contrats, LGDJ, 2001, n°324, p. 277 : *« La clause de mobilité (...) par laquelle le salarié accepte le principe d'une modification unilatérale de son lieu de travail »*.

¹⁵⁵³ Cass. soc. 7 juin 2006 : Bull. civ. V, n°209, n°04-45846 ; JCP S 2006, 1917, note B. Bossu ; JCP E 2006, 2443, p.1696, note S. Béal ; Dr. soc. 2006, p. 926, obs. F. Favennec-Héry ; RDT 2006, p. 313, note J. Pélissier. V. aussi : Cass. soc. 12 juill. 2006 : Bull. civ. V, n°241, n°04-45396 ; RJS 10/06, n°1028 - Cass. soc. 17 juill. 2007 : non publié au Bull., n°06-41630 ; non publié au Bull., n°05-45892 ; JCP S 2007, 1955, note B. Bossu.

622. Conclusion du chapitre 1 - Quels sont les éléments relevant du contrat de travail et dont la modification requiert l'accord des parties ? Leur détermination est principalement l'œuvre du juge. Il s'appuie sur l'article 1134 du code civil ; la force obligatoire du contrat justifie, a priori, son intervention.

Le juge retient une approche objective de la volonté des parties, fondée sur l'objet de la modification. Dans un premier temps, il distinguait les éléments substantiels et non substantiels du contrat de travail. Seule la modification des premiers nécessitait l'accord du salarié. Cette analyse subjective, fondée sur l'importance de la modification, était source d'incertitudes et d'incohérences. Désormais, la Cour de cassation distingue le changement des conditions de travail et les modifications du contrat de travail. Elle exerce ainsi un contrôle de qualification. Rémunération, qualification, secteur géographique, durée du travail relèvent, en principe, du socle contractuel. Une telle analyse est *a priori* justifiée. Les éléments de qualification du contrat de travail, dont la rémunération et la prestation, sont nécessairement contractuels. Or, la prestation doit répondre à l'exigence de détermination prévue à l'article 1129 du code civil. Dès lors, ses éléments de détermination revêtent un caractère contractuel. Pour autant, « l'objectivisation » de la volonté des parties comporte des limites. Le statut collectif est parfois à l'origine d'une « déqualification ». Ainsi, la réduction du temps de travail prévue par un accord collectif a pu être imposée au salarié. Par ailleurs, si le changement d'horaires n'est pas, en principe, une modification du contrat, certains bouleversements d'horaires le sont. En outre, le critère de l'importance de la modification demeure ; il est « objectivé ».

La volonté réelle des parties doit également être prise en considération. Selon la Cour de cassation, certains comportements révèlent une volonté de contractualisation. Le fait d'exécuter la prestation à domicile permet, notamment, de considérer qu'une telle modalité d'exécution a été contractualisée. De même, les stipulations contractuelles sont susceptibles d'entraîner la contractualisation de certaines conditions de travail ou de sources préexistantes au contrat. La mention d'une convention collective dans le contrat a parfois suffi à en contractualiser le contenu. Enfin, certaines clauses de variation de la rémunération ainsi que les clauses de mobilité autorisent la « déqualification » d'un élément contractuel. La rémunération, le lieu sont « dé-contractualisés » par la volonté des parties. Mais dans cette dernière hypothèse, la volonté des parties n'est-elle pas illusoire ?

CHAPITRE 2 : LA QUÊTE ILLUSOIRE DE LA VOLONTE DES PARTIES

623. La Cour de cassation justifie ses solutions relatives à la modification du contrat de travail par le recours à l'article 1134 du code civil. Pourtant, son analyse heurte à certains égards la force obligatoire du contrat. La volonté réelle des parties est niée (Section 1) ; l'application du principe d'intangibilité du contrat est écartée (Section 2).

SECTION 1 : LA VOLONTE REELLE DES PARTIES NIEE

624. La volonté réelle des parties doit être recherchée et mise en exergue par le juge. Or, son analyse contredit parfois cette volonté. Il n'hésite pas à « dé-contractualiser » des éléments expressément visés au contrat (§ 1). Il décide que le secteur géographique - élément non envisagé par les parties - est contractuel (§ 2).

§ 1 : La « dé-contractualisation » d'éléments visés au contrat

625. Tous les éléments mentionnés au contrat sont-ils contractuels ? Selon la Cour de cassation, certains d'entre eux n'ont qu'une valeur informative. Cette « dé-contractualisation » conduit parfois à écarter la volonté réelle des parties. Le non-respect de leur volonté est alors manifeste (I). Dans certains cas, le non-respect de cette volonté n'est qu'apparent (II).

I) Le non-respect manifeste de la volonté contractuelle

626. **La mention du lieu, une valeur informative consacrée** - La Cour de cassation décide que « *la mention du lieu de travail dans le contrat de travail a valeur d'information à moins qu'il ne soit stipulé par une clause claire et précise que le salarié exécutera son travail*

exclusivement dans ce lieu »¹⁵⁵⁴. Cette solution constitue un gage de souplesse. Un déménagement d'une centaine de mètres du lieu de travail n'est pas soumis à l'accord du salarié¹⁵⁵⁵.

627. La mention du lieu, une volonté de contractualisation évidente - Cependant, «*où est l'article 1134 du code civil, quand on énonce qu'une clause figurant au contrat ne constitue plus la loi des parties* »¹⁵⁵⁶ ? Si le lieu de travail a été précisé dans la convention, n'est-ce pas parce que les parties ont entendu lui conférer une valeur contractuelle ?¹⁵⁵⁷ Le salarié «*qui est d'abord un profane, a sans aucun doute considéré que la mention du lieu de travail dans le contrat empêcherait toute mutation contre sa volonté* »¹⁵⁵⁸. Dès lors, est-ce à lui d'exiger l'insertion d'une clause selon laquelle «*il exécutera son travail exclusivement dans ce lieu* » ? N'est-ce pas à l'employeur de faire preuve de vigilance ?

¹⁵⁵⁴ Cass. soc. 3 juin 2003, préc., note de bas de page, n°1441.

¹⁵⁵⁵ V. not. : M. Morand, Les clauses de stabilité contractuelle, TPS nov. 2001, p. 5, spéc. p. 6 : «*On a du mal à considérer que le déplacement du lieu de travail pour s'installer de l'autre côté de la rue ou retarder le début du travail de cinq minutes, soit de nature à modifier le contrat, si le lieu de travail ou l'horaire ont été précisés dans le contrat de travail* ». V. égal. en faveur d'une certaine souplesse : J.-P. Chazal, Tout n'est-il pas contractuel dans le contrat ?, RDC 2004, p. 237, spéc. p. 244 : «*La finalité économique et sociale du contrat ne doit pas être sacrifiée au respect fétichiste des volontés exprimées au moment de la formation de la convention. Si les stipulations conventionnelles sont la loi des parties, ce n'est pas en raison de leur absolue intangibilité, mais parce qu'il faut établir une règle permettant de mesurer équitablement leurs obligations réciproques* ».

¹⁵⁵⁶ G. Lyon-Caen, Les pochettes surprises de la chambre sociale : l'arrêt Aventis Pharma : SSL 2004, n°1154, p. 6, spéc. p. 10. V. aussi : J. Pélissier, Clauses informatives et clauses contractuelles du contrat de travail, RJS 2004, p. 3, spéc. p. 4 : «*En disqualifiant une clause contractuelle en clause d'information, la Cour de cassation viole délibérément les dispositions de l'article 1134 du code civil. Au surplus, on ne voit pas pourquoi la clause deviendrait contractuelle si elle précisait que le travail sera seulement exécuté dans le lieu mentionné au contrat* » ; A. Lyon-Caen, Etudes offertes à J. Pélissier, Une liaison dangereuse entre jurisprudence et théorie à propos de la modification du contrat de travail, Dalloz, 2004, p. 357, spéc. p. 363 ; B. Bossu, ss. Cass. soc. 15 mars 2006, JCP S 2006, 1329, p. 20 ; B. Lardy-Pélissier, Dr. ouvr. 2004, p. 222, spéc. p. 223 : «*Le lieu de travail mentionné dans le contrat écrit fait partie d'un ensemble indivisible qui forme la structure du contrat, l'économie du contrat. Dissocier cet élément des autres qui, tous ensemble, fondent le socle contractuel entraîne inévitablement un déséquilibre du contrat ; porter atteinte à l'équilibre du contrat, c'est porter atteinte à l'article 1134 du code civil* ». V. égal. : A. Jeammaud, Le contrat de travail, une puissance moyenne, Etudes offertes à J. Pélissier, Dalloz, 2004, p. 299, spéc. pp. 318 et 319 ; J. Pélissier, G. Auzero, E. Dockès, Droit du travail, 27^{ème} éd., Dalloz, 2013, n°611, p. 634 - M. Del sol, Variations jurisprudentielles sur le lieu de travail, JCP S 2006, 166.

¹⁵⁵⁷ En ce sens : P. Waquet, Le renouveau du contrat de travail, RJS 1999, p. 383, spéc. p. 388 : «*Si le contrat dispose expressément que le travail s'effectuera dans telle ville, voire à telle ou telle adresse, cette disposition s'impose aux parties et ne peut être modifiée que d'un commun accord* ». V. aussi : M. Fabre-Magnan, Le forçage du consentement, Dr. ouvr. 2012, p. 459, spéc. p. 466.

¹⁵⁵⁸ B. Bossu, ss. Cass. soc. 15 mars 2006, JCP S 2006, 1329. V. aussi : P. Moussy et F. Saramito, ss. Cass. soc. 3 juin 2003, Dr. ouvr. 2003, p. 528 : «*[les salariés] auront la surprise de voir, qu'à défaut de l'adverbe «exclusivement» leur contrat de travail ne correspond pas à l'idée qu'ils se sont faits de leur emploi au moment de la conclusion* » ; M. Véricel, ss. Cass. soc. 3 juin 2003, JCP G 2003, II, 10165 : «*S'agissant de la mention du lieu de travail, on voit mal quel intérêt il y aurait à le mentionner dans le contrat si ce n'était pas pour conférer valeur contractuelle au lieu indiqué (indépendamment du secteur géographique)* ».

En réalité, à défaut de précisions sur la valeur informative de la clause, cette dernière devrait être qualifiée de « clause contractuelle ». Selon cette analyse, le salarié aurait le droit de refuser la modification du lieu de travail mentionné dans son contrat. Mais en l'absence de répercussions sur sa vie personnelle et familiale, son refus révélerait un abus susceptible de justifier son licenciement¹⁵⁵⁹.

II) Le non-respect apparent de la volonté contractuelle

628. La mention des normes préexistantes au contrat, une valeur informative justifiée

- La qualification de « clauses informatives » ne fait pas nécessairement échec à la volonté des parties. Elle peut conforter cette dernière. Ainsi, la mention de normes préexistantes au contrat ne participe pas à la construction du rapport juridique¹⁵⁶⁰. De telles précisions relatent « un fait ou une donnée normative préexistant à la rédaction du document : l'applicabilité de telle convention collective, l'existence de tel usage, ... »¹⁵⁶¹. « Ces clauses informatives n'ont plus pour objet de donner naissance à des obligations contractuelles ; elles sont destinées à informer les cocontractants de données juridiques ou de fait qui permettent à ceux-ci de mieux saisir l'intérêt ou les inconvénients de l'engagement contractuel qu'ils souscrivent »¹⁵⁶². Selon la Cour de cassation, la mention dans le contrat de travail du régime de prévoyance ou de retraite applicable dans l'entreprise n'a qu'une valeur informative et ne constitue pas un élément du contrat¹⁵⁶³. De même, la référence à certaines dispositions du règlement intérieur n'a pas pour effet de les contractualiser¹⁵⁶⁴. Ces solutions sont justifiées. En apportant de telles précisions dans le contrat, l'employeur entend répondre aux diverses

¹⁵⁵⁹ V. infra n° sur le refus abusif du salarié d'accepter une modification du contrat de travail, n°647.

¹⁵⁶⁰ A. Jeammaud, Le contrat de travail, une puissance moyenne, Etudes offertes à J. Pélissier, Dalloz, 2004, p. 299, spéc. p. 318 : « Toute énonciation qui « dit » ou précise une modalité, aussi modeste soit-elle du rapport naissant du contrat, un élément qui ne préexiste pas à la conclusion de ce dernier ou ne résulte pas d'une norme préexistante, participe à la construction de ce rapport juridique. Il s'agit nécessairement d'une clause ou mention à valeur contractuelle ».

¹⁵⁶¹ A. Jeammaud, préc., p. 318. V. aussi : J. Pélissier, G. Auzero, E. Dockès, Droit du travail, 27^{ème} éd., Dalloz, 2013, n°231, p. 257.

¹⁵⁶² J. Pélissier, Clauses informatives et clauses contractuelles du contrat de travail, RJS 2004, p. 3 : « Ainsi, l'employeur peut-il préciser dans le contrat écrit qu'il existe des usages d'entreprise ou que l'entreprise relève de telle convention collective de branche (...). Le contrat peut aussi faire référence à des obligations légales qui pèsent sur l'employeur ou sur le salarié. Ces clauses ne créent pas d'obligations contractuelles ; elles informent les deux parties de l'existence d'obligations nées de l'usage, de la convention collective, de la loi ».

¹⁵⁶³ Cass. soc. 4 juill. 2007, préc., note de bas de page, 1538. - Cass. soc. 1^{er} oct. 2003, préc., note de bas de page, n°1537 - Cass. soc. 6 juin 2007, préc., note de bas de page, 1538.

¹⁵⁶⁴ Cass. soc. 10 mars 2004, préc., note de bas de page n°1538.

obligations d'information imposées par la loi et par le juge¹⁵⁶⁵. N'accorder qu'une valeur informative à ces clauses ne fait pas échec à la volonté contractuelle des parties. A l'inverse, ces stipulations reflètent l'intention de l'employeur d'informer le salarié de l'existence de normes préexistantes au contrat.

629. La mention des normes préexistantes au contrat, une valeur contractuelle contestable - La Cour de cassation a parfois considéré que la mention de la convention collective applicable dans l'entreprise avait une valeur contractuelle¹⁵⁶⁶. Peu importe que celle-ci s'impose à l'employeur ou soit appliquée volontairement¹⁵⁶⁷. Pourtant, lorsque l'application de la convention collective est obligatoire, la clause visant son existence se borne à relater une donnée normative préexistante¹⁵⁶⁸. Elle ne constitue qu'une simple clause de « constatation »¹⁵⁶⁹. Conformément à l'article R. 2262-1 du code du travail, elle a pour objet d'informer le salarié de l'existence des textes conventionnels en vigueur¹⁵⁷⁰. Une stipulation visant la convention collective appliquée volontairement par l'employeur fait, quant à elle, référence au contenu d'un engagement unilatéral de volonté¹⁵⁷¹. Ces clauses devraient donc être qualifiées de « clauses informatives »¹⁵⁷². La jurisprudence qui tend à contractualiser un élément qui n'a jamais été envisagé par les parties est également critiquable.

¹⁵⁶⁵ Il doit en effet informer les salariés du régime de prévoyance applicable dans l'entreprise : Cass. soc. 15 févr. 1995 : non publié au Bull., n°90-45690 ; RJS 5/95, n°575 ; Dr. soc. 1995, p. 399, obs. J. Barthélémy. V. aussi : Cass. soc. 24 nov. 1992 : non publié au Bull., n°89-41072 ; Dr. soc. 1993, p. 55 - Cass. soc. 14 nov. 2000 : non publié au Bull., n°98-43.819.

¹⁵⁶⁶ V. cep. : Cass. soc. 26 sept. 2012 : non publié au Bull., n°11-10220. V. supra, n°613.

¹⁵⁶⁷ V. supra, n°613.

¹⁵⁶⁸ En ce sens, v. not. P.-H. Antonmattei, Les éléments du contrat de travail, Dr. soc. 1999, p. 330, spéc. p. 333 : « Lorsque l'employeur est tenu d'appliquer une convention ou un accord collectif de travail, la mention de l'application dans l'écrit du contrat de travail n'a à notre sentiment, qu'une fonction informative. Elle ne traduit pas la volonté des parties de rendre intangible le statut collectif. On peut légitimement penser qu'une contractualisation de la convention collective s'exprimerait de manière plus ferme ».

¹⁵⁶⁹ V. not. A. Jeammaud, préc., p. 318.

¹⁵⁷⁰ L'article R. 2262-1 du code du travail prévoit que l'employeur doit donner au salarié au moment de l'embauche une notice l'informant des textes conventionnels applicables dans l'entreprise ou l'établissement. En mentionnant dans le contrat les textes conventionnels applicables, l'employeur répond à cette obligation.

¹⁵⁷¹ V. not. : Cass. soc. 11 févr. 2009 : non publié au Bull., n°07-17863 ; RJS 4/09, n°382.

¹⁵⁷² En revanche, si la clause contractuelle reprend le contenu de certaines dispositions conventionnelles et peut être appliquée de manière autonome, la contractualisation s'impose. En ce sens, v. not. P. Lokiec, ss. Cass. soc. 9 nov. 2011, JCP G 2012, 57, p. 94, spéc. p. 96.

§ 2 : La contractualisation d'un élément non visé au contrat

630. La Cour de cassation considère que « *le changement de lieu doit être apprécié de manière objective* »¹⁵⁷³. A cet effet, elle se réfère à la notion de « secteur géographique »¹⁵⁷⁴. Le contrat n'est modifié que si la mutation s'effectue dans un secteur géographique distinct du lieu de travail initial. Que recouvre exactement cette notion ? Il est douteux que les parties aient eu l'intention de faire du secteur géographique un élément contractuel (I). Cette expression est, en réalité, la conséquence d'une approche collective inadaptée (II).

I) Le secteur géographique, une volonté contractuelle douteuse

631. Une notion floue - La notion de secteur géographique est particulièrement « floue »¹⁵⁷⁵. Comme l'a relevé le Conseiller Waquet, « *l'expression n'est certes pas la meilleure qui soit, et une autre désignation pourrait être trouvée : bassin d'emploi, agglomération urbaine ...* »¹⁵⁷⁶. La Cour de cassation continue néanmoins d'y recourir. Elle n'en a pas donné de définition précise mais laisse aux juges du fond le soin d'en déterminer le périmètre. Les contours du secteur géographique sont définis « *en fonction des facilités de communication, des transports existants, des habitudes culturelles, etc* »¹⁵⁷⁷.

632. Une notion définie a posteriori par le juge - Dès lors, considérer que le secteur géographique est un élément contractuel est surprenant. Lors de la conclusion du contrat, les parties ne connaissent pas précisément son périmètre. Ce n'est qu'en cas de litige que les contours de ce dernier sont précisés par le juge. « *Personne ne sait avant que les juges du fond n'aient statué quel est le secteur géographique de travail. Etrange élément du contrat*

¹⁵⁷³ Cass. soc. 4 mai 1999, préc., note de bas de page n°1443.

¹⁵⁷⁴ Cass. soc. 4 mai 1999, préc., note de bas de page n°1443 - Cass. soc. 16 déc. 1998, préc., note de bas de page, n°1443 - Cass. soc. 21 mars 2000, préc., note de bas de page n°1443 - Cass. soc. 3 mai 2006, préc., note de bas de page n°1443 - Cass. soc. 18 avril 2008, préc., note de bas de page n°1443.

¹⁵⁷⁵ P. Waquet, ss. Cass. soc. 20 oct. 1998, Dr. soc. 1998, p. 1046 ; C. Lefranc-Harmoniaux, ss. Cass. soc. 4 mai 1999, JCP E 2000, p. 808. V. aussi : B. Lardy-Pélissier, Au nom de l'intérêt de l'entreprise, Dr. ouvr. 2010, p. 356, spéc. p. 358.

¹⁵⁷⁶ P. Waquet, le renouveau du contrat de travail, RJS 1999, p. 383, spéc. p. 388. V. aussi sur ce point : F. Canut, Le secteur géographique, Dr. soc. 2011, p. 926.

¹⁵⁷⁷ P. Waquet, préc., p. 388.

celui que les parties contractantes ignorent lors de la conclusion du contrat »¹⁵⁷⁸. Telle est la conséquence de l'analyse objective retenue par la Cour de cassation.

II) Le secteur géographique, une approche collective inadaptée

633. Le secteur géographique est la notion « *qui symbolise le mieux le mouvement dit d'objectivation* » voulu par la jurisprudence relative à la modification du contrat de travail »¹⁵⁷⁹. Ce mouvement conduit le juge à retenir une approche collective. Cette dernière est source de nombreuses insuffisances (A) ; elle doit être adaptée (B).

A) L'approche collective, des adaptations nécessaires

634. L'approche collective a notamment été consacrée par le juge à propos du changement du lieu de travail (1). Elle est source d'incohérences (2).

1) L'approche collective, une analyse consacrée

635. L'analyse objective, une approche collective - Les juges du fond sont à l'origine de la détermination du secteur géographique. Ils retiennent une approche objective qui revêt un caractère collectif. Le domicile du salarié ne doit pas être pris en considération. Une cour d'appel ne doit pas s'interroger « *sur les conditions de transport [d'une] salariée depuis son*

¹⁵⁷⁸ J. Pélissier, Difficultés et dangers de l'élaboration d'une théorie jurisprudentielle : l'exemple de la distinction entre la modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail, Mélanges offerts à P. Couvrat, PUF, 2001, p. 101, spéc. p. 104. V. aussi : J. Pélissier, Clauses informatives et clauses contractuelles du contrat de travail, RJS 2004, p. 3, spéc. p. 5. L'auteur écrit, à propos des arrêts rendus le 3 juin 2003 sur la valeur informative de la mention du lieu de travail dans le contrat (préc., note de bas de page, n°1441), que « *de façon peu compréhensible, la Cour de cassation substitue à une clause contractuelle un élément – le secteur géographique de travail – dont ni l'employeur ni le salarié ne connaissent les limites. Ecarter comme élément du contrat un lieu qui a été choisi par les parties au profit d'un espace dont personne ne connaît l'étendue tant qu'un juge n'a pas statué et qui ne peut donc faire l'objet d'un accord de volonté lors de la conclusion du contrat, c'est adopter une conception voisine avec la négation du droit contractuel* ». V. égal. : F. Canut, Le secteur géographique, Dr. soc. 2011, p. 926 : « *Ce secteur est déterminé au cas par cas par les juges du fond. Sans doute, sont-ils mieux placés que la Cour de cassation pour en tracer les contours. Sans doute aussi, cette dernière ne peut-elle pas définir, par une formule péremptoire, cette zone de mobilité inhérente au contrat sans se heurter à la prohibition des arrêts de règlement. Il en résulte cependant une casuistique très gênante* ». V. aussi : C. Lefranc-Harmoniaux, ss. Cass. soc. 4 mai 1999, JCP E 2000, p. 808 ; B. Lardy-Pélissier, Au nom de l'intérêt de l'entreprise, Dr. ouvr. 2010, p. 358.

¹⁵⁷⁹ F. Canut, Le secteur géographique, Dr. soc. 2011, p. 923, spéc. p. 927.

domicile, mais sur la desserte en moyens de transport de chacun des sites litigieux »¹⁵⁸⁰. Autrement dit, « *c'est la situation du réseau de transport en général et non la situation personnelle du salarié qui doit guider le juge* »¹⁵⁸¹.

Si la mesure entraîne un changement de secteur géographique, l'ensemble des salariés concernés devront donner leur accord. Le fait qu'elle n'ait qu'une incidence mineure sur la vie personnelle et familiale de certains d'entre eux est indifférent. S'il s'agit d'un changement des conditions de travail, la mesure pourra être imposée à tous les salariés visés, même ceux à l'égard desquels elle a des répercussions importantes. « *La même cause produira les mêmes conséquences, les salariés placés dans une situation identique quant à la nature de la modification verront soit leur contrat modifié soit simplement leurs conditions de travail* »¹⁵⁸².

636. La traduction de l'ensemble des volontés individuelles - Dans la plupart des cas, volonté réelle et « objectivée » vont coïncider. Un changement de secteur géographique affecte, en principe, l'objet du contrat. Une mutation dans un même secteur géographique n'a généralement d'incidence que sur les modalités d'exécution de la prestation. Toutefois, dans certaines hypothèses, la volonté « réelle » ne correspond pas à la volonté « objectivée ».

¹⁵⁸⁰ Cass. soc. 15 juin 2004 : non publié au Bull., n° 01-44707 ; RJS 10/04, n°997 ; SSL 2004, n°1180, p. 11, note B. Boubli. V. aussi : CA Versailles 3 février 2010 n°08-3460, 17e ch., SAS Rellumix c/ Lamy : « *Le changement du lieu de travail doit être apprécié de manière objective, c'est-à-dire de façon identique pour tous les salariés de l'entreprise concernée par le transfert des locaux de travail et non par rapport à la situation de chaque salarié considéré individuellement ; par ailleurs pour définir le secteur géographique il convient de se fonder sur la desserte en moyens de transport de chacun des lieux de travail concernés* » - CA Versailles 1^{er} avril 2008, n° 07-920, 11^{ème} ch., Darreau c/ Sarl Servicospa : « *Le changement de lieu de travail doit s'apprécier de manière objective au regard notamment de la distance entre l'ancien et le nouveau lieu de travail, et non au regard de la distance entre le nouveau lieu de travail et le domicile du salarié* ». V. cep. : Cass. soc. 13 déc. 2007 : non publié au Bull., n° 06-44912. Dans cet arrêt, les juges du fond avaient relevé « *que la décision qui (...) était imposée [à la salariée] d'un nouveau lieu de rattachement dans le Nord, secteur géographique éloigné de 250 kilomètres, impliquait le changement de son domicile familial...* ».

¹⁵⁸¹ B. Bossu, ss. Cass. soc. 15 mars 2006, JCP S 2006, 1329. V. aussi : F. Canut, Le secteur géographique, Dr. soc. 2011, p. 923, spéc. p. 927 : « *Tenir compte seulement des dessertes et du temps de transport entre l'ancien et le nouveau lieu de travail est souvent complètement artificiel, les salariés n'ayant pas à passer par le premier pour rejoindre le second* ».

¹⁵⁸² M. Morand, Autour des conditions de travail, JCP E 1999, com., p. 1620, spéc. p. 1624.

2) L'approche collective, une analyse source d'incohérences

637. Secteur géographique modifié et exécution de la prestation facilitée - La mutation du salarié dans un secteur géographique différent de celui de son lieu de travail initial constitue une modification du contrat. Il en est ainsi même lorsque le changement de secteur géographique rapproche le salarié de son domicile. Pourtant, dans ce cas, l'exécution de la prestation de travail est facilitée¹⁵⁸³. Considérer que le salarié peut imposer son refus manque alors de cohérence.

638. Secteur géographique inchangé et exécution de la prestation entravée - Par ailleurs, l'analyse objective « *inciterait normalement à décider que le changement de lieu de travail dans une même ville ne constitue pas une modification du contrat de travail alors même que le salarié concerné est un travailleur handicapé qui, jusqu'au changement de lieu de travail, travaillait dans l'immeuble où il avait son logement* »¹⁵⁸⁴. Ici encore, l'approche collective est inadaptée¹⁵⁸⁵. En définitive, « *la dimension personnelle ne peut être niée sauf à créer des conséquences profondément inéquitables et souvent critiquables* »¹⁵⁸⁶.

B) L'approche collective, des adaptations nécessaires

639. Seule l'approche subjective repose sur la recherche de l'intention réelle des parties (1). Pour autant, l'approche collective ne doit pas être remise en cause ; la vie personnelle du salarié doit être prise en considération en cas de refus (2).

¹⁵⁸³ V. not. F. Canut, préc. p. 927.

¹⁵⁸⁴ J. Péliissier, Difficultés et dangers de l'élaboration d'une théorie jurisprudentielle : l'exemple de la distinction entre la modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail, Mélanges offerts à P. Couvrat, PUF, 2001, p. 101, spéc. p. 109.

¹⁵⁸⁵ En ce sens, S. Frossard, ss. Cass. soc. 4 mai 1999, D. 2000, som. p. 86 : « *le secteur géographique permet de déterminer s'il y a une modification d'une relation contractuelle individuelle et non collective. Ce qui est en jeu, c'est le sort du contrat individuel de tel ou tel salarié. Aussi peut-on voir une rupture de logique dans la démarche suivie par la Chambre sociale : la modification d'une situation juridique personnelle sera, le cas échéant, déterminée en fonction d'un instrument d'appréciation à vocation collective, dans la mesure où il est présenté comme objectif* ». V. aussi : J. Péliissier, préc., p. 109 : « *Le bon sens laisse présager que les juges du fond ne reconnaîtront pas à un employeur le droit de licencier le salarié handicapé qui refuserait ce changement de lieu de travail. Mais lorsque le bon sens met en échec une construction théorique, il est peut être sage de repenser celle-ci* ».

¹⁵⁸⁶ M. Morand, Autour des conditions de travail, JCP E 1999, p. 1620.

1) L'intention réelle, attribut de l'approche subjective

640. Une approche défendue par la doctrine - Certains auteurs estiment qu'une appréciation de la situation personnelle du salarié - et la prise en compte de son domicile - serait souhaitable en ce qui concerne le lieu¹⁵⁸⁷. D'après le Conseiller Boubli, « *il est absurde de faire abstraction du domicile du salarié lorsque celui-ci fait l'objet d'une mutation. C'est alors sa situation personnelle qui est concernée et il s'agit de savoir si oui ou non, le changement de lieu de travail affecte ses conditions de vie, si oui ou non sa mutation lui cause un préjudice anormal* »¹⁵⁸⁸.

Les auteurs favorables à une approche individuelle font également valoir que la notion floue de « secteur géographique » n'est pas un gage de sécurité juridique. Les juges du fond peuvent retenir une appréciation différente de son périmètre. « L'objectivation » de la modification du lieu de travail ne permettrait pas d'éviter des divergences d'interprétation¹⁵⁸⁹. En revanche, si la situation du salarié muté était examinée individuellement, « *aucune contrariété de jurisprudence (...) [ne serait] à craindre puisque, chaque juge ne connaît que du contrat dont il est saisi* »¹⁵⁹⁰.

641. Une approche rejetée par le juge - Toutefois, l'analyse subjective est source de difficultés pratiques. La qualification de la mesure dépend de ses répercussions sur la vie personnelle et familiale du salarié. Or, l'employeur n'en a pas nécessairement connaissance ; ces éléments relèvent de la vie privée du salarié. Doit-il alors proposer une modification du contrat ou informer le salarié du changement de ses conditions de travail ? Ecarter la volonté individuelle au profit d'une volonté collective « objectivée » peut sembler de nature à remédier à cette difficulté. L'employeur n'a pas à s'interroger sur les conséquences qu'entraîne la mesure à l'égard des salariés pris individuellement. Il doit simplement

¹⁵⁸⁷ V. not. : B. Boubli, Le changement du lieu de travail, SSL 2004, n°1180, p. 8, spéc. p. 10 ; B. Bossu, ss. Cass. soc. 3 mai 2006, JCP S 2006, 1666.

¹⁵⁸⁸ B. Boubli, préc., p. 10.

¹⁵⁸⁹ V. not. : S. Frossard, ss. Cass. soc. 4 mai 1999, D. 2000, som., p. 86 : « *Supposons deux salariés concernés par (...) [un] même transfert [du lieu de travail]. A priori, le secteur géographique à l'intérieur duquel le transfert reste une simple modification des conditions de travail devrait être évalué de la même manière pour les deux travailleurs nonobstant leurs situations personnelles. Mais si chacun d'eux porte l'affaire devant un conseil de prud'hommes différent dans le ressort duquel l'employeur a un établissement (...) rien ne permet d'avoir la certitude que les juridictions du travail saisies auraient une appréciation identique du secteur géographique en cause ...* ».

¹⁵⁹⁰ B. Boubli, préc., p. 10.

déterminer si le secteur géographique est modifié¹⁵⁹¹. Cette analyse « *peut avoir le mérite de donner une plus grande lisibilité au droit de la modification du contrat* »¹⁵⁹². Certaines « *variables d'ajustement* » doivent néanmoins être envisagées¹⁵⁹³.

2) *La vie personnelle, corollaire de l'approche objective*

642. Si l'analyse objective subsiste, elle doit souffrir certains tempéraments. Lorsque le salarié refuse la mesure pour des raisons d'ordre personnel et familial, le motif du refus doit être pris en considération. Il doit permettre au juge de se prononcer sur l'existence d'un éventuel abus. Cet examen s'impose lorsque la mesure est qualifiée de « *changement des conditions de travail* » (a) ou de « *modification du contrat de travail* » (b). Dans le premier cas, il est susceptible de révéler un abus de la part de l'employeur ; ce dernier exerce de manière abusive son droit d'imposer une mutation. Dans le second cas, il peut caractériser un abus imputable au salarié ; celui-ci exerce de manière abusive son droit de refuser une modification du contrat de travail.

a) Vie personnelle et changement des conditions de travail

643. La prise en compte de la vie personnelle et familiale est en partie acquise lorsque le transfert du lieu de travail constitue un changement des conditions de travail. Si le salarié refuse une mutation au sein d'un même secteur géographique, des motifs d'ordre personnel et familial peuvent permettre d'exclure la faute grave¹⁵⁹⁴. Mais le juge doit aller plus loin.

¹⁵⁹¹ Certains auteurs soulignent la prise en compte d'éléments subjectifs. V. not. : C. Radé, Propos rapportés, L'actualité de la mobilité géographique des salariés, Lexbase Hebdo, éd. soc., n°168, 19 mai 2005 : « *Mais, désormais, les juges du fond intègrent une dimension subjective pour apprécier si la modification du lieu de travail emporte ou non modification du contrat. C'est ainsi que seront prises en compte des données telles que, par exemple, l'existence d'un accès autoroutier, la situation en zone montagneuse, l'existence de crèches à proximité du lieu de travail pour les salariés ayant des enfants... Si le point de départ de l'analyse reste objectif, les juges du fond, face aux situations injustes de certains salariés victimes du syndrome du "tout objectif", ont intégré, peu à peu, la prise en compte d'éléments subjectifs, propres au salarié* ». V. aussi : M. Del Sol, Variations jurisprudentielles sur le lieu de travail, JCP S 2006, 1663.

¹⁵⁹² M. Morand, Autour des conditions de travail, JCP E 1999, com., p. 1620, spéc. p. 1624. L'auteur ajoute néanmoins que l'approche objective « *n'est pas sans susciter également un certain nombre de critiques* ».

¹⁵⁹³ Expression utilisée par M. Del Sol, Variations jurisprudentielles sur le lieu de travail, JCP S 2006, 1663, p. 12.

¹⁵⁹⁴ Cass. soc. 15 déc. 2004, préc., note de bas de page, n°1384 - Cass. soc. 3 juin 2009, préc., note de bas de page, n°1496, Cass. soc. 18 nov. 2009, préc., note de bas de page, n°1496.

644. L'exercice du droit de muter le salarié et l'exigence de bonne foi - Le droit de muter le salarié dans un même secteur géographique doit être exercé conformément à l'exigence de bonne foi¹⁵⁹⁵. La bonne foi commande, notamment, à l'employeur de ne pas agir dans la précipitation. Imposer une mutation « rapide »¹⁵⁹⁶ a pour effet d'entraver l'exécution de la prestation de travail. Le refus du salarié ne peut alors constituer un motif de licenciement.

645. Le droit de muter le salarié et l'abus - De même, le droit de modifier unilatéralement les conditions de travail du salarié ne doit pas être détourné de sa finalité¹⁵⁹⁷. En conséquence, l'employeur doit exercer son droit conformément à l'intérêt de l'entreprise. Il n'est pas tenu de motiver sa décision car sa bonne foi est présumée¹⁵⁹⁸. L'abus sera néanmoins caractérisé si les motifs à l'origine de la mutation sont révélés et contrarient la finalité du droit. Tel est le cas de la mutation décidée « *par voie de rétorsion à l'encontre du salarié qui avait formulé une réclamation de nature salariale* »¹⁵⁹⁹. Dans cette hypothèse, le licenciement fondé sur le refus du salarié est dépourvu de cause réelle et sérieuse.

¹⁵⁹⁵ V. not. en ce qui concerne les clauses de mobilité : Cass. soc. 4 avril 2006 : Bull. civ. V, n°132, n°04-43506 ; JCP S 2006, 1426 note Bossu - Cass. soc. 23 févr. 2005 : Bull. civ. V, n°64, n°04-45463 ; SSL 7 mars 2005, n°1205, p. 12 ; JCP E 2005, 1069, note D. Corrigan-Carsin ; JCP E 2005, 566, obs. S. Béal ; Dr. soc. 2005, p. 576, note J. Mouly ; RJS 5/05, n°477. V. aussi : Cass. soc. 14 oct. 2008 : Bull. civ. V, n°192, n°07-40523 ; JCP S 2008, 1668, note B. Bossu ; SSL 3 nov. 2008, n°1373, p. 11, obs. F. Champeaux et p. 13, entretien avec M.-F. Mazars ; RJS 12/08, n°1160.

¹⁵⁹⁶ V. not. : Cass. soc. 12 juill. 2010 : non publié au Bull., n°08-45516. V. égal. en ce qui concerne la clause de mobilité : Cass. soc. 18 sept. 2002 : Bull. civ. V, n° 273, n°99-46136 - Cass. soc. 3 nov. 2004 : non publié au Bull., n°02-45749 - Cass. soc. 11 mai 2005 : non publié au Bull., n°03-43040 : JCP G 2005, II, 10177, note M. Mekki.

¹⁵⁹⁷ V. not. : L. Josserand, De l'esprit des lois et de leur relativité. Théorie dite « de l'abus des droits », 2^{ème} éd., Dalloz, 1939, p. 400 s., n° 296 : « *L'acte sera normal ou abusif selon qu'il s'expliquera ou non par un motif légitime qui constitue ainsi la véritable pierre angulaire de toute la théorie de l'abus des droits et comme son précipité visible ; nous sommes tenus de mettre nos facultés juridiques au service d'un motif adéquat à leur esprit et à leur mission, sinon nous ne les exerçons plus à vrai dire, mais nous en abusons* ».

Sur un exposé de la doctrine relative à l'abus, v. not. : B. Starck, H. Roland, L. Boyer, Responsabilité délictuelle, Litec, 5^{ème} éd., 1996, n°375, p. 181 ; L. Cadiet et P. le Tourneau, Rép. civ. Dalloz, Abus de droit, 2008, n°24 s. ; P. Stoffel-Munck, l'abus dans le contrat, essai d'une théorie, LGDJ, 2000, n°8 s., p. 13 s.

¹⁵⁹⁸ Rapport annuel de 2005 de la Cour de cassation, L'innovation technologique, La documentation française, p. 234 : « *S'agissant de la modification des conditions de travail d'un salarié, la bonne foi suppose certes que cette modification est conforme à l'intérêt de l'entreprise, mais cette conformité est présumée en tant qu'élément de la bonne foi contractuelle. Le juge n'a dès lors pas à procéder à une recherche de cette conformité sur le simple refus du salarié d'accepter la modification, ce qui reviendrait d'ailleurs d'une certaine façon à méconnaître le principe posé par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation dans son arrêt SAT du 8 décembre 2000* ».

646. L'abus, une appréciation à l'aune de la vie personnelle et familiale - Or, l'atteinte portée à la vie personnelle et familiale du salarié est également susceptible de révéler un abus. L'employeur a le droit de muter le salarié au sein d'un même secteur géographique. Mais lorsque la mutation affecte la vie personnelle et familiale de l'intéressé, l'article L. 1121-1 du code du travail doit s'appliquer¹⁶⁰⁰. Si une atteinte à sa vie personnelle est caractérisée¹⁶⁰¹, l'employeur doit démontrer qu'elle est justifiée et proportionnée¹⁶⁰². A défaut, il est permis de penser que l'exercice du droit de muter le salarié revêt un caractère abusif¹⁶⁰³. Le licenciement qui en résulte est dépourvu de cause réelle et sérieuse¹⁶⁰⁴.

Si l'atteinte est constituée mais est justifiée et proportionnée, le licenciement peut être envisagé. La décision de l'employeur repose sur un motif légitime ; son droit n'est pas exercé

¹⁵⁹⁹ V. à propos de l'exercice d'une clause de mobilité : Cass. soc. 24 oct. 2008 : non publié au Bull., n°07-40540 à 07-40548.

¹⁶⁰⁰ V. not. : Cass. soc. 23 mars 2011 : non publié au Bull., n°09-69127 ; Dr. ouvr. 2011, p. 368, note A. Gardin. V. sur cet arrêt, F. Canut, Le secteur géographique, Dr. soc. 2011, p. 923, spéc. p. 929 : « Rien ne permet de soutenir que cette jurisprudence ne concerne pas la mutation à l'intérieur du secteur géographique ». V. égal. en ce qui concerne les clauses de mobilité : Cass. soc. 14 oct. 2008 : préc., note de bas de page, n°1595 - Cass. soc. 13 janv. 2009 : non publié au Bull., n° 06-45562, RDT 2009, p. 300, obs. A. Dumery ; Dr. soc. 2009, p. 614, obs. C. Radé.

¹⁶⁰¹ En principe, le salarié doit accepter un changement de ses conditions de travail. Il ne dispose pas du droit de refuser un changement de ses conditions de travail. Il est logique, dans ce cas, qu'il motive son refus.

¹⁶⁰² A. Gardin, ss. Cass. soc. 23 mars 2011, Dr. ouvr. 2011, p. 368 : « Le juge sera amené à réaliser une véritable pesée entre les contraintes imposées au salarié et les impératifs de l'entreprise. Ce travail pourra l'amener à vérifier tout particulièrement que l'employeur ne disposait pas de solutions alternatives moins attentatoires au droit à une vie personnelle et familiale, en choisissant par exemple une autre salarié pour tenir l'emploi ou un autre moment ».

¹⁶⁰³ V. not. : A. Lyon-Caen et I. Vacarie, Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXIème siècle, Mélanges en l'honneur de J.-M. Verdier, Dalloz, 2001, p. 421, spéc. p. 448, n°26 : « Si la mutation du salarié peut être décidée par l'employeur, dans l'exercice de son pouvoir de direction, l'exigence de loyauté lui interdit de faire un usage aveugle de son pouvoir : il doit tenir compte de l'incidence d'une mutation sur la situation personnelle du salarié et opérer une pesée avant toute décision. Un bilan négatif rendrait la mutation abusive » ; I. Cornesse, La proportionnalité en droit du travail, Litec, 2001, n°329, p. 282 : « La proportionnalité (...) peut être un critère de l'abus de droit, traduction d'un comportement qui s'oppose à la morale civile (...). Rappr. : Rapport annuel 2005 de la Cour de cassation, L'innovation technologique, La documentation française, p. 235 : « Il n'est pas de bonne foi contractuelle d'imposer à un salarié une mutation, même prévue au contrat de travail s'il est en situation de fragilité familiale ou de santé ».

¹⁶⁰⁴ V. en faveur de la nullité du licenciement : F. Canut, Le secteur géographique, Dr. soc. 2011, p. 923, spéc. p. 929 ; P. Lokiec, La mise en œuvre des clauses contractuelles, L'exemple de la clause de mobilité dans le contrat de travail, D. 2009, p. 1429, spéc. p. 1430. V. cep. : M.-C. Escande-Varniol, Mise en œuvre d'une clause de mobilité géographique : les écueils à éviter, D. 2009, p. 1799, spéc. p. 1803 : « En choisissant l'article 1121-1 du code du travail plutôt que l'article 8 de la convention européenne, la chambre sociale place l'analyse sur le terrain des droits des personnes et des libertés individuelles, et non pas directement sur celui des droits fondamentaux. Ce qui est en jeu, ce n'est pas forcément la nullité du licenciement, qui se heurterait à la liberté d'entreprendre, mais plutôt l'absence de justification licite, la disqualification du licenciement en licenciement sans cause réelle et sérieuse ».

de manière abusive. Toutefois, dans la mesure où le refus du salarié est également fondé sur l'atteinte portée à son droit à une vie personnelle et familiale, la faute grave doit être écartée.

Un tel raisonnement a le mérite de réintroduire la prise en compte d'éléments subjectifs sans remettre en cause l'analyse objective. Il doit également être retenu lorsque l'employeur propose une modification du contrat de travail et se heurte au refus du salarié.

b) Vie personnelle et modifications du contrat

647. L'absence d'atteinte à la vie personnelle et familiale - En principe, une mutation dans un secteur géographique différent du lieu de travail initial ne peut être imposée au salarié. Qu'en est-il lorsque cette mesure a pour effet de le rapprocher de son domicile ? Dans ces conditions, la mesure ne porte pas, *a priori*, atteinte à sa vie personnelle et familiale. Elle privilégie probablement celle-ci. « *Si le refus d'une modification est un droit, l'abus du refus pourrait devenir fautif* »¹⁶⁰⁵. Cette situation est envisageable « *lorsque, par exemple, une salariée qui prévoyait de démissionner s'empare de l'opportunité d'une proposition de mutation pour se faire licencier en invoquant son droit au refus* »¹⁶⁰⁶.

648. Un détournement de la finalité du droit de refus - Dans ce cas, l'exercice du droit de refuser la modification du contrat de travail est détourné de sa finalité. Il ne s'agit plus de préserver la force obligatoire du contrat. L'exercice du droit a pour objet l'anéantissement de celui-ci. Le refus revêt de ce fait un caractère abusif. Prouvé par l'employeur¹⁶⁰⁷, l'abus doit pouvoir justifier le licenciement du salarié¹⁶⁰⁸.

649. Seuls ces aménagements permettraient de préserver la volonté des parties. La vie personnelle et familiale ne doit pas être prise en compte lors de la qualification de la mesure.

¹⁶⁰⁵ M. Morand, Autour des conditions de travail, JCP E 1999, p. 1620, spéc. p. 1624.

¹⁶⁰⁶ F. Canut, Le secteur géographique, préc., p. 928, note de bas de page n°57.

¹⁶⁰⁷ Il revient à l'employeur de prouver le caractère abusif du refus du salarié. Le fait d'avancer que le changement du lieu de travail rapproche le salarié de son domicile devrait suffire.

¹⁶⁰⁸ En ce sens, à propos du refus du salarié de suivre une action de formation : Cass. soc. 3 mai 1990 : non publié au Bull., n°88-41900 - Cass. soc. 20 juin 2001 : non publié au Bull., n° 99-44378 - Cass. soc. 7 avril 2004 : non publié au Bull., n°02-40493 - Cass. soc. 5 déc. 2007 : non publié au Bull., n°06-42904 ; non publié au Bull., n°06-42905 ; JCP S 2008 , 1233, note A. Barège ; RDT 2008, p. 7 obs. F. Guiomard, RJS 3/08, n°314 : « *Mais attendu que la cour d'appel, qui a constaté, par une décision motivée, que la salariée avait refusé, sans motif légitime, de suivre une action de formation décidée par*

Elle doit l'être postérieurement, lorsque le juge s'interroge sur les incidences de cette dernière. Cette analyse doit être étendue à tout changement des conditions de travail ainsi qu'à toute modification du contrat, quel que soit leur objet¹⁶⁰⁹. « *L'approche objective voulue par la jurisprudence n'est tolérable qu'avec une approche subjective des circonstances du refus éventuel* »¹⁶¹⁰. La volonté réelle des parties ne doit pas être niée au profit d'une prétendue volonté « objectivée ». Pour autant, elle ne doit pas permettre d'écarter le principe de l'intangibilité du contrat.

SECTION 2 : L'INTANGIBILITE DU CONTRAT ECARTEE

650. Le juge admet, de manière contestable, la validité de certaines clauses de variation (§1). Ces stipulations autorisent une modification unilatérale du contrat. Elles portent atteinte à son intangibilité et devraient être requalifiées en clauses de renégociation (§2).

§ 1 : La validité contestable de certaines clauses de variation

651. Reconnaître la validité de certaines clauses de variation est incohérent eu égard à la jurisprudence traditionnelle de la Cour de cassation (I) et aux articles 6, 1134, alinéa 2, et 1129 du code civil (II).

I) Des solutions incohérentes

652. La validité des clauses de variation « incidente » de la rémunération - En principe, les clauses de variation sont nulles. Tel est le cas des clauses de variation de la rémunération. La rémunération constitue un élément du contrat de travail qui ne peut être modifié, même de

l'employeur dans l'intérêt de l'entreprise, a pu en déduire que son comportement présentait un caractère fautif ».

¹⁶⁰⁹ Par exemple, un changement d'horaires.

¹⁶¹⁰ M. Morand, préc., p. 1624.

manière minime, sans l'accord du salarié¹⁶¹¹. Un simple changement des conditions de travail ayant une incidence sur la rémunération ne peut, en principe, être imposé à ce dernier¹⁶¹².

Pourtant, selon un arrêt du 2 mars 2011, lorsque les objectifs conditionnant la rémunération variable sont réalisables, qu'ils ont été portés à la connaissance du salarié en début d'exercice et que le contrat prévoit qu'ils sont fixés unilatéralement par l'employeur, leur modification n'est pas soumise à l'accord du salarié¹⁶¹³. Le fait que la modification des objectifs ait une incidence sur la rémunération est indifférent. Une telle analyse ne manque pas de surprendre au regard, notamment, de la jurisprudence antérieure¹⁶¹⁴. Elle revient à admettre la validité des clauses de variation « incidente » de la rémunération.

653. La validité des clauses de mobilité - Par ailleurs, la Cour de cassation reconnaît la validité des clauses de mobilité. Ces stipulations autorisent, en réalité, une modification unilatérale du contrat¹⁶¹⁵. Elles permettent à l'employeur de modifier unilatéralement le secteur géographique. Comment justifier leur validité ?

¹⁶¹¹ V. supra n°559.

¹⁶¹² V. not. : Cass. soc. 6 déc. 2007, non publié au Bull., n° 05-45502 : « *Mais attendu, d'abord, que la cour d'appel qui a constaté que l'évolution des fonctions du salarié décidée par l'employeur avait une incidence sur les modalités de calcul de la partie variable de sa rémunération, en a exactement déduit qu'elle constituait une modification de son contrat de travail* ». De même, la mise en œuvre d'une clause de mobilité ne peut être imposée au salarié lorsqu'elle entraîne une réduction de sa rémunération. V. not. : Cass. soc. 15 déc. 2004 : Bull. civ. V, n°336, n°02-44714 ; RJS 2/05, n°122 - Cass. soc. 16 juin 2004 : Bull. civ. V, n°166, n°01-43124 ; TPS 2004, comm. 254 ; Lexbase Hebdo, éd. soc., n°126, 24 juin 2004, obs. C. Radé.

¹⁶¹³ V. supra n°619.

¹⁶¹⁴ Cass. soc. 21 sept. 2005 : non publié au Bull., n°03-46661 - Cass. soc. 26 janv. 2000 : non publié au Bull., n°97-43884 - Cass. soc. 28 oct. 2008 : non publié au Bull., n°07-40372 : « *Qu'en statuant comme elle a fait, alors qu'il ressortait de ses propres constatations que la société Lithotech avait, le 29 janvier 2003, modifié, sans l'accord du salarié, la nature des objectifs qu'il devait atteindre, lesquels déterminaient la part variable de sa rémunération en ajoutant aux objectifs de vente initialement prévus des objectifs d'ouverture de comptes et de réactivation de comptes, de sorte qu'il en résultait que l'employeur avait modifié unilatéralement le contrat de travail* » - Cass. soc. 5 juin 2008 : non publié au Bull., n°07-41186 - Cass. soc. 7 juill. 2009 : non publié au Bull., n°08-4096.

¹⁶¹⁵ L.-K. Gratton, Les clauses de variation du contrat de travail, Dalloz, 2011, n°195, p. 99 : « *Sans doute faut-il une part de ruse pour convaincre un salarié muté à plus de huit cents kilomètres de son lieu de travail initial, en application d'une clause de mobilité géographique étendue à tout le territoire national, que son contrat de travail n'en est pas pour autant modifié* ». V. aussi : F. Gaudu, R. Vatinet, Traité des contrats, LGDJ, 2001, n°324, p. 277.

II) Des solutions infondées

654. La combinaison des articles 6 et 1134, alinéa 2, et le cas échéant, de l'article 1129 du code civil commande la nullité des clauses de variation « incidente » de la rémunération et des clauses de mobilité.

655. Les articles 6 et 1134, alinéa 2, du code civil, une vocation générale - La Cour de cassation a fondé la nullité des clauses de variation sur l'article 1134, alinéa 2, du code civil¹⁶¹⁶. Plus précisément, la combinaison des articles 6 et 1134, alinéa 2, justifie cette nullité. Le salarié ne saurait renoncer par avance au droit de se prévaloir de ce dernier.

Rien ne permet d'écarter cette analyse en ce qui concerne la clause de variation « incidente » de la rémunération. Celle-ci conduit le salarié à renoncer, lors de la formation du contrat, au droit de refuser une modification ultérieure de sa rémunération. Peu importe que cette variation soit incidente et découle de la modification des objectifs. La renonciation à laquelle aboutit la clause est prohibée par les articles 6 et 1134, alinéa 2, du code civil. De même, la clause de mobilité emporte, par avance, renonciation du salarié au droit de refuser une mutation dans un secteur géographique différent du lieu de travail initial¹⁶¹⁷.

656. L'article 1129 du code civil, une vocation générale - L'article 1129 du code civil constitue également un obstacle à la reconnaissance de la validité des clauses de mobilité. La Cour de cassation semble soumettre leur validité au respect de ce texte. « *Une clause de mobilité doit définir de façon précise sa zone géographique d'application et (...) ne peut conférer à l'employeur le pouvoir d'en étendre unilatéralement la portée* »¹⁶¹⁸. Une telle exigence est-elle suffisante¹⁶¹⁹? En réalité, la prestation doit être déterminée. Seules les

¹⁶¹⁶ V. supra n°331.

¹⁶¹⁷ D'ailleurs, certains auteurs s'étaient interrogés sur le sort des clauses de mobilité au lendemain de l'arrêt du 27 février 2001. V. not. : C. Puigelier, ss. Cass. soc. 27 févr. 2001, JCP E 2001, p. 1391 ; C. Radé, Haro sur le contrat, A propos de la prohibition des clauses de variation dans le contrat de travail, Dr. soc. 2001, p. 514, spéc. p. 516. V. aussi : B. Lardy-Pélissier, ss. Cass. soc. 23 janv. 2008, RDT 2008, p. 175.

¹⁶¹⁸ Cass. soc. 7 juin 2006, préc., note de bas de page, n°1283.

¹⁶¹⁹ En ce sens : L.-K. Gratton, Les clauses de variation du contrat de travail, Dalloz, 2011, n°302, p. 150 : « *Le lieu de travail présente un caractère déterminable si la clause fixe un périmètre d'affectation géographique permettant, au jour de la mutation, la détermination exacte du nouveau lieu de travail. Le périmètre de mutation prévu par la clause rend ainsi déterminable l'objet de l'obligation de mobilité du salarié dont la détermination exacte est renvoyée au moment de l'exécution de l'obligation* ». V. aussi : E. Dockès, La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail, Dr. soc. 1997, p. 140, spéc. p. 145.

choses de genre peuvent être déterminables¹⁶²⁰. L'exigence de détermination suppose que le secteur géographique d'exécution de la prestation soit défini lors de la conclusion du contrat. Or, la clause de mobilité, malgré sa précision, concourt à l'indétermination de l'objet de l'obligation du salarié. Une chose est d'effectuer sa prestation dans une ville proche de son domicile ; une autre est de l'exécuter dans un département éloigné. Le fait que le salarié sache précisément, au jour de la conclusion du contrat, au sein de quel département il sera éventuellement muté est indifférent. Lors de la formation du contrat, l'étendue de sa prestation est indéterminée.

Si l'application de l'article 1129 du code civil au salaire peut être discutée, l'exigence de détermination ou de déterminabilité de la rémunération s'impose. Ainsi, est en principe nulle la clause qui autorise l'employeur à modifier celle-ci unilatéralement¹⁶²¹. Pourquoi retenir une solution différente lorsque la variation de la rémunération découle de la modification unilatérale des objectifs ? Doit-on considérer que les objectifs ne conditionnant « que » la partie variable de la rémunération, l'objet de l'obligation est déterminé ? Un tel raisonnement s'avère fragile. La part variable peut constituer une fraction importante de la rémunération du salarié.

657. Les solutions rendues par le juge sont incohérentes et infondées. La jurisprudence relative à la modification du contrat de travail manque d'unité. Elle « *ne peut offrir une grille de lecture homogène et cohérente des conditions gouvernant la validité des clauses de variation ...* »¹⁶²² Les clauses de variation dont la validité est reconnue par le juge devraient recevoir une autre qualification.

§ 2 : La qualification préférable de clauses de renégociation

¹⁶²⁰ V. supra n°340.

¹⁶²¹ V. cep. : Cass. soc. 2 juill. 2002 : Bull. civ. V, n°229, n°00-13111 ; Dr. soc. 2002, p. 998, obs. C. Radé ; CSBP 2002, n°144, A 53, p. 443, obs. F.-J. Pansier ; JSL 2002, n°110, p. 12, com. N. Rérolle ; RJS 10/02, n°1076 : « *Une clause du contrat de travail peut prévoir une variation de la rémunération du salarié dès lors qu'elle est fondée sur des éléments objectifs indépendants de la volonté de l'employeur, ne fait pas porter le risque d'entreprise sur le salarié et n'a pas pour effet de réduire la rémunération en-dessous des minima légaux et conventionnels* ». Une telle clause est valable car elle porte sur la déterminabilité de la rémunération. La rémunération est déterminable en fonction d'éléments objectifs identifiés dès l'origine par accord des parties.

¹⁶²² L.-K. Gratton, Les clauses de variation du contrat de travail, Dalloz, 2011, n°195, p. 99.

658. Des clauses conformes aux articles 1134 et 1129 du code civil - Les clauses de renégociation peuvent être définies « *comme les clauses par lesquelles les parties prévoient que dans des situations déterminées, elles essaieront - leur contrat étant en cours d'exécution - de se mettre d'accord pour modifier certaines de ses dispositions* »¹⁶²³. La clause de mobilité et la clause de variation des objectifs conditionnant la rémunération devraient être requalifiées en clauses de renégociation¹⁶²⁴. La première aurait pour objet la renégociation du secteur géographique ; la seconde consisterait à encadrer la renégociation des objectifs conditionnant la rémunération. Les clauses de renégociation devraient d'ailleurs pouvoir porter sur n'importe quel élément contractuel, notamment sur la durée du travail ou la qualification du salarié.

Ces clauses ne constitueraient pas une renonciation prohibée aux dispositions de l'article 1134, alinéa 2, du code civil. Le salarié s'engagerait à « renégocier » ; l'adaptation du contrat supposerait qu'il consente à la modification. En outre, l'objet de la prestation serait déterminé lors de la formation du contrat. Rémunération, secteur géographique, durée du travail et qualification feraient l'objet d'un accord. Le fait qu'une renégociation ultérieure soit susceptible d'aboutir à un nouvel accord des parties ne rendrait pas l'objet de la prestation indéterminé.

659. Une renégociation source d'une double obligation - Selon une partie de la doctrine, l'obligation de renégociation se scinde en deux obligations. La première est une obligation « *d'entrer en discussion* ». Il s'agit d'une obligation de résultat¹⁶²⁵. La seconde consiste, « *une fois que les parties sont face à face, à discuter sérieusement, c'est-à-dire de bonne foi, sans proposer des modifications aberrantes dans le but de faire échouer la renégociation. L'obligation est alors de moyens ...* »¹⁶²⁶. Doivent, en effet, être distingués l'engagement d'entrer en négociation ou en discussion (I) et l'obligation définitive de renégociation (II).

¹⁶²³ C. Jarrosson, Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation, in Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels, PUAM, 1990, p. 141, spéc. p. 144, n°10.

¹⁶²⁴ V. infra sur la « requalification-validation », n°937.

¹⁶²⁵ C. Jarrosson, préc., spéc. n°26, p. 150 : « *Il est facile de prouver son inexécution qui résulte du refus d'une partie ou de son abstention. La partie qui ne prend même pas la peine de discuter, d'essayer de renégocier, viole l'obligation contractuellement prévue* ».

¹⁶²⁶ C. Jarrosson, préc., n°27, p. 150. V. cep. : Y. Lequette, De l'efficacité des clauses de hardship, Mélanges C. Larroumet, Economica, 2010, p. 267, spéc. n°5, p. 272 : « *En réalité, la question est probablement plus complexe que ne le laisse entendre l'opposition entre une obligation de résultat qui correspondrait au principe même de la négociation et une obligation de moyens qui rendrait compte de son contenu. [...] Or, intellectuellement distinctes, les deux questions s'enchevêtrent souvent, d'autant que la rédaction même des clauses de hardship les mêle parfois* ».

I) L'obligation d'entrer en discussion

660. La clause de renégociation institue l'obligation d'entrer en discussion. Cette obligation peut être synallagmatique (A) ou unilatérale (B).

A) Une obligation synallagmatique

661. Lorsque l'obligation d'entrer en discussion est synallagmatique, chaque partie s'engage à renégocier certains éléments contractuels lors de la survenance d'un évènement déclencheur. Cet évènement ne doit pas nécessairement reposer sur l'existence d'une « *rigueur injuste* » pour l'une des parties (1). En revanche, il est impératif qu'il ne dépende pas de la volonté arbitraire de l'une d'elles (2).

1) Des évènements déclencheurs divers

662. Les clauses de hardship, l'exigence d'une rigueur injuste - Le déclenchement des clauses de hardship est soumis à des conditions strictes. « *La clause de « hardship » peut se définir comme celle aux termes de laquelle les parties pourront demander un réaménagement du contrat qui les lie si un changement intervenu dans les données initiales au regard desquelles elles s'étaient engagées vient à modifier l'équilibre de ce contrat au point de faire subir à l'une d'elles une rigueur (« hardship ») injuste* »¹⁶²⁷. La mise en œuvre des clauses de hardship suppose un bouleversement des circonstances économiques modifiant l'équilibre du contrat. Cependant, l'obligation d'entrer en discussion ne doit pas nécessairement correspondre à un tel bouleversement.

¹⁶²⁷ B. Oppetit, L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de hardship, JDI, Clunet, 1974, p. 794, spéc. n°3, p. 796. V. aussi : J. Cedras, L'obligation de négocier, RTD com. 1985, p. 285 : « *La clause de hardship oblige les parties à renégocier un contrat que les circonstances ont largement déséquilibré* ». V. aussi : W. Dross, Clausier, dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne, 2^{ème} éd., 2011, Litec, p. 294 : « *La clause de hardship (...) permet à l'une des parties d'exiger de l'autre la renégociation de leur accord à exécution successive lorsque l'équilibre économique qui existait lors de sa conclusion a disparu par suite d'un bouleversement des circonstances. Généralement, il s'agira d'un changement de circonstances économiques, mais il peut aussi s'agir de circonstances juridiques, une loi nouvelle*

663. Les clauses de hardship, une variété de clauses de renégociation - En effet, les clauses de hardship ne sont qu'une « variété » de clauses de renégociation¹⁶²⁸. Dès lors, l'évènement déclencheur de l'obligation d'entrer en discussion peut être exclusif de tout bouleversement des circonstances économiques. Pour autant, il ne doit pas dépendre de la volonté arbitraire de l'une des parties.

2) Des évènements exclusifs de la volonté arbitraire de l'une des parties

664. Le terme suspensif certain - Le contrat prévoit parfois que la renégociation devra intervenir à échéance fixe. Dans ce cas, l'obligation d'entrer en discussion et l'obligation de discuter sérieusement naissent dès la conclusion du contrat. L'obligation de renégociation est affectée d'un terme suspensif certain. Elle n'est exigible qu'à l'échéance de ce terme. Ce type de clause est fréquent en ce qui concerne la renégociation des objectifs conditionnant la rémunération variable.

665. La condition suspensive - En revanche, lorsque la clause soumet le déclenchement de l'obligation de renégociation à un évènement futur et incertain, l'obligation d'entrer en discussion est soumise à la réalisation d'une condition suspensive¹⁶²⁹. Elle revêt un caractère conditionnel. En effet, selon l'article 1178 du code civil, « *l'obligation est conditionnelle lorsqu'on la fait dépendre d'un évènement futur et incertain, soit en la suspendant jusqu'à ce que l'évènement arrive, soit en la résiliant, selon que l'évènement arrivera ou n'arrivera pas* »¹⁶³⁰. Or, d'après l'article 1174 du code civil, « *toute obligation est nulle lorsqu'elle a été*

impérative changeant la prévision des parties » ; C. Larroumet, Droit civil, Les obligations, Le contrat, t. III, 6^{ème} éd., Economica, 2007, n° 428, note de bas de page n°1, p. 415.

¹⁶²⁸ W. Dross, préc., p. 294. V. aussi : Y. Lequette, préc., n°1, p. 269.

¹⁶²⁹ L'obligation conditionnelle d'entrer en discussion se confond alors avec l'obligation définitive de renégociation. Elle correspond à une promesse synallagmatique de renégociation. Les parties promettent de renégocier le contrat lors de la survenance de l'évènement déclencheur. L'obligation définitive de renégociation est soumise à la survenance de l'évènement déclencheur ; elle est conditionnelle.

¹⁶³⁰ J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, Droit civil. Les obligations, 3/Le rapport d'obligation, 7^{ème} éd., Sirey Université, 2011, n°277, p. 265. V. aussi : F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, Les obligations, 10^{ème} éd., Dalloz, 2009, n°1218, p. 203 : « *La condition est un évènement futur (comme le terme), mais incertain (à la différence du terme), auquel est subordonnée la formation ou la disparition d'une obligation* » ; P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, Les Obligations, Defrénois, 5^{ème} éd., 2011, n°1305, p. 693 : « *La condition est liée à l'incertitude : à un évènement incertain, elle subordonne soit la naissance (elle est suspensive), soit la résolution (elle est résolutoire), tantôt du contrat, tantôt de l'obligation sans que le contrat en soit affecté* ». V. aussi : P. Derouin, Pour une analyse fonctionnelle de

contractée sous condition potestative de la part de celui qui s'oblige » (a). L'évènement déclencheur de l'obligation d'entrer en discussion ne doit pas être constitutif d'une condition potestative (b).

a) La prohibition des conditions potestatives

666. Les dispositions légales - L'article 1174 du code civil prohibe la condition potestative au pouvoir du débiteur. Autrement dit, la condition potestative au pouvoir du créancier est valable. Selon l'article 1170 du code civil, la condition potestative est « *celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un évènement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher* ». Elle doit être distinguée de la condition mixte « *qui dépend tout à la fois de la volonté d'une des parties contractantes et de la volonté d'un tiers* »¹⁶³¹. Cette dernière condition n'entraîne pas la nullité de l'obligation qu'elle affecte.

667. L'analyse classique - Selon la doctrine classique, seule est condamnable la condition « *purement potestative* » : « *je m'engage si je veux* ». « *S'engager si on veut ce n'est pas s'engager du tout* »¹⁶³². A l'inverse, est valable la condition simplement potestative. Il s'agit de celle qui s'exprime « *dans l'accomplissement d'un acte ou d'un fait déterminé, qui dépend du débiteur mais lui est toutefois extérieur* »¹⁶³³. Cette analyse présente néanmoins des insuffisances. « *Cette exigence d'un fait extérieur ne suffit pas à assurer la protection de l'autre partie, si sa réalisation est abandonnée à l'arbitraire du débiteur* »¹⁶³⁴.

la condition, RTD civ. 1978, p. 1 ; O. Milhac, La notion de condition dans les actes à titre onéreux, LGDJ, 2001 ; M. Latina, Essai sur la condition en droit des contrats, LGDJ, 2009.

¹⁶³¹ C. civ., art. 1171.

¹⁶³² J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, Droit civil. Les obligations, 3/Le rapport d'obligation, 7^{ème} éd., Sirey Université, 2011, n°295, p. 278. V. aussi : F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, Les obligations, 10^{ème} éd., Dalloz, 2009, n°1222, p. 1207 : « *Un engagement dont l'efficacité est subordonnée à la volonté de celui qui s'oblige n'est pas, en réalité, un engagement* ».

¹⁶³³ J. Ghestin, La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 du Code civil, Etudes Weill, Dalloz-Litec, 1983, p. 243, spéc. n°3, p. 245. V. aussi : J. Ghestin, L'indétermination du prix de vente et la condition potestative, D. 1973, Chron., p. 296.

¹⁶³⁴ J. Ghestin, L'indétermination du prix de vente et la condition potestative, D. 1973, Chron., p. 293, spéc. p. 296 ; La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 du Code civil, Études Weill, Dalloz-Litec, 1983, p. 243, spéc. n°8, p. 247 et 248 ; J. Taisne, La notion de condition dans les actes juridiques, th. dactyl. Lille, 1977, n°92, p. 139 ; P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, Les Obligations, Defrénois, 5^{ème} éd., 2011, n°1311, p. 697 ; J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, préc., n°295, p. 278. V. aussi : G. Goubeaux, obs. ss CA Paris, 15 mars 1974, JCP G 1974, II, 17786 et Remarques

668. L'analyse moderne - Dès lors, selon la doctrine moderne, « *la question fondamentale est de savoir [si le débiteur] est, par l'effet de la condition stipulée, en situation de se dégager arbitrairement de tout ou partie de son obligation* »¹⁶³⁵. « *Si (...) les conséquences de l'acte à accomplir sont telles que pour éluder sa dette le débiteur doit s'imposer un sacrifice, (...) le risque d'arbitraire est exclu* »¹⁶³⁶. De même, si la réalisation de la condition ne dépend pas de sa volonté exclusive mais également de « *circonstances objectives susceptibles d'un contrôle judiciaire* »¹⁶³⁷, la condition est valable.

b) La nullité de l'obligation de renégociation affectée d'une condition potestative

669. Condition potestative et contrats synallagmatiques - La prohibition des conditions potestatives s'applique aux contrats synallagmatiques¹⁶³⁸. Elle vise, en conséquence,

sur la condition suspensive stipulée dans l'intérêt exclusif de l'une des parties, Rép. Defr. 1979, art. 31987, p. 753.

¹⁶³⁵ J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, préc., n°296, p. 279 ; P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, préc., n°1312, p. 697 ; A. Bénabent, Les obligations, 13^{ème} éd., Montchrestien, 2012, n° 319, p. 256 : « *En élaguant les discussions théoriques, on peut retenir qu'il n'y a condition potestative nulle que dans une clause permettant au débiteur de « sortir » du contrat par sa volonté arbitraire, sans aucun frein extérieur* ».

¹⁶³⁶ J. Taisne, La notion de condition dans les actes juridiques, Lille, th. dactyl., 1977, n°102, p. 157. V. aussi : J. Ghestin, La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 du Code civil, Etudes Weill, Dalloz-Litec, 1983, p. 243, spéc. n°12, p. 250, et n°18, p. 255 ; S. Gjidara, Le déclin de la potestativité dans le droit des contrats : le glissement jurisprudentiel de l'article 1174 à 1178, LPA 22 juin 2000, n°124, p. 4, spéc. n°24.

¹⁶³⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 22 nov. 1989 : Bull. civ. I, n°355, n°87-19149 ; RTD civ. 1991, p. 333, obs. J. Mestre.

¹⁶³⁸ Antérieurement, la Cour de cassation estimait qu'« *une condition purement potestative, nulle de la part de celui qui s'oblige, (...) [n'affectait] pas la validité d'un contrat synallagmatique dans lequel les parties sont respectivement créancières et débitrices de l'autre* » (Cass. civ. 3^{ème}, 21 janv. 1971 : Bull. civ. III, n°46 ; Rép. Defr. 1971, art. 29861, p. 508, obs. J.-L. Aubert ; RTD civ. 1971, p. 632, obs. Y. Loussouarn). Elle est revenue sur cette solution (Cass. com. 23 sept. 1982 : Bull. civ. IV, n°284, n°81-10131, Rép. Defr. 1983, art. 33027, p. 401, obs. G. Vermelle - Cass. civ. 3^{ème}, 7 juin 1983 : Bull. civ. III, n°132, n°82-10281, Rép. Defr. 1984, art. 33326, n°48, p. 805, obs. J.-L. Aubert ; RTD civ. 1984, p. 713, obs. J. Mestre).

Sur la solution désormais retenue, v. not. : J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, préc., n°297, p. 280 : « *Cette conception s'impose : peu importe la réciprocité née des obligations nées du contrat synallagmatique, réciprocité qui peut d'ailleurs être contredite en fait par l'exécution unilatérale du contrat par l'une des parties ; l'essentiel est que l'engagement souscrit par l'une d'elles se révèle être à sa discrétion de sorte qu'elle peut arbitrairement s'en libérer* ». V. aussi : J. Chevallier, ss. Cass. civ. 1^{ère}, 7 avril 1967, RTD civ. 1968, n°4, p. 145, spéc. p. 146. Comp. : G. Goubeaux, obs. ss CA Paris, 15 mars 1974 : JCP G 1974, II, 17786 : « *La nullité de l'obligation contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige n'est encourue que dans des cas où le créancier a déjà effectué préalablement une prestation, de sorte qu'en se dispensant arbitrairement d'exécuter sa propre dette, le débiteur profiterait d'un enrichissement injuste* ». V. cep. J. Taisne, La notion de condition dans

l'obligation synallagmatique d'entrer en négociation. La réalisation ou la défaillance de la condition suspensive qui affecte cette obligation ne doit pas dépendre de la « seule » volonté de l'employeur ou du salarié.

670. Condition suspensive et évènement indépendant de la volonté de l'employeur - Ainsi, le contrat peut valablement prévoir que l'obligation d'entrer en négociation est soumise à la réalisation d'un objectif fixé en fonction du chiffre d'affaires¹⁶³⁹. Les clauses de renégociation du lieu, de la qualification ou de la durée du travail pourraient être mises en œuvre dans le cas de la création d'une activité nouvelle¹⁶⁴⁰, en cas d'absence d'un salarié, d'une baisse ou d'une hausse des commandes¹⁶⁴¹ ...

671. Condition suspensive et intérêt de l'entreprise - Qu'en est-il de l'intérêt de l'entreprise ? Une clause peut-elle soumettre le déclenchement de l'obligation synallagmatique d'entrer en discussion aux « besoins de l'entreprise » ? Une réponse négative semble, a priori, s'imposer. L'identification des besoins de l'entreprise relève du pouvoir de gestion de l'employeur. Seul ce dernier semble donc en mesure de décider de la mise en œuvre de l'obligation de renégociation¹⁶⁴². Il aurait ainsi la faculté de « s'engager s'il le veut ».

En outre, l'employeur qui impose une renégociation non conforme à l'intérêt ou aux « besoins » de l'entreprise abuse de son droit. L'intérêt de l'entreprise constitue un élément de mesure de l'abus. Soumettre le déclenchement de l'obligation aux « besoins de l'entreprise »

les actes juridiques, Lille, th. dactyl., 1977, n°95, pp. 148 et 149 : « *Même si le créancier d'une obligation consentie « si voluero » ne risque tout au plus que de voir s'évanouir son « mirage » de créance, il n'empêche que cette stipulation doit être prohibée puisqu'elle est totalement fantaisiste* ».

¹⁶³⁹ Rapp. : Cass. soc. 2 juill. 2002 : Bull. civ. V, n°229, n°00-13111 ; Dr. soc. 2002, p. 998, obs. C. Radé ; CSBP 2002, n°144, A 53, p. 443, obs. F.-J. Pansier ; JSL 2002, n°110, p. 12, com. N. Rérolle ; RJS 10/02, n°1076. V. égal. : P. Morvan, La révision de la rémunération variable, JCP S 2008, 1198, n° 10.

¹⁶⁴⁰ Certes, l'employeur peut empêcher la réalisation de cette condition. Toutefois, provoquer sa défaillance supposerait un important « sacrifice » de sa part. Une telle condition n'est donc pas potestative.

¹⁶⁴¹ Rapp. : L.-K. Gratton, Les clauses de variation du contrat de travail, Dalloz, 2011, n°498, p. 242 ; P. Waquet, Variations sur le thème de la modification du contrat de travail, Dr. ouvr. 2007, p. 175, spéc. p. 180.

¹⁶⁴² En théorie, le salarié pourrait démontrer que les besoins de l'entreprise justifient la renégociation du contrat. Cependant, cette preuve risque d'être particulièrement difficile à apporter.

revient simplement à écarter toute mise en œuvre abusive du droit de l'employeur d'imposer la négociation.

672. Condition suspensive et abus - Cependant, la qualification de la condition dépend parfois des modalités ultérieures de réalisation de l'évènement¹⁶⁴³. Dans ce cas, « *c'est (...) la potestativité de la mise en œuvre de la disposition qui se trouve réellement contrôlée* »¹⁶⁴⁴. Le contrôle du juge tend, en effet, à se déplacer de la formation du contrat à son exécution. Il porte ainsi sur les circonstances de la réalisation de la condition. « *S'il s'avère que la réalisation de l'évènement a été imposée au débiteur par une cause étrangère à sa volonté, alors la condition ne peut être suspectée de potestative et échappe à la nullité* »¹⁶⁴⁵. En définitive, la condition est validée si la mise en œuvre de la clause ne révèle pas d'abus¹⁶⁴⁶.

Selon ce raisonnement, si l'obligation d'entrer en négociation a été mise en œuvre en raison de difficultés économiques avérées, la condition tenant « *aux besoins de l'entreprise* » devrait être validée. Dans ce cas, l'engagement de l'employeur trouverait son origine dans des circonstances économiques indépendantes de sa volonté. Plus largement, si la mise en œuvre de l'obligation ne révèle pas d'abus - ce que prescrit justement la condition tenant aux besoins de l'entreprise - la condition devrait être qualifiée de « non potestative ». Le fait que

¹⁶⁴³ V. not. : Cass. civ. 1^{ère}, 16 oct. 2001 : Bull. civ. I, n°257, n°00-10020 ; JCP G 2002, I, 134, obs. J. Rochfeld ; D. 2002, p. 2839, obs. D. Mazeaud ; RTD civ. 2002, p. 97, obs. J. Mestre et B. Fages ; Rép. Defr. 2002, art. 37496, p. 251, obs R. Libchaber, p. 251. Dans cette affaire, la clause litigieuse prévoyait « *si la Clinique des Chênes cessait d'exercer en tant qu'établissement au service des malades et d'hospitalisation, le contrat prendrait fin sans que le cocontractant puisse exiger d'indemnité* ». Or, la Cour de cassation a décidé : « *Mais attendu, d'une part, que la cour d'appel, ayant relevé l'ambiguïté de la clause litigieuse, a souverainement constaté qu'elle n'était pas purement potestative et que, partant, sa nullité n'était pas démontrée ; Attendu, d'autre part, qu'elle a jugé, après une analyse approfondie de la situation de la clinique, que cette clause n'avait été mise en œuvre que sous la pression d'évènements économiques irrésistibles* ». V. aussi : Cass. civ. 1^{ère}, 21 mars 1984 : Bull. civ. I, n°112, n°83-11012 ; RTD civ. 1985, p. 381, obs. J. Mestre. Cet auteur écrit : « *La clause de prêt prévoyait la possibilité de demander le remboursement immédiat lorsque le salarié cesserait ses fonctions auprès de la société prêteuse. La formule était donc très générale, et pouvait viser aussi bien, comme ce fut finalement le cas, une cessation d'activité imposée à l'employeur pour cause économique qu'une cessation délibérément choisie par celui-ci sans justification ni contrainte particulière. Si l'hypothèse d'un licenciement sans motif s'était présentée, il y a fort à parier que la clause du prêt eut été jugée purement potestative, et donc nulle* ».

¹⁶⁴⁴ J. Rochfeld, préc., ss.Cass. civ. 1^{ère}, 16 oct. 2001.

¹⁶⁴⁵ D. Mazeaud, ss. Cass. civ. 1^{ère}, 16 oct. 2001, préc., p. 2839.

¹⁶⁴⁶ J. Rochfeld, ss. Cass. civ. 1^{ère}, 16 oct. 2001, JCP G 2002, I, 134 : « *La difficulté se déplace : du critère de cette potestativité ab initio, vers la définition de l'abus dans la mise en œuvre* ». V. aussi : S. Gjidara, Le déclin de la potestativité dans le droit des contrats : le glissement jurisprudentiel de l'article 1174 à 1178, LPA 21 et 22 juin 2000, n°123 et n°124, p. 4 ; G. Helleringer, Les clauses du contrat, essai de typologie, LGDJ, 2012, n°495, p. 261 : « *La difficulté n'est plus alors de déterminer le critère de potestativité, mais de définir ce qui correspond à une mise en œuvre abusive* ».

l'employeur puisse faire défaillir la condition en refusant d'invoquer les besoins de l'entreprise serait indifférent¹⁶⁴⁷.

Une telle analyse n'est néanmoins pas respectueuse des termes de l'article 1174 du code civil¹⁶⁴⁸. La chambre sociale de la Cour de cassation pourrait, en conséquence, refuser de la consacrer. Elle pourrait également retenir une tout autre interprétation et considérer que seul le salarié s'engage à entrer en discussion.

B) Une obligation unilatérale

673. Affirmer le caractère synallagmatique de l'obligation d'entrer en discussion est contestable lorsque sont visés le lieu, la qualification ou la durée du travail (1). L'obligation doit alors revêtir un caractère unilatéral. Elle doit être qualifiée de promesse unilatérale de négocier (2).

1) Le caractère synallagmatique de l'obligation, une solution contestable

674. L'entrée en renégociation des objectifs - Considérer qu'en cas de survenance de l'évènement déclencheur, chaque partie est tenue de renégocier les objectifs conditionnant la rémunération variable n'est source d'aucune difficulté.

675. L'entrée en renégociation du lieu, de la qualification, et de la durée - A l'inverse, si la clause porte sur le lieu, la qualification ou la durée du travail, le caractère

¹⁶⁴⁷ Sur ce point, v. not. : S. Gjidara, Le déclin de la potestativité dans le droit des contrats : le glissement jurisprudentiel de l'article 1174 à 1178, LPA 22 juin 2000, n°124, p. 4, spéc. n°32 : « *En expurgeant ainsi la notion de condition potestative de tous les évènements dont la défaillance risque de tenir uniquement à un mauvais vouloir ultérieur du débiteur, la jurisprudence tend à préférer à la sanction de l'article 1174, celle de l'article 1178, dont la vocation est précisément de sanctionner cette manipulation du hasard, par laquelle un débiteur sous condition suspensive ferait de mauvaise foi défaillir l'évènement qui le charge. Cette tendance jurisprudentielle peut s'expliquer par le fait que le recours à l'article 1178 s'avère plus approprié que de procéder à une qualification alternative de la condition potestative génératrice d'incertitudes* ».

¹⁶⁴⁸ J. Rochfeld, ss. Cass. civ. 1^{ère}, 16 oct. 2001, JCP G 2002, I, 134 : « *En définitive, le jeu de la condition pouvant ne pas être potestatif, la qualification de potestative est écartée ! La décision [du 16 octobre 2001] se teinte en conséquence d'un manque de rigueur dans le critère retenu de la potestativité* ». V. aussi : J. Mestre, ss. Cass. civ. 1^{ère}, 21 mars 1984, RTD civ. 1985, p. 382 : « *Est-il possible de concevoir qu'une même condition soit ainsi déclarée purement potestative ou non selon les*

synallagmatique de l'obligation d'entrer en discussion peut sembler contestable. Il oblige, notamment, l'employeur à négocier la mutation du salarié, en cas de survenance de l'évènement déclencheur. Seul l'intérêt de l'entreprise pourrait alors justifier son refus¹⁶⁴⁹. Une telle obligation ne correspond pas à l'esprit des clauses de mobilité auxquelles les clauses de renégociation auraient vocation à se substituer. L'obligation d'entrer en discussion doit peser exclusivement sur le salarié lorsque sont visés le lieu, la qualification ou la durée de travail.

2) La promesse unilatérale de négociation, une solution préférable

676. Une renégociation soumise à la volonté de l'employeur - Une clause conférant à l'employeur la faculté d'exiger l'entrée en discussion lors de la survenance de l'évènement déclencheur est-elle porteuse d'une condition potestative ? L'employeur n'est en définitive tenu de négocier « que s'il le veut ».

677. L'obligation d'entrer en discussion, une promesse unilatérale de négocier du salarié - En réalité, l'obligation d'entrer en discussion correspond, dans ce cas, à une promesse unilatérale de négocier. L'obligation d'entrer en discussion pèse exclusivement sur le salarié ; elle est unilatérale. Seule l'obligation définitive de renégociation est bilatérale et engage chaque partie. La distinction entre l'obligation d'entrer en discussion et l'obligation définitive de négociation est alors essentielle. Au jour de la conclusion du contrat, la promesse unilatérale de négocier existe. Fruit d'un accord de volontés, sa naissance n'est soumise à aucune condition suspensive. Mais l'obligation définitive de renégociation n'existera que lorsque l'employeur aura donné son consentement. L'obligation définitive de renégociation

modalités ultérieures de rémunération ? Assurément, la question mérite d'être posée au regard des termes de l'article 1174, qui ne paraissait guère autoriser cette qualification alternative ».

¹⁶⁴⁹ L'employeur pourrait, par exemple, se prévaloir du fait que le poste ouvert sur le lieu visé par la clause de mobilité ne correspond pas aux compétences du salarié. Dès lors, la mutation serait contraire à l'intérêt de l'entreprise et l'absence de proposition de l'employeur, justifiée. Peu importerait que la mutation soit favorable à la vie personnelle et familiale du salarié. L'obligation de renégociation a pour objet d'adapter le contrat au contexte économique dans lequel il évolue. Il ne s'agit pas d'adapter le contrat à la vie personnelle et familiale du salarié. V. les développements supra n°132 s.

n'est pas conditionnelle. Elle revêt un caractère « éventuel »¹⁶⁵⁰. Eu égard à la prohibition des conditions potestatives, il importe peu, dans ce cas, que le « déclenchement » de l'obligation définitive de renégociation dépende de la seule volonté de l'employeur. Dans ce cas, le « déclenchement » correspond à la « naissance » de l'obligation.

Toutefois, il est admis que les clauses de renégociation ont pour objet d'organiser la renégociation « *dans des situations déterminées* »¹⁶⁵¹. Cette exigence pourrait-elle être réduite à une manifestation de volonté de la part de l'employeur ? L'objet des clauses de renégociation semble imposer aux parties de préciser, dans le contrat, les hypothèses objectives de déclenchement « éventuel » de l'obligation de renégociation. Par exemple, une clause pourrait prévoir « *qu'en cas de création d'une activité nouvelle à Limoges, l'employeur aura la faculté d'imposer au salarié la négociation de son éventuelle mutation dans cette ville* ». Dès la conclusion du contrat, le salarié promet de renégocier son lieu de travail. Sa promesse est affectée d'une condition suspensive non potestative : « *la création d'une activité nouvelle à Limoges* ». La naissance de l'obligation définitive de renégociation est, quant à elle, soumise à l'acceptation de l'employeur.

II) L'obligation définitive de renégociation

678. L'obligation définitive de renégociation constitue une obligation de « discuter sérieusement ». Elle n'impose pas aux parties d'aboutir à un accord sur la réadaptation. Pour autant, la négociation doit être utile. L'employeur a l'obligation de faire une proposition raisonnable (A). Le salarié devrait être tenu de répondre favorablement à une telle proposition (B).

¹⁶⁵⁰ Sur l'emploi de cette notion, v. not. J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, Droit civil. Les obligations, 3/Le rapport d'obligation, 7^{ème} éd., Sirey Université, 2011, n°297, p. 280 ; J. Taisne, La notion de condition dans les actes juridiques, Lille, th. dactyl., 1977, n°135, p. 196.

¹⁶⁵¹ Ainsi, en ce qui concerne les clauses de hardship, la rigueur injuste subie par une partie constitue l'évènement objectif déclencheur de l'obligation de négocier. Les clauses de force majeure obligent les parties à renégocier lors de la survenance ou de la poursuite de circonstances de force majeure. La clause de l'offre concurrente prévoit une renégociation du contrat « en fonction des données de la concurrence ». (Sur ces clauses, v. : C. Jarrosson, Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation, in Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels, PUAM, 1990, n°22 et 23, pp. 148 et 149 ; S. Pellet, L'avenant au contrat, IRJS Editions, 2010, n°232, p. 234).

A) L'obligation de formuler une proposition raisonnable

679. La finalité de la clause de renégociation est l'adaptation du contrat. A cet effet, l'employeur doit proposer une modification contractuelle au salarié (1). L'adaptation n'est néanmoins envisageable que si la mesure proposée est susceptible d'être acceptée. Seule une proposition raisonnable concourt à la réalisation de l'objectif contractuel (2).

1) L'obligation d'émettre une proposition

680. L'absence de proposition, un manquement - L'obligation d'entrer en discussion et celle de discuter sérieusement sont susceptibles de s'enchevêtrer. Tel est le cas lorsque l'obligation d'entrer en discussion est synallagmatique. Est visée l'hypothèse de renégociation de la rémunération variable. Si l'employeur n'émet aucune proposition alors qu'il y est tenu, il refuse d'entrer en négociation. De ce fait, il manque à son obligation de discuter sérieusement.

681. L'absence de proposition, un manquement sanctionné - Le salarié doit alors disposer d'un droit de résiliation unilatérale du contrat pour inexécution. La prise d'acte de la rupture à son initiative doit produire les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse¹⁶⁵².

Certains auteurs considèrent qu'« à défaut de disposition formelle, le juge ne pourrait, de lui-même ou à la requête d'une seule des parties se substituer à ces dernières et modifier le contrat »¹⁶⁵³. Une telle correction constituerait une atteinte à la force obligatoire du contrat. Elle ne correspondrait pas à une exécution forcée en nature de l'obligation. « *La modification du contrat n'est pas l'objet d'une obligation pesant sur les parties tenues par une clause de renégociation* »¹⁶⁵⁴. Selon cette analyse, si le salarié s'abstient de prendre acte de la rupture,

¹⁶⁵² Rappr. : Cass. soc. 29 juin 2011 : Bull. civ. V, n°173, n°09-65710 ; RJS 10/11, n°799 ; JCP S 2011, 1465, note D. Everaert-Dumont : « *Mais, attendu que lorsque le contrat de travail prévoit que la rémunération variable dépend d'objectifs fixés annuellement par l'employeur, le défaut de fixation desdits objectifs constitue un manquement justifiant la prise d'acte de la rupture par le salarié* ».

¹⁶⁵³ B. Oppetit, L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de hardship, JDI, Clunet, 1974, n°16, p. 808.

¹⁶⁵⁴ V. not. : S. Pellet, L'avenant au contrat, IRJS Editions, 2010, n°249, p. 252 : « *En toute rigueur la seule mesure d'exécution forcée qu'un juge pourrait prononcer consisterait à commander au créancier récalcitrant de s'asseoir à la table des négociations. Cependant, une telle sanction serait le plus souvent*

le contrat devrait, en principe, se poursuivre conformément aux prévisions initiales des parties. Toutefois, un tel raisonnement doit être écarté en ce qui concerne la renégociation de la rémunération prévue par le contrat de travail. En effet, à défaut d'accord des parties, le juge se réserve la faculté de déterminer lui-même le montant de la rémunération variable « *en fonction des critères visés au contrat et des accords conclus les années précédentes* »¹⁶⁵⁵. Il s'octroie, dans ce cas, un véritable pouvoir de fixation. Cette intervention salvatrice du juge est justifiée. Elle doit s'imposer en cas d'inertie de l'employeur. Une solution inverse aurait pour effet de priver le salarié d'une partie de sa rémunération variable.

2) *Le caractère raisonnable de la proposition*

682. Le contenu d'une proposition raisonnable - La proposition émise par l'employeur doit être raisonnable. Le contenu de cette exigence varie selon l'objet de la renégociation. Lorsque la renégociation porte sur les objectifs conditionnant la rémunération variable, ceux-ci doivent être « *réalistes* »¹⁶⁵⁶, « *réalisables* »¹⁶⁵⁷, « *compatibles avec le marché* »¹⁶⁵⁸. A défaut, la proposition n'est pas raisonnable.

Les clauses de renégociation portant sur le lieu, la durée ou la qualification doivent préciser « *la variation possible* »¹⁶⁵⁹. Cette exigence repose sur l'article 1129 du code civil. Le salarié doit connaître au moment de la formation du contrat la portée exacte de son engagement.

inutile : il est fort à craindre que la partie contrainte de négocier ne fasse pas preuve de l'esprit de collaboration nécessaire à la conclusion d'un avenant ».

¹⁶⁵⁵ Cass. soc. 22 mai 1995 : Bull. civ. V, n° 161, n°91-41584 ; Dr. soc. 1995, p. 668. V. aussi : Cass. soc. 26 oct. 1999 : Bull. civ. V, n°405, n°98-41521 ; Dr. soc. 2000, p. 214, obs. C. Radé - Cass. soc. 22 févr. 2000 : Bull. civ. V, n°70, n°97-43465 ; Dr. soc. 2000, p. 439, obs. C. Radé - Cass. soc. 13 juill. 2004 : Bull. civ. V, n°208, n°02-14140 ; Dr. soc. 2004, p. 936, et l'étude de C. Radé, Le juge, arbitre des différends salariaux, p. 934 - Cass. soc. 9 mai 2007 : non publié au Bull., n°05-45613 - Cass. soc. 4 juin 2009 : Bull. civ. V, n°145, n°07-43198 ; RDT 2009, p. 524, note G. Pignarre - Cass. soc. 13 janv. 2009 : Bull. civ. V, n°145, n°07-43198 ; D. 2009, p. 1931, note T. Pasquier ; Dr. soc. 2009, p. 611, obs. C. Radé. V. aussi : T. Katz, La détermination de la rémunération variable : la part de l'unilatéral, du négocié et du juge, Dr. ouvr. 2005, p. 151. V. infra, n°186.

¹⁶⁵⁶ Rapp. : Cass. soc. 22 mai 2001 : Bull. civ. V, n°180, n°99-41838, n°99-41970 ; RJS 8-9/01, n°998.

¹⁶⁵⁷ Rapp. : Cass. soc. 2 mars 2011 : non publié au Bull., n°08-44978.

¹⁶⁵⁸ Rapp. : Cass. soc. 13 janv. 2009 : Bull. civ. V, n°12, n°06-46208 ; Dr. soc. 2009, p. 611, obs. C. Radé - Cass. soc. 30 mars 1999 : Bull. civ. V, n°143, n°97-41028 ; RJS 4/99, n°641.

¹⁶⁵⁹ Rapp. : C. trav. art. L. 3123-14. Ce texte prévoit que le contrat de travail à temps partiel doit préciser les cas dans lesquels une modification éventuelle de la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois peut intervenir ainsi que la nature de cette modification. V. not. à propos des clauses de variation, P. Waquet, Variations sur le thème de la modification du contrat

Ainsi, la clause de renégociation du lieu de travail doit indiquer la zone géographique susceptible de faire l'objet d'un accord. Elle ne doit pas « conférer à l'employeur le pouvoir d'en étendre unilatéralement la portée »¹⁶⁶⁰. Une mutation proposée dans la zone géographique précisée au contrat correspond, *a priori*, à une proposition raisonnable. De même, la clause de renégociation doit indiquer la qualification ou la durée du travail susceptible d'être proposée au salarié. Une clause peut, notamment, prévoir que le salarié s'engage à négocier le passage d'un temps plein à un temps partiel correspondant à 80% de la durée légale ou conventionnelle applicable dans l'entreprise. Si la proposition de l'employeur répond à cette exigence, elle revêt, *a priori*, un caractère raisonnable¹⁶⁶¹.

683. La sanction d'une proposition déraisonnable - L'employeur qui émet une proposition déraisonnable manque à son obligation de renégociation. Il commet une faute susceptible de justifier la résiliation du contrat à ses torts¹⁶⁶². Dans ce cas, le refus du salarié ne peut justifier son licenciement. Le contrat doit se poursuivre aux conditions initiales. Cependant, ici encore, lorsque la clause de renégociation vise la rémunération variable, le juge doit pouvoir suppléer le désaccord des parties. Le salarié ne doit pas être privé du paiement de sa rémunération variable en raison du caractère déraisonnable de la proposition émise par l'employeur. En revanche, si la proposition est raisonnable, il est en principe tenu de l'accepter.

B) L'obligation d'accepter une proposition raisonnable

684. La clause de renégociation fonde l'existence d'une obligation renforcée ; celle-ci implique que le salarié réponde favorablement à la proposition raisonnable émise par l'employeur (1). Cette obligation comporte néanmoins certaines limites (2).

de travail, Dr. ouvr. 2007, p. 180 ; L.-K. Gratton, Les clauses de variation du contrat de travail, Dalloz, 2011, n°500, pp. 242 et 243.

¹⁶⁶⁰ Cass. soc. 7 juin 2006, préc., note de bas de page, n°1283 - Cass. soc. 26 mai 2010 : non publié au Bull., n°09-40422 - Cass. soc. 6 oct. 2010 : non publié au Bull. n°08-45324 - Cass. soc. 28 avril 2011 : non publié au Bull., n°09-42321. V. aussi : Cass. soc. 17 mars 2010 : non publié au Bull. n°08-43368.

¹⁶⁶¹ V. cep. infra n°691 et n°692.

¹⁶⁶² Une proposition déraisonnable emporte les mêmes conséquences que l'absence de proposition. V. supra n°681.

1) Une obligation de négociation renforcée

685. L'obligation de répondre favorablement à une proposition raisonnable est justifiée par l'existence de la clause de renégociation (a). Le non-respect de cette obligation doit être sanctionné (b).

a) Un renforcement justifié

686. Une obligation niée par le juge - L'obligation de répondre favorablement à une proposition raisonnable a été niée par le juge. Dans un arrêt du 3 octobre 2006, la chambre commerciale de la Cour de cassation a considéré qu'une « clause de rencontre » obligeant les parties à se rencontrer « *en cas d'événement majeur affectant leurs obligations respectives (...) n'oblige en aucune façon le cocontractant à accepter les modifications de contrat proposées par l'autre partie en cas de survenance d'un tel événement* »¹⁶⁶³. De même, selon la Cour d'appel d'Angers, la clause contractuelle selon laquelle « *les parties ont convenu d'examiner ensemble les moyens d'adapter le contrat aux évolutions constatées ... (...) n'oblige nullement les parties à réviser le contrat mais en autorise seulement la possibilité* »¹⁶⁶⁴. En d'autres termes, même si les propositions émises par l'une des parties sont raisonnables, l'autre n'est pas tenue de les accepter. Elle demeure libre de les refuser. La chambre commerciale de Cour de cassation se prononce en faveur « *d'un simple pouvoir facultatif de révision du contrat renégocié* »¹⁶⁶⁵.

La chambre sociale de la Cour cassation adopte la même analyse à propos du refus d'une proposition de reclassement. L'obligation de reclassement, dont l'origine est jurisprudentielle, impose à l'employeur de tenter de reclasser le salarié en cas de licenciement pour motif économique ou en cas d'inaptitude. L'employeur est tenu de renégocier les termes contractuels. Il doit proposer au salarié un emploi différent de celui qu'il occupe. Celui-ci

¹⁶⁶³ Cass. com. 3 octobre 2006 : non publié au Bull., n°04-13214 ; D. 2007, p. 765, note D. Mazeaud.

¹⁶⁶⁴ CA Angers 27 janv. 2004 : Juris-Data, n°2004-248416 ; RTD civ. 2006, p. 112, obs. J. Mestre et B. Fages.

¹⁶⁶⁵ D. Mazeaud, ss. Cass. com. 3 oct. 2006, D. 2007, p. 765. D'après cet auteur, « *la solution retenue par la Cour de cassation s'inscrit parfaitement dans l'idéologie contractuelle dominante. Libres de concevoir leur contrat, d'en composer le contenu, d'en déterminer l'équilibre, les contractants doivent, en définitive, assumer la responsabilité du mauvais usage de leur liberté* ».

dispose néanmoins du droit, discrétionnaire, de refuser le reclassement¹⁶⁶⁶. Une telle analyse est-elle justifiée ?

687. Une obligation fondée sur la volonté expresse des parties - L'obligation de reclassement n'a pas été expressément envisagée par les parties. Obliger le salarié à accepter toute proposition raisonnable de reclassement est de nature à heurter la force obligatoire du contrat. Celui-ci doit disposer d'un droit de refus ; mais son exercice ne devrait pas pouvoir être abusif¹⁶⁶⁷.

En revanche, lorsque les parties ont expressément envisagé l'existence d'une obligation de renégociation, une solution inverse doit prévaloir. Les contractants se sont engagés à renégocier un point précis du contrat. Admettre que le salarié puisse discrétionnairement imposer son refus vide la clause de renégociation de toute utilité. Quel intérêt y-a-t-il à prévoir une telle stipulation si les obligations qu'elle fait naître dépendent, en définitive, du « bon vouloir » des parties ? Comme le souligne le Professeur Lequette, la Cour de cassation décide « *sous couvert d'interprétation des juges du fond, que les clauses (...) d'adaptation ... donnent naissance (...) à un engagement purement potestatif. (...) Il suffit pour remplir ses obligations de rencontrer son partenaire et de répondre par la négative à toutes ses propositions, seraient-elles parfaitement raisonnables ...* »¹⁶⁶⁸.

Dès lors, la solution de la chambre commerciale de la Cour de cassation est contestable. Elle ne doit pas être étendue. Les parties qui ont prévu une clause de renégociation ont envisagé la possibilité que la teneur de leurs prestations soit modifiée. Elles se sont engagées à discuter sérieusement en vue d'une adaptation du contrat¹⁶⁶⁹. Un tel engagement suppose que le salarié

¹⁶⁶⁶ V. supra n°161.

¹⁶⁶⁷ Le principe est que le salarié dispose du droit de refuser une proposition, même raisonnable, de reclassement. Il n'est pas tenu d'y répondre favorablement. Il n'a donc pas à justifier son refus. Pour autant, il ne devrait pas pouvoir exercer son droit de manière abusive. L'employeur devrait pouvoir démontrer que le salarié a abusé de son droit.

¹⁶⁶⁸ V. not. : Y. Lequette, De l'efficacité des clauses de hardship, Mélanges C. Larroumet, Economica, 2010, p. 267, spéc. n°7, p. 274. Cet auteur ajoute : « *la différence est pourtant mince entre celui qui refuse de rencontrer son partenaire et celui qui le rencontre mais s'en tient à l'attitude précédemment décrite* ».

¹⁶⁶⁹ L. Aynès, « Le devoir de renégocier », RJ com. 1999, p. 11, spéc. p. 18, n°23 et 24 : « *Si renégocier n'est pas conclure (...) renégocier implique des actes et une attitude. Des actes : émettre et recevoir des propositions, faire connaître sa réaction et l'expliquer, informer. Une attitude : se prêter loyalement à ce dialogue, c'est à dire sans duplicité et sans tactique dilatoire, avec l'intention d'aboutir à un accord* ».

accepte, sauf motif légitime, toute proposition raisonnable émise par l'employeur. A défaut, il doit être sanctionné.

b) Une obligation sanctionnée

688. Le refus constitutif d'une faute - Le salarié qui refuse de manière injustifiée une proposition raisonnable manque à ses obligations contractuelles. Les arbitres de la Cour internationale d'arbitrage auprès de la Chambre de commerce internationale laissent clairement entendre « *qu'un refus injustifié pourrait constituer une faute contractuelle qui serait le fondement d'une demande de résiliation aux torts de la partie qui l'oppose* »¹⁶⁷⁰. Un refus ne reposant sur aucun motif légitime doit, en conséquence, fonder le licenciement du salarié.

689. Le refus de la proposition prévue par la clause de renégociation - Hormis en ce qui concerne la rémunération variable, le refus « d'une » proposition raisonnable doit en principe suffire à justifier le licenciement du salarié. En effet, « la » variation possible a été précisée au contrat. « La » proposition raisonnable correspond, en principe, à celle-ci.

690. Le refus d'objectifs proposés par l'employeur - En revanche, « la » variation possible des objectifs conditionnant le montant de la rémunération variable n'est généralement pas prévue par le contrat. L'exigence d'objectifs « *réalistes* », « *réalisables* », « *compatibles avec le marché* » garantit le caractère raisonnable de la proposition. Toutefois, ces notions sont empreintes de subjectivité. Seule l'obstination du salarié à refuser les diverses propositions émises par l'employeur doit justifier son licenciement¹⁶⁷¹. La faculté dont dispose le juge de déterminer lui-même le montant de la rémunération variable ne devrait pas y faire obstacle. Tant qu'il n'a pas été saisi, le licenciement devrait être envisageable¹⁶⁷².

¹⁶⁷⁰ V. not. : Y. Lequette, préc., n°14, p. 274.

¹⁶⁷¹ L'employeur devrait émettre au moins deux propositions.

¹⁶⁷² Le salarié conserverait néanmoins la possibilité de contester son licenciement s'il estime que les propositions émises par l'employeur n'étaient pas raisonnables.

2) Une obligation limitée

691. Un droit de refus exceptionnel - Dans certaines hypothèses, le salarié doit disposer d'un droit de refus. L'obligation d'accepter une proposition raisonnable demeure le principe, le droit de la refuser, l'exception. Ce refus doit donc être motivé¹⁶⁷³. Une telle exigence permet à l'employeur de s'assurer de son caractère légitime¹⁶⁷⁴. Elle garantit l'efficacité de l'obligation de renégociation¹⁶⁷⁵.

692. L'intérêt de l'entreprise contrarié - Si la modification proposée contrarie l'intérêt de l'entreprise - et que le salarié est en mesure d'en apporter la preuve - son refus est justifié. Le droit d'imposer la renégociation ne doit pas être détourné de sa finalité. Il ne doit pas être exercé de manière abusive. Or, tel est le cas lorsque l'adaptation du contrat va à l'encontre de l'intérêt de l'entreprise. Dans cette hypothèse, le refus du salarié d'accepter une modification de son contrat de travail ne peut lui être reproché. La proposition perd son caractère raisonnable.

693. L'atteinte portée à la vie personnelle et familiale du salarié - La modification proposée est également susceptible de porter atteinte à la vie personnelle et familiale du salarié. Si l'employeur démontre que cette atteinte est justifiée et proportionnée, le refus constitue un manquement à l'obligation contractuelle de renégociation. En revanche, si l'atteinte ne répond pas aux exigences de justification et de proportionnalité, le salarié n'est

¹⁶⁷³ V. not. : M. Fabre-Magnan, L'obligation de motivation en droit des contrats, Etudes J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 301, spéc. n°14, p. 318 : « Si en effet le juge admet qu'en cas de modification majeure des circonstances le contrat ait vocation à être renégocié, il est clair que celui des contractants qui souhaiterait s'en tenir à la lettre du contrat ne pourra être suivi que s'il motive son attitude en démontrant que la renégociation du contrat aurait pour lui des conséquences désastreuses » ; S. Pellet, L'avenant au contrat, IRJS Editions, 2010, n°247, p. 249 : « Le refus de conclure un avenant étant susceptible d'être imputé à faute à l'une des parties, les contractants devront motiver le rejet des propositions qui leur sont adressées ».

¹⁶⁷⁴ L. Aynès, Motivation et justification, RDC 2004, p. 555, spéc. p. 557 : « La motivation remplit en effet une double fonction. Au destinataire de l'acte, elle communique les raisons de celui-ci, lui permettant d'en percevoir la rationalité, de le comprendre - c'est-à-dire de l'accepter intellectuellement - et de mesurer quelle résistance il peut lui opposer ».

¹⁶⁷⁵ F. Gaudu, L'exigence de motivation en droit du travail, RDC 2004, p. 566, spéc. n°9, p. 571 : « Obliger à motiver des réponses - même les refus -, c'est en fait « jalonner » une négociation » ; L. Aynès, préc., p. 557 : « La motivation remplit en effet une double fonction. [...] A l'agent, elle évite l'impulsion, l'obligeant à formuler, c'est-à-dire à poser devant lui, à rendre objectives, partant à juger, les causes de sa décision » ; S. Pellet, préc., n°247, p. 249 : « Soumis à la vigilance de son partenaire et du juge, l'obligation de motivation est une incitation directe mais puissante pour le créancier de ne pas refuser à la légère une offre raisonnable d'avenant ».

pas tenu de répondre favorablement à l'employeur. Ici encore, le caractère *a priori* raisonnable de la proposition s'effondre.

A cet égard, la requalification des clauses de mobilité en clauses de renégociation n'emporterait pas, d'un point de vue pratique, de conséquences majeures. Elle aurait néanmoins le mérite de consacrer une analyse fondée juridiquement. La construction jurisprudentielle relative à la modification du contrat gagnerait en cohérence.

694. Conclusion du chapitre 2 : « L'objectivation » de la volonté des parties conduit parfois à nier leur volonté réelle. Le juge n'hésite pas à « dé-contractualiser » certains éléments expressément visés au contrat. Il considère, notamment, que la mention du lieu revêt, en principe, une valeur informative. Mais cette mention a pu être déterminante du consentement du salarié. Lorsque le contrat fait mention de la convention collective applicable, le juge a parfois considéré qu'elle s'était incorporée au contrat. Pourtant, l'employeur a probablement souhaité se conformer à son obligation d'information.

La contractualisation du secteur géographique suscite également des interrogations. Il est douteux que les parties aient eu l'intention de lui conférer une valeur contractuelle. Une telle notion est floue ; les parties n'en connaissent le périmètre qu'une fois le juge saisi. La détermination du secteur géographique résulte d'une approche collective. Peu importe la localisation du domicile du salarié. Une telle analyse est susceptible d'aboutir à des solutions incohérentes. Le salarié a le droit de refuser une mutation - dans un secteur géographique différent de son lieu de travail initial - qui le rapproche de son domicile. Mais il s'expose au risque d'être licencié s'il refuse une mutation - au sein d'un même secteur géographique - en raison d'atteintes portées à sa vie personnelle et familiale¹⁶⁷⁶. En réalité, l'approche collective doit être adaptée. Le juge doit prendre en considération les conséquences qu'emporte la mesure. Une mutation dans un même secteur géographique doit demeurer un changement des conditions de travail. Toutefois, le refus du salarié, motivé par une atteinte injustifiée et disproportionnée à sa vie personnelle et familiale est légitime. L'employeur ne saurait, dans cette hypothèse, lui imposer un tel changement. L'exercice de son droit serait abusif. De même, le salarié qui refuse une mutation le rapprochant de son domicile abuse de son droit. Le changement doit pouvoir lui être imposé. Cette analyse garantirait une certaine sécurité juridique. Elle n'exclurait pas la protection de la vie personnelle et familiale du salarié. Elle devrait prévaloir quel que soit l'objet du « changement » ou de la « modification ».

Une autre difficulté réside dans la validation des clauses de variation incidente de la rémunération et des clauses de mobilité. Ces clauses font échec à l'article 1134, alinéa 2 du code civil et à l'exigence de détermination de l'objet. Leur requalification en clauses de

¹⁶⁷⁶ On peut néanmoins penser que la jurisprudence retiendrait désormais que le salarié a le droit de refuser une telle modification. Rapp. à propos d'un bouleversement d'horaires susceptible de porter une atteinte excessive à la vie personnelle et familiale du salarié : Cass. soc. 3 nov. 2011, préc., note de bas de page n°1498. Cependant, la requalification de la mesure est contestable.

renégociation serait souhaitable. Devraient être distinguées l'obligation d'entrer en négociation et l'obligation définitive de renégociation. En ce qui concerne les clauses de renégociation de la rémunération, ces obligations se confondraient. Les parties s'engageraient à renégocier lors de la survenance d'un évènement déclencheur indépendant de leur volonté ou à échéances fixes. Les autres clauses de renégociation révéleraient l'existence d'une promesse unilatérale pesant sur le salarié. Ce dernier s'engagerait à renégocier le lieu, la qualification ou la durée du travail. L'obligation définitive de renégociation ne naîtrait qu'au jour où l'employeur donnerait son consentement. Elle l'obligerait à formuler une proposition raisonnable, conforme aux prévisions contractuelles. Le salarié serait tenu d'accepter une telle proposition. Il disposerait d'un droit de refus exceptionnel, notamment lorsque la mesure porte une atteinte injustifiée et disproportionnée à sa vie personnelle et familiale.

Conclusion du Titre I

695. La Chambre sociale de la Cour de cassation est à l'origine d'une véritable refonte du contrat de travail. Les éléments contractuels ne sont plus ceux qu'avaient envisagés les parties. Leur volonté réelle est écartée au profit d'une volonté « objectivée ». Certes, volontés réelle et « objectivée » vont généralement correspondre. Le juge se fonde sur les éléments de qualification du contrat afin de déterminer le contenu du socle contractuel. Toutefois, l'approche collective comporte des insuffisances ; elle est source d'incohérences.

L'analyse objective ne doit pas pour autant être remise en cause. Elle constitue un gage de sécurité juridique. Lorsqu'il envisage la mesure, l'employeur doit pouvoir la qualifier. Doit-il proposer une modification du contrat ? Doit-il informer le salarié d'un changement de ses conditions de travail ? La qualification de la mesure ne saurait dépendre des conséquences qu'elle engendre. Pour autant, celles-ci doivent être prises en considération. Elles doivent permettre de déceler un éventuel abus. L'employeur ne saurait imposer un changement des conditions de travail, attentatoire à la vie personnelle et familiale du salarié. Dans ce cas, ce dernier doit pouvoir refuser le changement « abusif » de ses conditions de travail. A l'inverse, il ne devrait pas pouvoir refuser une modification du secteur géographique du lieu de travail le rapprochant de son domicile.

Enfin, le juge se fonde parfois, de manière artificielle, sur la volonté des parties afin de leur ôter toute faculté de consentir. La validité des clauses de mobilité et des clauses de variation incidente de la rémunération est, à cet égard, incohérente et illicite. Ces stipulations devraient être requalifiées en clauses de renégociation. Leur régime, encadré, garantirait la protection de la vie personnelle et familiale. Reste la question de savoir si le juge peut d'office requalifier les clauses de mobilité ainsi que les clauses de variation incidente de la rémunération en clauses de renégociation ? Peut-il, en se fondant sur l'article 12 du code de procédure civile¹⁶⁷⁷, décider que ces clauses n'instituent qu'une obligation de renégociation, et non une

¹⁶⁷⁷ C. proc. civ., art. 12 : « Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables.

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.

Toutefois, il ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat.

Le litige né, les parties peuvent aussi, dans les mêmes matières et sous la même condition, conférer au juge mission de statuer comme amiable compositeur, sous réserve d'appel si elles n'y ont pas spécialement renoncé ».

autorisation de modification unilatérale au profit de l'employeur ? Une telle analyse est envisageable. Le juge n'hésite pas, en effet, à réécrire le contrat.

TITRE 2 : LE CONTRAT REECRIT

696. La réécriture exclusive de l'interprétation de la volonté - Dans de nombreuses hypothèses, la réfection du contrat de travail n'est pas fondée sur l'article 1134 du code civil. Elle ne repose pas sur une prétendue interprétation de la volonté des parties. Il ne s'agit plus de « découvrir » ou de « révéler » la volonté réelle ou « objectivée » de ces dernières. La réécriture paraît se détacher de toute recherche de leur intention. Quel est alors le fondement de l'intervention du juge ?

697. L'alinéa 2 de l'article 1152 du code civil, fondement d'un pouvoir de correction - La réécriture du contrat résulte parfois de l'application d'une disposition légale. Selon l'article 1152, alinéa 1, du code civil, *« lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre »*. L'alinéa 2 ajoute, néanmoins, que *« le juge peut, même d'office modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite »*¹⁶⁷⁸. Ce second alinéa fonde l'existence d'un véritable pouvoir judiciaire de correction (Chapitre 1).

698. La réécriture exclusive de l'article 1152 - Mais il est fréquent que la réécriture du contrat ne résulte pas de l'application de l'article 1152 du code civil. Les fondements de l'intervention judiciaire peuvent alors paraître obscurs (Chapitre II).

¹⁶⁷⁸ V. aussi l'article 1231 du code civil selon lequel : *« Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la peine convenue peut, même d'office, être diminuée par le juge à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'article 1152. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite »*. Cependant, la chambre sociale de la Cour de cassation ne se fonde pas sur ce texte lorsqu'elle exerce son pouvoir de révision. V. not. sur cette question : A. Martinon, Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée, Dalloz, 2005, n°782, pp. 567 et 568.

CHAPITRE 1 : LA REECRITURE FONDEE SUR L'ARTICLE 1152 DU CODE CIVIL

699. L'intangibilité, obstacle à la correction judiciaire du contrat - L'alinéa 2 de l'article 1152 a été inséré dans le code civil par une loi n°75-597 du 9 juillet 1975¹⁶⁷⁹. Avant son entrée en vigueur, la Cour de cassation rappelait régulièrement, au visa des articles 1134 et 1152 du code civil, l'intangibilité de la clause fixant le montant des dommages-intérêts dus en cas d'inexécution¹⁶⁸⁰. Cette position était critiquée. Elle était à l'origine de nombreux abus dénoncés par la doctrine¹⁶⁸¹.

700. La peine contractuelle, objet d'une correction exceptionnelle - Le législateur est donc intervenu et a accordé au juge la faculté de réviser la peine convenue « *manifestement excessive ou dérisoire* »¹⁶⁸². Eu égard à son caractère exorbitant¹⁶⁸³, ce pouvoir relève de

¹⁶⁷⁹ B. Boccara, La réforme de la clause pénale : conditions et limites de l'intervention judiciaire, JCP G 1975, I, 2742 ; F. Chabas, La réforme de la clause pénale, D. 1976, Chron. p. 229 ; J.-L. Évade, La réduction des clauses pénales excessives, Gaz. Pal. 1976, 2, Doctr., p. 449 ; M. Saluden, L'étendue du contrôle exercé par la Cour de cassation sur les juges du fond en matière de clause pénale, Gaz. Pal. 1984, 1, Doctr., p. 262 ; B. Boubli, La mort de la clause pénale ou le déclin de l'autonomie de la volonté, Journal des notaires, 1976, I, art. 53048, p. 945 ; F. Pasqualini, La révision des clauses pénales, Rép. Defr. 1995, art. 36106, p. 769 ; G. Paisant, Dix ans d'application de la réforme des articles 1152 et 1231 du code civil relative à la clause pénale, RTD civ. 1985, p. 647 ; S. Sanz, La consécration du pouvoir judiciaire par la loi du 9 juillet 1975 et ses incidences sur la théorie générale de la clause pénale, RTD civ. 1977, p. 268 ; J. Deprez, Rapport sur les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial français, Travaux Association H. Capitant, t. XVII, Dalloz, 1965, p. 28.

¹⁶⁸⁰ V. not. : Cass. civ. 4 juin 1960 : D. 1960, 1, p. 257 ; Cass. civ. 14 févr. 1966 : H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t. 2, Dalloz, 12^{ème} éd., n°168, p. 207. V. égal. : E. Alfandari, Le contrôle des clauses pénales par le juge, JCP G 1971, I, 2395.

¹⁶⁸¹ V. not. : B. Boccara, préc. ; S. Sanz, préc., p. 270. V. égal. : E. Alfandari, préc. ; F. Steinmetz, La clause pénale, Cah. Dr. de l'entr. 1975/1, p. 19.

¹⁶⁸² Pothier, un des principaux inspirateurs du code civil, estimait déjà que la peine excessive pouvait être réduite par le juge : « *La peine stipulée en cas d'inexécution d'une obligation, peut lorsqu'elle est excessive, être réduite et modérée par le juge* » (R.-J. Pothier, Traité des obligations, Œuvres de Pothier, annotées et mises en corrélation avec le code civil et la législation actuelle, par M. Bugnet, t. II, Eloge de Pothier, Traité des obligations. De la prestation des fautes, Videcoq, Cosse et Delamotte, 1848, n°345). L'avant-projet du code civil consacrait d'ailleurs cette analyse : « *Art. 49 : Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme, il ne peut être alloué à l'autre partie une plus forte somme, quoique le dommage se trouve plus grand. Le juge peut au contraire modérer celle stipulée, si elle excède évidemment le dommage effectif* » (P.A. Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du code civil, t. XIII, 1827, réimpr. 1968, p. 11). Cette disposition n'a finalement pas été adoptée. V. not. : Décl. Bigot-Préameneu, P.A. Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du code civil, t. XIII, 1827, réimpr. 1968, p. 57 : « *La section s'est arrêtée à une règle simple ; elle a pensé que quand les parties ont fixé elles-mêmes le taux des dommages-intérêts, leur prévoyance ne devait pas demeurer sans effet, et qu'il fallait respecter leur convention, d'autant plus que, dans d'autres contrats, on ne corrige pas les stipulations que les circonstances rendent ensuite excessives* ».

l'exception. Les conditions d'application de l'article 1152, alinéa 2, du code civil sont limitées (Section 1) ; l'intervention du juge est encadrée (Section 2).

SECTION 1 : DES CONDITIONS D'APPLICATION LIMITEES

701. La jurisprudence semble parfois considérer que l'article 1152, alinéa 2, du code civil vise exclusivement les clauses pénales (§1). Une conception extensive de cette notion est retenue (§2).

§ 1 : Une application limitée aux clauses pénales

702. Il est admis que l'article 1152 du code civil est applicable aux clauses pénales. Ces dernières revêtent un caractère indemnitaire et comminatoire (I). Doit-on en déduire que le pouvoir de correction, fondé sur ce texte, ne s'exerce qu'à l'égard de ces clauses ? La stipulation contractuelle soumise au pouvoir de correction du juge devrait alors revêtir un caractère comminatoire. Une telle analyse, retenue ponctuellement, est contestable (II).

I) La clause pénale, l'exigence d'un caractère forfaitaire et comminatoire

703. **La double justification de la clause pénale**¹⁶⁸⁴ - Selon la Cour de cassation, la clause pénale susceptible d'être révisée par le juge a une double justification. Elle est stipulée « à la fois comme un moyen de (...) contraindre à l'exécution et comme l'évaluation conventionnelle

¹⁶⁸³ En ce sens : F. Chabas, préc., p. 234 : « Le pouvoir donné au juge par l'alinéa second de l'article 1152 est contraire à tous nos principes. Il va à l'encontre du sacro-saint art. 1134 c. civ. Il remet en cause le principe de l'autonomie de la volonté. Il est exorbitant du droit commun » ; S. Sanz, préc., p. 281 ; B. Boubli, La mort de la clause pénale ou le déclin de l'autonomie de la volonté, Journ. not. 1976, I, art. 53048, p. 945.

¹⁶⁸⁴ V. not. : B. Boccara, préc., n°1 : « Il n'est pas douteux que la clause pénale comporte effectivement une double justification : d'une part elle tend à forfaitiser les dommages-intérêts encourus ; d'autre part elle constitue - plus elle est lourde - la police du contrat, une force de dissuasion, une menace destinée à assurer son exécution, contrainte autrement efficace que des dommages-intérêts strictement indemnitaires ».

et forfaitaire du préjudice futur subi »¹⁶⁸⁵. Cette analyse est conforme aux textes. L'article 1229 du code civil prévoit que la clause pénale « *est la compensation des dommages-intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale* ». A cet égard, elle comporte un caractère forfaitaire (A). En outre, selon l'article 1226 du code civil, « *la clause pénale est celle par laquelle une personne pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution* ». Elle a une fonction comminatoire (B).

A) Une indemnisation forfaitaire

704. La Cour de cassation décide, au visa de l'article 1152 du code civil, que « *constitue une clause pénale la clause d'un contrat par laquelle les parties évaluent forfaitairement et d'avance l'indemnité à laquelle donnera lieu l'inexécution de l'obligation contractée* »¹⁶⁸⁶. La clause pénale susceptible d'être corrigée par le juge doit donc comporter une évaluation contractuelle, anticipée et forfaitaire des dommages-intérêts (1) dus par le débiteur en cas d'inexécution¹⁶⁸⁷(2).

1) Une évaluation contractuelle, forfaitaire et anticipée

705. La clause pénale doit figurer dans un véritable contrat (a). Elle doit prévoir le montant des dommages-intérêts éventuellement dus par le débiteur (b).

¹⁶⁸⁵ V. not. : Cass. civ. 1^{ère}, 3 janv. 1985 : Bull. civ. I, n°4, n°83-15291 - Cass. com. 5 juill. 1994 : Bull. civ. IV, n° 253, n°92-19106 ; JCP G 1994, I, 3809, n°19, obs. G. Viney - Cass. civ. 1^{ère}, 19 juin 2008 : non publié au Bull., n°07-14556 ; RDC 2008, p. 1158, obs. J.-S. Borghetti - Cass. com. 30 nov. 2010 : non publié au Bull., n°09-15980 - Cass. civ. 1^{ère}, 26 mai 2011 : non publié au Bull., n°10-16512.

¹⁶⁸⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 10 oct. 1995 : Bull. civ. I, n° 347, n°93-16869 ; D. 1996, p. 486, note B. Fillion-Dufouleur ; JCP G 1996, II, 22580, note G. Paisant ; JCP G 1996, I, 3914, n°9, obs. M. Billiau. V. aussi au visa des articles 1152 et 1226 du code civil : Cass. civ. 3^{ème}, 26 janv. 2011 : Bull. civ. III, n°12, n°10-10376 ; RDC 2011, p. 817, obs. Y.-M. Laithier ; Contrats, conc. consom. 2011, com. 87, obs. L. Leveneur - Cass. com. 16 juin 2009 : non publié au Bull. : n° 07-14913.

¹⁶⁸⁷ J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, Droit civil. Les obligations, 3/Le rapport d'obligation, 7^{ème} éd., Sirey Université, 2011, n°236, p. 221 ; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, Les obligations, 10^{ème} éd., Dalloz, 2009, n°621, p. 633.

a) Une évaluation contractuelle

706. Le contrat, source exclusive de la clause révisable - La rédaction et la place des articles 1226 à 1233 et 1152 du code civil justifient l'exigence liée au caractère contractuel de la clause pénale. Ces dispositions relèvent, en effet, du titre III du livre III du code civil intitulé « *des contrats ou des obligations conventionnelles en général* »¹⁶⁸⁸.

Dès lors, le juge n'a pas le pouvoir de réviser une clause dont la source est légale ou réglementaire¹⁶⁸⁹. De même, il ne peut corriger une clause figurant dans une convention collective applicable à l'entreprise¹⁶⁹⁰. Cette solution est conforme au principe de l'autonomie des sources¹⁶⁹¹.

Ce raisonnement doit également être retenu lorsque la convention collective est appliquée volontairement par l'employeur. L'application de la clause conventionnelle résulte alors d'un engagement unilatéral. De même en est-il de la clause contenue dans un règlement intérieur. Elle n'est pas soumise au pouvoir judiciaire de correction fondé sur l'article 1152, alinéa 2, du code civil¹⁶⁹².

707. Clause pénale conventionnelle et contrat visant la norme conventionnelle - Qu'en est-il d'une stipulation contractuelle se référant à une norme conventionnelle comportant une clause pénale ? Selon la Cour de cassation, « *lorsque les parties contractantes conviennent de l'application au contrat de travail d'une convention collective autre que celle applicable de*

¹⁶⁸⁸ En ce sens, G. Paisant, Dix ans d'application de la réforme des articles 1152 et 1231 du code civil relative à la clause pénale, RTD civ. 1985, p. 647, spéc. p. 652.

¹⁶⁸⁹ V. not. à propos d'une pénalité fixée par un acte administratif réglementaire : Cass. soc. 29 nov. 1978 : Bull. civ. V, n°810, n°76-14896.

¹⁶⁹⁰ Cass. soc. 14 mai 1987 : Bull. civ. V, n°320, n°85-41349 ; JCP E 1988, II, 15129, note M. Défossez ; RTD civ. 1988, p. 531, obs. J. Mestre. V. aussi : Cass. soc. 22 févr. 1995 : Bull. civ. V, n°65, n°93-44268 ; RJS 6/95, n°644 ; Dr. soc. 1995, p. 481 et l'étude de J. Pélissier, Effets d'une clause contractuelle de reprise d'ancienneté sur le calcul de l'indemnité de licenciement, Dr. soc. 1995, p. 480 - Cass. soc. 28 mai 2008 : non publié au Bull., n°07-41079 ; RDC 2008, p. 1158, obs. J.-S. Borghetti.

¹⁶⁹¹ V. not. : D. Mazeaud, La notion de clause pénale, LGDJ, 1992, n°223, p. 123 : « *Parce qu'ils s'appliquent à des tiers qui n'ont pas donné leur consentement à leur élaboration, les actes collectifs en général, et la convention collective en particulier, ne sont guère compatibles avec la stipulation d'une véritable clause pénale qui suppose, pour prospérer, un véritable contrat* ». V. aussi : J. Pélissier, Effets d'une clause contractuelle de reprise d'ancienneté sur le calcul de l'indemnité de licenciement, Dr. soc. 1995, p. 480. V. égal. sur le caractère quasi-réglementaire de la convention collective : D. Mazeaud, La notion de clause pénale, LGDJ, 1992, n°223, p. 123 ; M. Défossez, ss. Cass. soc. 14 mai 1987, JCP E 1988, II, 15129.

¹⁶⁹² A propos de l'évaluation des dommages-intérêts contenue dans un règlement intérieur : Cass. soc. 26 mai 1999 : TPS 1999, com. 259 ; RJS 7/99, n°916.

droit, l'indemnité de licenciement prévue par ladite convention collective revêt la nature d'une indemnité conventionnelle non susceptible d'être réduite par le juge »¹⁶⁹³. Justifiée, cette solution doit être étendue à toute clause se bornant à viser les textes conventionnels applicables dans l'entreprise - de droit ou volontairement - ainsi que les usages et engagements unilatéraux. Ces clauses de « constatation » ne permettent pas de contractualiser le contenu des normes auxquelles elles font référence¹⁶⁹⁴. Une solution inverse ne doit prévaloir que lorsque la rédaction du contrat caractérise une véritable volonté de contractualisation¹⁶⁹⁵.

b) Une évaluation des dommages-intérêts

708. Une évaluation forfaitaire - Outre sa nature contractuelle, la clause pénale doit comporter une évaluation forfaitaire des dommages-intérêts dus en cas d'inexécution. Une telle solution est conforme à l'article 1229 du code civil selon lequel la clause pénale « *est la compensation des dommages-intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale* ». L'article 1152, quant à lui, permet au juge de « *modérer ou augmenter la peine (...) convenue...* ». Encore faut-il que cette peine existe pour que le pouvoir de correction ait vocation à s'appliquer. Ainsi, une cour d'appel a « *pu décider* » que la clause de garantie d'emploi dépourvue de dommages-intérêts ne constituait pas une clause pénale susceptible d'être corrigée par le juge¹⁶⁹⁶. Cette solution est justifiée. L'arrêt rendu par la Cour de cassation aurait d'ailleurs pu énoncer clairement qu'en l'absence d'indemnisation forfaitaire une clause ne peut « *par principe* » être qualifiée de clause pénale¹⁶⁹⁷. Certes, en cas de non-

¹⁶⁹³ Cass. soc. 9 nov. 2011 : Bull. civ. V, n°253, n°09-43528 ; RJS 1/12, n°35 ; JCP G 2012, 57, p. 94, note P. Lokiec. Dans cette affaire, le contrat prévoyait que le salarié « *pouvait se prévaloir des dispositions plus favorables de la convention collective des cadres de direction des sociétés d'assurances* ». La clause se bornait à faire référence à la convention collective appliquée volontairement par l'employeur.

¹⁶⁹⁴ V. supra n°628.

¹⁶⁹⁵ Tel était le cas, semble-t-il, lorsque « *l'indemnité litigieuse résultait d'une clause contractuelle prévoyant uniquement son mode de calcul par référence à la convention collective (...) et que cette convention était par ailleurs expressément écartée par le contrat de travail, ce qui excluait tout engagement unilatéral de l'employeur* » (Cass. soc. 12 janv. 2005 : non publié au Bull., n°02-42722 ; RJS 3/05, n°271). V. aussi : Cass. soc. 14 juin 2006 : non publié au Bull., n°05-43670.

¹⁶⁹⁶ Cass. soc. 4 mars 2008 : Bull. civ. V, n°44, n°06-45221 ; RDC 2008, p. 1158, obs. J.-S. Borghetti ; RDC 2008, p. 857, obs. C. Radé ; JCP G 2008, II, 10095 note J. Mouly ; RJS 5/08, n°585 ; RDT 2008, p. 306, note G. Auzero ; JCP S 2008, 1319, note O. Fardoux ; Dr. soc. 2008, p. 705 et l'Etude de B. Gauriau, Clause pénale et clause de garantie d'emploi, p. 704.

¹⁶⁹⁷ En ce sens : C. Radé, ss. Cass. soc. 4 mars 2008, RDC 2008, p. 857, spéc. p. 858 ; J.-S. Borghetti, ss. Cass. soc. 4 mars 2008, RDC 2008, p. 1163 : « *N'aurait-elle pas dû juger que la Cour d'appel avait ainsi décidé « exactement » ou « à bon droit », car on voit mal encore une fois comment une clause qui ne prévoit aucun versement d'indemnité pourrait tomber sous le coup de l'article 1152 ?* ».

respect de la clause de garantie d'emploi, l'employeur est condamné à payer au salarié le « *solde des salaires restant dus jusqu'au terme de la période garantie* »¹⁶⁹⁸. Toutefois, cette indemnisation n'est pas contractuelle ; sa source est jurisprudentielle¹⁶⁹⁹. C'est pourquoi la clause de garantie d'emploi dépourvue de dommages-intérêts ne peut être qualifiée de clause pénale.

709. Une évaluation anticipée, détachée du préjudice subi - Enfin, l'évaluation des dommages-intérêts doit être « forfaitaire » et « anticipée ». Ici encore, la solution de la Cour de cassation est fondée. La clause pénale est le fruit d'un accord de volontés au jour de la conclusion du contrat. Le préjudice est présumé et chiffré à cette date¹⁷⁰⁰.

2) *L'indemnisation de l'inexécution d'une obligation contractuelle*

710. L'inexécution d'une obligation, une exigence textuelle - La clause pénale doit prévoir l'indemnisation « *à laquelle donnera lieu l'inexécution de l'obligation contractée* ». Cette précision jurisprudentielle est respectueuse des textes¹⁷⁰¹. L'article 1229 du code civil fait référence à « *l'inexécution de l'obligation principale* ». L'article 1152 vise, quant à lui, la convention qui « *porte que celui-ci qui manquera de l'exécuter ...* ».

711. L'inexécution d'une obligation, condition de la correction judiciaire - Ainsi, l'indemnité prévue en cas de non-respect d'une clause de non-concurrence est qualifiée, à juste titre, de clause pénale¹⁷⁰². Elle sanctionne la violation de l'engagement de non-

¹⁶⁹⁸ V. not. : Cass. soc. 27 oct. 1998 : Bull. civ. V, n°455, n°95-43308 ; RJS 12/98, n°1441 ; D. 1999. p. 186, note J. Mouly ; Dr. soc. 1999, p. 293, obs. C. Roy-Loustaunau - Cass. soc. 2 févr. 1999 : Bull. civ. V, n°49, n°96-40773 ; RJS 4/99, n°498 - Cass. soc. 10 juill. 2001 : non publié au Bull., n°99-44762 ; RJS 10/01, n°1106.

¹⁶⁹⁹ En ce sens : G. Auzero, ss. Cass. soc. 23 oct. 2007, RDT 2007, p. 719, spéc. p. 720 ; J. Mouly, JCP G 2008, II, 10095. L'auteur écrit : « *Il est en effet très artificiel de considérer que les parties au contrat de travail ont « intégré » la règle prétorienne d'indemnisation, à la supposer d'ailleurs supplétive, pour transformer la clause de garantie d'emploi en clause pénale* ».

¹⁷⁰⁰ Les clauses fixant la réparation du préjudice postérieurement à l'inexécution ne sont pas des clauses pénales (Cass. com. 5 avril 1994 : Bull. civ. IV, n°139, n°92-14582 ; D. 1994, IR, 122 ; JCP G 1995, II, 22384, note Y. Dagorne-Labbé).

¹⁷⁰¹ Sur l'imputabilité de l'inexécution au débiteur, v. not. : D. Mazeaud, La notion de clause pénale, LGDJ, 1992, n°464 s., pp. 262 s ; P. Delebecque, J-CI Civil, Art. 1146 à 1155, Fasc. 22, Régime de la réparation, 2005, n°42.

¹⁷⁰² Sur la validité de ces clauses, v. not. : Cass. soc. 19 octobre 1960 : Bull. civ. IV n° 886 : « *Attendu cependant que l'adjonction d'une clause pénale à un engagement de non-concurrence, si celui-ci limité dans sa portée, ne présente pas lui-même un caractère illicite, n'a pas pour effet de priver le salarié du*

concurrence¹⁷⁰³. La clause fixant les dommages-intérêts dus par l'employeur¹⁷⁰⁴ ou le salarié¹⁷⁰⁵ en cas de résiliation anticipée d'un contrat de travail à durée déterminée relève de l'article 1152, alinéa 2. Elle est due en cas d'inexécution de l'obligation de poursuivre le contrat jusqu'au terme convenu.

712. La contrepartie de l'exécution d'une obligation de ne pas faire, exclusive d'une correction judiciaire - En revanche, la clause fixant le montant de la contrepartie financière de la clause de non-concurrence n'est pas une clause pénale¹⁷⁰⁶. Une telle somme constitue la cause de l'engagement de non-concurrence¹⁷⁰⁷. Elle n'indemnise pas les conséquences de l'inexécution de l'obligation de non-concurrence ; elle est la contrepartie de son exécution¹⁷⁰⁸.

droit de mettre fin par sa seule volonté au contrat de louage de service à durée indéterminée ». La question s'est également posée de savoir si une telle clause était valable au regard de l'article L. 1331-2 du code du travail selon lequel : « *les amendes ou autres sanctions pécuniaires sont interdites...* ». Sous l'empire de l'ancien texte en vigueur qui ne visait que les amendes sanctionnant les manquements aux prescriptions d'un règlement intérieur, la Cour de cassation avait admis la validité d'une telle clause (Cass. soc. 25 nov. 1970 : Bull. civ. V, n°651, n°69-40566). Cette solution est désormais constante. Sur son fondement, v. not. : CA Paris 2 sept. 1986, D. 1987, som. p. 269, obs. Y. Serra ; G. Paisant, Les clauses pénales sont-elles encore licites dans les contrats de bail et de travail ?, JCP G 1986, I, 3238 ; D. Mazeaud, La notion de clause pénale, LGDJ, 1992, n°401 s., pp. 226 s., spéc. p. 231. Cet auteur distingue les amendes et les clauses pénales : « *la règle dont la violation est réprimée par le paiement d'une amende s'applique à tous les membres d'une même entreprise (...). Au contraire, la norme dont la violation est sanctionnée par une peine est personnalisée. Elle concerne la relation individuelle de travail existant entre le salarié et son employeur [...]. Dès lors, la sanction de l'inexécution d'une telle obligation individualisée par le contenu du contrat de travail sera une clause pénale* ».

Il est, en réalité, permis de penser qu'échappent à la prohibition de l'article L. 1331-2 du code du travail les dommages-intérêts contractuels versés lors de la rupture du contrat ou postérieurement à celle-ci. Une clause ne pourrait valablement prévoir le versement de dommages-intérêts en cas d'inexécution d'une obligation contractuelle au cours de l'exécution du contrat. Sa validité serait remise en cause au regard de l'article L. 1331-2 du code du travail et du principe selon lequel la responsabilité du salarié ne peut être engagée qu'en cas de faute lourde. V. supra n°465.

¹⁷⁰³ V. not. : Cass. soc. 5 juin 1996 : Bull. civ. V, n°226, n°92-42298 ; RJS 7/96, n°791 ; D. 1996, IR, 159 ; RJDA 1997, 3/97, n°322 ; Rép. Defr. 1997, art. 36591, obs. D. Mazeaud.

¹⁷⁰⁴ V. not. : Cass. soc. 23 oct. 1980 : Bull. civ. V, n°765, n°78-40649 ; Gaz. Pal. 1981, 1, Pan 44 - Cass. soc. 6 mai 1981 : Bull. civ. V, n°372, n°79-42510 ; Gaz. Pal. 1981, 2, Pan. 323 - Cass. soc. 18 mai 1983 : Bull. civ. V, n°268, n°80-42111.

¹⁷⁰⁵ V. not. : Cass. soc. 21 juill. 1986 : Bull. civ. V, n°392, n°83-43880. V. aussi : Cass. soc., 14 févr. 1968 : Bull. civ. V, n°101 ; D. 1968, jurispr., p. 457.

¹⁷⁰⁶ Cass. soc. 4 juill. 1983 : Bull. civ. V, n° 380, n°80-41906 ; D. 1984, IR, p. 139, obs. Y. Serra - Cass. soc. 17 oct. 1984 : Bull. civ. V, n°385, n°82-41114 à n°82-41115 - Cass. soc., 26 mai 1988 : Bull. civ. V, n° 318, n°85-45074 ; Rép. Defr. 1989, art. 34470, obs. J.-L. Aubert ; D. 1989, som. p. 265, obs. Y. Serra.

¹⁷⁰⁷ V. supra n°515 s.

¹⁷⁰⁸ Y. Serra, ss. CA Paris 6 mai 1982 : D. 1983, IR, p. 50 : « *Il ne s'agit pas d'une somme versée au regard de l'inexécution d'une obligation mais au contraire d'une indemnité attribuée en considération de l'exécution d'une obligation, l'indemnité versée par l'employeur constituant la cause contrepartie de l'obligation de non-concurrence assumée par l'ancien salarié* ».

Assimilée à un salaire¹⁷⁰⁹, elle n'a pas de caractère indemnitaire¹⁷¹⁰. Elle est également dépourvue de caractère comminatoire.

B) *Un caractère comminatoire*

713. Le caractère comminatoire, un élément de qualification - Conformément à l'article 1226 du code civil, la clause pénale doit revêtir un caractère contraignant. Elle constitue la garantie de l'exécution de l'obligation initiale¹⁷¹¹. Elle est « *un moyen de contraindre à l'exécution* »¹⁷¹². Sa fonction comminatoire rappelée régulièrement par le juge est déterminante de sa qualification¹⁷¹³. Elle est de l'essence de certaines clauses (1) ; d'autres en sont dépourvues (2).

1) *Un élément essentiel*

714. La contrainte, une condition de validité - Le caractère comminatoire est inhérent à certaines clauses. Ainsi, l'article L. 1243-4 du code du travail dispose que « *la rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée qui intervient à l'initiative de l'employeur (...) ouvre droit pour le salarié à des dommages-intérêts d'un montant au moins égal aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme du contrat ...* ». Seule une clause d'indemnisation fixant des dommages-intérêts supérieurs à ce minimum est valable. Le respect de l'ordre public social impose une telle solution. La clause emporte donc, nécessairement, un alourdissement des obligations pesant sur l'employeur. De ce fait, elle le contraint à maintenir le contrat ; elle revêt un caractère comminatoire¹⁷¹⁴.

¹⁷⁰⁹ Sur le droit à congés payés : v. not. : Cass. soc. 23 juin 2010 : Bull. civ. V, n°145, n°08-70233 ; Dr. soc. 2010, p. 1254, obs. J. Mouly ; JCP S 2010, 1540, note I. Beyneix. Sur l'assujettissement à cotisations sociales : v. not. : Cass. soc. 2 février 1972 : Bull. civ. V, n°89, n°70-13634 - Cass. soc. 6 juill. 2000 : non publié au Bull., n°98-15307 ; RJS 9-10/00, n°993.

¹⁷¹⁰ D. Mazeaud, La notion de clause pénale, LGDJ, 1992, n°682 s., pp. 384 s.

¹⁷¹¹ D. Mazeaud, préc., n°555 s., pp. 325 s.

¹⁷¹² M. Défossez, ss. Cass. soc. 17 oct. 1996, D. 1996, p. 181.

¹⁷¹³ V. not. : Cass. civ. 1^{ère}, 16 janv. 1985 : Bull. civ. I, n°24, n°83-11029, n°83-16928 ; JCP G 1986, II, 20661, note G. Paisant ; RTD civ. 1986, p. 103, obs. J. Mestre - Cass. civ. 3^{ème}, 29 juin 1994 : Bull. civ. III, n°139, n°92-19645 ; JCP G 1994, I, 3809, n°20 obs. G. Viney ; Rép. Defr. 1994, p. 1459, obs. D. Mazeaud - Cass. civ. 3^{ème}, 30 avril 2002 : Bull. civ. III, n°90, n°00-16422 ; Rép. Defr. 2002, p. 1257, obs. E. Savaux ; RDC 2003, p. 99, obs. F. Collart Dutilleul - Cass. civ. 3^{ème}, 24 sept. 2008 : Bull. civ. III, n°139, n°07-13989 ; D. 2008, p. 2497, note G. Forest ; RTD civ. 2008, p. 675, obs. B. Fages ; RDC 2009, p. 60, obs. D. Mazeaud, et p. 88, obs. J-S. Borghetti ; JCP G 2009, II, 10016, note Y. Dagorne-Labbé.

¹⁷¹⁴ Une même analyse peut être retenue en ce qui concerne l'indemnité contractuelle de licenciement.

2) Un élément manquant

715. Un montant manifestement dérisoire - Une stipulation qui retient un montant de dommages-intérêts dérisoire n'a pas de caractère comminatoire¹⁷¹⁵ : « *la clause pénale est menaçante, intimidante, dissuasive ou n'est pas ... Dans cette perspective, il est bien évident que l'idée même d'une clause pénale ... manifestement dérisoire ne résiste pas à l'examen parce qu'elle repose sur une contradiction* »¹⁷¹⁶.

716. Un montant inférieur à l'évaluation légale ou jurisprudentielle - Une clause de garantie d'emploi assortie d'une indemnisation correspondant à la somme des salaires dus jusqu'au terme de la garantie n'a pas de caractère contraignant. Sans être manifestement dérisoire, elle se borne à rappeler la sanction jurisprudentielle. Or, seule une clause dont le montant des dommages-intérêts excède le solde des salaires restant dus jusqu'au terme de la garantie revêt un caractère dissuasif¹⁷¹⁷. De même, une clause fixant les dommages-intérêts dus par le salarié en cas de rupture anticipée d'un contrat à durée déterminée à un niveau relativement faible n'est pas contraignante. Stipulée dans l'intérêt du salarié, elle n'a pas pour objet de le contraindre à exécuter son contrat jusqu'à son terme. Pour autant, l'application de l'article 1152, alinéa 2, du code civil doit-elle être écartée ?

II) La clause « révisable », l'exigence contestable du caractère comminatoire

717. L'article 1152 du code civil vise les clauses d'indemnisation forfaitaire (A). Les solutions qui tendent à en limiter l'application aux seules clauses pénales sont contestables (B).

¹⁷¹⁵ Dans ce cas, la clause peut-elle être assimilée à une clause limitative de responsabilité ? La clause limitative de responsabilité ne prévoit pas un forfait de dommages-intérêts ; elle ne fixe qu'un plafond à la responsabilité du débiteur en cas d'inexécution. Si le dommage est inférieur au plafond, il sera intégralement réparé. S'il est supérieur, il le sera à concurrence de ce plafond. Sur la distinction de ces clauses, v. not. : G. Paisant, Dix ans d'application de la réforme des articles 1152 et 1231 du code civil relative à la clause pénale, RTD civ. 1985, p. 647, spéc. p. 657 ; C. Larroumet, Droit civil. Les obligations, Le contrat, t. III, 6^{ème} éd., Economica, 2007, n° 694, p. 793.

¹⁷¹⁶ D. Mazeaud, ss. Cass. soc. 5 juin 1996, Rép. Defr. 1997, art. 36591, p. 737 ; La notion de clause pénale, LGDJ, 1992, n°127, p. 74.

¹⁷¹⁷ En ce sens, v. not. : C. Radé, ss. Cass. soc. 4 mars 2008, RDC 2008, p. 857.

A) L'article 1152, un texte applicable aux clauses d'indemnisation forfaitaire

718. La contrainte, élément de qualification de la clause pénale - La qualification de clause pénale dépend du caractère contraignant de la stipulation contractuelle. Cette exigence découle de l'article 1226 du code civil.

719. La contrainte, condition indifférente du caractère révisable de la clause - A l'inverse, le caractère comminatoire de la clause n'est pas une condition d'application de l'article 1152, alinéa 2, du code civil. Comme le relèvent certains arrêts, la clause entrant dans le champ d'application de cette disposition est celle « *par laquelle les parties évaluent forfaitairement et d'avance l'indemnité à laquelle donnera lieu l'inexécution de l'obligation contractée* »¹⁷¹⁸. Certes, l'article 1152 vise la « peine » ; celle-ci comporte, *a priori*, un effet contraignant. Mais comment justifier, dans ce cas, la correction de clauses qui retiennent un montant de dommages-intérêts « *manifestement dérisoire* » ? Malgré l'emploi du terme « peine », l'article 1152 du code civil s'applique à toute indemnisation contractuelle, forfaitaire et anticipée, due en cas d'inexécution. Le caractère comminatoire de la clause est indifférent¹⁷¹⁹. Il n'est pas une condition de l'exercice du pouvoir judiciaire de correction¹⁷²⁰. Pourtant, certains arrêts retiennent une solution inverse¹⁷²¹.

¹⁷¹⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 10 oct. 1995, préc., note de bas de page, n°1686. V. aussi au visa des articles 1152 et 1226 du code civil : Cass. civ. 3^{ème}, 26 janv. 2011, préc., note de bas de page, n°1686 - Cass. com., 16 juin 2009, préc., note de bas de page, n°1686.

¹⁷¹⁹ En ce sens : D. Mazeaud, La notion de clause pénale, LGDJ, 1992, n°268, p. 147 ; J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, Droit civil. Les obligations, 3/Le rapport d'obligation, 7^{ème} éd., Sirey Université, 2011, n°237, p. 223. V. aussi : J. Mestre, De la notion de clause pénale et de ses limites, RTD civ. 1985, p. 373. Selon cet auteur, le rapprochement des articles 1226, 1229 et 1152 du code civil « *montre clairement que la clause visée à l'article 1152 ne s'identifie pas à la clause pénale* ». V. égal. : J.-S. Borghetti, La qualification de clause pénale, RDC 2008, p. 1158, spéc. p. 1161 ; M. Défossez, ss. Cass. soc. 17 oct. 1996, D. 1997, jurisp., p. 180 ; G. Paisant, ss. Cass. civ. 1^{ère}, 16 janv. 1985 : JCP G 1986, II, 20661.

Contra : M. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, Les obligations, 5^{ème} éd., Defrénois, 2011, n°992, p. 539 ; J.-F. Cesaro, Le doute en droit privé, éd. Panthéon Assas, 2003, n°491, p. 507. Selon cet auteur, la notion de peine manifestement dérisoire vise « *les peines dont l'insuffisance ne permet pas d'atteindre l'objectif duquel elles ont été convenues : soit qu'elles ne menacent pas suffisamment pour garantir l'exécution, soit qu'elles ne sanctionnent pas suffisamment un comportement* ».

¹⁷²⁰ Cette analyse a d'ailleurs été retenue par l'avant projet Catala : Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription de P. Catala, La documentation française, 2006, C. civ. Art. 1383 al. 1 et 2 nouveau.

¹⁷²¹ V. not. : Y.-M. Laithier, ss. Cass. civ. 3^{ème}, 26 janv. 2011 : RDC 2011, p. 817 : « *On regrettera, après bien d'autres (...), que la Cour de cassation persiste, à travers la définition qu'elle adopte, à entretenir la confusion entre les clauses pénales et les clauses d'indemnisation forfaitaire, alors que des différences de régime juridique peuvent être attachées à cette distinction* ».

B) *L'article 1152, une application limitée ponctuellement aux clauses pénales*

720. La chambre sociale de la Cour de cassation a parfois considéré que le juge ne pouvait exercer son pouvoir de correction à l'égard de clauses d'indemnisation forfaitaire dépourvues de caractère comminatoire.

721. La clause de garantie d'emploi dépourvue de caractère comminatoire - Un arrêt rendu le 23 octobre 2007 semble soumettre la correction de la clause de garantie d'emploi à cette exigence¹⁷²². Se fondant sur l'« *interprétation de la volonté commune des parties* », les juges du fond avaient refusé de réduire le montant prévu par la clause de garantie d'emploi. Ils avaient estimé que cette dernière n'était pas dissuasive mais avait seulement pour objet « *de préserver la salariée de la perte de son emploi, dans un contexte économique rendant difficile son reclassement professionnel* ». Le juge ne pouvait, en conséquence, exercer son pouvoir de correction.

Pourtant, si la clause de garantie d'emploi dépourvue de caractère comminatoire n'est pas une clause pénale, elle relève de l'article 1152, alinéa 2, du code civil. La somme versée en vue « *de préserver la salariée de la perte de son emploi dans un contexte économique rendant difficile son reclassement professionnel* » a un caractère indemnitaire. L'employeur n'a pas respecté son engagement de maintien de l'emploi. La clause a pour objet de compenser le préjudice subi par le salarié du fait de cette inexécution. Elle répond, en conséquence, à la définition des clauses d'indemnisation forfaitaire visées par l'article 1152 du code civil¹⁷²³.

722. L'indemnité contractuelle de licenciement dépourvue de caractère comminatoire - De même, dans un arrêt du 17 octobre 1996, la Cour de cassation relève, à propos d'une indemnité contractuelle de licenciement, que « *la clause litigieuse avait été stipulée par les parties pour tenir compte de la difficulté pour le salarié de retrouver un emploi équivalent*

¹⁷²² Cass. soc. 23 oct. 2007 : Bull. civ. V, n°172, n°06-42994 ; RJS 1/08, n°2 ; RDT 2007, p. 719, note G. Auzero ; D. 2007, p. 3107, note P. Waquet ; JSL 2007, n°222, p. 11, note M.-C. Haller. V. cep. : Cass. soc. 14 juin 2006 : non publié au Bull., n° 05-43670 ; JCP S 2006, 1730, note T. Lahalle. V. aussi : Cass. soc. 4 nov. 1993 : non publié au Bull., n°92-42220.

¹⁷²³ En réalité, dans cette affaire, les parties n'avaient pas, semble-t-il, fixé le montant des dommages-intérêts dus en cas de violation de la clause de garantie d'emploi. Le défaut de fixation de dommages-intérêts aurait dû, à lui seul, conduire le juge à exclure l'application de l'article 1152 du code civil. En ce sens, v. not. G. Auzero, ss. Cass. soc. 23 oct. 2007, RDT 2007, p. 719.

aux mêmes conditions, ce dont il résultait qu'elle ne constituait pas une clause pénale et ne pouvait donc faire l'objet d'une modération judiciaire »¹⁷²⁴.

Toutefois, si la clause comporte une évaluation des dommages-intérêts dus en cas d'inexécution, l'article 1152 qui « *se suffit à lui-même s'applique* »¹⁷²⁵. Certains arrêts énoncent d'ailleurs clairement que « *l'indemnité contractuellement prévue à la charge de l'employeur qui met fin au contrat de travail, (...) [constitue] la réparation forfaitaire d'un préjudice résultant de la cessation de l'exécution du contrat [et] peut être modérée ou augmentée* »¹⁷²⁶. L'absence de caractère comminatoire n'exclut pas l'application de l'article 1152 du code civil. Au demeurant, l'indemnité contractuelle de licenciement est-elle réellement dépourvue de caractère comminatoire ?

§ 2 : Une conception extensive de la notion de clause pénale

723. L'indemnité contractuelle de licenciement et la clause de dédit-formation sont parfois qualifiées de clauses pénales. Le juge ne procède-t-il pas, dans ce cas, à un « forçage » des qualifications contractuelles¹⁷²⁷ ? L'indemnité contractuelle de licenciement n'est-elle pas la contrepartie du droit de résiliation unilatérale de l'employeur (I) ? L'indemnité prévue par la clause de dédit-formation n'est-elle pas le prix de la faculté de rétractation du salarié (II) ? En réalité, la qualification de clause pénale est envisageable dans chacune de ces hypothèses.

I) L'indemnité de licenciement, contrepartie apparente du droit de résiliation unilatérale

724. L'indemnité contractuelle de licenciement est due, *a priori*, en dehors de toute inexécution contractuelle. C'est la raison pour laquelle la qualification de clause pénale est contestée (A). Elle doit néanmoins être envisagée (B).

¹⁷²⁴ Cass. soc. 17 oct. 1996 : non publié au Bull., n°95-40503 ; D. 1997, p. 179, note M. Défossez.

¹⁷²⁵ M. Défossez, ss. Cass. soc. 17 oct. 1996, D. 1997, p. 179, spéc. p. 181. L'auteur ajoute « *qu'en pratique, si on appliquait la solution de l'arrêt Rivaux, les indemnités contractuelles de licenciement cesseraient en règle générale d'être réductibles puisqu'elles auraient toujours été stipulées pour tenir compte de la difficulté pour le salarié de retrouver un emploi comparable* ».

¹⁷²⁶ Cass. soc. 27 févr. 1986 : Bull. civ. V, n°49, n°84-41794 - Cass. soc. 13 déc. 2007, non publié au Bull. n°06-44935.

A) La qualification contestée de clause pénale

725. Le droit de résiliation unilatérale, un droit inhérent au contrat de travail - La chambre sociale de la Cour de cassation qualifie régulièrement l'indemnité contractuelle de licenciement de clause pénale¹⁷²⁸. Cette analyse est critiquée par la doctrine¹⁷²⁹. L'employeur dispose de la faculté de résilier unilatéralement le contrat de travail. Lorsqu'il licencie un salarié, il ne manque nullement à ses obligations contractuelles. Il exerce un droit inhérent au contrat¹⁷³⁰. L'indemnité de licenciement serait la contrepartie du droit de résiliation unilatérale reconnu à l'employeur¹⁷³¹. Cependant, l'indemnité « contractuelle » ne caractérise-t-elle pas l'existence d'une obligation de stabilité ?

B) La qualification justifiée de clause pénale

726. Il est permis de penser que la mention d'une indemnité contractuelle de licenciement révèle l'existence d'une obligation de stabilité (1). Sa licéité n'est pas contestable. Le droit de résiliation unilatérale de l'employeur n'est pas élué. Son exercice est simplement limité (2).

1) L'obligation de stabilité caractérisée

727. L'obligation de stabilité, une existence contestée - Selon une partie de la doctrine, il est impossible de considérer que le contrat de travail renferme une obligation de stabilité

¹⁷²⁷ Expression utilisée par G. Paisant, ss. Cass. civ. 3^{ème}, 9 janv. 1991, D. 1991, p. 483.

¹⁷²⁸ V. not. : Cass. soc. 18 nov. 2009 : non publié au Bull., n°08-42830 ; JCP S 2010, 1113, note A. Martinon - Cass. soc. 8 juin 2011 : non publié au Bull., n°09-40426 - Cass. soc. 18 janv. 2011 : non publié au Bull., n°09-68786 - Cass. soc. 5 juin 2008 : non publié au Bull., n°06-45316 - Cass. soc. 13 déc. 2007, non publié au Bull. n°06-44935 - Cass. soc. 20 déc. 2006 : non publié au Bull., n°05-43409 ; RJS 3/07, n°332 - Cass. soc. 17 mars 1998 : Bull. civ. V, n°142, n°95-43411 ; TPS 1998, com. 194 - Cass. soc. 27 févr. 1986 : Bull. civ. V, n°49, n°84-41794. V. aussi : Cass. soc. 22 juin 2011 : Bull. civ. V, n°560, n°09-68762. Rapp. : Cass. soc. 12 juill. 1999 : non publié au Bull., n°98-40483 : « *Mais attendu que la cour d'appel, qui a estimé que la durée de préavis contractuellement fixée aboutissait à mettre en échec le droit de l'employeur de rompre le contrat à durée indéterminée, a pu décider que l'indemnité de préavis représentait pour partie une pénalité susceptible d'être réduite* ».

¹⁷²⁹ V. not. : J.-S. Borghetti, La qualification de clause pénale, RDC 2008, p. 1158, spéc. p. 1171 ; D. Mazeaud, La notion de clause pénale, Les clauses pénales en droit du travail, Dr. soc. 1994, p. 348 ; H. Blaise, La révision judiciaire des indemnités contractuelles de licenciement, Dr. soc. 1980, p. 365, spéc. p. 366. V. aussi : J. Deprez, Les clauses pénales dans les relations de travail, BS Lefèbre, 7/85, n°17.

¹⁷³⁰ V. not. : D. Mazeaud, Les clauses pénales en droit du travail, Dr. soc. 1994, p. 348 ; J. Pélissier, G. Auzero, E. Dockès, Droit du travail, 27^{ème} éd., Dalloz, 2013, n°553, p. 575.

incombant à l'employeur¹⁷³². Il ne pourrait « y avoir assimilation de l'indemnité contractuelle de licenciement à une clause pénale que lorsque le salarié a fait la preuve de l'existence de l'engagement de l'employeur selon les règles gouvernant la preuve des actes juridiques »¹⁷³³.

728. L'obligation de stabilité caractérisée - Pourtant, « par une augmentation du coût du licenciement, l'indemnité de licenciement prend la forme d'une obligation de stabilité »¹⁷³⁴. Le montant de l'indemnité doit être supérieur à l'indemnité légale ou conventionnelle¹⁷³⁵. De ce fait, la mention d'une indemnité contractuelle revêt un caractère contraignant. Même si l'employeur entend conférer un avantage au salarié¹⁷³⁶, l'indemnité contractuelle l'incite à maintenir le contrat. Certes, « plus l'indemnité de licenciement sera élevée, plus elle aura un aspect dissuasif »¹⁷³⁷. Mais dans tous les cas la contrainte existe. Elle oblige l'employeur à poursuivre l'exécution du contrat. Dès lors, l'obligation de stabilité est caractérisée. La contrainte créée révèle son existence.

2) L'obligation de stabilité limitée

729. L'obligation de stabilité ne comporte pas de limites temporelles. Le droit de résiliation unilatérale de l'employeur est-il annihilé ? Une réponse négative s'impose.

730. Absence de limitation de durée et illicéité apparente de l'obligation de stabilité - Selon le Professeur Martinon, « l'indemnité de licenciement ne peut avoir pour objet de

¹⁷³¹ J.-S. Borghetti, préc., p. 1171. V. not. En ce sens : Cass. civ. 2^{ème}, 7 avril 2011 : Bull. civ. II, n°82, n°10-30566. Cependant, dans cette affaire, était visée l'indemnité légale.

¹⁷³² D. Mazeaud, La notion de clause pénale, LGDJ, 1992, n° 396, p. 223 ; H. Blaise, préc., p. 366 : « Il paraît difficile d'imaginer, pour faire jouer une clause pénale, l'existence d'une « obligation de ne pas licencier le salarié » dont l'inexécution serait sanctionnée par l'indemnité de licenciement. Une telle obligation apparaîtrait contraire à la faculté de résiliation existant dans un tel contrat ... ». Comp. : A. Martinon, Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée, Dalloz, 2005, n°554, p. 439.

¹⁷³³ D. Mazeaud, préc., n° 396, p. 223.

¹⁷³⁴ A. Martinon, Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée, Dalloz, 2005, n°554, p. 439. L'auteur ajoute : « peut alors être soutenue l'idée que l'indemnité de licenciement d'un montant élevé suppose une obligation préalable et principale de stabilité : le coût de la rupture implique la volonté de maintenir le lien contractuel ».

¹⁷³⁵ En ce sens : A. Mazeaud, Les indemnités de rupture du contrat de travail en régime de communauté entre époux, D. 1986, Chron. p. 238 : « Son montant supérieur au minimum légal ou conventionnel lui imprime un caractère comminatoire ».

¹⁷³⁶ V. not. : D. Mazeaud, préc., n° 398, p. 225.

¹⁷³⁷ H. Blaise, La révision judiciaire des indemnités contractuelles de licenciement, Dr. soc. 1980, p. 365, spéc. p. 366.

garantir une obligation illicite. En effet, l'obligation garantie est le maintien du lien contractuel. Dès lors, admettre que l'indemnité contractuelle de licenciement constitue une clause pénale, c'est reconnaître que cette indemnité a pour objet de garantir une obligation contraire à l'ordre public, à savoir un engagement de garantie d'emploi sans aucune limitation de durée »¹⁷³⁸. L'obligation de stabilité révélée par la mention d'une indemnité contractuelle de licenciement ferait donc échec au droit de résiliation unilatérale de l'employeur. Ce droit d'ordre public¹⁷³⁹ revêt une valeur constitutionnelle¹⁷⁴⁰. Il est le corollaire nécessaire de la prohibition des engagements perpétuels¹⁷⁴¹. Il peut faire l'objet d'une restriction ; une limitation de ce droit, favorable au salarié, est conforme à l'ordre public social. En revanche, il ne saurait être annihilé. Or, l'obligation de stabilité sans limitation de durée ferait échec à ce droit. La révision de l'indemnité contractuelle de licenciement serait, en conséquence, « *fort discutable* ». Elle permettrait « *au juge d'établir la validité d'une obligation à l'origine illicite* »¹⁷⁴².

731. Limitation des causes de licenciement et validité de l'obligation de stabilité - En réalité, l'absence de limitation temporelle n'est pas un obstacle à la validité de l'obligation de stabilité. Les clauses de garantie d'emploi sont généralement limitées dans le temps¹⁷⁴³. Certaines juridictions considèrent que la limitation temporelle fonde leur validité¹⁷⁴⁴. Des

¹⁷³⁸ A. Martinon, Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée, Dalloz, 2005, n°554, p. 439.

¹⁷³⁹ Cass. soc. 18 déc. 1979 : Bull. civ. V, n°1009, n°78-40996 ; JCP G II 1980, 19432, obs. G. Lyon-Caen. V. aussi : CA Paris 19 juin 1971 : Gaz. Pal. 1971, 2, p. 636, obs. V. Amzalac.

¹⁷⁴⁰ Décis. n°1999-419, DC du 9 nov. 1999 : RTD civ 2000, p. 109, obs. J. Mestre et B. Fages ; LPA 1999, n° 239, p. 6. V. aussi : N. Molfessis. La réécriture de la loi relative au PACS par le Conseil constitutionnel, JCP G 2000, I, 210.

¹⁷⁴¹ A. Martinon, Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée, Dalloz 2005, n°514, p. 413. V. aussi : B. Starck, H. Roland et L. Boyer, Obligations, t. 2, Contrat, 6^{ème} éd., Litec, 1998, n°1395, p. 485 ; A. Bénabent, Les obligations, 13^{ème} éd., Montchrestien, 2012, n° 312, p. 250 ; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, Les obligations, 10^{ème} éd., Dalloz, 2009, n°479, p. 493. V. aussi : F. Rizzio, Regards sur la prohibition des engagements perpétuels, Droit et patrimoine, janvier 2000 p. 60. V. égal. sur la portée de la prohibition des engagements perpétuels : J. Ghestin, Existe-t-il en droit positif français un principe général de prohibition des contrats perpétuels ? Mélanges D. Tallon, Société de législation comparée, 1999, p. 251 ; R. Libchaber, Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés, Rev. des sociétés, 1995, p. 437 ; J. Ghestin, C. Jamin, M. Billau, Traité de droit civil, Les effets du contrat, 3^{ème} éd., LGDJ, 2001, n°186, p. 229.

¹⁷⁴² A. Martinon, préc., n°556, p. 441.

¹⁷⁴³ V. not. : Cass. soc. 30 mars 1994 : Bull. civ. V, n°120, n°88-45567 ; RJS 5/94 n°519 (12 mois) - Cass. soc. 13 févr. 1996 : non publié au Bull., n°92-42024 ; RJS 5/96 n°512 (3 ans) - Cass. soc. 16 mai 1990 : non publié au Bull., n°87-40904 ; RJS 7/90 n° 547 (5 ans). Sur les clauses de garantie d'emploi, v. not. : F. Petit, Sur les clauses de garantie d'emploi, Dr. soc. 2000, p. 80 ; T. Tauran, La clause de garantie d'emploi dans les contrats de travail, JCP S 2006, 1492.

¹⁷⁴⁴ CA Toulouse 26 nov. 1999, Ch. soc. 4, n°98/03-924 : JurisData n°1999-111884 : « *Attendu que l'insertion d'une telle clause dans un contrat de travail est parfaitement licite s'agissant d'une*

clauses garantissant la stabilité de l'emploi « jusqu'à la retraite »¹⁷⁴⁵ ont néanmoins été validées. Comment justifier de telles solutions ?

Malgré la clause de garantie d'emploi, le juge considère que l'employeur conserve la faculté de licencier le salarié pour faute grave ou lourde¹⁷⁴⁶. Il autorise la rupture du contrat pour des causes qu'il énumère limitativement. Il préserve ainsi le droit de résiliation unilatérale de l'employeur. Ce n'est donc pas la limitation temporelle des clauses de garantie d'emploi qui justifie leur licéité, mais le maintien d'un droit de résiliation unilatérale au bénéfice de l'employeur. D'ailleurs, la Cour de cassation admet la validité des clauses restreignant les causes de rupture du contrat de travail, même lorsqu'elles ne sont pas limitées dans le temps¹⁷⁴⁷.

En conséquence, l'existence d'une obligation de stabilité - révélée par la mention d'une indemnité de licenciement - est envisageable si l'employeur conserve la possibilité de rompre le contrat. Cette faculté peut être réduite aux hypothèses dans lesquelles le salarié a commis une faute grave ou lourde¹⁷⁴⁸. D'ailleurs, la Cour de cassation admet que, « *sauf volonté*

restriction temporaire consentie par l'employeur à son droit de résiliation unilatérale, prérogative inhérente au contrat à durée indéterminée, qui n'interdit cependant que les engagements perpétuels ».

¹⁷⁴⁵ Cass. soc. 7 nov. 1990 : Bull. civ. V, n°524, n°87-45419 ; Dr. soc. 1991, p. 417 et l'étude de J. Savatier, les garanties contractuelles de stabilité d'emploi, p. 413 : « *Qu'en statuant comme elle l'a fait, en refusant d'appliquer la clause dont elle relevait l'existence dans le contrat de travail, selon laquelle l'employeur s'engageait à garantir l'emploi du salarié jusqu'à sa retraite, sauf cas de force majeure, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ». V. aussi : Cass. soc. 21 févr. 1980 : Bull. civ. V, n°169, n°78-41201. Dans cette affaire la Cour de cassation décide que le contrat en vertu duquel les parties se sont engagées à poursuivre l'exécution du contrat jusqu'au jour où le salarié déciderait de prendre sa retraite, dont il peut librement choisir sa date, est un contrat à durée indéterminée assorti d'une promesse de stabilité d'emploi. V. égal. : Cass. soc. 21 déc. 2006 : non publié au Bull., n°04-40793 ; RJS 3/07, n°306 - Cass. soc. 20 févr. 2007 : non publié au Bull., n°05-44310 (clause de garantie d'emploi d'une durée de trente ans) - Cass. soc. 14 juin 2006 : non publié au Bull., n°05-43670 (clause de garantie d'emploi jusqu'à ce que le salarié ait atteint l'âge de 60 ans).

¹⁷⁴⁶ Cass. soc. 11 déc. 1990 : Bull. civ. V, n°646, n°88-41629 ; RJS 2/91 n°168 - Cass. soc. 13 févr. 1996 : non publié au Bull., n°92-42024 ; RJS 5/96 n°512. Le contrat peut également être rompu par accord des parties ou en cas de force majeure : Cass. soc. 30 mars 1994 : Bull. civ. V, n°120, n°88-45567 ; RJS 5/94 n°519.

¹⁷⁴⁷ V. not. : Cass. soc. 10 juill. 2002 : Bull. civ. V, n°236, n°00-41496 ; RJS 10/02 n°1088. A propos d'une clause prévoyant que la salariée « *ne pourra être licenciée que pour faute grave, après trois avertissements signifiés par lettre recommandée et par le Président du conseil d'administration* ».

¹⁷⁴⁸ Pour autant, les règles jurisprudentielles dégagées à propos de la clause de garantie d'emploi à durée limitée ne doivent pas être transposées. V. not. : Cass. soc. 18 juin 2003 : non publié au Bull., n° 01-42298. Dans cette affaire, une clause prévoyait le versement d'une indemnité dont elle fixait forfaitairement le montant quelle que soit la date de la rupture en cas de survenance de celle-ci avant une date déterminée. La Cour de cassation a considéré qu'il s'agissait d'une clause indemnisant la rupture survenue avant la date considérée et non d'une clause de garantie d'emploi. Dès lors, elle a cassé l'arrêt

contraire des parties », le licenciement pour faute grave - a fortiori pour faute lourde - exclut le versement de l'indemnité de licenciement¹⁷⁴⁹. En d'autres termes, « *sauf volonté contraire des parties* », l'obligation de stabilité s'efface en cas de faute grave ou lourde commise par le salarié. Le droit de résiliation unilatérale de l'employeur est préservé.

En revanche, si les contractants ont prévu le versement de l'indemnité contractuelle de licenciement en cas de faute grave - et *a fortiori* en cas de faute lourde - l'obligation de stabilité revêt un caractère quasi-absolu. Sa licéité est alors douteuse. C'est pourquoi, la faute grave et, *a fortiori*, la faute lourde devraient exclure le versement de l'indemnité contractuelle de licenciement même en cas de volonté contraire des parties¹⁷⁵⁰.

En conséquence, l'indemnité contractuelle de licenciement est qualifiée, à juste titre, de clause pénale. Qu'en est-il des clauses de dédit-formation ?

II) La clause de dédit-formation, prix apparent de la rétractation

732. Dans des arrêts anciens, des clauses de dédit-formation ont été qualifiées de clauses pénales. Une telle analyse est contestée. La clause de dédit-formation constituerait le prix de la rétractation (A). En réalité, la qualification de clause pénale doit être envisagée (B).

A) La qualification contestée de clause pénale

733. Clause de dédit-formation et clause pénale, une assimilation consacrée - Un arrêt de la Cour de cassation en date du 23 janvier 1985 semble reconnaître au juge du fond le pouvoir de réviser les clauses de dédit-formation sur le fondement de l'article 1152 du code

rendu par la Cour d'appel selon lequel l'employeur était tenu d'une indemnisation forfaitaire minimale correspondant aux salaires que le salarié aurait dû percevoir jusqu'à la fin de la garantie d'emploi.

¹⁷⁴⁹ Cass. soc., 31 mars 2009 : Bull. civ. V, n°94, n°07-44564 ; JCP S 2009, 1296, note F. Dumont - Cass. soc., 5 mars 1981 : Bull. civ. V, n°188, n°79-40127. V. égal. : Cass. soc., 4 juill. 1990 : Bull. civ. V, n°347, n°87-40433 : « *La clause qui autorise le versement d'une indemnité de licenciement en cas de faute grave ne fait pas obstacle au droit de licenciement reconnu à l'employeur* ». Un arrêt ancien admet la validité d'une clause interdisant tout licenciement, en l'absence de faute lourde : Cass. soc. 9 mai 1962 : Bull. civ. IV, n° 414.

¹⁷⁵⁰ V. cep. : Cass. soc. 7 nov. 2007 : non publié au Bull., n°06-43539 ; RJS 8-9/90, n°667.

civil¹⁷⁵¹. Une décision de la Cour d'appel de Paris du 15 décembre 1989 qualifie expressément de « *clause pénale* », une clause de dédit-formation¹⁷⁵². Ces solutions critiquées sont désormais abandonnées.

734. Clause de dédit et clause pénale, une distinction niée - La clause de dédit permet au débiteur de choisir entre l'exécution du contrat et la rétractation : elle autorise l'inexécution¹⁷⁵³. La clause pénale tend à garantir l'exécution. « *Le dédit est « le prix de la fuite » tandis que la peine, fixée par la clause pénale, est la sanction d'une faute* »¹⁷⁵⁴. Or, la démission ne serait en aucun cas assimilable à une inexécution contractuelle¹⁷⁵⁵.

735. Clause de dédit et clause pénale, une distinction délicate - Cependant, la distinction entre les clauses de dédit et les clauses pénales est parfois ténue. « *Il n'est pas toujours aisé de faire le départ entre l'autorisation de ne pas exécuter moyennant finance et la fixation a priori de la sanction pécuniaire applicable en cas d'inexécution* »¹⁷⁵⁶. La clause de dédit-formation peut être interprétée comme la sanction de l'inexécution, par le salarié, d'une obligation de stabilité.

¹⁷⁵¹ Cass. 23 janv. 1985 : Bull. civ. V, n° 58, n°82-42992 (arrêt rendu au visa de l'article 1152 du code civil).

¹⁷⁵² CA Paris 15 déc. 1989, 22^{ème} ch. B : JurisData n°1989-027568 ; RJS 3/90, n° 187 (qualification de clause pénale).

¹⁷⁵³ F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, Les obligations, 10^{ème} éd., Dalloz, 2009, n°481, p. 497 : « *La partie qui se rétracte use d'un droit que le contrat lui a reconnu* ». V. aussi : L. Boyer, La clause de dédit, Mélanges P. Raynaud, Dalloz, Sirey, 1985, p. 41, spéc. p. 58 : « *La clause pénale suppose l'inexécution fautive d'une obligation ; elle est pour le créancier qui conserve intact son droit à exécution forcée, une sûreté ayant, par rapport, à ce dernier, un certain caractère de subsidiarité. C'est dans l'intérêt du débiteur qu'est, tout au contraire conçue la faculté de dédit ; même lorsqu'elle est à titre onéreux, c'est lui qui a le choix et en répudiant la convention, il ne commet pas de faute, il exerce simplement son droit* ».

¹⁷⁵⁴ D. Mazeaud, ss. Cass. com. 3 juin 2003, RDC 2004, p. 932 : « *Parce qu'elle a pour raison d'être la liberté accordée à un contractant de ne pas ou de ne plus exécuter un contrat valablement formé, qu'elle autorise donc son inexécution et qu'elle emporte son anéantissement, la clause de dédit ne peut pas être qualifiée de clause pénale, dont la cause réside dans la garantie de l'exécution des obligations contractuelles et qui sanctionne l'inexécution* ». V. aussi : G. Paisant, ss. Cass. civ. 3^{ème}, 9 janv. 1991, D. 1991, p. 482.

¹⁷⁵⁵ P. Lokiec, Droit du travail, t. 1, Les relations individuelles de travail, PUF, 2011, n° 341, p. 318.

¹⁷⁵⁶ V. aussi J.-S. Borghetti, RDC 2009, ss. Cass. civ. 3^{ème}, 24 sept. 2008, p. 88, spéc. p. 95. V. aussi : C. Willmann, ss. Cass. com. 14 oct. 1997, D. 1999, p. 106 : « *Reste que la pratique des contrats, en l'espèce, la fixation d'un montant particulièrement élevé de l'indemnité due au titre de la faculté de dédit tend à rapprocher celle-ci avec la clause pénale. Le versement d'une somme trop élevée devient un moyen de pression : « le prix de la liberté » atteint un seuil tel qu'il devient un moyen de pression, une réelle contrainte. On retrouve là un trait caractéristique de la clause pénale* ». V. aussi : L. Boyer, préc., p. 58.

B) La qualification justifiée de clause pénale

736. Pendant une certaine durée, le salarié lié par une clause de dédit-formation¹⁷⁵⁷ s'engage à ne pas démissionner¹⁷⁵⁸ ; il est lié par une obligation de stabilité (1). Cette dernière est justifiée par le bénéfice de la formation¹⁷⁵⁹. Son inexécution est sanctionnée par le versement d'une indemnité contractuelle forfaitaire et anticipée¹⁷⁶⁰ : l'indemnité de dédit-formation (2).

1) L'existence d'une obligation de stabilité

737. L'obligation de stabilité révélée - A l'instar de l'indemnité contractuelle de licenciement, la mention d'une clause de dédit-formation est susceptible de révéler l'existence d'une obligation de stabilité pesant sur le salarié¹⁷⁶¹. L'indemnité de dédit-formation a un caractère contraignant à son égard ; elle l'incite à poursuivre l'exécution du contrat. L'obligation de stabilité est caractérisée.

738. L'obligation de stabilité, une licéité contestée - Une telle obligation est-elle licite ? *A priori*, le droit de résiliation unilatérale du salarié n'est pas écludé. Celui-ci conserve la possibilité de prendre acte de la rupture. Si cette prise d'acte produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'indemnité de dédit-formation n'est pas due¹⁷⁶².

739. Justification et proportionnalité, conditions de licéité de l'obligation de stabilité - Certains auteurs avancent que la renonciation du salarié est, en principe, prohibée¹⁷⁶³. A cet

¹⁷⁵⁷ Sur cette clause, v. supra n°505.

¹⁷⁵⁸ D. Mazeaud, Les clauses pénales en droit du travail, Dr. soc. 1994, p. 343, spéc. p. 347 : « *La clause de dédit formation semble (...) avoir pour fonction de garantir l'exécution de l'obligation de fidélité souscrite par le salarié au profit de l'employeur en contrepartie de la formation que celui-ci lui assurée ; elle paraît avoir pour raison d'être de prévenir la démission du salarié avant une certaine période et de le dissuader de faire profiter de la concurrence de sa formation* ».

¹⁷⁵⁹ Le bénéfice de la formation ne doit pas être un prétexte permettant à l'employeur de dissuader le salarié de démissionner. V. not. : Cass. soc. 4 juin 1987 : non publié au Bull. n°84-43639.

¹⁷⁶⁰ V. à l'encontre de cette analyse : G.-P. Quéant, La clause de dédit-formation est-elle révisable par le juge ? Cahiers du DRH, 2001, n°42 : « *Restitution du prix de la formation n'est pas synonyme de réparation du préjudice occasionné par le départ à mi-parcours de l'intéressé* ».

¹⁷⁶¹ V. not. : F. Gaudu, Fidélité et rupture, Dr. soc. 1991, p. 419, spéc. p. 423. Cet auteur qualifie la clause de dédit « *d'indemnité de licenciement à l'envers* ».

¹⁷⁶² Cass. soc. 11 janv. 2012 : Bull. civ. V, n°14, n°10-15481 ; RJS 3/12, n°224.

¹⁷⁶³ V. not. : A. Martinon, Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée, Dalloz, 2005, n°467, p. 376 : « *Pourtant, une telle qualification s'accorde difficilement avec le principe, fondé sur l'ordre public social, selon lequel le salarié ne peut renoncer même temporairement au droit de*

égard, l'obligation de stabilité serait illicite. Cependant, le salarié peut renoncer, sous certaines conditions, au droit de démissionner. Selon l'article L. 1121-1 du code du travail, une atteinte portée à une liberté individuelle du salarié est envisageable dès lors qu'elle est « justifiée » et « proportionnée ». Le droit de démissionner est une « déclinaison » de la liberté du travail¹⁷⁶⁴. Ainsi, une clause de dédit-formation est valable si elle porte une atteinte « justifiée » et « proportionnée » à ce droit. En d'autres termes, selon la Cour de cassation, « les clauses de dédit-formation sont licites (...) si elles n'ont pas pour effet de priver le salarié de la faculté de démissionner »¹⁷⁶⁵. Si le montant de l'indemnité de dédit est particulièrement élevé au regard des salaires perçus par le salarié¹⁷⁶⁶, son droit de résiliation unilatérale risque d'être annihilé¹⁷⁶⁷. Dans ce cas, il n'existe ni obligation de stabilité, ni évaluation contractuelle des dommages-intérêts dus en cas d'inexécution. Le pouvoir de révision du juge n'a pas vocation à s'exercer : la clause soumise à son contrôle est nulle. En revanche, si l'atteinte portée à la liberté de démissionner est justifiée et proportionnée, l'article 1152, alinéa 2, du code civil devrait s'appliquer.

2) L'existence d'une indemnisation contractuelle

740. La disproportion aux frais de formation, exclusive d'une atteinte excessive - Une clause de dédit-formation portant une atteinte justifiée et proportionnée à la liberté de démissionner du salarié est valable. Tel est le cas lorsque les salaires perçus par l'intéressé lui permettent de s'acquitter relativement aisément du paiement de l'indemnité de dédit-formation. Ce montant peut néanmoins s'avérer excessif au regard des frais de formation engagés par l'employeur. La validité de la clause ne devrait alors pas être remise en cause. Elle ne porte pas une atteinte excessive à la liberté du travail du salarié. Pourtant, c'est sur le terrain de sa validité que se place désormais la Cour de cassation. Selon elle, « les clauses de

résiliation unilatérale du contrat ». V. aussi n°559, p. 442. V. égal. : J. Pélissier, La liberté du travail, Dr. soc. 1990, p. 19, spéc. p. 25.

¹⁷⁶⁴ F. Bousez, La proportionnalité en droit du travail, in Standards, principe et méthodes en droit du travail, Economica, 2011, p. 121, spéc. n°186, p. 128.

¹⁷⁶⁵ Cass. soc. 21 mai 2002 : Bull. civ. V, n°169, n°00-42909 ; Dr. soc. 2002, p. 902, obs. J. Savatier ; TPS 2002, com. n°249, obs. P.-Y. Verkindt ; RJS 11/02, n°1270. V. aussi : Cass. soc. 5 juin 2002 : Bull. civ. V, n°196, n°00-44327 ; RJS 8-9/02, n°1013.

¹⁷⁶⁶ En ce sens : F. Gaudu, R. Vatinet, Traité des contrats, LGDJ, 2001, n°298, p. 251.

¹⁷⁶⁷ Encore faut-il que la durée de la clause soit excessive. V. infra, n°799, sur le pouvoir de correction - souhaitable - du juge à l'égard d'une telle clause, notamment à l'égard de sa durée.

*débit-formation sont licites (...) si le montant de l'indemnité de dédit est proportionné aux frais de formation engagés ... »*¹⁷⁶⁸. Une telle analyse est contestable.

741. Le remboursement des frais de formation, une indemnisation forfaitaire et anticipée - La somme prévue par la clause de dédit-formation a pour objet d'indemniser l'employeur du préjudice subi. Ont été engagés des frais de formation rentabilisés, en principe, grâce à une assez longue présence du salarié. En cas de rupture « anticipée », le paiement de l'indemnité de dédit-formation garantit à l'employeur le remboursement des frais de formation. L'indemnité constitue, en conséquence, une clause d'indemnisation forfaitaire¹⁷⁶⁹. Elle devrait être soumise au pouvoir judiciaire de correction fondé sur l'article 1152, alinéa 2, du code civil. Son caractère dissuasif lui permet, en outre, de recevoir la qualification de clause pénale¹⁷⁷⁰.

742. La correction de l'indemnité de dédit-formation, une intervention souhaitable - Il serait donc souhaitable que la jurisprudence évolue sur ce point. La clause de dédit-formation n'est pas une véritable clause de dédit. Elle n'autorise pas la rétractation ; elle n'offre pas au salarié la liberté de sortir du contrat. Il dispose « déjà » de cette liberté : le droit de démissionner est inhérent au contrat de travail. A l'inverse, la clause de dédit-formation restreint ce droit. Elle tend à instituer une obligation de stabilité et à en indemniser l'inexécution éventuelle. Le juge devrait donc exercer son pouvoir de correction, sur le fondement de l'article 1152, alinéa 2, du code civil, à l'égard de l'indemnité de dédit-formation dont le montant est manifestement « excessif ou dérisoire ». Son intervention devrait respecter certaines conditions.

¹⁷⁶⁸ V. not. supra n°505.

¹⁷⁶⁹ En revanche, une clause de dédit-formation qui ne fixe pas le montant des dommages-intérêts dus par le salarié en cas de rupture anticipée n'est pas une clause d'indemnisation forfaitaire soumise à l'article 1152 du code civil. Dans cette hypothèse, le juge peut-il fixer le montant du dédit ? Il s'est parfois reconnu une telle faculté. V. not. : Cass. soc. 5 juin 2002 : Bull. civ. V, n°196, n°00-44327 ; RJS 8-9/02, n°1013 : « *Attendu que la circonstance que la rupture du contrat de travail à l'initiative du salarié soit intervenue en cours de période d'essai ne privait pas l'employeur de son droit au dédit-formation contractuellement prévu, dont le conseil de prud'hommes a fixé le montant en tenant compte du coût de la formation du seul salarié* ». En réalité, dans ce cas, il fixe le montant des dommages-intérêts dus par le salarié.

¹⁷⁷⁰ L'aspect comminatoire de la clause doit néanmoins être relativisé dans la mesure où l'atteinte portée à la liberté de démissionner doit être « proportionnée ». L'effet contraignant ne saurait annihiler le droit de résiliation unilatérale. V. aussi supra n°739.

SECTION 2 : DES CONDITIONS D'INTERVENTION ENCADREES

743. Des pouvoirs étendus - Le pouvoir de révision fondé sur l'article 1152 du code civil est d'ordre public. Il relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond¹⁷⁷¹. Ceux-ci peuvent d'office décider de l'application de l'article 1152, alinéa 2, depuis une loi n°85-1097 du 11 octobre 1985¹⁷⁷². Autrement dit, l'indemnisation contractuelle peut être modifiée même si cette correction n'a pas été demandée par l'une des parties. Ce pouvoir de correction est facultatif. Les juges ne sont pas tenus de modifier la clause qui révélerait un excès manifeste. Leur pouvoir a donc pu paraître « *bien trop grand* »¹⁷⁷³.

744. Des pouvoirs encadrés - Il doit néanmoins être relativisé. La correction suppose que les dommages-intérêts revêtent un caractère manifestement excessif ou dérisoire. Or, « *c'est dans l'examen des faits de chaque espèce que le juge pourra dire si oui ou non la peine convenue tombe dans la démesure. Cette tâche ne peut incomber qu'aux juges du fond ...* »¹⁷⁷⁴. Leur appréciation fait l'objet d'un contrôle de la Cour de cassation¹⁷⁷⁵. Il s'agit d'un contrôle léger mais « *grâce* » à celui-ci, « *le juge exerce son pouvoir de modération avec mesure et sagesse* »¹⁷⁷⁶. La Cour de cassation est à l'origine de directives d'appréciation du

¹⁷⁷¹ V. not. : Cass. soc. 18 mai 1983 : Bull. civ. V, n°268, n°80-42111. V. égal. : Cass. soc. 5 juin 1996 : Bull. civ. V, n°226, n°92-42298 ; RJS 7/96, n°791 ; D. 1996, IR, 159 ; RJDA 1997, 3/97, n°322 ; Rép. Defr. 1997, art. 36591, p. 737 obs. D. Mazeaud ; JCP G 1996, IV, 1690 : « *Attendu, ensuite, que l'indemnité prévue en cas de violation de la clause de non-concurrence étant une clause pénale, c'est à bon droit que la cour d'appel a décidé, répondant ainsi aux conclusions invoquées, qu'elle pouvait user de la faculté reconnue au juge par l'article 1152, alinéa 2, du Code civil, d'en augmenter le montant si elle l'estimait dérisoire* ». V. aussi : Cass. soc. 24 mai 1978 : Bull. civ. V, n°385, n°77-40126.

¹⁷⁷² Avant l'entrée en vigueur de cette loi, le juge ne pouvait prononcer d'office une réduction ou une augmentation de la peine. Il ne pouvait procéder à la modération de la peine convenue « *sans qu'elle lui ait été demandée* ». V. not. Cass. com. 2 oct. 1984 : Bull. civ. IV, n°248, n°83-13621 ; JCP 1985, II, 20433, note G. Paisant ; RTD civ. 1985, p. 573, note J. Mestre. Or, certains débiteurs ne se défendaient pas par ignorance ou refusaient de comparaître afin d'éviter l'engagement de frais complémentaires. Sur cette question, v. not. : G. Paisant, Dix ans d'application de la réforme des articles 1152 et 1231 du code civil relative à la clause pénale, RTD civ. 1985, p. 675, spéc. p. 676. V. cep. : D. Mazeaud, La notion de clause pénale, LGDJ, 1992, n°65, p. 47 : « *L'absence de demande de révision explicite n'était pas un obstacle infranchissable à l'exercice du pouvoir judiciaire de révision* ».

¹⁷⁷³ G. Paisant, préc., n°46, p. 667.

¹⁷⁷⁴ B. Boubli, La mort de la clause pénale ou le déclin de l'autonomie de la volonté, Journal des notaires, 1976, I, art. 53048, n°36, p. 958 : « *Pour décider s'il y a lieu ou non à révision, les tribunaux disposent d'un pouvoir d'appréciation souverain, c'est-à-dire discrétionnaire* ».

¹⁷⁷⁵ G. Paisant, Dix ans d'application de la réforme des articles 1152 et 1231 du code civil relative à la clause pénale, RTD civ. 1985, n°46, p. 667 : « *Mais cette règle ne signifie pas pour autant que la Cour de cassation n'ait aucun contrôle à exercer. Si en effet, elle n'a pas à substituer sa propre appréciation de l'excès manifeste à celle retenue par les juridictions du fond, elle est en revanche habilitée à exercer un contrôle de base sur leurs décisions* ».

¹⁷⁷⁶ D. Mazeaud, Le juge et le contrat, Variations optimistes sur un couple « illégitime », Mélanges J.-L. Aubert, Dalloz, 2005, p. 235, spéc. p. 240.

caractère excessif ou dérisoire de l'indemnisation contractuelle qui s'imposent aux juges du fond (§ 1). Leur champ d'action est enfermé dans certaines limites (§ 2).

§ 1 : Le caractère « excessif ou dérisoire », une appréciation contrôlée

745. Le pouvoir de révision du juge ne peut s'exercer qu'à l'égard de l'indemnisation contractuelle manifestement excessive ou dérisoire. La disproportion - qu'il s'agisse d'un excès ou d'une insuffisance manifeste - doit s'apprécier au jour du jugement et non au jour de la conclusion du contrat¹⁷⁷⁷. Les juges se fondent sur la comparaison de l'indemnisation contractuelle et du préjudice subi. Si une telle recherche est justifiée, elle n'est pas toujours suffisante (I). L'atteinte portée au droit de résiliation unilatérale de l'employeur est parfois prise en considération. Une telle analyse est particulièrement contestable (II).

I) Le préjudice réel, une analyse insuffisante

746. Approche objective et subjective, une distinction doctrinale - Les auteurs font généralement valoir qu'en droit commun des contrats prévaut une approche objective¹⁷⁷⁸. Il s'agit de comparer le montant des dommages-intérêts contractuels et le préjudice effectivement subi par le créancier du fait de l'inexécution. « *En droit du travail, la jurisprudence délaisserait volontiers cette méthode objective pour se livrer à une appréciation subjective de l'excès manifeste* »¹⁷⁷⁹. Seraient ainsi pris en compte « *les facteurs personnels et les circonstances particulières de l'espèce* »¹⁷⁸⁰.

747. Clauses d'indemnisation forfaitaires et clauses pénales, une distinction préférable - Une telle analyse doit être nuancée. La chambre sociale de la Cour de cassation prend en considération des éléments subjectifs. Toutefois, ils permettent d'évaluer le préjudice subi par le créancier. L'approche qui consiste à comparer le montant de l'indemnisation contractuelle et le préjudice subi n'exclut pas la prise en compte d'éléments subjectifs. En réalité, deux approches coexistent. L'une consiste à comparer l'indemnisation convenue et le préjudice

¹⁷⁷⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 19 mars 1980 : Bull. civ. I, n°95, n°78-13151.

¹⁷⁷⁸ V. not. P. Delebecque, J-Cl Civil, Art. 1146 à 1155, Fasc. 22, Régime de la réparation, 2005, n°120.

¹⁷⁷⁹ D. Mazeaud, Les clauses pénales en droit du travail, Dr. soc. 1994, p. 352.

¹⁷⁸⁰ A. Martinon, Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée, Dalloz, 2005, n°786, p. 568. V. aussi : J.-L. Alliot, J-Cl. Trav., Fasc. 32-2, Indemnité de licenciement, 2009, n°107.

réel. Elle suffit à caractériser la disproportion manifeste lorsqu'est visée une clause d'indemnisation forfaitaire (A). L'autre conduit le juge à s'intéresser au caractère comminatoire de la clause. Lorsque la stipulation contractuelle est une clause pénale, la prise en compte du préjudice ne peut suffire (B).

A) Les clauses d'indemnisation forfaitaire, une recherche suffisante

748. Afin d'apprécier le caractère excessif ou dérisoire de l'indemnisation contractuelle, la chambre commerciale de la Cour de cassation exige des juges du fond qu'ils se fondent sur « *la disproportion manifeste entre l'importance du préjudice subi et le montant conventionnellement fixé* ». Selon elle, des motifs tenant, notamment, au comportement du débiteur de la pénalité sont « *impropres à justifier à eux seuls le caractère manifestement excessif du montant de la clause* »¹⁷⁸¹. La chambre sociale de la Cour de cassation prend également en considération l'importance du préjudice subi¹⁷⁸². La comparaison de l'indemnisation contractuelle et de la valeur du préjudice s'avère, en effet, nécessaire (1). En revanche, la constatation d'un simple écart entre ces deux éléments ne permet pas de justifier la correction judiciaire. Il doit s'agir d'une disproportion flagrante (2).

1) Le préjudice, élément de comparaison nécessaire

749. Une recherche conforme au caractère indemnitaire de la clause - La comparaison du préjudice réel et des dommages-intérêts convenus est justifiée. La clause susceptible d'être corrigée est celle qui prévoit une évaluation forfaitaire des dommages-intérêts dus en cas d'inexécution. La fonction indemnitaire de la clause impose une évaluation du préjudice résultant de cette inexécution.

¹⁷⁸¹ Cass. com. 11 févr. 1997 : Bull. civ. IV, n°47, n°95-10851 ; RJS 6/97, n°691 - Cass. com. 14 déc. 2010 : non publié au Bull., n° 09-68275. V. aussi : Cass. civ. 3^{ème}, 22 juin 2010 : non publié au Bull., n° 09-12259 et n° 09-12406.

¹⁷⁸² V. not. : Cass. soc. 1^{er} févr. 2011 : non publié au Bull., n°09-67144 : « *Mais attendu que le tribunal, qui a souverainement apprécié l'importance du préjudice subi par le salarié en a déduit l'absence de caractère excessif de l'indemnité prévue par la clause pénale* » - Cass. soc. 16 déc. 2009 : non publié au Bull., n°08-44830 : « *Mais attendu que la cour d'appel a, par une décision motivée, souverainement estimé que le montant de l'indemnité contractuelle de licenciement n'était pas excessif compte tenu des éléments du préjudice relevés* » - Cass. soc. 18 déc. 2001 : non publié au Bull., n°99-46366 - Cass. soc. 18 déc. 2001 : non publié au Bull., n°99-46367. V. aussi : CA Dijon 10 mars 2005 : JurisData n°2005-271230 ; RJS 3/05, jurisprudence sociale, n°27.

750. Une recherche fondée sur l'analyse d'éléments subjectifs - Cette approche n'est pas objective. L'évaluation du préjudice suppose la prise en compte d'éléments subjectifs. Lorsqu'une indemnité contractuelle de licenciement est soumise au contrôle des juges, l'âge du salarié doit être pris en considération¹⁷⁸³. Plus le salarié est âgé, plus ses chances de retrouver rapidement un emploi sont réduites, donc plus le préjudice résultant de la rupture est en principe important. L'ancienneté peut également constituer un élément d'appréciation¹⁷⁸⁴. Le préjudice moral résultant du sentiment d'appartenance à l'entreprise s'accroît avec l'ancienneté. En outre, l'octroi de certains avantages, tels que l'attribution d'une prime d'ancienneté ou de jours de congés supplémentaires est également lié à celle-ci. Plus la rupture intervient tardivement, plus le préjudice risque d'être important. La prise en compte d'éléments subjectifs, tels que l'âge ou l'ancienneté, est justifiée : elle permet d'évaluer le préjudice subi par le salarié.

2) *La disproportion flagrante, condition de la correction*

751. L'écart entre l'indemnisation et le préjudice, un élément insuffisant - L'excès manifeste ou le caractère dérisoire de l'indemnisation convenue résulte nécessairement d'un écart constaté entre celle-ci et le préjudice réel. « *L'excès résultera de la trop grande disproportion entre la peine et le préjudice* »¹⁷⁸⁵. « *La démesure à laquelle se réfère l'article 1152 ne peut résulter de la simple constatation suivant laquelle le forfait de dommages-intérêts convenu dépasse le montant du préjudice subi par le créancier* »¹⁷⁸⁶. Si le seul défaut de correspondance entre l'indemnisation convenue et le préjudice suffisait à caractériser l'excès manifeste, l'insertion des clauses d'indemnisation forfaitaire deviendrait inutile.

¹⁷⁸³ V. not sur la prise en compte, parmi d'autres critères, de l'âge du salarié : Cass. soc. 4 mars 2008, : non publié au Bull., n°06-46016.

¹⁷⁸⁴ V. not. sur la prise en compte de l'ancienneté : Cass. soc. 8 juill. 1998 : non publié au Bull., n°96-43196 - Cass. soc. 5 nov. 1991 : non publié au Bull., n°90-42388 : « *Mais attendu que la cour d'appel (...) a estimé néanmoins que cette clause était excessive eu égard notamment à l'ancienneté réduite du salarié...* ». V. aussi : A. Brun et H. Galland, Droit du travail, éd. Sirey, 1958, II-309, p. 588 : « *L'indemnité de licenciement a une originalité propre et ne peut être ramenée aux notions classiques : elle apparaît comme une garantie de stabilité de l'emploi et c'est pourquoi elle est établie en tenant compte de la fidélité des salariés l'entreprise* ».

¹⁷⁸⁵ G. Paisant, Dix ans d'application de la réforme des articles 1152 et 1231 du code civil relative à la clause pénale, RTD civ. 1985, n°42, p. 647, spéc. p. 665.

¹⁷⁸⁶ Ibid.

L'article 1152 vise d'ailleurs les peines « *manifestement* » excessives ou dérisoires¹⁷⁸⁷. La disproportion doit être flagrante¹⁷⁸⁸, « *sans commune mesure avec celui du dommage effectivement éprouvé par le créancier* »¹⁷⁸⁹.

B) Les clauses pénales, une recherche insuffisante

752. L'appréciation de l'excès eu égard au caractère comminatoire de la clause -
Lorsque la clause contractuelle a une fonction comminatoire, le critère tiré du préjudice n'est pas suffisant pour caractériser l'excès manifeste. La Cour de cassation a admis que « *si la peine stipulée peut se concevoir aussi bien comme un moyen de contraindre les parties à l'exécution que comme une évaluation conventionnelle anticipée du préjudice futur, elle n'en peut pas moins, dans l'un et l'autre cas, être réduite par le juge qui doit, pour en apprécier le caractère excessif, tenir compte de son but* »¹⁷⁹⁰.

753. L'appréciation de l'excès eu égard au caractère préventif et punitif de la clause -
Si la clause a une fonction comminatoire, le juge doit s'interroger sur le caractère mesuré de la « menace » qu'elle fait peser sur le débiteur. La contrainte doit être efficace ; elle ne doit pas être disproportionnée. A cet effet, certains éléments objectifs et subjectifs permettent d'apprécier l'excès manifeste (1). Par ailleurs, les dommages-intérêts sont susceptibles de revêtir un caractère punitif. « *La peine a toujours un double visage : préventif et punitif* »¹⁷⁹¹. Ici encore, le caractère répressif de la peine ne doit pas révéler un excès manifeste. A cet égard, la situation du salarié constitue parfois un élément d'appréciation pertinent (2).

¹⁷⁸⁷ En ce sens : Cass. soc. 13 déc. 2000 : non publié au Bull., n°98-46384 ; RJS 2/01, n°200 : « *le montant d'une clause pénale n'est pas nécessairement égal à celui de la réparation du préjudice résultant de l'inexécution d'une clause contractuelle* ».

¹⁷⁸⁸ B. Boccara, La réforme de la clause pénale : conditions et limites de l'intervention judiciaire, JCP G 1975, I, 2742 ; G. Cornu, RTD civ. 1977, ss. CA Douai, 10 mars 1976, p. 338, spéc. p. 339 ; G. Paisant, préc., n°42, p. 666 : « *L'intervention du juge ne doit donc porter que sur les indemnités contractuelles qui, à l'évidence, sont hors de proportion par rapport aux dommages occasionnés au créancier* ».

¹⁷⁸⁹ C. Larroumet, Droit civil. Les obligations, le contrat, t. III, 6^{ème} éd., Economica, 2007, n° 692, p. 788.

¹⁷⁹⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 3 janv. 1985 : Bull. civ. I, n°4, n°83-15291 ; D. 1985, som. p. 370.

¹⁷⁹¹ J.-F. Cesaro, Le doute en droit privé, éd. Panthéon Assas, 2003, n°491, p. 507.

1) La mesure du caractère préventif

754. Les conventions collectives et les usages doivent être pris en compte lors de l'appréciation de l'excès manifeste. Une indemnité contractuelle de licenciement largement supérieure aux minima conventionnels n'a-t-elle pas un effet contraignant démesuré ? La réponse dépend de la situation financière de l'employeur.

755. Conventions collectives et usages, des éléments de mesure objectif - La chambre sociale de la Cour de cassation admet que les juges du fond apprécient l'excès manifeste au regard des dommages-intérêts fixés par la convention collective¹⁷⁹² et les usages¹⁷⁹³. Cette prise en compte est justifiée lorsqu'il s'agit de s'interroger sur l'intensité du caractère comminatoire de l'indemnité contractuelle de licenciement¹⁷⁹⁴. La force contraignante de cette dernière résulte de la stipulation de dommages-intérêts supérieurs aux minima conventionnels et légaux. Les juges du fond doivent, en conséquence, s'intéresser à ces derniers. De même, les usages peuvent permettre de se prononcer sur la fonction coercitive de l'indemnité. Le montant de l'indemnité contractuelle de licenciement doit être comparé à celui dont devrait s'acquitter l'employeur en l'absence de clause pénale. Garantir au salarié cinq ou six fois le montant de l'indemnité conventionnelle afin que la clause produise son effet contraignant peut paraître excessif, d'autant plus si l'indemnité conventionnelle est déjà particulièrement élevée. L'excès ne peut néanmoins être caractérisé qu'une fois examinées les ressources de l'employeur.

756. La situation financière de l'entreprise, un élément subjectif - Afin d'apprécier l'existence d'un excès manifeste, la Cour de cassation autorise les juges du fond à se fonder sur les difficultés économiques rencontrées par l'entreprise¹⁷⁹⁵. Une telle analyse est justifiée.

¹⁷⁹² V. not. : Cass. soc. 18 déc. 2001 : non publié au Bull, n°99-46366 - Cass. soc. 18 déc. 2001 : non publié au Bull, n°99-46367.

¹⁷⁹³ V. not. : Cass. soc. 27 mai 1998 : non publié au Bull., n° 96-44825.

¹⁷⁹⁴ V. cep. : Cass. soc. 18 déc. 2001 : non publié au Bull, n°99-46366 : « *Attendu, ensuite, qu'en relevant que l'indemnité contractuelle de licenciement était d'un montant cinq fois supérieur à celle prévue par la convention collective applicable, ce qui impliquait qu'elle était manifestement disproportionnée par rapport au préjudice subi par la salariée, la cour d'appel a motivé sa décision* » - Cass. soc. 18 déc. 2001 : non publié au Bull, n°99-46367. Le montant de l'indemnité conventionnelle est pris en compte dans la comparaison de la peine venue et du préjudice subi. Or, le montant de l'indemnité conventionnelle ne permet pas d'évaluer le préjudice subi. Il doit être pris en compte lors de l'appréciation du caractère mesuré de la « menace » qu'institue la clause.

¹⁷⁹⁵ V. not. : Cass. soc. 8 juill. 1998 : non publié au Bull., n°96-43196: « *Mais attendu que la cour d'appel, qui a pris en considération l'ancienneté du salarié dans l'entreprise au jour du licenciement, les difficultés économiques rencontrées par la société et le caractère économique du licenciement, n'a fait*

En effet, « *une somme élevée peut fort bien ne pas impressionner un débiteur fortuné* »¹⁷⁹⁶. A l'inverse, une indemnité contractuelle peu élevée peut avoir un effet contraignant à l'égard de l'employeur qui connaît d'importantes difficultés financières. Une indemnité contractuelle de 100 000 euros peut sembler excessive à son égard. Elle peut paraître justifiée si l'entreprise connaît une croissance fulgurante.

Outre le préjudice subi, les dommages-intérêts prévus par la convention collective, les usages et la situation financière de l'entreprise, les juges du fond examinent également la situation du salarié.

2) *La mesure du caractère répressif*

757. Lorsque la clause a un caractère comminatoire, les juges du fond doivent s'interroger sur « *la mesure de l'aspect répressif qu'implique la peine. Il s'agit de punir. Cet exercice suppose nécessairement une prise en compte de la faute, du comportement du débiteur* »¹⁷⁹⁷. La « punition » ne doit pas être démesurée par rapport au manquement qu'elle avait, à l'origine, pour objet de sanctionner. C'est pourquoi le comportement du débiteur doit être pris en considération. « *La peine en question est d'origine contractuelle puisque ce sont les parties qui estiment que tel comportement mérite telle punition : c'est donc également à une faute quasi subjective que le juge se trouve confronté* »¹⁷⁹⁸. Or, l'appréciation de la faute commise par l'employeur, lorsqu'il est débiteur de l'obligation, dépend parfois de la situation du salarié.

758. L'ancienneté du salarié, élément d'appréciation du manquement de l'employeur - Tel est le cas lorsque l'employeur a manqué à son obligation de stabilité révélée par la

qu'user des pouvoirs que lui accorde l'article 1152 du Code civil en réduisant le montant de l'indemnité à 100 000 francs » - Cass. soc. 4 nov. 1993 : non publié au Bull., n° 92-42220 : « *Mais attendu qu'ayant retenu que l'indemnité conventionnelle prévue par la clause litigieuse constituait une clause pénale, la cour d'appel, qui a relevé que le débiteur se trouvait en état de liquidation des biens, a fait ressortir que son montant était manifestement excessif* » - Cass. soc. 5 nov. 1991 : non publié au Bull., n°90-42388.

¹⁷⁹⁶ J.-F. Cesaro, *Le doute en droit privé*, éd. Panthéon Assas, 2003, n°491, p. 507.

¹⁷⁹⁷ J.-F. Cesaro, préc., n°491, p. 508.

¹⁷⁹⁸ Ibid : « *En conséquence, ce qui importe ce n'est pas uniquement la faute objective, celle qui correspond aux canons classique de la communauté des juristes, c'est aussi la faute subjective, le comportement que les parties sont tombées d'accord pour punir. Le juge doit donc se placer dans*

mention d'une indemnité contractuelle de licenciement. L'ancienneté du salarié permet de s'interroger sur le caractère mesuré de la « punition » qui lui est infligée. En effet, il est permis de penser que l'intensité de l'obligation de stabilité s'accroît avec l'ancienneté du salarié¹⁷⁹⁹. Plus la fidélité de ce dernier s'inscrit dans la durée, plus le manquement de l'employeur à son obligation de stabilité paraît blâmable. L'ancienneté constitue, à cet égard, un critère d'appréciation justifié de l'excès manifeste.

759. Le comportement du salarié, élément d'appréciation du manquement de l'employeur - De même, les agissements du salarié sont pris en considération dans l'appréciation du caractère excessif de l'indemnité contractuelle de licenciement. Les juges du fond ont notamment pu se fonder sur « *l'appauvrissement que l'activité [du salarié] a entraîné pour l'entreprise* » pour réduire une indemnité manifestement excessive¹⁸⁰⁰. A l'inverse, un tel excès a pu être écarté en raison du « *rôle déterminant que le salarié a pu jouer dans la pérennité et la stabilité de la société* »¹⁸⁰¹. Ces solutions sont fondées. Le comportement du salarié permet au juge de se prononcer sur le caractère mesuré de la punition infligée à l'employeur. En rompant le contrat, ce dernier manque à son obligation de stabilité. Son attitude est particulièrement condamnable si l'activité du salarié a concouru à la stabilité de l'entreprise. Une peine d'un montant de 100 000 euros peut alors paraître justifiée. En revanche, si l'activité du salarié est à l'origine de difficultés financières, la rupture du contrat perd son caractère blâmable¹⁸⁰². Une indemnisation d'un montant de 100 000 euros peut alors sembler excessive.

l'esprit du contrat et interpréter la clause de sorte qu'elle produise l'effet qu'ont voulu les parties ou au moins un effet conforme à leur volonté ».

¹⁷⁹⁹ J. Savatier, *Réflexions sur les indemnités de licenciement*, Dr. soc. 1989, p. 125, spéc. p. 126 : « *L'indemnité de licenciement apparaît d'abord comme un avantage lié à l'ancienneté et donc comme une récompense de l'entreprise* ».

¹⁸⁰⁰ Cass. soc. 29 mai 1997 : non publié au Bull., n° 94-44226.

¹⁸⁰¹ CA Dijon, 10 juin 2010, n°09/00891, ch. soc., SAS Maret c/ Maret : JurisData, n°2010-014691 : « *L'indemnité d'un montant de 100 000 euros englobant l'ensemble des indemnités légales et conventionnelles a le caractère d'une clause pénale et doit être versée au salarié. Son montant n'est pas excessif dans la mesure où d'une part, il englobe les indemnités de rupture légales et conventionnelles et où d'autre part, il a été contractuellement fixé en considération du "rôle déterminant" que le salarié a pu jouer "dans la pérennité et la stabilité de la société" employeur* ».

¹⁸⁰² Le fait que le salarié ait été licencié pour faute pourrait donc constituer un élément de nature à caractériser l'excès manifeste.

760. En conséquence, la Cour de cassation admet, à juste titre, que les juges du fond se fondent sur de multiples critères¹⁸⁰³. Il est regrettable que leur utilisation soit si désordonnée, désorganisée¹⁸⁰⁴. Les fondements de leur application sont obscurs. Leur utilisation, sélective, peut paraître incohérente. Le choix des critères retenus doit dépendre de la finalité de la clause. Les juges devraient prendre soin de caractériser cette dernière. De même, l'appréciation de l'excès manifeste au regard de l'atteinte portée au droit de résiliation unilatérale suscite des interrogations. Elle est, en réalité, particulièrement contestable.

II) L'atteinte au droit de résiliation unilatérale, une analyse contestable

761. Afin de caractériser l'excès manifeste, la chambre sociale de la Cour de cassation s'est parfois fondée sur le fait que le montant de l'indemnité de licenciement « *était d'une importance telle (...) [...] s'opposait pratiquement au licenciement du salarié* »¹⁸⁰⁵.

762. L'obstacle au droit de résiliation unilatérale, une hypothèse de nullité de la clause
- Le droit de résiliation unilatérale de l'employeur est d'ordre public. Une clause qui fait obstacle à ce droit encourt la nullité. En conséquence, le juge ne saurait exercer un quelconque pouvoir de révision à l'égard d'une telle stipulation. L'application de l'article 1152, alinéa 2, du code civil suppose que la clause soumise à son contrôle soit valable.

763. L'obstacle au droit de résiliation unilatérale, une incohérence - Sauf volonté contraire des parties, l'employeur conserve, en principe, la faculté de licencier le salarié pour faute grave ou lourde sans être tenu de s'acquitter des dommages-intérêts prévus au contrat¹⁸⁰⁶. Au demeurant, la chambre sociale de la Cour de cassation admet la validité des

¹⁸⁰³ V. not. : Cass. soc. 5 nov. 1991 : non publié au Bull., n°90-42388 : « *Mais attendu que la cour d'appel a, contrairement aux énonciations du moyen, tenu compte des conditions dans lesquelles la clause pénale litigieuse avait été conclue, et notamment des "sujétions" attachées à l'emploi du salarié, et qu'elle a estimé néanmoins que cette clause était excessive eu égard notamment à l'ancienneté réduite du salarié, à l'absence de préjudice lié à la recherche d'un nouvel emploi ou à la perte de certaines opportunités, à la dispense de préavis et à la situation économique de l'entreprise ; qu'elle a ainsi légalement justifié sa décision* ». V. égal. : A. Martinon, Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée, Dalloz, 2005, n°786, p. 569.

¹⁸⁰⁴ V. aussi : J.-F. Cesaro, Le doute en droit privé, éd. Panthéon Assas, 2003, n°491, p. 506.

¹⁸⁰⁵ Cass. soc., 18 déc. 1979 : Bull. civ. V, n° 1009, n°78-40996 ; Dr. soc. 1980, p. 370, 2^{ème} esp. et l'étude de H. Blaise, La révision judiciaire des indemnités contractuelles de licenciement, p. 365. V. aussi : Cass. soc. 30 oct. 1991 : non publié au Bull., n° 88-41293 - Cass. soc. 21 févr. 1996 : non publié au Bull., n°93-41310 ; JCP E 1996, II, 862, note J.-J. Serret.

¹⁸⁰⁶ Cass. soc., 31 mars 2009, préc., note de bas de page n°1749.

clauses limitant les causes de licenciement¹⁸⁰⁷. Dès lors, même si le montant de l'indemnité de licenciement paraît excessif, le droit de résiliation unilatérale de l'employeur n'est pas, en principe, annihilé. La clause d'indemnisation restreint ce droit ; elle n'y fait pas obstacle. Sa validité doit être admise.

Cela ne signifie pas, pour autant, que son montant est mesuré. La clause est susceptible de revêtir un caractère excessif au regard, notamment, des ressources financières de l'employeur. Mais seul ce dernier élément, ainsi que les critères envisagés précédemment, devraient pouvoir caractériser l'excès manifeste. Le juge serait alors autorisé à corriger la clause.

§ 2 : La correction, un champ d'action limité

764. Une correction à la hausse ou à la baisse - Selon l'article 1152, alinéa 2, du code civil, le juge « peut » modérer ou augmenter « *les peines contractuelles manifestement excessives ou dérisoires* ». En pratique, il exerce généralement son pouvoir de correction à la baisse¹⁸⁰⁸. Les arrêts dans lesquels la somme prévue par le contrat a été réévaluée à la hausse sont assez rares¹⁸⁰⁹. D'ailleurs, l'avant-projet de réforme Catala prévoyait la suppression du pouvoir de révision à la hausse, relevant qu'une telle faculté « *ne semble guère utilisée* »¹⁸¹⁰. Cette position est d'ailleurs retenue par de nombreux codes étrangers. Selon le § 343 du code civil allemand (BGB), lorsqu'une peine est démesurément élevée, elle peut, à l'initiative du débiteur, s'il ne s'en est pas acquitté, être réduite par le juge¹⁸¹¹. Ce pouvoir de réduire - et

¹⁸⁰⁷ Cass. soc. 10 juill. 2002, préc., note de bas de page, n°1747.

¹⁸⁰⁸ V. not. : S. Sanz, La consécration du pouvoir judiciaire par la loi du 9 juillet 1975 et ses incidences sur la théorie générale de la clause pénale, RTD civ. 1977, p. 268, spéc. p. 274 : « *On peut se demander pourquoi avoir permis au juge de modifier dans le sens de la hausse les pénalités prévues au contrat. D'une part, il semble que la loi ait voulu atteindre tous les excès dont peuvent être victimes les contractants les plus faibles, car si le danger d'une excessive pénalité infligée à un contractant en situation minoritaire est grand, il n'en reste pas moins qu'il peut arriver que la partie économiquement la plus forte stipule qu'en cas d'inexécution de sa part, elle versera des dommages-intérêts infimes ; d'autre part, cette précision du texte permet d'écarter l'assimilation de la clause pénale à une exonération de responsabilité* ».

¹⁸⁰⁹ Sur une réévaluation à la hausse, v. not. : Cass. soc. 5 juin 1996 : Bull. civ. V, n°226, n°92-42298 ; RJS 7/96, n°791 ; D. 1996, IR, 159 ; RJDA 1997, 3/97, n°322 ; Rép. Defr. 1997, art. 36591, p. 737, obs. D. Mazeaud ; JCP G 1996, IV, 1690. Dans cette affaire, le juge a porté la somme due en cas de violation de la clause de non-concurrence de 11 347,41 francs à 150 000 francs. V. aussi : Cass. soc. 22 juillet 1986 : Bull. civ. V, n° 460, n°83-46134.

¹⁸¹⁰ Avant-projet de réforme du droit des obligations présenté par Pierre Catala, La documentation française, 2005, p. 187.

¹⁸¹¹ C. Larroumet, Droit civil. Les obligations, le contrat, t. III, 6^{ème} éd., Economica, 2007, note n°2, p. 787 : « *En ce cas, le juge doit fixer la pénalité à un montant raisonnable, en tenant compte pour cela essentiellement de l'intérêt du créancier* ».

non d'augmenter la peine - est également consacré par l'article 163, alinéa 3, du code suisse des obligations¹⁸¹² et l'article 1384 du code civil italien.

765. Une liberté limitée - Qu'il décide d'augmenter ou de diminuer la peine, le juge doit motiver son choix. Sa liberté d'action est limitée par cette exigence (I). En outre, l'ampleur de la correction est bornée (II).

I) La correction, un choix motivé

766. La correction de la clause est une faculté offerte au juge (A). S'il décide d'en user, il doit respecter une obligation de motivation (B).

A) La correction, une faculté

767. Une faculté contestée - Même si les dommages-intérêts prévus par la clause sont manifestement excessifs ou dérisoires, le juge n'est pas tenu de corriger la volonté contractuelle. L'article 1152, alinéa 2, indique, en effet, qu'il « peut » modérer ou augmenter la peine manifestement excessive ou dérisoire¹⁸¹³. Cette analyse a parfois été contestée¹⁸¹⁴. Certains auteurs ont avancé « *que si les conditions de la révision existent et que cette révision a été demandée, elle doit être prononcée par le juge* »¹⁸¹⁵. D'autres ont eu le sentiment « *qu'il ne s'agit pas là d'une faculté donnée aux juges du fond mais bien d'une obligation* »¹⁸¹⁶.

¹⁸¹² Art. 163, al. 3, C. civ. suisse des obligations : « *Le juge doit réduire les peines qu'il estime excessives* ».

¹⁸¹³ V. not. : S. Sanz, préc., p. 277 : « *Cette formule également utilisée par l'article 1384 du code civil italien et 343 BGB nous paraît préférable à l'impératif « doit » pourtant utilisé par le code suisse des obligations* ».

¹⁸¹⁴ V. not. en faveur d'une comparaison avec le droit suisse : B. Boubli, La mort de la clause pénale ou le déclin de l'autonomie de la volonté, Journal des notaires. not. 1976, I, art. 53048, p. 945, spéc. p. 959 : « *On regrettera, pour notre part, qu'à l'image du droit suisse, on n'ait pas fait obligation au juge de réviser la clause pénale. A partir du moment où l'intervention judiciaire n'avait pas pour objet d'annuler les clauses manifestement excessives ou dérisoires, il fallait pour échapper à l'arbitraire, imposer la modification des peines injustes en situant les limites de cette révision et permettre ainsi à la Cour de cassation d'exercer son contrôle* ». V. aussi : B. Boccaro, La réforme de la clause pénale : conditions et limites de l'intervention judiciaire, JCP G 1975, I, 2742, n°34.

¹⁸¹⁵ G. Paisant, Dix ans d'application de la réforme des articles 1152 et 1231 du code civil relative à la clause pénale, RTD civ. 1985, p. 647, spéc. n°69, p. 678.

¹⁸¹⁶ M. Saluden, L'étendue du contrôle exercé par la Cour de cassation sur les juges du fond en matière de clause pénale, Gaz. Pal. 1984, 1, Doctr., p. 262, spéc. p. 265.

Cette interprétation était susceptible de trouver appui sur plusieurs arrêts rendus, notamment, par la chambre sociale de la Cour de cassation¹⁸¹⁷.

768. Une faculté consacrée - Cependant, telle n'est plus l'analyse de la Cour de cassation. Respectueuse de la lettre de l'article 1152, alinéa 2, elle énonce dans un arrêt du 24 janvier 1995 que « *pour le juge* », « *la réduction d'une clause pénale manifestement excessive n'est qu'une simple faculté* »¹⁸¹⁸. Même si le caractère excessif de la clause est manifeste, le juge n'a pas l'obligation de corriger le contrat.

B) La correction, une obligation de motivation

769. Une motivation exigée - La chambre sociale de la Cour de cassation exige des juges du fond qu'ils motivent leur décision de réviser le contrat. Il leur faut « *préciser en quoi, le montant des indemnités résultant de ces clauses pénales est manifestement excessif* »¹⁸¹⁹. Ils ne peuvent se borner à relever que le montant de l'indemnité était « *un peu élevé* »¹⁸²⁰.

770. Une obligation limitée - En revanche, « *les juges n'ont pas à motiver spécialement leur décision lorsque, faisant application pure et simple de la convention des parties, ils refusent de modérer la peine spécialement convenue* »¹⁸²¹. Cette solution a été critiquée. « *La question posée au juge est toujours la même : y a-t-il, ou non, excès manifeste* »¹⁸²² ? Cette

¹⁸¹⁷ Cass. soc. 7 mars 1979 : Bull. civ. V, n°210, n°77-40633 : « *Cette peine apparaissait en l'espèce manifestement excessive, qu'elle devait donc être réduite en application de l'article 1152 du Code civil* » - Cass. soc. 23 oct. 1980 : Bull. civ. V, n°765, n°78-40649. V. aussi : Cass. civ. 1^{ère}, 9 févr. 1983 : Bull. civ. I, n°55, n°82-10524 ; Gaz. Pal. 1984, 1, p. 182 : note F. Chabas.

¹⁸¹⁸ Cass. soc. 24 janv. 1995 : non publié au Bull., n°93-44200. V. aussi : Cass. com. 14 sept. 2010 : non publié au Bull., n°08-18131.

¹⁸¹⁹ V. not. : Cass. soc. 16 oct. 1985 : Bull. civ. V, n°459, n°82-42235 - Cass. soc. 9 févr. 1989 : Bull. civ. V, n°111, n°86-45042 - Cass. soc. 5 juin 1996 : Bull. civ. V, n°226, n°92-42298 ; RJS 7/96, n°791 ; D. 1996, IR, 159 ; RJDA 1997, 3/97, n°322 ; Rép. Defr. 1997, art. 36591, p. 737, obs. D. Mazeaud ; JCP G 1996, IV, 1690 - Cass. soc. 18 déc. 2001 : non publié au Bull., n°99-46366 - Cass. soc. 18 déc. 2001 : non publié au Bull., n°99-46367.

¹⁸²⁰ Cass. ch. mixte 20 janv. 1978 : Bull. ch. Mixte, n°1, n°76-11611 ; RTD civ. 1978, p. 377, note G. Cornu.

¹⁸²¹ Cass. soc. 26 oct. 2010 : non publié au Bull., n° 09-42076 - Cass. civ. 1^{ère}, 12 juill. 2001 : Bull. civ. I, n°218, n°99-13555 ; JCP E 2002, 459, note L. Leveneur - Cass. soc. 24 janv. 1995 : non publié au Bull., n°93-44200 - Cass. soc. 27 janv. 1988 : non publié au Bull., n°86-16948. V. aussi : Cass. com. 14 sept. 2010 : non publié au Bull., n°08-18131 - Cass. civ. 1^{ère}, 31 oct. 2007 : Bull. civ. I, n°342, n°05-15601 - Cass. soc. 26 juin 2001 : Bull. civ. I, n°191, n°99-21479 - Cass. civ. 1^{ère}, 23 févr. 1982 : Bull. civ. I, n°85, n°81-10376 ; RTD civ. 1982, p. 603, obs. F. Chabas.

¹⁸²² G. Cornu, RTD civ. 1978, p. 673. V. aussi : A. Bénabent, Les obligations, 13^{ème} éd., Montchrestien, 2012, n° 428, p. 315 : « *Le juge doit motiver la réduction, mais non son refus de réduire, dissymétrie contestable car il s'agit dans les deux cas de rendre compte des raisons qui décident le juge à user ou*

analyse conforte, néanmoins, le caractère exceptionnel du pouvoir judiciaire de correction. Le principe demeure celui de l'intangibilité de la clause. Si le juge s'en tient à la volonté contractuelle, pourquoi devrait-il motiver sa décision ? « *C'est l'exception qui doit être justifiée et non l'application du principe de l'intangibilité* »¹⁸²³. Le respect de l'obligation de motivation ne lui confère pas, pour autant, une entière liberté dans la fixation du montant de l'indemnisation.

II) La correction, une ampleur bornée

771. L'étendue de la modification ne dépend pas entièrement de la volonté discrétionnaire du juge. Sa liberté d'action ne peut s'exercer que dans certaines limites tenant à la prise en considération du préjudice (A) ainsi qu'au respect de l'ordre public social et du principe de faveur (B).

A) Des limites tenant à l'importance du préjudice subi

772. L'adaptation de la clause au préjudice, une analyse contestable - Le juge ne doit pas adapter le montant de l'indemnisation au préjudice subi par le créancier¹⁸²⁴. Les clauses d'indemnisation forfaitaire peuvent avoir pour objet de favoriser le débiteur. Le montant de l'indemnisation est alors peu élevé. Elles ont parfois pour objet de le contraindre à exécuter. Dans ce cas, la somme prévue au contrat est généralement importante. Décider que le montant prévu par les clauses d'indemnisation forfaitaire doit correspondre au préjudice subi revient à nier leur finalité. Une telle solution les prive de toute utilité¹⁸²⁵.

non du pouvoir dont la loi l'investit, l'exercice de ce pouvoir n'étant pas facultatif mais appartenant à son office ».

¹⁸²³ C. Larroumet, Droit civil, Les obligations, Le contrat, t. III, 6^{ème} éd., Economica, 2007, n° 692, p. 790. V. aussi : G. Paisant, Dix ans d'application de la réforme des articles 1152 et 1231 du code civil relative à la clause pénale, RTD civ. 1985, p. 647, spéc. n°72, p. 679.

¹⁸²⁴ Contra : B. Boublil, La mort de la clause pénale ou le déclin de l'autonomie de la volonté, Journal des notaires. not. 1976, I, art. 53048, p. 945, spéc. pp. 960 et 961. Cet auteur estime que devrait être privilégié le système de l'adaptation : « *le juge adapte la réparation au préjudice* ». En effet, selon lui, « *en évaluant les dommages-intérêts à la mesure du préjudice subi, le juge se veut équitable et c'est alors qu'il est juste ! L'option pour le système de l'adaptation nous paraît donc être la plus souhaitable qui soit* ».

¹⁸²⁵ V. not. : G. Cornu, ss. CA Douai, 10 mars 1976, RTD civ. 1977, p. 338, spéc. p. 339 : « *Si le pouvoir modérateur devait être compris comme l'obligation pour le juge de ramener la clause pénale au préjudice réel, cette conception strictement indemnitaire (...) serait ici aussi la négation de la clause*

773. L'adaptation de la clause au préjudice, une analyse rejetée - La chambre sociale de la Cour de cassation a d'ailleurs affirmé à plusieurs reprises que « *si les dispositions de l'article 1152 du Code civil donnent au juge la possibilité de modérer une peine qu'il estime manifestement excessive, elles ne lui imposent pas de limiter le montant de l'indemnité à celui du préjudice réellement subi* »¹⁸²⁶. Pour autant, le préjudice est un élément utile. Il permet de délimiter le champ d'intervention du juge. L'étendue de sa prise en considération dépend du caractère indemnitare (1) ou comminatoire (2) de la clause.

1) La fonction indemnitare

774. Le préjudice, élément de délimitation de l'intervention judiciaire - La clause susceptible d'être corrigée sur le fondement de l'article 1152 du code civil a un caractère indemnitare. L'évaluation du préjudice constitue, en conséquence, un élément d'appréciation de son caractère manifestement excessif ou dérisoire¹⁸²⁷. Au-delà d'un certain plafond, les dommages-intérêts sont « manifestement excessifs » ; en deçà d'un certain plancher, ils sont « manifestement dérisoires ». Le franchissement de ces seuils conditionne l'exercice du pouvoir de correction du juge. Il marque également les limites de son champ d'intervention¹⁸²⁸.

775. Le préjudice, un plancher - Lorsque les dommages-intérêts contractuels sont manifestement excessifs - ils dépassent le seuil d'excès manifeste - le juge ne doit pas les réduire en deçà d'une somme correspondant au préjudice subi¹⁸²⁹. Une telle analyse est

pénale qui - en perdant la précision et la pression du forfait - perdrait toute raison d'être ». V. aussi : F. Chabas, La réforme de la clause pénale, D. 1976, Chron. p. 229, spéc. p. 234 ; B. Boccara, La réforme de la clause pénale : conditions et limites de l'intervention judiciaire, JCP G 1975, I, 2742, n°49 : « *Ce système d'adaptation, s'il était retenu et même s'il ne devait jouer que dans les hypothèses précises visées par la loi nouvelle (pénalité manifestement excessive ou dérisoire), tendrait dans ce cas à une élimination pure et simple de la pénalité contractuelle* ».

¹⁸²⁶ Cass. soc. 11 déc. 1991 : non publié au Bull., n°88-41725 ; RJS 2/92, n°147 - Cass. soc. 15 févr. 1995 : non publié au Bull., n° 93-44168.

¹⁸²⁷ V. supra n°750.

¹⁸²⁸ B. Boccara, La réforme de la clause pénale : conditions et limites de l'intervention judiciaire, JCP G 1975, I, 2742, n°50.

¹⁸²⁹ V. sur la méthode « *butoir* », B. Boccara, préc., n°50. En deçà du seuil d'excès manifeste, le juge ne pourrait réduire le montant de la clause pénale.

conforme à la finalité indemnitaire de la clause¹⁸³⁰. Elle a été consacrée par la Cour de cassation¹⁸³¹.

776. Le préjudice, un plafond - Lorsque les dommages-intérêts contractuels sont manifestement dérisoires, le juge doit pouvoir augmenter leur montant au-delà du « seuil de dérision manifeste », sans dépasser celui du préjudice¹⁸³². Les parties ont probablement eu l'intention de favoriser le débiteur. Ainsi, « *dès lors que le juge va au-delà du contrat, il ne peut s'arroger un droit que seules les parties avaient : celui de fixer une indemnité supérieure au préjudice* »¹⁸³³.

2) La fonction comminatoire

777. L'exercice du pouvoir de révision suppose que soit pris en considération le caractère comminatoire de la clause. La peine manifestement excessive doit être réduite. Mais eu égard à sa fonction contraignante, son montant doit, en principe, être fixé à une somme supérieure au préjudice subi (a). La peine ne doit pas être supprimée (b).

a) Le montant de la peine

778. Fonction comminatoire et intervention du juge - Si la clause a un caractère comminatoire, « *la logique commande d'imposer au juge l'obligation, tout en modérant la peine convenue de la fixer à un montant supérieur à celui du dommage supporté par le créancier* »¹⁸³⁴. Le montant de la peine ne saurait être réduit au point d'éluider la fonction comminatoire de la stipulation contractuelle¹⁸³⁵. Cette fonction doit prévaloir sur son caractère indemnitaire.

¹⁸³⁰ V. not. : G. Paisant, Dix ans d'application de la réforme des articles 1152 et 1231 du code civil relative à la clause pénale, RTD civ. 1985, p. 647, spéc. n°78, p. 682 : « *Puisque l'une des fonctions de cette stipulation est de réparer le préjudice subi du fait de la défaillance de ce débiteur, il apparaît tout à fait logique que les juges ne puissent modérer la peine au point de condamner ce dernier à payer à son cocontractant une somme d'un montant inférieur audit préjudice* ».

¹⁸³¹ Cass. civ. 1^{ère}, 24 juill. 1978 : Bull. civ. I, n°280, n°77-11170 ; D. 1979, IR 151, obs. D. Landraud ; RTD civ. 1979, p. 150, obs. G. Cornu.

¹⁸³² En ce sens : Cass. soc. 22 juill. 1986 : Bull. civ. V, n°460, n°83-46134. Dans cette affaire, la somme contractuelle due en cas de violation de la clause de non-concurrence, constituait un « minimum ».

¹⁸³³ F. Chabas, La réforme de la clause pénale, D. 1976, Chron. p. 229, spéc. p. 234.

¹⁸³⁴ G. Paisant, préc., n°78, p. 682.

¹⁸³⁵ En ce sens : J. Deprez, Les clauses pénales dans les relations de travail : BS Lefèbre 1985, 7/85, n°14. V. aussi : A. Martinon, Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée, Dalloz,

779. Fonction comminatoire et indemnité inférieure au préjudice subi - Qu'en est-il d'une indemnité contractuelle dont le montant s'avère, en définitive, inférieur au préjudice subi ? Une telle clause a pu avoir un effet contraignant. A la date de conclusion du contrat, il est difficile d'établir la valeur du préjudice réel. Les parties ne sont pas nécessairement en mesure de déterminer si l'évaluation contractuelle sera inférieure, supérieure ou équivalente au préjudice. L'incertitude créée par la clause a pu faire « *redouter au débiteur récalcitrant l'inexécution encore plus que l'exécution* ». La clause est alors « *subjectivement comminatoire* »¹⁸³⁶. Peut-elle faire l'objet d'une correction ? Une réponse négative s'impose. Le fait que l'indemnisation contractuelle soit inférieure à la valeur du préjudice ne fait pas obstacle à la reconnaissance de son caractère comminatoire. Toutefois, le juge ne saurait considérer que son montant est manifestement dérisoire. Une telle analyse révélerait une contradiction. Une clause manifestement dérisoire n'a pas de caractère contraignant. Si elle est contraignante, elle n'est pas, « par définition », manifestement dérisoire. Elle n'est donc pas susceptible d'être corrigée.

780. Cumul des indemnités et suppression de la fonction indemnitaire de la clause - Une clause pénale peut-elle valablement prévoir le cumul de la pénalité et de la réparation du préjudice réel ? L'article 1229 du code civil, alinéa 1, décide que « *la clause pénale est la compensation des dommages-intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale* ». Selon l'alinéa 2, le créancier « *ne peut demander en même temps le principal et la peine, à moins qu'elle n'ait été stipulée pour un simple retard* ». La chambre commerciale de la Cour de cassation a considéré que le cumul de la clause pénale et des dommages-intérêts n'était possible que si le dommage dont la réparation était demandée au juge était distinct de celui dont la réparation était assurée par la clause pénale¹⁸³⁷.

2005, n°791, p. 571. L'auteur fait référence à un arrêt rendu par la Cour de cassation le 27 février 1992 (Cass. soc. 27 févr. 1992 : non publié au Bull., n°90-42499). L'indemnité de licenciement était fixée au montant des 24 derniers mois de salaire, soit une somme de 750 000 francs. La cour d'appel l'avait ramenée à 3000 francs. La Cour de cassation retient que « *la cour d'appel, (...) a jugé que l'indemnité de rupture fixée forfaitairement par le contrat de travail (...) avait le caractère d'une clause pénale, et l'a ramenée à une somme fixée sur la base du calcul de l'indemnité de licenciement fixée par la convention collective* ». Comme le souligne justement le Professeur Martinon, « *l'importance de la réduction opérée par le juge (...) illustre parfaitement comment l'indemnité contractuelle de licenciement peut perdre le caractère comminatoire pour conserver exclusivement son rôle indemnitaire* ».

¹⁸³⁶ V. not. : D. Mazeaud, La notion de clause pénale, LGDJ, 1992, n°126, p. 73.

¹⁸³⁷ Cass. com. 20 mai 1997 : Bull. civ. IV, n°140, n°96-22406 ; RJDA 10/97, n°1165 ; JCP G 1998, II, 10125, note J.-F. Kamdem. V. aussi : Cass. com. 24 mars 1998 : Bull. civ. IV, n°111, n°96-15694 ; D.

Pourtant, la chambre sociale de la Cour de cassation estime que les parties peuvent valablement prévoir le cumul des deux indemnisations. Un salarié ayant manqué à son obligation contractuelle de non-concurrence a pu être condamné au paiement de l'indemnité prévue par la clause pénale (100 000 francs) ainsi qu'à des dommages-intérêts (45 000 francs)¹⁸³⁸. Selon cette analyse, la clause pénale n'aurait pas nécessairement une fonction indemnitaire. Si l'indemnité s'ajoute aux dommages-intérêts dus pour la réparation du préjudice subi, elle n'a en effet qu'une fonction coercitive. Elle pourrait, notamment, prendre la forme d'une clause d'astreinte. Autrement dit, les parties pourraient déroger à l'article 1229, alinéa 2, du code civil.

Une telle analyse paraît contestable. Une stipulation contractuelle dépourvue de caractère indemnitaire peut-elle encore être qualifiée de clause pénale ? Le caractère indemnitaire n'est-il pas de l'essence de la clause pénale au regard des textes du code civil ?¹⁸³⁹ Selon Pothier, « *la peine est stipulée dans l'intention de dédommager le créancier de l'inexécution de l'obligation principale* »¹⁸⁴⁰ ? La clause dont la pénalité s'ajoute à la réparation du préjudice ne répond pas à cette définition. Elle exclut tout aléa inhérent au forfait. La solution qui tend à admettre le cumul des deux indemnisations doit être condamnée.

1999, som. p. 113, obs. R. Libchaber ; JCP G 1998, I, 185, n°13, obs. G. Viney ; RTD civ. 1999, p. 116, obs. P. Jourdain : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors que l'action en concurrence déloyale dirigée contre le nouvel employeur qui a embauché un salarié lié par une clause de non-concurrence est recevable nonobstant l'existence d'une action contractuelle de l'ancien employeur contre ce salarié et alors que ces deux actions, l'une délictuelle et l'autre contractuelle, qui tendent à la réparation d'un préjudice différent peuvent se cumuler, la cour d'appel a violé les textes susvisés* ». En réalité, dans ce cas, les actions tendent à la réparation d'un même préjudice. Cependant, l'article 1229 n'a pas vocation à s'appliquer car le non-cumul ne vise que les demandes adressées au débiteur de la clause pénale.

¹⁸³⁸ Cass. soc. 10 févr. 1998 : Bull. civ. V, n°76, n°95-44747 ; D. 1999, som. p. 102, obs. Y. Auguet : « *Mais attendu, d'abord, que les parties ayant prévu dans le contrat de travail qu'à la pénalité mise à la charge du salarié du seul fait de l'observation de la clause de non-concurrence pourrait éventuellement s'ajouter la réparation du préjudice effectivement subi par l'employeur, la cour d'appel, qui, contrairement aux énonciations du moyen, n'a pas constaté que le préjudice subi n'excédait pas le montant de la pénalité, n'a fait qu'appliquer les dispositions de ce contrat* ». V. aussi : Cass. soc. 27 mars 2008 : non publié au Bull., n°06-43991.

¹⁸³⁹ En faveur d'une réponse positive, v. not. : D. Mazeaud, La notion de clause pénale, LGDJ, 1992, n°615, p. 348. Cet auteur relève que « *la seule différence qui, sur un plan théorique permet de (...) distinguer [la clause pénale et la clause d'astreinte] consiste dans le caractère indemnitaire reconnu à la seule clause pénale* ». Or, selon lui, « *il s'agit d'un élément tout à fait secondaire qui ne participe pas à la notion de clause pénale. L'effet réparateur de la peine n'apparaît, en effet, que si un préjudice a été engendré par l'inexécution, ce qui, nous le savons, n'est pas toujours le cas...* ».

¹⁸⁴⁰ R.-J. Pothier, Traité des obligations, Œuvres de Pothier, annotées et mises en corrélation avec le code civil et la législation actuelle, par M. Bugnet, t. II, Eloge de Pothier, Traité des obligations. De la prestation des fautes, Videcoq, Cosse et Delamotte, 1848, n°342, p. 176.

b) *La nécessité de la peine*

781. La suppression de la peine en l'absence de préjudice une solution contestable -
Peu importe l'existence d'un préjudice subi par le créancier, l'inexécution illicite est une condition suffisante de la mise en œuvre de la clause d'indemnisation¹⁸⁴¹. Son caractère indemnitaire s'efface alors derrière sa fonction comminatoire. Pourtant, dans certains arrêts, la chambre commerciale de la Cour de cassation a admis qu'en l'absence de préjudice, les juges du fond pouvaient supprimer la peine¹⁸⁴². Selon la chambre sociale, « *si les juges du fond peuvent modérer la peine convenue lorsqu'elle est manifestement excessive, ils ne peuvent la supprimer, dès lors que la violation de son obligation par le débiteur cause au créancier un préjudice, fût-il de principe* »¹⁸⁴³.

En réalité, l'absence de préjudice ne saurait justifier la suppression de la peine. Une telle solution n'est pas respectueuse de la volonté des parties. Celles-ci ont pu souhaiter contraindre le débiteur à exécuter son obligation. Dans ce cas, la solution méconnaît la fonction comminatoire de la clause¹⁸⁴⁴. Les parties ont également pu vouloir dispenser le créancier de rapporter la preuve du préjudice. Elles choisissent de présumer son existence et de chiffrer son montant. Soumettre l'application de la clause à l'existence d'un préjudice va à l'encontre de leur intention. Enfin, comme le souligne justement le Professeur Mazeaud, « *il existe une sensible différence entre la modération d'une peine, autorisée par l'article 1152,*

¹⁸⁴¹ Cass. civ. 3^{ème}, 12 janv. 1994 : Bull. civ. III, n°5, n°91-19540 ; Rép. Defr. 1994, art. 35845, p. 804, obs. D. Mazeaud ; RTD civ. 1994, p. 605 obs. J. Mestre - Cass. 3^{ème} civ. 20 déc. 2006 : Bull. civ. III, n°256, n°05-20065 ; JCP G 2007, II, 10024, note D. Bakouche. V. aussi : Cass. civ. 16 juill. 1946 : D. 1947, p. 473, note P. Lerebours-Pigeonnière - Cass. civ. 3^{ème}, 2 oct. 1974 : Bull. civ. III, n°323, n°73-10951 ; RTD. civ. 1975, obs. G. Cornu, p. 130 - Cass. soc. 21 mars 1978 : Bull. civ. V, n°218, n°76-41060.

¹⁸⁴² Cass. com. 16 juill. 1991 : non publié au Bull., n°89-19080 ; D. 1992, p. 365, note D. Mazeaud ; Rép. Defr. 1992, art. 35212, p. 329, obs. J.-L. Aubert. V. aussi : Cass. com., 28 avr. 1980 : Bull. civ. 1980, IV, n° 167, n°78-16463 ; Rép. Defr. 1980, art. 32494, p. 1477, obs. J.-L. Aubert.

¹⁸⁴³ Cass. soc. 19 mars 1987 : non publié au Bull., n°84-41830.

¹⁸⁴⁴ V. not. : G. Paisant, Dix ans d'application de la réforme des articles 1152 et 1231 du code civil relative à la clause pénale, RTD civ. 1985, p. 647, spéc. n°78, p. 682 : « *Le juge qui réduit l'indemnité initialement stipulée au montant du préjudice cantonne du même coup la clause pénale à sa seule vertu indemnitaire. Et celui qui constate l'absence de dommage, exonère le débiteur défaillant du paiement de la peine convenue, ou en réduit le montant à la somme symbolique de un franc, méconnaît également que la clause pénale présente de surcroît une fonction comminatoire. De telles décisions contredisent alors les intentions du législateur de 1975 qui n'étaient pas de faire perdre son double caractère à la clause* ».

alinéa 2 et la suppression de celle-ci, admise par la Cour de cassation : la modération ne peut conduire qu'à la seule disparition de l'excès et pas à l'anéantissement de la peine »¹⁸⁴⁵.

782. La fixation de peines artificielles, des solutions contestables - De même, le fait de ramener le montant de la peine à un euro symbolique prive la clause de toute efficacité¹⁸⁴⁶. Certes, le contrat n'est pas amputé de la clause pénale. La peine prononcée par le juge revêt néanmoins un caractère artificiel. Elle équivaut à une absence de peine.

B) Des limites tenant à l'ordre public social et au principe de faveur

783. L'exercice du pouvoir de correction peut être limité par l'existence de dispositions légales ou conventionnelles. Il n'a pas lieu d'être à l'égard de clauses contrariant l'ordre public social ou le principe de faveur. Il ne vise que des clauses licites (1). Son exercice est néanmoins circonscrit par l'ordre public social et le principe de faveur (2).

1) Un pouvoir de correction écarté

784. La nullité ou l'inopposabilité de la clause - Une clause moins favorable que la loi à l'égard du salarié est nulle. Elle n'est pas conforme à l'ordre public social. Une stipulation contractuelle moins favorable qu'une disposition conventionnelle lui est inopposable. Contraire à l'article L. 2254-1 du code du travail, elle fait échec au principe de faveur¹⁸⁴⁷. Dans ces hypothèses, le juge ne saurait exercer son pouvoir de correction judiciaire. L'application de l'article 1152, alinéa 2, du code civil suppose que la clause soumise à son contrôle soit valable et opposable au salarié. Par exemple, une clause prévoyant qu'en cas de rupture anticipée du contrat à durée déterminée le salarié a droit à un tiers des rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme du contrat n'est pas valable. Elle fait échec à l'article L. 1243-4 du code du travail selon lequel « *la rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée (...) ouvre droit pour le salarié à des dommages-intérêts d'un montant au moins*

¹⁸⁴⁵ D. Mazeaud, ss. Cass. com. 16 juill. 1991 : D. 1992, p. 365. V. aussi : J.-L. Aubert, ss. Cass. Com. 16 juill. 1991, Rép. Defr. 1992, art. 35212, p. 331.

¹⁸⁴⁶ V. not. : Cass. soc. 9 avril 1987 : non publié au Bull., n° 85-43289. V. aussi : Cass. soc. 3 mai 1989 : Bull. civ. V, n°325, n°86-41634 ; RJS 7/89, n°581.

¹⁸⁴⁷ V. supra n°352, sur ce principe.

égal aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme du contrat ... ». Elle encourt la nullité et ne saurait être corrigée par le juge.

785. La nullité révélée par l'importance du préjudice - Qu'en est-il d'une indemnisation due par le salarié, en cas de rupture anticipée du contrat à durée déterminée, d'un montant légèrement supérieur au préjudice subi par l'employeur ? Selon l'article L. 1243-3 du code du travail, la rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée ouvre droit pour l'employeur à des dommages-intérêts correspondant au préjudice subi. La clause se révèle être, en définitive, moins favorable au salarié que l'indemnisation légale. Elle contrarie l'ordre public social. Doit-elle être annulée ?

Au jour de sa conclusion, sa nullité n'était qu'éventuelle. Considérer que la validité de la clause dépend de l'importance d'un élément - le préjudice - survenant postérieurement à sa formation peut paraître contestable. Pourtant, une telle solution s'impose. Admettre la validité de la stipulation contractuelle risque de favoriser son intangibilité. Le pouvoir de correction judiciaire s'exerce à l'encontre de l'indemnisation manifestement excessive. Le fait que son montant soit supérieur à celui du préjudice ne suffit pas à caractériser l'excès manifeste. La clause pourrait alors subsister malgré sa contrariété à l'ordre public social. C'est la raison pour laquelle elle doit être déclarée nulle. Seule l'indemnisation légale, plus favorable, doit avoir vocation s'appliquer. Le pouvoir judiciaire de correction fondé sur l'article 1152, alinéa 2, du code civil doit être écarté.

786. La substitution de l'indemnité légale ou conventionnelle - Si la clause est nulle ou inopposable, l'indemnisation légale ou conventionnelle se substitue aux dommages-intérêts contractuels. Dans ce cas, ce n'est pas le pouvoir de correction fondé sur l'article 1152, alinéa 2, qui permet au juge d'allouer au salarié une indemnisation plus élevée. Celui-ci se borne à faire application de la loi ou de la disposition conventionnelle plus favorable. Le fondement de son action réside, exclusivement, dans le respect de l'ordre public social et du principe de faveur.

2) *Un pouvoir de correction circonscrit*

787. Le pouvoir judiciaire de correction est parfois borné par l'existence de dispositions conventionnelles ou légales.

788. L'article L. 1243-4, une limite d'ordre public - En cas de rupture anticipée d'un contrat de travail à durée déterminée, seule une clause contractuelle fixant une indemnisation, à la charge de l'employeur, supérieure au seuil visé à l'article L. 1243-4 du code du travail est valable¹⁸⁴⁸. Si l'indemnisation est manifestement excessive, le juge dispose d'un pouvoir modérateur. Mais il ne peut diminuer l'indemnité en-deçà du montant des rémunérations dues jusqu'au terme du contrat à durée déterminée, conformément à l'article L. 1243-4.

789. L'article L. 1243-3, une limite d'ordre public - La rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée ouvre droit pour l'employeur à des dommages-intérêts correspondant au préjudice subi. Une clause prévoyant une indemnisation qui s'avère inférieure à ce préjudice est valable. Elle est conforme à l'ordre public social¹⁸⁴⁹. Si son montant est manifestement dérisoire, le juge peut exercer son pouvoir de correction. Cependant, il ne saurait fixer le montant des dommages-intérêts à une somme dépassant le seuil prévu par l'article L. 1243-3 du code du travail. Le montant du préjudice subi par l'employeur constitue un plafond intangible, d'ordre public.

790. L'indemnisation jurisprudentielle du non-respect d'une clause de garantie d'emploi, une limite inopérante - Par ailleurs, la Cour de cassation décide qu'en cas de non-respect de la clause de garantie d'emploi l'employeur est condamné à payer au salarié le « *solde des salaires restant dus jusqu'au terme de la période garantie* »¹⁸⁵⁰. Une clause prévoyant une indemnisation moindre doit-elle être annulée ? Une telle solution peut *a priori* paraître logique. Toutefois, ni l'ordre public social, ni le principe de faveur ne peuvent être invoqués. L'indemnisation « plus favorable » est prétorienne. Une indemnisation moindre peut donc subsister. Si elle est manifestement dérisoire, elle peut être augmentée. Cependant,

¹⁸⁴⁸ En ce sens, v. not. : D. Mazeaud, La notion de clause pénale, LGDJ, 1992, n°388, p. 218.

¹⁸⁴⁹ Contra : D. Corrigan Carsin, La loi du 3 janvier 1979 relative au contrat de travail à durée déterminée, D. 1979, Chron., p. 238 ; M. Bariani, Rapport à l'Assemblée nationale, n°744, p. 29, cité par D. Corrigan-Carsin ; D. Mazeaud, La notion de clause pénale, LGDJ, 1992, n°386, p. 216.

¹⁸⁵⁰ V. not. : Cass. soc. 27 oct. 1998, préc., note de bas de page, n°1698 - Cass. soc. 2 févr. 1999, préc., note de bas de page, n°1698 - Cass. soc. 10 juill. 2001, préc., note de bas de page, n°1698.

le juge n'est pas tenu de se référer au « forfait prétorien »¹⁸⁵¹. Telle est d'ailleurs l'analyse de la Cour de cassation¹⁸⁵². Ce « forfait » ne constitue qu'un critère d'appréciation du caractère comminatoire de la clause. Une indemnisation inférieure au solde des salaires restant dus n'est pas contraignante ; une indemnisation supérieure l'est. Le « forfait prétorien » permet seulement au juge d'apprécier le caractère excessif ou dérisoire de l'indemnisation. Il n'intervient pas lors de l'exercice effectif du pouvoir de correction.

¹⁸⁵¹ Expression utilisée par le Professeur J. Mouly, ss. Cass. soc. 4 mars 2008, JCP G, II, 2008, 10095.

¹⁸⁵² V. not. : Cass. soc. 27 févr. 2007 : non publié au Bull., n°05-45069.

791. Conclusion du chapitre 1 : Le pouvoir judiciaire de correction du contrat de travail repose, à de nombreux égards, sur l'article 1152, alinéa 2, du code civil. Le juge semble restreindre la vocation de ce texte aux seules clauses pénales. Pourtant, cette disposition a un champ d'application plus large : elle vise les clauses d'indemnisation forfaitaire. La Cour de cassation retient néanmoins une conception relativement extensive de la notion de clause pénale : l'indemnité contractuelle de licenciement reçoit régulièrement une telle qualification ; les clauses de dédit-formation ont été ainsi qualifiées dans le passé. Ces solutions sont justifiées. La mention d'une indemnité contractuelle de licenciement révèle l'existence d'une obligation de stabilité dont la licéité ne peut être contestée. L'employeur conserve la faculté de rompre le contrat de travail pour faute grave ou lourde du salarié. La mention d'une indemnité de dédit-formation traduit également l'existence d'une obligation de stabilité. Si la clause porte une atteinte excessive à la liberté de travail du salarié, elle est nulle. Le contrôle du juge n'a pas lieu d'être. En revanche, si cette atteinte est justifiée et proportionnée, au regard notamment des salaires perçus par l'intéressé, le montant de l'indemnité de dédit devrait pouvoir être corrigé par le juge sur le fondement de l'article 1152, alinéa 2, du code civil. L'appréciation du caractère manifestement excessif ou dérisoire dépend alors de nombreux éléments relatifs au caractère indemnitaire et, éventuellement, comminatoire de la clause. Si cette dernière est dépourvue de caractère contraignant, l'importance du préjudice est essentielle. En revanche, si la clause a un caractère dissuasif, d'autres éléments doivent être pris en considération. Ils doivent permettre de déterminer si la menace qui pèse sur le débiteur est mesurée. Une fois constaté le caractère manifestement excessif ou dérisoire de la clause, le pouvoir de correction peut s'appliquer. La correction doit être motivée. L'étendue du champ d'action dévolu au juge est limitée par la valeur réelle du préjudice. Dans certains cas, l'indemnisation ne peut dépasser le montant de ce dernier. Dans d'autres circonstances, elle ne peut être réduite en deçà de sa valeur. L'ordre public social et le principe de faveur viennent également restreindre l'étendue du pouvoir de correction. En conséquence, si l'article 1152, alinéa 2, du code civil est une véritable source de réécriture judiciaire du contrat de travail, son champ d'application est limité ; le pouvoir qu'il fait naître est circonscrit. Le juge parvient néanmoins à réécrire le contrat sans se référer à ce texte.

CHAPITRE 2 : LA REECRITURE EXCLUSIVE DE L'ARTICLE

1152

792. Le juge n'hésite pas à réécrire le contrat de travail en dehors du champ d'application de l'article 1152, alinéa 2, du code civil. Cette réécriture prend des formes diverses. A l'instar du pouvoir de correction fondé sur l'article 1152, alinéa 2, du code civil, le juge procède à la correction de la clause soumise à son contrôle (Section 1). Dans d'autres hypothèses, il supplée sans ambages sa propre volonté. La clause telle que l'avaient conçue les parties ne fait plus l'objet d'une simple correction ; elle ne subsiste plus. La stipulation qui la remplace est l'œuvre exclusive du juge (Section 2).

SECTION 1 : UN POUVOIR DE CORRECTION

793. La correction fondée sur l'interprétation de la volonté - Le juge exerce un pouvoir de correction à l'égard de stipulations qui ne sont pas des clauses d'indemnisation forfaitaire. Cette action correctrice est parfois fondée sur une interprétation audacieuse de la volonté des parties. Une clause prévoyant que le montant de la contrepartie financière de la clause de non-concurrence correspond à « *un mois de la dernière rémunération brute mensuelle* » peut sembler dérisoire. Or, « *une contrepartie financière dérisoire à la clause de non-concurrence contenue dans un contrat de travail équivaut à une absence de contrepartie* »¹⁸⁵³. Cependant, des juges du fond ont estimé qu'une telle clause prévoyait, en réalité, une indemnité « mensuelle » égale à un mois de la dernière rémunération brute mensuelle. La Cour de cassation a approuvé une telle analyse¹⁸⁵⁴. De même, des juges du fond ont considéré qu'une clause de mobilité selon laquelle le salarié s'engage « *formellement à accepter (...) un changement de lieu de travail dans un autre établissement du groupe (...) en métropole ou*

¹⁸⁵³ Cass. soc. 15 nov. 2006 : Bull. civ. V, n°341, n°04-46721 ; JCP S 2007, 1057, note I. Beyneix ; RJS 1/07, n°50 ; JCP G 2007, II, 10039, note D. Corrignan-Carsin ; JSL 2006, n°201, p. 1, note M.-C. Haller. V. égal. : Cass. soc. 16 mai 2012 : A paraître au Bull., n°11-10760 ; JSL 5 juill. 2012, n°325, p. 16, note J.-E. Tourreil ; Dr. soc. 2012, p. 787 et l'étude de C. Radé, Le juge et la contrepartie financière de la clause de non-concurrence, p. 784 ; RJS 8-9/12, n°700.

¹⁸⁵⁴ Cass. soc. 26 oct. 2011 : non publié au Bull., n°09-43518 : « *C'est par une interprétation nécessaire, exclusive de dénaturation, que la cour d'appel a retenu que la contrepartie pécuniaire convenue correspondait à un mois de salaire par mois d'exécution de l'obligation de non-concurrence* »

dans un pays de la Communauté européenne » ne visait que les établissements existant au jour de la signature du contrat. Cette « *interprétation correctrice* » de la volonté des parties a également été accueillie favorablement par la Cour de cassation¹⁸⁵⁵. Ces solutions ont néanmoins une portée limitée.

794. La correction du contrat exclusive de l'interprétation de la volonté - Fréquemment, le pouvoir de correction judiciaire ne repose ni sur l'article 1152, alinéa 2, du code civil, ni sur une prétendue interprétation de la volonté des parties. Tel est le cas lorsque le juge supprime l'excès qui confère à une clause son caractère illicite. Il exerce alors un pouvoir de correction « à la baisse » (§ 1). L'intervention du juge aboutit parfois à une correction « à la hausse ». Il en est ainsi lorsqu'il fait application du principe prétorien « à travail égal, salaire égal » (§2).

§ 1 : L'excès, objet d'une correction « à la baisse »

795. La réduction, une alternative à la destruction - Le pouvoir de correction « à la baisse » s'exerce à l'encontre de clauses illicites. Ces dernières sont, en principe, nulles. Pourtant, une fois l'illicéité de la stipulation constatée, le juge ne procède pas à sa destruction. Il la ramène dans le champ de la licéité en réduisant sa durée ou son quantum. Seul l'excès est alors supprimé. « *La chambre sociale se refusant à poser le principe d'une nullité a posé le principe inverse que la clause, licite, dans son essence, n'est nulle que dans ses excès* »¹⁸⁵⁶. A cet égard, la démarche du juge rejoint la théorie de Japiot : « *la nullité de tel effet d'un acte n'exige pas la nullité de tous les autres* »¹⁸⁵⁷. L'action du juge n'est plus destructrice mais salvatrice. La clause n'est pas détruite ; elle subsiste. Seul l'excès disparaît.

¹⁸⁵⁵ Cass. soc. 12 mai 2004 : non publié au Bull., n°02-42018 ; SSL 2004, n°1171, p. 12, note F. Champeaux. V. aussi : Cass. soc. 19 avril 2000 : non publié au Bull., n° 98-41078 : « *Mais attendu que c'est par une interprétation de la clause de mobilité litigieuse que la cour d'appel a estimé qu'elle ne s'appliquait qu'aux établissements existants au moment de la signature du contrat de travail* » - Cass. soc. 20 déc. 2006 : non publié au Bull., n°05-43757.

¹⁸⁵⁶ R. Lindon, Validité de la clause de non-concurrence dans les contrats de louage de services, JCP G 1960, I, 1593.

¹⁸⁵⁷ R. Japiot, Des nullités en matière d'actes juridiques, th. Dijon, 1909, p. 296. V. aussi, p. 295 : « *Il y a comme une nullité distincte pour chacun des effets de l'acte* ». V. aussi sur ce rapprochement, R. Vatinet, Les principes mis en œuvre par la jurisprudence relative aux clauses de non-concurrence en droit du travail, Dr. soc. 1998, p. 534, spéc. p. 538, note de bas de page n°46.

Cependant, l'article 1134 du code civil ne s'oppose-t-il pas à toute correction judiciaire du contrat¹⁸⁵⁸ ? « *Cet accueil d'une nullité partielle opérant comme une réduction est difficile à expliquer* »¹⁸⁵⁹. Certes, son champ d'application et ses conditions de mise en œuvre sont limités (I). Mais le choix d'une telle sanction n'est pas exempt de critiques. La réduction constitue, en effet, une sanction imparfaite (II).

I) La suppression de l'excès, un pouvoir limité

796. Seules certaines stipulations contractuelles font l'objet d'un pouvoir judiciaire de réduction. Il s'agit de clauses portant une atteinte excessive à la liberté du travail (A). La suppression de l'excès suppose, en outre, que la réduction ait été sollicitée par le salarié (B).

A) La disproportion corrigée

797. Les clauses susceptibles de porter atteinte à la liberté du travail sont soumises à des conditions de validité spécifiques. Fondées sur l'article L. 1121-1 du code du travail, elles visent, notamment, à garantir le respect de l'exigence de proportionnalité prévue par ce texte. L'atteinte portée à la liberté du travail ne doit pas être disproportionnée. Si elle revêt un caractère excessif, le juge s'octroie un pouvoir de réduction (1). « *La réduction a vocation à être la sanction normale de tout contrôle de proportionnalité* »¹⁸⁶⁰. Toute autre illicéité demeure, en principe, sanctionnée par la nullité (2).

1) L'atteinte excessive, source d'un pouvoir de réduction

798. La réduction de la clause de non-concurrence, une solution acquise - C'est principalement à l'égard des clauses de non-concurrence que le juge exerce son pouvoir de réduction. Leur validité est soumise à diverses conditions jurisprudentielles reposant sur l'article L. 1121-1 du code du travail¹⁸⁶¹. Ces clauses doivent être limitées dans le temps, dans l'espace et tenir compte des spécificités de l'emploi du salarié. A défaut, la Cour de cassation

¹⁸⁵⁸G. Lyon-Caen, Les clauses restrictives de la liberté du travail (clauses de non-concurrence ou de non-réembauchage), Dr. soc. 1963, p. 88, spéc. p. 96.

¹⁸⁵⁹G. Lyon-Caen, préc., p. 96.

¹⁸⁶⁰R. Vatinet, Les principes mis en œuvre par la jurisprudence relative aux clauses de non-concurrence en droit du travail, Dr. soc. 1998, p. 534, spéc. p. 538.

¹⁸⁶¹Sur les conditions de validité des clauses de non-concurrence, v. supra, n°515.

admet qu'elles produisent effet dans les limites de leur licéité¹⁸⁶². Elle autorise également les juges du fond à réduire la durée¹⁸⁶³ ou l'étendue géographique¹⁸⁶⁴ de la clause excessive. Lorsque cette dernière ne permet pas au salarié d'exercer une activité conforme à sa formation et à son expérience professionnelle, le juge peut en « *restreindre l'application en limitant l'effet dans le temps, l'espace ou ses autres modalités* »¹⁸⁶⁵. Ainsi, le « *type d'activité interdite, [la] liste des concurrents à ne pas contacter, [la] nature des produits à ne pas représenter* »¹⁸⁶⁶ peuvent faire l'objet d'une réduction judiciaire.

799. La réduction de la clause de dédit-formation, une solution envisageable - Ce pouvoir de réduction ne vise pas les clauses de dédit-formation. Selon la Cour de cassation, ces clauses « *sont licites (...) si le montant de l'indemnité de dédit est proportionné aux frais de formation engagés et si elles n'ont pas pour effet de priver le salarié de la faculté de démissionner* »¹⁸⁶⁷. A défaut, la clause encourt la nullité. Pourtant, si l'atteinte excessive à la liberté du travail justifie la correction des clauses de non-concurrence, il devrait en être de même des clauses de dédit-formation. Le montant d'une indemnité de dédit peut être proportionné aux frais de formation engagés. Toutefois, eu égard aux salaires perçus par l'intéressé, elle peut porter une atteinte excessive à son droit de démissionner. Cette atteinte sera d'autant plus caractérisée si la durée de la clause est longue. Dès lors, le juge devrait pouvoir réduire la durée excessive d'une clause de dédit-formation.

¹⁸⁶² V. not. : Cass. soc. 16 mai 1972 : Bull. civ. V, n°348, n°71-40492 : « *Qu'en statuant ainsi alors que la clause de non-rétablissement, bien qu'interdisant à X d'exercer sa spécialité pendant cinq ans dans un secteur illimité, devait cependant recevoir application dans la mesure où il était constaté que l'intéressé était venu concurrencer son ancien employeur en s'installant à son compte dans le même département que celui-ci quelques mois seulement après la rupture, les juges du fond n'ont pas donné de base légale à leur décision* » - Cass. soc. 1^{er} déc. 1982 : Bull. civ. V, n°668, n°80-41357 ; D. 1983, IR, p. 418, note Y. Serra - Cass. soc. 27 sept. 1989 : non publié au Bull., n°86-43700.

¹⁸⁶³ Cass. soc. 7 mars 2007 : non publié au Bull., n° 05-45280 : « *Mais attendu que c'est par une interprétation nécessaire, exclusive de dénaturation, que la cour d'appel, qui n'était pas tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation, a retenu que tout en étant justifiée, la clause litigieuse était excessive dans sa durée et l'a réduite à douze mois* ».

¹⁸⁶⁴ Cass. soc. 25 mars 1998 : Bull. civ. V, n°174, n°95-41543 ; RJS 6/98, n°730 ; Dr. soc. 1998, p. 545 et l'étude de R. Vatinet, Les principes mis en œuvre par la jurisprudence relative aux clauses de non-concurrence en droit du travail, p. 534.

¹⁸⁶⁵ V. not. : Cass. soc. 18 sept. 2002 : Bull. civ. V, n°272, n°00-42904 ; RJS 11/02, n°1231 ; D. 2002, p. 3229, note Y. Serra ; D. 2002, p. 3111, note J. Péliissier ; Dr. soc. 2002, p. 1007, obs. R. Vatinet ; JCP E 2003, 446, n°2, note P. Morvan. V. aussi : Cass. soc. 9 nov. 1971 : Bull. civ. V, n°645, n°70-40452 - Cass. soc. 21 mai 1974 : Bull. civ. V, n°313, n°73-40542.

¹⁸⁶⁶ F. Favennec-Héry, Tempête sur la clause de non-concurrence, SSL 2003, n°1112, p. 27, spéc. p. 28.

¹⁸⁶⁷ V. supra n°505.

2) *L'illicéité exclusive d'une atteinte excessive, source d'une nullité partielle*

800. L'absence de justification de la clause, exclusive du pouvoir de réduction - Seules les clauses portant une atteinte excessive à la liberté du travail sont soumises au pouvoir de réduction du juge. Une clause de non-concurrence qui n'est pas « *indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise* » est nulle¹⁸⁶⁸. Dans ce cas, le juge ne saurait exercer son pouvoir salvateur de correction¹⁸⁶⁹. En effet, la clause ne peut être ramenée dans le champ de la licéité ; son existence même est contestable. Seule sa destruction est alors envisageable.

801. La contrepartie financière dérisoire, exclusive du pouvoir de réduction - Une clause de non-concurrence assortie d'une contrepartie financière dérisoire pourrait-elle être corrigée par le juge¹⁸⁷⁰ ? Au visa des articles 1131 du code civil et L. 1121-1 du code du travail, la Cour de cassation décide qu'« *une contrepartie financière dérisoire à la clause de non-concurrence contenue dans un contrat de travail équivaut à une absence de contrepartie* »¹⁸⁷¹. Dans ce cas, la clause est nulle. « *Le juge ne peut, sous couvert de l'appréciation du caractère dérisoire de la contrepartie pécuniaire invoqué par le salarié, substituer son appréciation du montant de cette contrepartie à celle fixée par les parties et, après avoir décidé de l'annulation de la clause, accorder au salarié la contrepartie qu'il estime justifiée* »¹⁸⁷². Une telle analyse est fondée. L'existence de la contrepartie financière ne trouve pas sa justification dans le principe de proportionnalité visé à l'article L. 1121-1 du code du travail¹⁸⁷³. Elle constitue la cause de l'obligation de non-concurrence du salarié¹⁸⁷⁴.

¹⁸⁶⁸ V. supra n°472.

¹⁸⁶⁹ Certes, une clause excessive est nécessairement injustifiée. Mais dans ce cas, le pouvoir de correction est fondé. La clause est susceptible d'être ramenée dans le champ de la licéité. V. not. : F. Canut, Sanction d'une clause de non-concurrence excessive : vers une évolution de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation, Dr. ouvr. 2012, p. 12, spéc. p. 17 : « *Il est permis de considérer que la clause excessive ne correspond pas à l'intérêt légitime de l'entreprise, la protection de cet intérêt se contentant d'une interdiction de concurrence plus limitée* ».

¹⁸⁷⁰ En ce sens : P. Morvan, ss. Cass. soc. 18 sept. 2002 : JCP E 2003, 446, n°2 : « *Il convient d'admettre qu'une clause [de non-concurrence] illicite en ce qu'elle n'est pas assortie d'une contrepartie financière suffisante puisse, à son tour être sauvée de l'anéantissement par voie de réfaction* ».

¹⁸⁷¹ Cass. soc. 15 nov. 2006 : Bull. civ. V, n°341, n°04-46721 ; JCP S 2007, 1057, note I. Beyneix ; RJS 1/07, n°50 ; JCP G 2007, II, 10039, note D. Corrignan-Carsin ; JSL 2006, n°201, p. 1, note M.-C. Haller.

¹⁸⁷² Cass. soc. 16 mai 2012 : A paraître au Bull., n°11-10760 ; JSL 5 juill. 2012, n°325, p. 16, note J.-E. Tourreil ; Dr. soc. 2012, p. 787 et l'étude de C. Radé, Le juge et la contrepartie financière de la clause de non-concurrence, p. 784 ; RJS 8-9/12, n°700.

¹⁸⁷³ V. supra n°514.

¹⁸⁷⁴ V. supra n°515.

Son montant ne permet pas d'apprécier le caractère proportionné de l'atteinte portée à la liberté du travail. Une clause de non-concurrence excessive ne saurait être validée par une augmentation du montant de la contrepartie financière. La correction de la contrepartie financière sur le fondement de l'article L. 1221-1 du code du travail doit donc être écartée¹⁸⁷⁵.

B) La correction sollicitée

802. Le juge est-il tenu de procéder à la réduction de la clause excessive ? Pendant plusieurs années, les juges du fond avaient le choix. Désormais, la réduction ne s'impose que si elle est sollicitée par le salarié.

803. Le choix des juges, une solution abandonnée - Dans un premier temps, la Cour de cassation censurait les décisions des juges du fond lorsqu'ils annulaient une clause de non-concurrence excessive. Elle leur reprochait de ne pas l'avoir validée dans un champ plus restreint¹⁸⁷⁶. Puis, dans un arrêt du 18 décembre 1996, elle a considéré « *qu'ayant constaté que la clause n'était pas limitée dans l'espace et qu'elle portait atteinte à la liberté du travail des salariés, la cour d'appel a exactement décidé (...) que la clause était nulle* »¹⁸⁷⁷. La correction de la clause excessive n'avait plus de caractère impératif. Les juges du fond pouvaient librement décider de prononcer la nullité de la clause ou sa réduction. Peu importait, dans cette dernière hypothèse, que le salarié ait sollicité la nullité¹⁸⁷⁸. Seule prévalait la volonté du juge. Cette solution est désormais abandonnée.

804. Le choix du salarié, une solution consacrée - Depuis un arrêt du 12 octobre 2011, le choix de la réduction ou de la nullité revient au salarié. Dans cette affaire, un VRP prétendait

¹⁸⁷⁵ En ce sens, v. aussi : F. Favennec-Héry, *Tempête sur la clause de non-concurrence*, SSL 2002, n°1094, p. 6, spéc. p. 8.

¹⁸⁷⁶ Cass. soc. 7 juill. 1977 : Bull. civ. V, n° 475, n°76-41082 : « *Qu'en statuant ainsi, alors que Vattier s'est réengagé aussitôt dans une entreprise concurrente dans le secteur où il avait exercé son activité et qu'au moins dans cette mesure la clause de non-concurrence n'était pas illicite* ». V. aussi : Cass. soc. 16 mai 1972 : Bull. civ. V, n°348, n°71-40492.

¹⁸⁷⁷ V. not. : Cass. soc. 18 déc. 1996 : non publié au Bull., n°94-41880 ; D. 1998, som., p. 215, note Y. Serra.

¹⁸⁷⁸ V. not. : Cass. soc. 18 sept. 2002 : Bull. civ. V, n°272, n°00-42904 ; RJS 11/02, n°1231 ; D. 2002, p. 3229, note Y. Serra ; D. 2002, p. 3111, note J. Péliissier ; Dr. soc. 2002, p. 1007, obs. R. Vatinet ; JCP E 2003, 446, n°2, note P. Morvan. Dans cette affaire, le salarié avait sollicité l'annulation de la clause : « *M. X. a saisi la juridiction prud'homale afin, notamment, de voir prononcer l'annulation de la clause contractuelle et d'obtenir le paiement de dommages-intérêts. La clause a été réduite par le juge* ». Pourtant, la Cour de cassation, décide que le juge peut « *en restreindre l'application en limitant l'effet dans le temps, l'espace ou ses autres modalités* ». V. aussi : Cass. soc. 22 oct. 2008 : Bull. civ. V, n°201, n°07-42035.

que le champ d'application de la clause de non-concurrence contenue dans son contrat de travail était excessif. Le secteur géographique visé par la clause était plus étendu que celui auquel il était affecté. Or, l'article 17 de l'accord national interprofessionnel gouvernant les VRP prévoit que l'interdiction de concurrence doit être limitée aux secteurs et aux catégories de clients que le VRP est chargé de visiter. N'ayant pas respecté la clause de non-concurrence, le salarié sollicitait son annulation.

L'employeur prétendait que « *lorsque la clause de non-concurrence prévoit un champ d'application plus étendu que celui défini par la convention collective, elle n'est valable que dans la limite définie par ladite convention collective* ». Mais selon la Cour de cassation, la « *convention collective des VRP ayant règlementé la clause de non-concurrence, le contrat de travail ne pouvait valablement contenir des dispositions plus contraignantes pour le salarié* ». Cette solution n'est pas nouvelle¹⁸⁷⁹. La Cour ajoute cependant que les juges du fond « *ne (...) [pouvaient] réduire le champ d'application de la clause de non concurrence dès lors que seule la nullité était invoquée par le salarié* »¹⁸⁸⁰. Tel est le véritable apport de l'arrêt : la correction doit avoir été sollicitée par le salarié. L'étendue de la destruction relève de la volonté exclusive de ce dernier. Le pouvoir de réduction ne peut lui être imposé. Il s'agit d'une « réduction de protection »¹⁸⁸¹.

Une telle solution a une vocation générale. Elle ne saurait être limitée aux hypothèses de conflit de normes et restreint donc considérablement la portée du pouvoir judiciaire de réduction. Elle est néanmoins justifiée¹⁸⁸².

¹⁸⁷⁹ V. déjà : Cass. soc. 13 janv. 1998 : Bull. civ. V, n°6, n°95-41480 ; D. 1999, jurisp. p. 161, note C. Bourrier et N. Bouche - Cass. soc. 12 févr. 2002 : Bull. civ. V, n°63, n°99-43858 - Cass. soc. 12 févr. 2002 : non publié au Bull., n° 00-41451 - Cass. soc. 14 nov. 2007 : Bull. civ. V, n°189, n°06-44284. V. égal. supra n°455.

¹⁸⁸⁰ Cass. soc. 12 oct. 2011 : Bull. civ. V, n°233, n°09-43155 ; JCP S 2012, 1005, note J.-F. Cesaro ; Dr. soc. 2012, p. 198, obs. J. Mouly ; Dr. ouvr. 2012, p. 19 et l'étude de F. Canut, Sanction d'une clause de non-concurrence excessive : vers une évolution de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation, p. 12.

¹⁸⁸¹ Expression utilisée par F. Canut, préc., p. 17.

¹⁸⁸² En ce sens, v. not. : F. Canut, préc., p. 15 : « *Cette incise peut-elle signifier la fin du pouvoir de réfaction du juge en la matière (...) ? Cette éventualité suscite l'espérance, tant la réduction de la clause excessive est critiquable* ». V. aussi : J.-F. Cesaro, ss. Cass. soc. 12 oct. 2011, JCP S 2012, 1005 : « *La nullité dont il est question bien que relative ne devrait probablement pas être considérée comme facultative* ». V. égal. : J. Mouly, ss. Cass. soc. 12 oct. 2011 ; Dr. soc. 2012, p. 200 : « *Il est temps que la Cour de cassation mette les sanctions des clauses de non-concurrence excessives en accord avec sa jurisprudence en la matière* ».

II) La suppression de l'excès, une sanction imparfaite

805. Une partie de la doctrine approuvait la démarche salvatrice du juge (A). Pourtant, celle-ci n'était pas nécessairement protectrice de la liberté du travail. A cet égard, elle s'avérait inadaptée (B).

A) La réduction, une démarche salvatrice

806. Divers arguments ont été avancés en faveur de la réduction de la clause de non-concurrence excessive. Cette sanction garantit la protection des intérêts légitimes de l'entreprise (1). Elle serait, en outre, respectueuse de la volonté des parties (2).

1) La survie de la clause, protectrice de l'intérêt de l'entreprise

807. La nullité, une sanction attentatoire à l'intérêt de l'entreprise - La destruction de la clause de non-concurrence excessive dont l'existence est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise peut paraître contestable. Elle méconnaît l'intérêt de l'entreprise¹⁸⁸³. Annuler une clause excessive sur un point particulier « *n'est-ce pas en portant atteinte à un intérêt légitime risquer (...) de voir un salarié de mauvaise foi se faire embaucher le lendemain chez le concurrent d'en face ?* »¹⁸⁸⁴. En privilégiant la réduction de la clause, les juges ont probablement entendu protéger les intérêts légitimes de l'employeur. Toutefois, une telle correction est-elle conforme à l'article 1134 du code civil ?

2) La survie de la clause, conforme à la volonté des parties

808. Une analyse avancée - Selon une partie de la doctrine, la réduction de la clause garantirait le respect de la volonté des cocontractants. En effet, « *la convention des parties a*

¹⁸⁸³ En ce sens, v. not. : R. Vatinet, Les principes mis en œuvre par la jurisprudence relative aux clauses de non-concurrence en droit du travail, Dr. soc. 1998, p. 534, spéc. p. 538 : « *Lorsqu'il s'agit, non pas de sanctionner la méconnaissance d'une règle d'ordre public, mais de concilier des droits fondamentaux antagonistes en évitant que l'un d'entre eux soit totalement bafoué, la réduction paraît bien être la sanction adéquate : dès lors que la clause de non-concurrence est seulement excessive, l'annuler purement et simplement reviendrait à ignorer totalement l'intérêt légitime de l'entreprise, ce qui reviendrait à combattre un excès par un autre* ». V. aussi : F. Gaudu, R. Vatinet, Traité des contrats, LGDJ, 2001, n°311, p. 264.

¹⁸⁸⁴ G.H. Camerlynck, Traité de droit du travail - Contrat de travail, Dalloz, 2^{ème}éd, 1982, n°233, p. 264.

(...) *formellement adopté le principe de la non-concurrence dans une clause spécifique et le salarié a donné son accord explicite* »¹⁸⁸⁵. La survie de la clause purgée de son illicéité respecterait mieux l'intention originelle des parties¹⁸⁸⁶.

809. Une analyse artificielle - Cette analyse paraît néanmoins artificielle. La force obligatoire du contrat justifierait le maintien de la clause. Mais son étendue échapperait à ce principe¹⁸⁸⁷. Le consentement du salarié sur le principe de non-concurrence serait indispensable. En revanche, son accord sur la teneur exacte de cet engagement serait indifférent. Outre cette incohérence, la réduction ne constitue pas une sanction pertinente.

B) La réduction, une démarche inadaptée

810. La sanction doit « *s'adapter au but de la règle dont elle tend à assurer l'observation, et au milieu où pratiquement elle intervient* »¹⁸⁸⁸. Or, la survie de la clause imposée au salarié ne contribue pas à la protection des libertés fondamentales (2). Ce n'est que sollicitée par le salarié qu'elle paraît justifiée (2).

1) La réduction imposée, non protectrice des libertés

811. L'article L. 1121-1 du code du travail a pour objet la protection des libertés fondamentales. Une clause portant une atteinte excessive à l'une de ces libertés est en principe

¹⁸⁸⁵ G.H. Camerlynck, préc., n°233, p. 264. L'auteur ajoute : « *Déclarer brutalement la clause nulle pour le tout - parce qu'elle se révèle excessive sur tel point particulier - n'est-ce pas méconnaître la commune intention* ».

¹⁸⁸⁶ En ce sens : O. Gout, Le juge et l'annulation du contrat, PUAM, 1999, n°654, p. 446 : « *La solution consistant à modifier une clause de non-concurrence qui pêche par excès, et qui introduit un cas de réfaction judiciaire (...) paraît satisfaisante, car non seulement le juge rétablit la légalité, mais en plus il respecte en partie la volonté des contractants qui est ainsi mieux servie que par l'anéantissement de la clause litigieuse* » ; M.-E. Pancrazi-Tian, La protection judiciaire du lien contractuel, PUAM, 1996, n°141, p. 127. V. aussi : D. Mazeaud, La révision du contrat, LPA, 30 juin 2005, n°129, spéc. n°12 : « *Au fond, la révision du contrat ou de telle ou telle de ses clauses garantit, dans une mesure certaine, le respect de l'économie générale du contrat telle qu'elle avait été façonnée par les contractants, bien mieux, en tout cas, que ne pourrait le faire leur annulation* » ; I. Cornesse, La proportionnalité en droit du travail, Litec, 2001, n°541, p. 445.

¹⁸⁸⁷ En ce sens : Y. Serra, ss. Cass. soc. 1^{er} déc. 1982, D. 1983, p. 418. Comp. : I. Cornesse, La proportionnalité en droit du travail, Litec, 2001, n°541, p. 445 : « *Le juge se place sur le terrain de la commune intention des parties. Celles-ci se sont entendues sur le principe de l'engagement restrictif de concurrence et sur ses conséquences bien plus que sur ses modalités d'application qui peuvent de ce fait être modifiées par le juge* ».

¹⁸⁸⁸ R. Japiot, Des nullités en matière d'actes juridiques, th. Dijon, 1909, p. 13. V. aussi p. 166 s.

nulle (a). La réduction ne garantit pas nécessairement le respect de celles-ci. A l'inverse, elle est susceptible d'encourager les entraves portées à la liberté du travail (b).

a) La destruction, sanction classique de l'illicéité

812. La nullité partielle sanctionne traditionnellement les clauses illicites contenues dans un contrat de travail. Qu'en est-il en droit commun des contrats ? Le juge exerce-t-il un pouvoir de réduction ? Si la sanction de la nullité prévaut, la disproportion a pu faire l'objet d'une correction judiciaire. En effet, le juge s'est livré, dans certains arrêts, à un véritable contrôle de l'équivalence des prestations. Ce contrôle de proportionnalité l'a conduit à imposer la réduction d'une obligation en raison de la fausseté partielle de sa cause. La correction de la clause excessive contenue dans le contrat de travail est-elle susceptible de reposer sur un tel fondement ?

813. La réduction, sanction envisageable de la fausseté partielle de la cause - Dans un arrêt du 11 mars 2003, la première chambre civile de la Cour de cassation a refusé de prononcer l'annulation d'une obligation au profit de sa réduction. Dans cette affaire, la veuve d'un géomètre avait consenti à son neveu, reprenant le cabinet du défunt, une reconnaissance de dette de 800 000 francs. Puis, elle avait ultérieurement sollicité l'annulation de la reconnaissance de dette et réclamé à son neveu le paiement d'une indemnité d'occupation des locaux professionnels. La Cour de cassation a décidé au visa de l'article 1131 du code civil que « *la fausseté partielle de la cause n'entraîne pas l'annulation de l'obligation, mais sa réduction à la mesure de la fraction subsistante* »¹⁸⁸⁹. En l'espèce, la dette de la veuve à l'égard de son neveu existait incontestablement. Toutefois, elle était inférieure à la somme de 800 000 francs. Dès lors, la sanction de la nullité n'était pas adaptée. La somme due devait être réduite en conséquence.

Etait ainsi mis en œuvre un véritable contrôle de l'équivalence des prestations ; le juge apparaissait « *confirmé dans son rôle de gardien de l'équilibre contractuel* »¹⁸⁹⁰. Cependant,

¹⁸⁸⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 11 mars 2003 : Bull. civ. I, n°67, n°99-12628 ; JCP 2003, I, 142, n°5, obs. J. Rochfeld ; RDC 2003, p. 39, note D. Mazeaud ; RTD civ. 2003, p. 287, obs. J. Mestre et B. Fages. V. aussi : J.-R. Binet, De la fausse cause, RTD civ. 2004, p. 655.

¹⁸⁹⁰ D. Mazeaud, ss. Cass. civ. 1^{ère}, 11 mars 2003, RDC 2003, p. 41. L'auteur ajoute : « *En somme avec cet arrêt, la Cour de cassation érige la cause en instrument de contrôle de la proportionnalité des prestations contractuelles et confie au juge la mise en œuvre de ce contrôle, en lui donnant le pouvoir de*

dans un arrêt du 31 mai 2007, la première chambre civile est revenue en partie sur cette solution. Elle décide que « *dans un contrat synallagmatique, la fausseté partielle de la cause ne peut entraîner la réduction de l'obligation* »¹⁸⁹¹.

Malgré cette dernière solution¹⁸⁹², il est permis de se demander si, en présence d'une clause de non-concurrence excessive, la chambre sociale de la Cour de cassation pourrait fonder son pouvoir de réduction sur la fausseté partielle de la cause.

814. L'article 6 du code civil, fondement de la nullité des clauses excessives - Une telle analyse doit d'emblée être écartée. En ce qui concerne la clause de non-concurrence, le juge ne procède pas à un contrôle de l'équivalence des prestations. Il recherche si l'atteinte portée à la liberté du travail n'est pas excessive eu égard, notamment, aux intérêts légitimes de l'employeur. La question n'est pas de savoir si la restriction de concurrence est proportionnée au montant de la contrepartie financière. Le rôle du juge n'est pas de rétablir l'équilibre contractuel. Il consiste à vérifier que la clause ne porte pas une atteinte excessive à la liberté du travail. L'article 6 du code civil selon lequel « *on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* » fonde son intervention. L'article L. 1121-1 du code du travail, auquel déroge une clause de non-concurrence excessive, revêt un caractère impératif. L'objet de la stipulation contractuelle excessive est alors illicite. Or, la sanction du non-respect de l'ordre public est en principe la

réviser le contrat économiquement déséquilibré, en cas de fausseté partielle de la cause ». V. aussi : J.-R. Binet, De la fausse cause, RTD civ. 2004, p. 655 : « *La fausseté de la cause est alors révélée par un contrôle de l'équivalence des prestations nées du contrat. Envisagée sous cet angle, la fausseté de la cause permet d'ajouter un nouveau critère de vérification de la cause conforme à l'article 1131 du code civil : en plus de son existence et de sa licéité, elle conduit à vérifier sa réalité* ». Comp. : J. Ghestin, ss. Cass. civ. 1^{ère}, 31 mai 2007 : D. 2007, p. 2577 : « *L'existence de la dette préexistante fait partie de la définition contractuelle, expresse ou, le plus souvent implicite, de l'avantage obtenu, c'est-à-dire de la cause, de la contrepartie convenue* ». Pour cet auteur, la nouveauté de l'arrêt du 11 mars 2003 « *est d'avoir clairement abandonné, en cette matière particulière, la solution du tout ou rien ou presque rien caractéristique de la cause illusoire ou dérisoire dans les contrats synallagmatiques. Il a posé en forme de principe que les reconnaissances de dette - et semble-t-il plus largement les engagements de payer une dette préexistante - devaient être réduites à proportion au cas d'absence partielle ou de fausseté partielle de cette dette intégrée dans leur cause* ».

¹⁸⁹¹ Cass. civ. 1^{ère}, 31 mai 2007 : Bull. civ. I, n°211, n°05-21316 ; D. 2007, p. 2574, note J. Ghestin ; JCP G 2007, I, 195, note A. Constantin ; RDC 2007, p. 1103, note Y.-M. Laithier.

¹⁸⁹² Sur la portée de cet arrêt, v. not. : J. Ghestin, D. 2007, p. 2577 : « *Fidèle, cette fois, à la méthode dite des petits pas, la première chambre civile ne s'est prononcée directement que sur les contrats synallagmatiques, expressément exclus de la réduction pour fausse cause partielle. Elle n'a pas écarté l'application de celle-ci aux reconnaissances de dettes, conformément à son arrêt du 11 mars 2003. La question reste entière pour tous les autres contrats* ». V. aussi : Y.-M. Laithier, ss. Cass. civ. 1^{ère}, 31 mai 2007, RDC 2007, p. 1103.

nullité¹⁸⁹³. « *L'atteinte à une liberté fondamentale est suffisamment grave pour que la sanction ultime, la nullité de la cause soit encourue dans tous les cas ...* »¹⁸⁹⁴. Seule cette sanction semble, en effet, de nature à garantir le respect de la liberté du travail.

b) La réduction, sanction attentatoire à la liberté du travail

815. Alors que l'intervention du juge doit, en principe, contribuer au respect des libertés fondamentales, la réduction « imposée » au salarié emporte des conséquences attentatoires à la liberté du travail.

816. L'absence d'effet dissuasif - Le Professeur Serra écrivait : « *insérez, insérez des clauses de non-concurrence dans les contrats de travail, il en restera toujours quelque chose* ». En effet, le fait d'imposer la réduction des clauses excessives n'incitait pas l'employeur à la prudence. Peu importait l'étendue de la clause, ce dernier était assuré de son maintien¹⁸⁹⁵. La réduction « imposée » de la clause de non-concurrence excessive « [empêchait] *de lutter efficacement contre les abus ... de clauses excessives* »¹⁸⁹⁶.

817. Un moyen de sanction à l'encontre du salarié - Par ailleurs, seul le salarié peut invoquer la nullité d'une clause excessive fondée sur la violation de l'article L. 1121-1¹⁸⁹⁷. Cette protection ne saurait, sans incohérence, se retourner contre lui. Or, la réduction

¹⁸⁹³ V. not. : A. Bénabent, Les obligations, 13^{ème} éd., Montchrestien, 2012, n° 160, p. 127.

¹⁸⁹⁴ J. Mouly, ss. Cass. soc. 12 oct. 2011, Dr. soc. 2012, p. 200. V. aussi : F. Canut, Clause de non-concurrence illicite et responsabilité civile de l'employeur, JCP S 2006, 1575 : « *La nullité constitue la sanction adéquate d'un acte qui porte atteinte de manière démesurée à l'exercice des libertés et des droits fondamentaux, comme le fait une clause de non-concurrence excessive à l'égard de la liberté de travail du salarié* » ; J.-F. Cesaro, ss. Cass. soc. 12 oct. 2011, JCP S 2012, 1005. V. aussi : Y. Picod, F. Robinne, Rép. Dalloz, Dr. du trav., Concurrence, 2009, n°80 : « *Certes, la réfaction du contrat par le juge s'observe assez fréquemment aujourd'hui (...), mais elle s'avère particulièrement inopportune à propos de la clause de non-concurrence en droit du travail. C'est d'autant plus vrai après les arrêts du 10 juillet 2002 (...) qui ont défini les conditions de validité auxquelles une clause de non-concurrence doit répondre pour être licite* ». V. cep. : R. Vatinet, Les principes mis en œuvre par la jurisprudence relative aux clauses de non-concurrence en droit du travail, Dr. soc. 1998, p. 534, spéc. p. 538.

¹⁸⁹⁵ En ce sens, v. not. : F. Canut, Sanction d'une clause de non-concurrence excessive : vers une évolution de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation, Dr. ouvr. 2012, p. 12, spéc. p. 17 : « *Il est trop facile de faire échapper la clause à la sanction de la nullité simplement parce qu'une limite spatiale, temporelle ou quant aux activités concernées a été prévue. Ces limites pourraient n'être alors que des clauses de style, l'employeur étant assuré que, à les supposer contestées par le salarié, elles seraient simplement réduites par le juge* ». V. aussi : J. Mouly, ss. Cass. soc. 12 oct. 2011, Dr. soc. 2012, p. 200 ; Y. Picod, F. Robinne, Rép. Dalloz, Dr. du trav., Concurrence, 2009, n°80.

¹⁸⁹⁶ R. Vatinet, préc., p. 538. L'auteur ajoute : « *Seule la nullité pure et simple aurait, en effet, un réel pouvoir dissuasif* ».

« imposée » permettait de sanctionner le salarié qui n'avait pas respecté une clause illicite¹⁸⁹⁸. L'article L. 1121-1 du code du travail ne permettait plus d'assurer la protection des intérêts du salarié ; il devenait un moyen de sanctionner ce dernier.

818. Une source d'incertitudes, constitutive d'une entrave à la liberté du travail - Enfin, la réduction « imposée » laissait le salarié dans l'incertitude sur l'étendue de sa liberté jusqu'à la correction judiciaire de la clause. Malgré l'illicéité de la clause de non-concurrence, celui-ci ne retrouvait pas, à l'issue du contrat, « *une pleine et entière liberté de concurrence* »¹⁸⁹⁹. Pouvait lui être reproché le non-respect de la clause, dans les limites de sa licéité. Or, ces limites étaient incertaines tant que le juge ne s'était pas prononcé. La liberté du travail du salarié s'en trouvait affectée¹⁹⁰⁰. La faculté de choix dont il dispose désormais remédie à ces incohérences.

2) La réduction choisie protectrice des libertés

819. Un effet dissuasif - Le fait que la réduction dépende de la volonté exclusive du salarié garantit, de manière plus efficace, la protection de la liberté du travail. L'insertion de clauses excessives n'est plus « encouragée ». Lors de la rédaction de la clause, l'employeur n'est pas en mesure de connaître le choix ultérieur du salarié : nullité ou réduction. En conséquence, la prudence l'incite à bannir l'insertion de clauses dont la licéité paraît douteuse. La protection des intérêts légitimes de l'entreprise lui impose une telle précaution.

¹⁸⁹⁷ V. supra n°425.

¹⁸⁹⁸ Certains auteurs ont utilisé la formule de « validation-sanction ». V. not. : F. Canut, Sanction d'une clause de non-concurrence excessive : vers une évolution de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation, Dr. ouvr. 2012, p. 12, spéc. p. 15 ; Y. Serra, ss. Cass. soc. 1^{er} déc. 1982, D. 1983, IR, p. 418.

¹⁸⁹⁹ Y. Serra, ss. Cass. soc. 1^{er} déc. 1982, D. 1983, IR, p. 418 : « *En réalité, la jurisprudence, tout en proclamant la liberté pour le salarié de concurrencer son ancien employeur après la rupture du contrat, en l'absence de clause valablement stipulée, estime que l'ancien salarié ne doit pas exercer pleinement cette liberté ou tout au moins doit en user avec modération dès lors qu'une clause de non-concurrence a été stipulée, peu important que celle-ci ne respecte pas les conditions de validité qui gouvernent ces conventions* ».

¹⁹⁰⁰ En ce sens : F. Canut, préc., p. 16 : « *La contrainte pesant sur le salarié (...) [était] injustifiable, dans la mesure où, même informé du caractère excessif de la clause, il ne (...) [savait] pas dans quelle mesure le juge la validerait* ».

820. Un effet protecteur - Par ailleurs, l'incertitude créée par une réduction « imposée » doit désormais être relativisée. Le salarié conserve la faculté de solliciter l'annulation de la clause. La réfaction n'interviendra que si elle garantit la protection de ses intérêts. « *S'agissant de dispositions protectrices du salarié, seul celui-ci doit être autorisé à les invoquer et à choisir la sanction de leur violation par l'employeur* »¹⁹⁰¹. Si le salarié a violé son engagement de non-concurrence - notamment dans les limites de sa licéité - l'annulation de la clause et le paiement de dommages-intérêts seront sollicités¹⁹⁰². Il en sera probablement de même si le juge est saisi avant la mise en œuvre de la clause. En revanche, si le salarié considère qu'il a respecté la clause dans les limites de sa licéité, il pourra solliciter sa réduction et le paiement de la contrepartie financière. En cas de doute, il se prévaut de la nullité de la clause et sollicitera le paiement de dommage-intérêts¹⁹⁰³.

821. Un effet protecteur garanti par le juge - Reste la question de savoir si en l'absence de choix formulé par le salarié, le juge peut prononcer d'office la réduction de la clause. En réalité, « *la sanction retenue par le tribunal qui statue ne doit pas se retourner contre le bénéficiaire* »¹⁹⁰⁴. Elle doit venir au soutien de la prétention de la partie protégée. Sous réserve du respect de certaines garanties procédurales¹⁹⁰⁵, la réduction de la clause doit donc être privilégiée dès lors qu'elle garantit la protection des intérêts du salarié.

¹⁹⁰¹ J. Mouly, ss. Cass. soc. 12 oct. 2011 : Dr. soc. 2012, p. 200.

¹⁹⁰² La Cour de cassation considère que « *la stipulation dans le contrat de travail d'une clause de non-concurrence nulle cause nécessairement un préjudice au salarié* ». V. not. : Cass. soc. 12 janv. 2011 : Bull. civ. V, n°15, n°08-45280 ; Dr. soc. 2011, p. 468, obs. J. Mouly ; JCP S 2011, 1042, note I. Beyneix ; Dr. ouvr. 2009, p. 214 et l'étude de F. Canut, Stipulation d'une clause de non-concurrence nulle et indemnisation du salarié, p. 209 ; JSL 2011, n°294, p. 20, note J.E. Tourreil ; RJS 3/11, n°236. V. aussi : Cass. soc. 11 janv. 2006 : Bull. civ. V, n°8, n°03-46933 ; Dr. soc. 2006, p. 465, obs. J. Mouly ; F. Canut, Clause de non-concurrence illicite et responsabilité civile, JCP S 2006, 1575 : « *Le respect par le salarié d'une clause de non-concurrence illicite lui cause nécessairement un préjudice dont il appartient au juge d'en apprécier l'étendue* ».

¹⁹⁰³ Certes, la protection des intérêts légitimes de l'entreprise peut paraître niée. Cependant, le principe demeure celui de la liberté de concurrence. L'employeur qui souhaite en restreindre le champ doit donc se plier au respect des dispositions protectrices édictées en faveur du salarié. Par ailleurs, il conserve la faculté d'intenter une action en concurrence déloyale. Comp. : J. Péliissier, ss. Cass. soc. 18 sept. 2002, D. 2002, p. 3111, spéc. p. 3112 : « *En limitant le champ d'application de la clause (lieu, durée, activités) le juge donne vie à une clause de non-concurrence dans laquelle le montant de l'indemnité compensatrice, fixée en fonction de l'étendue initiale de l'obligation de non-concurrence, risque d'être totalement disproportionné par rapport à la nouvelle obligation du salarié. Est-il sage de valider une clause illicite et de créer en même temps un déséquilibre entre les obligations respectives des parties ?* ».

¹⁹⁰⁴ O. Gout, Le juge et l'annulation du contrat, PUAM, 1999, n°699, p. 474.

¹⁹⁰⁵ V. supra n°434 sur la faculté pour le juge de soulever d'office une nullité. V. aussi : F. Canut, Sanction d'une clause de non-concurrence excessive : vers une évolution de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation, Dr. ouvr. 2012, p. 12, spéc. p. 18 : « *Que la clause litigieuse soit excessive en elle-même ou par rapport à l'accord collectif applicable, le juge devrait appliquer la sanction qui favorise le salarié. Réserver le droit de critique au seul bénéficiaire des règles de*

822. En conséquence, la recherche de la « *perfection de la sanction* »¹⁹⁰⁶ guide le juge. La sanction choisie doit contribuer à la protection de la liberté du travail. A défaut, sa finalité est éludée. La réduction doit prévaloir lorsque la nullité ne permet pas d'assurer le respect de la règle transgressée. La correction « à la hausse » de la clause porteuse d'une inégalité de traitement en matière salariale semble également répondre à un tel objectif.

§ 2 : L'inégalité de traitement, objet d'une correction « à la hausse »

823. La prohibition des discriminations, source légale d'une correction du contrat -
L'article L. 1132-1 du code du travail vise certaines pratiques susceptibles de tomber sous le coup de la prohibition des discriminations¹⁹⁰⁷. Selon ce texte, « *aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, (...) notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat* »¹⁹⁰⁸ en raison de l'application d'un critère discriminatoire.

protection lorsque tel est son intérêt, ne devrait pas s'opposer à ce que le juge vole à son secours lorsque ce même intérêt requiert son aide ».

¹⁹⁰⁶ O. Gout, préc., p. 455.

¹⁹⁰⁷ Sur le principe de non-discrimination, v. not. : A. Mazeaud, Rapport sur les discriminations en droit français dans la vie du travail, Journées franco-belges 2001, Travaux de l'association Henri Capitant, t. LI, Société de législation comparée, 2004, p. 351 ; P. Lokiec et S. Robin-Olivier, Approche comparative du droit de la non-discrimination, Droits d'ici, droits d'ailleurs, RDT 2009, p. 58 ; F. Héas, Discrimination et admission de différences de traitement entre salariés, JCP S 2007, 1179 ; M.-T. Lanquetin, Discriminations : la loi d'adaptation au droit communautaire du 27 mai 2008, Dr. soc. 2008, p. 778 ; C. Minet, Présomption et preuve de la discrimination en droit du travail, JCP E 2003, p. 894 ; L. Péru-Pirotte, La lutte contre les discriminations, loi n°2008-496 du 27 mai 2008, JCP S 2008, 1314.

¹⁹⁰⁸ V. aussi : Art. 18 du Traité FUE : « *Dans le domaine d'application des traités, et sans préjudice des dispositions particulières qu'ils prévoient, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité. Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, peuvent prendre toute réglementation en vue de l'interdiction de ces discriminations* » ; Art. 19 du Traité FUE : « *Le Conseil, statuant à l'unanimité conformément à une procédure législative spéciale, et après approbation du Parlement européen, peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle* ». V. égal. : Directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 (JOCE n°L 180, 19 juill. 2000, p. 22) relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique ; Directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 (JOCE n°L 303, 2 déc. 2000, p. 16) portant création d'un cadre général en faveur de

Lorsque la mesure discriminatoire consiste dans le versement d'une rémunération moindre, le juge est susceptible de procéder à une réécriture du contrat. En effet, dans ce cas, le salarié victime d'une discrimination sollicite une augmentation de sa rémunération. L'exercice du pouvoir judiciaire suppose néanmoins que la discrimination repose sur un critère illicite, à savoir l'origine, le sexe, les mœurs, l'orientation ou l'identité sexuelle, l'âge, la situation de famille, la grossesse, les caractéristiques génétiques, l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, les opinions politiques, les activités syndicales ou mutualistes, les convictions religieuses, l'apparence physique, le nom de famille, l'état de santé ou un handicap¹⁹⁰⁹. L'exigence d'un critère illicite réduit donc considérablement l'étendue du pouvoir judiciaire de réécriture du contrat. La prohibition des discriminations n'a qu'une incidence limitée sur la correction de l'accord de volontés.

824. Le principe « à travail égal, salaire égal », une source prétorienne - La Cour de cassation a reconnu l'existence d'un principe général selon lequel « *à travail égal, salaire égal* »¹⁹¹⁰. D'après l'article 23.2 de la déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948 « *tous ont droit, sans aucune discrimination à un salaire égal pour un travail égal* ». Le principe « *à travail égal, salaire égal* » ne figure pas en tant que tel dans le code du travail.

l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ; Directive 2000/54/CE du 5 juillet 2006 (JOCE n°L 204, 26 juill. 2006, p. 23) dont l'objet porte sur la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle, et les conditions de travail. V. aussi en droit interne : Loi 2008-496 du 27 mai 2008 (JO 28 mai 2008 p. 8801).

¹⁹⁰⁹ V. aussi : C. trav., art. L. 1132-2 - C. trav., art. L. 3221-2 - C. trav., art. L. 2141-5.

¹⁹¹⁰ Cass. soc. 29 oct. 1996 : Bull. civ. V, n°359, n°92-43680 ; Dr. soc. 1996, p. 1014, et l'étude de A. Lyon-Caen, De l'égalité de traitement en matière salariale, p. 1013 ; Dr. ouvr. 1997, p. 148, obs. P. Moussy ; J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, Les grands arrêts du droit du travail, 4^{ème} éd., 2008, Dalloz, n°71, p. 337 ; D. 1998, som., p. 259, obs. M.-T. Lanquetin ; RJS 12/96, n°1272 ; TPS 1997, n°2, p. 9, note P.-Y. Verkindt. V. aussi : P. Waquet, Retour sur l'arrêt Ponsolle, RDT 2008, p. 22.

Sur ce principe, v. égal. : A. Lyon-Caen, De l'égalité de traitement en matière salariale, (à propos de l'arrêt Ponsolle, Cass. soc. 29 oct. 1996), Dr. soc. 1996, p. 1013 ; P. Langlois, La Cour de cassation et le respect de la loi en droit du travail, D. 1997, Chron., p. 45 ; T. Aubert-Monpeyssen, Principe « A travail égal, salaire égal » et politiques de gestion des rémunérations, Dr. soc. 2005, p. 18 et Principe « à travail égal, salaire égal », Quels éléments objectifs justifient une différence de rémunération, JCP S 2007, 1960 ; A. Jeammaud, Du principe d'égalité de traitement des salariés, Dr. soc. 2004, p. 694 ; E. Laherre, Le juge et le principe « à travail égal, salaire égal », SSL 2005, n°1222, p. 6 ; A. Lyon-Caen, A travail égal, salaire égal, Une règle en quête de sens, RDT 2006, p. 16 ; J.-F. Cesaro, Le principe « à travail égal, salaire égal », in Les principes dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation, Dalloz, 2008, p. 95 ; Le droit social, l'égalité et les discriminations, ss. la dir. de G. Borenfreund et I. Vacaric, Dalloz, 2013 ; P. Waquet, Retour sur l'arrêt Ponsolle, RDT 2008, p. 22 ; L'égalité en droit social, ss. la dir. de J.-F. Cesaro, LexisNexis, 2012.

Seules quelques dispositions éparses y font référence, notamment en matière de discrimination¹⁹¹¹. C'est en se fondant sur certaines d'entre elles que la Cour de cassation a dégagé l'existence d'un principe général (I).

825. Le principe « à travail égal, salaire égal », source d'une correction du contrat - Ce principe prétorien a une vocation plus large que la prohibition des discriminations en matière de rémunération. L'intervention du juge ne dépend pas de l'existence d'un critère illicite. Elle suppose exclusivement une comparaison entre plusieurs salariés¹⁹¹². Au demeurant, la prohibition des discriminations conduit rarement à une réécriture du contrat¹⁹¹³. A l'inverse, lorsque le principe « à travail égal, salaire égal » a vocation à s'appliquer, la rémunération contractuelle du salarié lésé est augmentée et alignée sur le salaire le plus élevé. Le rétablissement de l'égalité aboutit à une correction des termes de l'accord (II).

I) « A travail égal, salaire égal », une source jurisprudentielle

826. Le principe « à travail égal, salaire égal » constitue une règle générale édictée par le juge (A). Il constitue une application particulière du principe d'égalité de traitement (B).

¹⁹¹¹ Ainsi, selon l'article L. 3221-2 du code du travail, « *tout employeur assure, pour un même travail ou pour un travail de valeur égale, l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes* » (Anc. C. trav., art. L. 140-2). L'article L. 2261-22, 9° du code du travail décide que pour pouvoir être étendue, la convention de branche conclue au niveau national doit, notamment, comporter des dispositions portant sur « *l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes* » (Anc. C. trav., L. 133-5, 9°). Selon l'article L. 2261-22, 10°, la convention de branche doit en outre contenir des dispositions relatives à « *l'égalité de traitement entre salariés et la prévention des discriminations* » (Anc. C. trav., L. 133-5, 10°). A cet égard, l'article R. 2261-1 précise que pour l'application des 4°, 9° et 10°, la convention doit prévoir des dispositions relatives aux « *modalités d'application du principe "à travail égal, salaire égal" et les procédures de règlement des difficultés pouvant naître à ce sujet ...* » (Anc. C. trav., art. L. 133-5, 4°). Enfin, selon l'article L. 2271-1 (8°), la Commission nationale des conventions collectives est chargée « *de suivre annuellement l'application dans les conventions collectives du principe "à travail égal salaire égal", du principe de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et du principe d'égalité de traitement entre les salariés ...* » (Anc. C. trav. art. L. 136-2, 8°).

¹⁹¹² En ce sens : Rapport de la Cour de cassation 2008, La documentation française, p 86 : « *Mais à la différence de la discrimination, l'égalité ne s'intéresse pas à l'individu en tant que tel. Elle ne l'envisage qu'au sein d'une collectivité. Elle suppose donc toujours qu'une comparaison puisse être faite entre deux personnes, au moins. Un employeur occupant un seul salarié et n'en ayant jamais occupé qu'un seul peut évidemment se rendre coupable d'une discrimination (par exemple un licenciement motivé par la découverte de l'homosexualité du salarié), on imagine en revanche assez mal comment il pourrait se voir reprocher une inégalité de traitement* ».

¹⁹¹³ Elle peut, notamment, conduire à la nullité du licenciement, d'une sanction disciplinaire ou à l'octroi exclusif de dommages-intérêts.

A) Un principe général

827. La Cour de cassation a consacré la généralité de la règle « *à travail égal, salaire égal* » (1). Elle en a défini les conditions d'application (2).

1) La généralité du principe consacrée par le juge

828. L'arrêt Ponsolle - Dans l'arrêt « Ponsolle » du 29 octobre 1996, la Cour de cassation décide « *que la règle de l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes (...) [est] une application de la règle plus générale « à travail égal, salaire égal » énoncée par les articles L. 133-5 4° et L. 136-2 8° du Code du travail* »¹⁹¹⁴. Or, ces deux derniers textes « *visaient le principe à travail égal, salaire égal* » pour faire de ses modalités d'application un objet obligatoire pour les conventions collectives de branche aspirant à l'extension (anc. art. L. 133-5) et un objet d'instigation et de réflexion pour la commission nationale de la négociation collective (anc. art. L. 136-2) »¹⁹¹⁵.

La Cour en déduit que « *l'employeur est tenu d'assurer l'égalité de rémunération entre tous les salariés de l'un ou l'autre sexe, pour autant que les salariés en cause sont placés dans une situation identique* ». La règle dégagée dans cet arrêt a été ultérieurement érigée en principe¹⁹¹⁶. Pour autant, la Cour de cassation ne le qualifie pas expressément de « *principe fondamental du droit du travail* »¹⁹¹⁷.

829. Le fruit d'une interprétation audacieuse - Cette induction amplifiante¹⁹¹⁸ de la règle d'égalité entre hommes et femmes a été contestée. Il a été reproché au juge de méconnaître les

¹⁹¹⁴ Cass. soc. 29 oct. 1996, préc., note de bas de page, n°1910.

¹⁹¹⁵ J. Pélessier, G. Auzero, E. Dockès, Droit du travail, 27^{ème} éd., Dalloz, 2013, n°671, p. 693, note n°1 : « *L'enquête sur la genèse des textes codifiés à ces articles enseigne qu'ils concernaient l'égalité salariale entre femmes et hommes, et entre travailleurs jeunes et adultes* ».

¹⁹¹⁶ V. not. : Cass. soc. 15 déc. 1998 : Bull. civ. V, n°551, n°95-43630 ; Dr. soc. 1998, p. 187, obs. M. Bonnechère - Cass. soc. 9 mars 1999 : non publié au Bull., n°96-40472, n°96-40474 ; RJS 4/99, n°513 - Cass. soc. 1^{er} déc. 2005 : Bull. civ. V, n°346, n°03-47197 ; Dr. soc. 2006, p. 224, obs. C. Radé ; JCP S 2006, 1071, note J.-F. Cesaro ; RJS 2/06, n°211.

¹⁹¹⁷ En ce sens, v. not. : J. Pélessier, G. Auzero, E. Dockès, Droit du travail, 27^{ème} éd., Dalloz, 2013, n°671, p. 694. En faveur d'une telle qualification : T. Aubert-Monpeyssen, Principe « à travail égal, salaire égal », Quels éléments objectifs justifient une différence de rémunération ? JCP S 2007, 1960, n°2 ; M. Poirier, Egalité de traitement et différence de statut, Dr. ouvr. 2009, p. 425, spéc. p. 426.

¹⁹¹⁸ A. Lyon-Caen, La Cour de cassation, l'égalité de traitement et le droit du travail, in Les rencontres de la chambre sociale de la Cour de cassation, Dalloz, 2011, p. 63, spéc. n°2, p. 64.

textes sur lesquels il se fondait¹⁹¹⁹. Il existe en effet deux manières de traiter les différences. La première consiste à ne sanctionner que les discriminations. « *Le reste, on le laisse à l'histoire, au hasard, ou on choisit intentionnellement de le laisser à d'autres qu'au juge : au contrat, ou mieux, aux partenaires sociaux* »¹⁹²⁰. Telle était la conception du législateur. La seconde est celle que retient la Cour de cassation. Elle « *consiste à demander aux acteurs de s'expliquer sur les raisons pour lesquelles ils décident d'instaurer une différence* »¹⁹²¹. Dès lors, la création prétorienne du principe « *à travail, égal, salaire égal* » ne résulte pas de l'application stricte des textes. Elle est le fruit d'une interprétation audacieuse de la règle d'égalité entre les hommes et les femmes.

830. La recherche d'une politique de rationalisation des rémunérations - En réalité, l'arrêt Ponsolle « *entend limiter le risque des personnalizations purement arbitraires en obligeant l'employeur à justifier, en cas de contestation la différence de rémunération* »¹⁹²². Il s'agit de contraindre l'employeur à rationaliser sa politique de rémunération. Le principe « *à travail égal, salaire égal* » favorise la transparence et tend à limiter l'existence de frustrations salariales. Il est une source essentielle de motivation pour les salariés. Par ailleurs, la cohérence dictait une telle solution. A travail égal, une différence de rémunération entre un homme et une femme était condamnable. Mais curieusement, entre deux femmes, elle n'était pas contestable¹⁹²³.

Certes, la consécration du principe « *à travail égal, salaire égal* » emporte des conséquences non négligeables pour l'employeur. Le pouvoir d'individualisation des rémunérations est désormais strictement encadré. La liberté contractuelle s'en trouve inéluctablement

¹⁹¹⁹ V. not. : P. Langlois, La Cour de cassation et le respect de la loi en droit du travail, D. 1997, Chron., p. 49. V. aussi : J.-F. Cesaro, P. Lagesse, L'égalité en droit social, ss. la dir. de J.-F. Cesaro, LexisNexis, 2012, p. 3, spéc. n°23, p. 14.

¹⁹²⁰ J.-F. Cesaro, L'égalité de traitement, in Les rencontres de la chambre sociale de la Cour de cassation, Dalloz, 2011, p. 73, spéc. p. 74.

¹⁹²¹ Ibid.

¹⁹²² P.-Y. Verkindt, ss. Cass. soc. 29 oct. 1996 : TPS 1997, n°2, p. 10. L'auteur ajoute : « *Ne s'en plaindront pas les employeurs qui savent que si l'individualisation des salaires est un puissant élément de motivation, c'est au prix d'un respect de l'équité et de la justice dans l'entreprise* ». V. aussi : T. Aubert-Monpeyssen, Principe « *à travail égal, salaire égal* », Quels éléments objectifs justifient une différence de rémunération ? JCP E 2007, 1960, n°5 et Egalité : des exigences trop fortes, RDT 2012, p. 129. Selon cet auteur, le principe « *à travail égal, salaire égal* » constitue une « *règle structurante* ». M. Poirier, Dr. ouvr. 2009, p. 425, spéc. p. 426, note 10 : « *Il reste, que, comme l'article L. 1121-1, le principe à travail égal, salaire égal encadre et légitime le pouvoir de direction en conférant au juge un pouvoir d'appréciation de la justification de la décision patronale, selon des modalités comparables* ».

¹⁹²³ En ce sens : P. Waquet, Retour sur l'arrêt Ponsolle, RDT 2008, p. 22, spéc. p. 25. V. aussi : F. Gaudu, R. Vatinet, Traité des contrats, LGDJ, 2001, n°232, p. 197.

restreinte¹⁹²⁴. Cependant, comme le souligne le Doyen Waquet, « *si l'égalité était un principe, elle ne pouvait être absolue* »¹⁹²⁵. La Cour de cassation admet des limitations. Le pouvoir d'individualisation des salaires subsiste, sous certaines conditions.

2) Les conditions d'application du principe dégagées par le juge

831. Le principe « *à travail égal, salaire égal* » n'a vocation à s'appliquer qu'entre salariés relevant d'un même périmètre de comparaison (a). Des différences de rémunération sont envisageables si elles reposent sur des raisons objectives (b).

a) Le périmètre de comparaison

832. Le principe « *à travail égal, salaire égal* » est applicable aux salariés d'une même entreprise exerçant « *un travail égal* » ou de « *valeur égale* ».

833. Une comparaison entre salariés d'une même entreprise - La Cour de cassation retient que « *la règle « à travail égal salaire égal » est sans application lorsque des salariés appartiennent à des entreprises différentes, peu important que ces salariés soient soumis à la même convention collective* »¹⁹²⁶. Une telle solution est fondée. Si le principe « *à travail égal, salaire égal* » avait vocation à s'appliquer à des salariés appartenant à différentes entreprises, il manquerait « *une entité (...) responsable de l'inégalité (...) qui pourrait rétablir l'égalité de traitement* »¹⁹²⁷. « *L'entreprise, personne morale-employeur, est l'entité juridique responsable de l'inégalité, et in fine, la seule susceptible de la faire cesser* »¹⁹²⁸. Ainsi, la Cour de cassation décide, à juste titre, qu'il n'existe aucun principe juridique imposant à une société d'accorder à ses salariés des avantages identiques à ceux des salariés d'autres

¹⁹²⁴ En ce sens : J.-F. Cesaro, ss. Cass. soc. 3 mai 2006 : JCP S 2006, 1496.

¹⁹²⁵ P. Waquet, préc., p. 22.

¹⁹²⁶ Cass. soc. 12 juill. 2006 : non publié au Bull., n°04-46104 ; RJS 11/06, n°1186 ; Dr. soc. 2006, obs. C. Radé, p. 98. V. aussi : Cass. soc. 24 sept. 2008 : Bull. civ. V, n°175, n°06-45579.

¹⁹²⁷ V. not. : CJCE 17 sept. 2002 Aff C/320/00 Lawrence et Regent Office Care Ltd et autres : RJS 12/02, n°1454 et l'étude de J.-P. Lhernould et F. Kessler, L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale, RJS 2002, p. 990.

¹⁹²⁸ J. Daniel, La logique de l'égalité jurisprudentielle, in L'égalité en droit social, ss. la dir. de J.-F. Cesaro, LexisNexis, 2012, p. 78, spéc. n°128, p. 81.

entreprises du groupe¹⁹²⁹. Il en est de même des avantages bénéficiant aux salariés mis à la disposition d'une entreprise par une autre¹⁹³⁰.

834. UES et application du principe « à travail égal, salaire égal » - Au sein d'une unité économique et sociale, la Cour de cassation retient qu'il « *ne peut y avoir comparaison entre les conditions de rémunération (...) [des salariés] que si ces conditions sont fixées par la loi, une convention ou un accord collectif commun, ainsi que dans le cas où le travail de ces salariés est accompli dans un même établissement* »¹⁹³¹. Cette solution est, en partie, justifiée. L'unité économique est sociale est composée de personnes juridiques distinctes. La notion d'unité économique et sociale ne correspond pas à la définition de « l'entreprise » au sens du droit du travail¹⁹³². Dès lors, il manque une entité responsable de l'inégalité susceptible de rétablir l'égalité. Le périmètre de comparaison du principe « à travail égal, salaire égal » ne peut correspondre à celui de l'unité économique et sociale.

Ce périmètre est en revanche pertinent si une source unique institue une inégalité de traitement entre les salariés de l'unité économique et sociale. Lorsqu'une différence de rémunération résulte d'un accord collectif conclu au niveau de l'unité économique et sociale, employeur et partenaires sociaux sont susceptibles de rétablir l'égalité. Dans ce cas, l'application du principe « à travail égal, salaire égal » est pertinente.

La Cour de cassation décide, en outre, qu'une comparaison est possible au sein d'une unité économique et sociale « *dans le cas où le travail (...) [des] salariés est accompli dans un même établissement* ». Toutefois, dans ce cas, le rétablissement de l'égalité peut être source de difficultés¹⁹³³. Quelle est l'autorité susceptible de rétablir l'égalité ? Une telle réserve mériterait, en outre, d'être précisée. Il est probable que le principe « à travail égal, salaire

¹⁹²⁹ Cass. soc. 14 sept. 2010 : non publié au Bull., n°08-44180 ; RJS 11/10, n°849.

¹⁹³⁰ Cass. soc. 6 juill. 2005 : Bull. civ. V, n°235, n°03-43074 ; RJS 10/05, n°979.

¹⁹³¹ Cass. soc. 1^{er} juin 2005 : Bull. civ. V, n°185, n°04-42143 ; Dr. soc. 2005, p. 1049, obs. C. Radé ; JCP S 2005, 1052, note J.-F. Cesaro ; JCP G 2005, II. 10092, note P. Lokiec. V. aussi : G. Auzero et J.-M. Chonnier, Les conventions et accords collectifs de travail à l'épreuve de l'égalité de traitement, Dr. soc. 2011, p. 52, spéc. p. 54 ; M. Poirier, Egalité de traitement et différences de statut, Dr. ouvr. 2009, p. 495.

¹⁹³² Sur cette question, v. not. : B. Boubli, Etat des lieux et souhaits de réforme, SSL 2004, n°1156, p. 6 ; G. Blanc-Jouvan, L'unité économique et sociale et la notion d'entreprise, Dr. soc. 2005, p. 68 ; G. Couturier, L'unité économique et sociale, trente ans après, Les lieux du droit du travail, SSL 2003, n°1140, p. 56. V. aussi : B. Boubli, Adieu l'UES, Dr. soc. 2009, p. 699 ; P. Darvez-Bornoz, Notions d'unité économique et sociale et de co-employeurs, Dr. ouvr. 2009, p. 309.

¹⁹³³ V. cep. M. Poirier, Egalité de traitement et différences de statut, Dr. ouvr. 2009, p. 491, spéc. p. 497. Cet auteur écrit à propos de cette réserve que « *la solution, empreinte de réalisme ne peut qu'être approuvée* ».

égal » n'aurait pas vocation à s'appliquer à des salariés ayant travaillé, pour une courte durée, au sein d'un même établissement¹⁹³⁴.

Enfin, la réserve relative à l'application de la loi est surprenante. Si une loi fixe des conditions particulières de rémunération, le non-respect de ces dispositions au sein d'une entreprise appartenant à une unité économique et sociale est condamnable. Mais la demande des salariés lésés ne reposera pas sur l'application du principe « *à travail égal, salaire égal* ». La disposition légale méconnue par l'employeur sera invoquée.

835. *Etablissements différents et application du principe « à travail égal, salaire égal » -*

Le principe « *à travail égal, salaire égal* » s'applique-t-il à des salariés relevant d'établissements différents ? La Cour de cassation décide qu'« *un accord d'entreprise ne peut prévoir de différences de traitement entre salariés d'établissements différents d'une même entreprise exerçant un travail égal ou de valeur égale, que si elles reposent sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence* »¹⁹³⁵. Autrement dit, le principe « *à travail égal, salaire égal* » s'applique à des salariés appartenant à des établissements différents dès lors que leurs conditions de rémunération relèvent d'un accord d'entreprise. Une telle solution est justifiée. Les salariés appartiennent à la même entreprise ; la différence de traitement résulte d'une source unique applicable à tous.

Le principe « *à travail égal, salaire égal* » a-t-il vocation à s'appliquer lorsque les conditions de rémunération des salariés sont le fruit de négociations d'établissement ? Le code du travail prévoit qu'une convention ou des accords collectifs de travail peuvent être conclus au niveau d'un établissement ou d'un groupe d'établissements¹⁹³⁶. Dans ce cas, le contenu des accords conclus au sein de chaque établissement diffère nécessairement. La différence de traitement résulte « *d'une décentralisation* » du niveau de négociation qui n'a, à première vue, rien

¹⁹³⁴ En ce sens, J.-F. Cesaro, *Le principe à travail égal, salaire égal*, in *Les principes dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation*, Dalloz, 2008, p. 95, spéc. n°145, pp. 104 et 105. Selon cet auteur, une telle solution « *impose que soient définies d'une part la notion d'établissement et d'autre part, celle de travail en commun. Cette dernière appelle probablement une certaine complémentarité des activités et une certaine durée : une simple intervention ponctuelle d'une entreprise dans les locaux d'une autre ne suffit probablement pas pour caractériser un travail commun* ».

¹⁹³⁵ Cass. soc. 28 oct. 2009 : Bull. civ. V, n°239, n°08-40457 à n°08-40486 ; RJS 1/10, n°40 ; JCP S 2010, 1008, note J.-F. Cesaro - Cass. soc. 8 juin 2011 (2 arrêts) : Bull. civ. V, n°154, n°10-30162 à n°10-30171 ; non publié au Bull, n°10-30337 à n°10-30407 ; RJS 8-9/11, n°689 ; JSL 2011, n°304, p. 13, note J.-P. Lhernould ; JCP S 2011, 1579, note J. Daniel ; Dr. soc. 2011, p. 99, obs. C. Radé.

¹⁹³⁶ C. trav., art. L. 2232-16.

d'injustifiée »¹⁹³⁷. Dès lors, « il paraît (...) difficile de justifier que, (...), les salariés d'un autre établissement, seraient-ils dans la même situation que leur collègue de travail, bénéficient des avantages stipulés dans l'accord d'établissement »¹⁹³⁸. Le principe d'égalité salariale ne devrait donc pas s'appliquer à des salariés dont les conditions de rémunération sont définies par des accords d'établissement différents. C'est notamment ce qu'avait admis la Cour de cassation dans un arrêt du 27 octobre 1999¹⁹³⁹. Toutefois, des arrêts postérieurs ont paru exiger la justification de ces différences par les « caractéristiques » de l'établissement. Dans ces affaires, la différence de traitement était la conséquence de l'application d'un accord d'entreprise. Ce dernier envisageait la possibilité de prévoir, par accords d'établissement, des différences de traitement. La Cour de cassation avait considéré qu'« un accord d'entreprise peut prévoir qu'au sein de certains de ses établissements, compte tenu de leurs caractéristiques, des modalités de rémunération spécifiques seront déterminées par voie d'accords d'établissement »¹⁹⁴⁰. Elle avait également décidé « qu'un accord d'établissement peut prévoir, au sein de l'établissement, compte tenu de ses caractéristiques, des modalités de rémunération spécifique »¹⁹⁴¹. Cette dernière décision pouvait laisser penser que le « principe à travail égal, salaire égal » s'appliquait aux salariés relevant d'établissements différents, quelle que soit la source conventionnelle à l'origine de la disparité. En effet, la différence de traitement devait être justifiée par les « caractéristiques » de l'établissement. Or, l'exigence d'une justification ne s'impose que si le principe « à travail égal, salaire égal » a vocation à s'appliquer¹⁹⁴².

¹⁹³⁷ A. Mazeaud, Droit du travail, 8^{ème} éd., Montchrestien, 2012, n°1029, p. 628. V. aussi en ce sens : J. Daniel, La logique de l'égalité jurisprudentielle, L'égalité en droit social, ss. la direction de J.-F. Cesaro, LexisNexis, 2012, p. 78, spéc. n°131, p. 83 : « Une telle différence de traitement n'est pas elle-même répréhensible, sauf à nier le principe de liberté de négocier au sein de chaque établissement ... ». V. égal. : G. Couturier, Négociation d'établissement et discriminations entre les salariés, Dr. soc. 2000, p. 185. Contra : T. Aubert-Monpeyssen, Peut-on contourner le principe d'égalité de rémunération en jouant sur les sources ?, JCP E 2006, 1909 : « Se ranger à la thèse selon laquelle l'autonomie de l'établissement doit prévaloir sur le principe d'égalité de traitement équivaut à accepter une source d'arbitraire patronal, que l'existence d'une négociation ne suffit pas à écarter ».

¹⁹³⁸ J. Pélessier, G. Auzero, E. Dockès, Droit du travail, 27^{ème} éd., Dalloz, 2013, n°671, p. 700.

¹⁹³⁹ Cass. soc. 27 oct. 1999 : Bull. civ. V, n°422, n°98-40769, n°98-40783 ; Dr. soc. 2000, p. 189, et l'étude de G. Couturier, Négociation d'établissement et discriminations entre les salariés, p. 185. Cet arrêt concernait une hypothèse de discrimination.

¹⁹⁴⁰ Cass. soc. 18 janv. 2006 : Bull. civ. V, n°17, n°03-45422 ; JCP G 2006, II, 10055, note D. Corrigan-Carsin ; Dr. soc. 2006, p. 449, obs. C. Radé ; RJS 4/06, n°478 : « Que par ailleurs un accord d'entreprise peut prévoir qu'au sein de certains de ses établissements, compte tenu de leurs caractéristiques, des modalités de rémunération spécifiques seront déterminées par voie d'accords d'établissement ». V. aussi : T. Aubert-Monpeyssen, Peut-on contourner le principe d'égalité de rémunération en jouant sur les sources ?, JCP E 2006, 1909 ; M. Poirier, Egalité de traitement et différences de statut, Dr. ouvr. 2009, p. 491, spéc. p. 494.

¹⁹⁴¹ Cass. soc. 7 avril 2004 : non publié au Bull., n°01-42758.

¹⁹⁴² En ce sens, C. Radé, ss. Cass. soc. 18 janv. 2006, Dr. soc. 2006, p. 449, spéc. p. 451 : « En imposant la recherche des spécificités de l'établissement, la Cour de cassation met en place un critère plus

Il était néanmoins permis de douter de la portée exacte de ces décisions. Un accord d'entreprise était à l'origine des différences de traitement. Au demeurant, la référence faite aux « caractéristiques » de l'établissement pouvait apparaître comme une simple précision jurisprudentielle. Ne justifiait-elle pas une faculté de différenciation « acquise » entre salariés d'établissements différents¹⁹⁴³ ?

La Cour de cassation a par la suite retenu à plusieurs reprises « *qu'il ne peut y avoir de différences de traitement entre salariés d'établissements différents d'une même entreprise exerçant un travail égal ou de valeur égale, que si elles reposent sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence* »¹⁹⁴⁴. Certes, ici encore, la rupture d'égalité ne provenait pas de l'application d'accords d'établissements différents ; elle résultait d'une décision unilatérale de l'employeur. Pourtant, la généralité des propos de la Cour semble imposer, de manière contestable, l'application du principe « *à travail égal, salaire égal* » aux salariés relevant d'établissements différents, quelle que soit la source de la différence de traitement¹⁹⁴⁵.

substantiel où le simple rattachement à un accord distinct ne suffirait pas ». V. aussi : G. Auzero, L'application du principe d'égalité de traitement dans l'entreprise, Dr. soc. 2006, p. 822, spéc. p. 824 : « *En précisant que les accords d'entreprise peuvent instituer des distinctions selon les établissements, lorsque leurs caractéristiques le justifient, la chambre sociale semble ainsi s'éloigner de la logique purement formelle en vertu de laquelle la seule appartenance à un établissement distinct, soumis à son propre accord collectif, suffirait à justifier qu'au sein d'une entreprise des salariés placés dans une même situation ne soient pas traités de manière identique* ».

¹⁹⁴³ V. not. C. Radé, ss. Cass. soc. 18 janv. 2006, Dr. soc. 2006, p. 449, spéc. p. 451 : « *Alors que l'arrêt de 1999 l'affirmait sans véritablement le justifier, l'arrêt de 2006 précise que cette différenciation est justifiée par « leurs caractéristiques »*. On pourrait d'ailleurs se demander si cette précision ne pourrait pas apparaître comme une véritable condition de la légitimité de la différence de traitement au-delà d'un simple élément de compréhension ».

¹⁹⁴⁴ Cass. soc. 21 janv. 2009 : Bull. civ. V, n°15, n°07-43452 à n°07-43464 ; JCP S 2009, 1151, note J.-F. Cesaro ; CSBP 2009, n° 210, p. 123, note S. Kemel ; JSL 2009, n°251, p. 19, note J.-E. Tourreil ; RDT 2009, p. 321, note T. Aubert-Monpeyssen ; RJS 4/09, n° 1350 - Cass. soc. 24 nov. 2009 : non publié au Bull., n°08-41097, n°08-41098, n°08-41100 ; RJS 2/10, n°152. V. aussi au visa du principe d'égalité de traitement : Cass. soc. 14 nov. 2012 : non publié au Bull., n°11-22644 : « *Attendu que pour l'attribution d'un droit ou d'un avantage reconnu par un accord collectif, un usage ou un engagement unilatéral de l'employeur, il ne peut y avoir de différences de traitement entre salariés d'établissements différents d'une même entreprise exerçant un travail égal ou de valeur égale, que si elles reposent sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence* ». Dans cette affaire, des établissements retenaient une interprétation divergente de l'accord d'entreprise.

¹⁹⁴⁵ En faveur, d'une telle interprétation : T. Aubert-Monpeyssen, ss. Cass. soc. 21 janv. 2009, RDT 2009, p. 321, spéc. p. 322 : « *Certains journalistes juridiques ont d'ailleurs cru pouvoir affirmer que cet arrêt Radio France devait être entendu restrictivement, et qu'il laisserait subsister la possibilité de contourner la règle d'égalité salariale en recourant à la négociation d'établissement. La construction jurisprudentielle semble en dicter une autre interprétation* ». Contra : J.-E. Tourreil, JSL 2009, 251, p. 19, spéc. p. 20 : « *A titre d'exception, une différence de traitement peut être justifiée par le résultat*

836. Un travail « égal » ou de « valeur égale » - L'application du principe à « *travail égal, salaire égal* » suppose, en outre, que les salariés soient placés dans une situation identique. A cet effet, ils doivent exercer « *un travail égal* » ou « *de valeur égale* ».

837. L'identité de fonctions, un critère rejeté - Que recouvre la notion de « *travail égal* » ou « *de valeur égale* » ? La Cour de cassation se réfère à l'article L. 3221-4 du code du travail relatif à l'égalité entre hommes et femmes. Selon ce texte, « *sont considérés comme ayant une valeur égale les travaux qui exigent des salariés un ensemble comparable de connaissances professionnelles consacrées par un titre, un diplôme ou une pratique professionnelle, de capacités découlant de l'expérience acquise, de responsabilités et de charge physique ou nerveuse* »¹⁹⁴⁶. Cette analyse est cohérente. Le principe « *à travail égal, salaire égal* » trouve sa source dans la règle d'égalité entre hommes et femmes. Dès lors, la définition légale du « *travail égal* » ou de « *valeur égale* » relative à cette règle doit être appliquée.

Ainsi, l'identité de fonctions n'est pas un critère d'application du principe « *à travail égal, salaire égal* ». Les juges du fond doivent s'appuyer sur un faisceau d'indices. Ils ne doivent pas se fonder sur des critères figés, telle que la classification conventionnelle, notamment l'identité de coefficient¹⁹⁴⁷. L'approche du juge doit être pragmatique. Doivent être prises en considération les responsabilités effectives et la charge de travail incombant au salarié.

838. Le faisceau d'indices, une approche préférable - Cette analyse conforme à celle de la CJUE¹⁹⁴⁸ est justifiée. Limiter l'application du principe « *à travail égal, salaire égal* » aux

d'une négociation collective faite établissement par établissement » ; P. Lokiec, Droit du travail, t. I, Les relations individuelles de travail, PUF 2011, n° 375, p. 350. V. aussi : E. Jeansen, Y. Pagnerre, Les avantages catégoriels contenus dans les accords collectifs, une espèce en voie d'extinction, JCP S 2012, 1338, n°26.

¹⁹⁴⁶ V. à propos de l'application de ce texte : Cass. soc. 6 juill. 2010 : Bull. civ. V, n°158, n°09-40021 ; RDT 2010, p. 723, note T. Aubert-Monpeyssen ; Dr. soc. 2010, p. 1084 et l'avis de l'Avocat Général référendaire S. Zientara-Logeay, L'égalité de rémunération entre hommes et femmes : une avancée significative, p. 1076 ; JSL 2010, n°285, p. 10, obs. J.-E. Toureil ; JCP G 2010, Act., 850, note G. Dedessus-Le Moustier. V. cep. : Cass. soc. 26 juin 2008 : Bull. civ. V, n°141, n°06-46204 ; Dr. soc. 2008, p. 1129, obs. M.-T. Lanquetin ; RDT 2008, p. 747, note S. Laulom

¹⁹⁴⁷ En ce sens, J. Hannelais, Egalité salariale : principes et actualité, JSL 2005, n°173-2, p. 7.

¹⁹⁴⁸ Rappr. : CJCE 26 juin 2001, Aff. C. 381/99 Susanna Brunnhofer c/ Bank der österreichischen Postsparkasse AG : « *Pour apprécier si des travailleurs exercent un même travail ou un travail auquel une valeur égale peut être attribuée, il convient de rechercher si ces travailleurs, compte tenu d'un ensemble de facteurs, tels que la nature du travail, les conditions de formation et les conditions de*

salariés exerçant des fonctions identiques ou relevant d'une même classification serait trop restrictif. « *On comprend que n'effectuent pas un même travail deux responsables d'agence, l'un qui gère à lui seul quatre sites, l'autre seulement un, avec pour ce dernier des responsabilités et des charges nécessairement plus limitées* »¹⁹⁴⁹.

839. *Le faisceau d'indices, une source de difficultés* - Cependant, une telle approche est source d'incertitudes. Elle « *ouvre la voie à la subjectivité du juge ...* »¹⁹⁵⁰. Elle accroît le risque d'appréciation judiciaire des choix de politique salariale retenus par l'employeur. En outre, sa mise en œuvre risque d'être source de difficultés inextricables dans les entreprises dotées d'un effectif important¹⁹⁵¹.

b) Des justifications objectives et pertinentes

840. Selon la Cour de cassation, s'il « *appartient au salarié qui invoque une atteinte au principe "à travail égal, salaire égal" de soumettre au juge les éléments de fait susceptibles de caractériser une inégalité de traitement, il incombe à l'employeur de rapporter la preuve d'éléments objectifs justifiant cette différence* »¹⁹⁵². Or, de multiples justifications ont été admises par le juge. Cette approche extensive compense la définition d'un périmètre de comparaison relativement large.

travail, peuvent être considérés comme se trouvant dans une situation comparable (...). Il s'ensuit que la classification des travailleurs concernés dans la même catégorie professionnelle prévue par la convention collective applicable à leur emploi n'est pas, à elle seule, suffisante pour conclure qu'ils accomplissent le même travail ou un travail de valeur égale ».

¹⁹⁴⁹ P. Lokiec, Droit du travail, Les relations individuelles de travail, t. I, PUF, 2011, n° 376, p. 351. L'auteur s'appuie sur un arrêt : Cass. soc. 23 mars 1999 : non publié au Bull., n°96-43767. Sur cet arrêt, v. infra n°843.

¹⁹⁵⁰ E. Jeansen, Y. Pagnerre, Les avantages catégoriels contenus dans les accords collectifs, une espèce en voie d'extinction, JCP S 2012, 1338.

¹⁹⁵¹ V. not. : P. Lokiec, préc., n° 376, pp. 350 et 351 : « *Cette disposition oblige à opérer une analyse concrète des postes, eu égard notamment aux exigences requises pour les occuper, sans se contenter d'une identité de classement dans la classification définie par la convention collective* ». V. aussi : T. Aubert-Monpeyssen, Principe « A travail égal, salaire égal » et politiques de gestion des rémunérations, Dr. soc. 2005, p. 18, spéc. p. 22 : « *On peut s'interroger sur la fiabilité réelle de cette notion de travail de valeur égale qui est pour les gestionnaires eux-mêmes une source de difficultés et a fortiori sur celle de « situation comparable » pour laquelle il serait souhaitable que les spécialistes de gestion nous proposent un schéma d'analyse* ».

¹⁹⁵² V. not. : Cass. soc. 31 mai 2011, non publié au Bull., n°10-10890. V. aussi : Cass. soc. 28 sept. 2004 : Bull. civ.V, n°228, n°03-41825 à n°03-41829 ; RJS S 12/04, n°1287. Rapp. : C. trav. art. L. 1134-1 applicable en matière de discrimination.

841. La multiplicité des justifications, un constat¹⁹⁵³ - Pour justifier une différence de rémunération, l'employeur doit avancer des raisons « *objectives, matériellement vérifiables* »¹⁹⁵⁴ et « *pertinentes* »¹⁹⁵⁵. Il ne peut opposer son pouvoir discrétionnaire « *pour se soustraire à son obligation de justifier de façon objective et pertinente, une différence de rémunération* »¹⁹⁵⁶.

Sous certaines conditions, peuvent justifier une différence de rémunération l'ancienneté¹⁹⁵⁷, la qualité du travail fourni¹⁹⁵⁸, les diplômes requis par la convention collective¹⁹⁵⁹ ou attestant de connaissances particulières utiles à l'exercice de la fonction¹⁹⁶⁰, ainsi que des difficultés de recrutement¹⁹⁶¹.

Le statut juridique ne peut à lui seul justifier une différence de traitement¹⁹⁶². Cependant, la Cour de cassation a notamment admis que l'application de règles de droit public est susceptible de fonder une différence de rémunération entre agents fonctionnaires et agents de droit privé¹⁹⁶³. De même, si la date d'embauche ne peut, à elle seule, justifier une différence

¹⁹⁵³ Pour un rappel de ces justifications, v. not. : J.-B. Cottin, La logique de l'égalité jurisprudentielle, in L'égalité en droit social, ss. la dir. de J.-F. Cesaro, LexisNexis, 2012, p. 41, spéc. n° 66, p. 45 ; P. Lokiec, Droit du travail, Les relations individuelles de travail, t. I, PUF, 2011, n° 377, p. 351.

¹⁹⁵⁴ V. not. : Cass. soc. 19 oct. 2011 : non publié au Bull., n°10-10633.

¹⁹⁵⁵ V. not. : J.-M. Béraud, Le principe d'égalité, in Les rencontres de la chambre sociale de la Cour de cassation mars 2011, Dalloz, 2011, p. 57, spéc. n°1, p. 59.

¹⁹⁵⁶ V. not. : Cass. soc. 30 avr. 2009 : Bull. civ. V, n°121, n°07-40527 ; Dr. soc. 2009, p. 1006, obs. C. Radé ; RDT 2009, p. 516, note T. Aubert-Monpeyssen ; RDC 2009, p. 1504, note C. Néau-Leduc ; RJS 7/09, n°631. V. aussi : Cass. soc. 23 nov. 2011 : non publié au Bull., n°10-23178 ; RJS 2/12, n°150 (arrêt rendu au visa du principe de l'égalité de traitement).

¹⁹⁵⁷ Si elle ne donne pas lieu au versement d'une prime spécifique : Cass. soc. 21 janv. 2009 : non publié au Bull., n°07-40609.

¹⁹⁵⁸ Si les règles d'octroi de l'avantage sont préalablement définies et contrôlables : Cass. soc. 10 déc. 2008 : non publié au Bull., n°07-40911 ; RJS 2/09, n°173.

¹⁹⁵⁹ Cass. soc. 10 nov. 2009 : Bull. civ. V, n°259, n°07-45528 ; JCP S 2010, 1044, note D. Allix ; RJS 1/10, n°42.

¹⁹⁶⁰ Cass. soc. 17 mars 2010 : Bull. civ. V, n°70, n°08-43088 - Cass. soc. 24 mars 2010 : non publié au Bull., n°08-42093 ; Dr. soc. 2010, p. 583, obs. C. Radé.

¹⁹⁶¹ V. not. : Cass. soc. 21 juin 2005 : Bull. civ. V, n°206, n°02-42658 ; RJS 10/05, n°978 ; Dr. soc. 2005, p. 1047, obs. C. Radé. V. égal. sur l'obligation de produire des éléments démontrant les difficultés de recrutement : Cass. soc. 16 mars 2011 : non publié au Bull., n°09-43529 ; RJS 5/11, n°425.

¹⁹⁶² Cass. soc. 6 juill. 2011 : non publié au Bull., n°09-65554 ; RJS 11/11, n°854. V. aussi : Cass. soc. 4 févr. 2009 : non publié au Bull., n°07-42125 - Cass. soc. 15 mai 2007 : Bull. civ. V, n°75, n°05-42894 et n°05-42895 ; Dr. soc. 2007, p. 896, obs. C. Radé. V. aussi : M. Poirier, Egalité de traitement et différence de statut, Dr. ouvr. 2009, p. 425.

¹⁹⁶³ V. not. : Cass. Ass. Plén. 27 févr. 2009 : Bull. civ. AP, n°2, n°08-40059 ; RJS 5/09, n°475. Sur cet arrêt, v. : Dr. ouvr. 2009, p. 442 et l'étude de M. Poirier, Egalité de traitement et différence de statut, p. 425, spéc. p. 434. V. aussi : Cass. soc. 16 févr. 2012 : Bull. civ. V, n°76, n°10-21864 à n°10-21868 ; RJS 5/12, n°454 ; JCP S 2012, 1147, note J. Daniel. L'évolution de la situation professionnelle d'un comédien par rapport à celle d'autres comédiens, pensionnaires ou sociétaires, reposant sur la prise en considération des qualités, de l'expérience et de la notoriété de chacun, peut également conduire à

de traitement¹⁹⁶⁴, une telle différence est fondée lorsqu'elle a pour objet de compenser un préjudice subi par les salariés dans le passé¹⁹⁶⁵.

Les justifications admises par le juge sont donc relativement nombreuses¹⁹⁶⁶. Certains auteurs s'interrogent d'ailleurs sur la survie du principe « *à travail égal salaire égal* ». La multiplicité des exceptions n'aboutit-elle pas à l'éluder¹⁹⁶⁷?

842. La multiplicité des justifications, une solution justifiée - Une admission large des justifications objectives était nécessaire. La notion de « *travail égal* » ou « *de valeur égale* » ne se réduit pas à une identité de fonctions. Le périmètre d'application du principe « *à travail égal, salaire égal* » est ainsi relativement étendu. En admettant corrélativement une multiplicité de justifications, le juge préserve le pouvoir d'individualisation des salaires. Ce pouvoir est encadré ; il n'est pas éludé.

exclure une atteinte au principe « *à travail égal, salaire égal* » : Cass. soc. 19 oct. 2011 : Bull. civ. V, n°237, n°10-17337 ; RJS 1/12, n°83.

¹⁹⁶⁴ V. not. : Cass. soc. 24 sept. 2008 : Bull. civ. V, n°174, n°06-43529, n°06-43530 ; Dr. soc. 2008, p. 1271, obs. C. Radé ; RJS 11/08, n°1077. V. aussi : Cass. soc. 4 févr. 2009 : Bull. civ. V, n°36, n°07-11884 ; Bull. civ. V, n°35, n°07-41406 à n°07-41410 ; RJS 4/09, n°351 ; JCP S 2009, 1198, note M. d'Allende.

¹⁹⁶⁵ Tel est le cas d'une prime ayant eu pour objet de compenser une baisse de rémunération consécutive à la réduction du temps de travail : Cass. soc. 1^{er} déc. 2005 : Bull. civ. V, n°346, n°03-47197 ; Dr. soc. 2006, p. 224, obs. C. Radé ; JCP S 2006, 1071, note J.-F. Cesaro ; RJS 2/06, n°211.

V. aussi à propos de l'entrée en vigueur d'un accord collectif : Cass. soc. 21 févr. 2007 : Bull. civ. V, n°27, n°05-43136 ; RJS 5/07, n°598 ; Dr. soc. 2007, p. 647, obs. C. Radé. A propos de l'entrée en vigueur d'un engagement unilatéral : Cass. soc. 24 sept. 2008 : non publié au Bull., n°06-43529 ; Dr. soc. 2008, p. 1271, obs. C. Radé ; RJS 11/08, n°1077. A propos de la dénonciation d'un accord collectif : Cass. soc. 11 juill. 2007 : Bull. civ. V, n°119, n°06-42128 à 06-42152 ; Dr. soc. 2007, p. 1126, et l'étude de C. Radé, Justification des inégalités salariales et maintien des avantages individuels acquis, p. 1122 ; RJS 10/07, n°1065 ; JCP S 2007, 1910, (2^{ème} espèce) note J.-F. Cesaro. A propos de la dénonciation d'un engagement unilatéral : Cass. soc. 12 févr. 2008 : Bull. civ. V, n°36, n°06-45397 à n°06-45401 ; RJS 4/08, n°374. A propos de la dénonciation d'un usage : Cass. soc. 28 sept. 2010 : non publié au Bull., n°09-40622 à n°09-40629 ; JCP S 2011, 1097, note J.-F. Cesaro. A propos d'une différence résultant du maintien des avantages individuels acquis, en cas de dénonciation ou de mise en cause d'un accord collectif : Cass. soc. 11 juill. 2007, préc. - Cass. soc. 24 sept. 2008, préc.. A propos du maintien des avantages individuels acquis résultant d'un accord de substitution : Cass. soc. 4 déc. 2007 : Bull. civ. V, n°203, n°06-44041 ; Dr. soc. 2008, p. 244, obs. C. Radé ; JCP S 2008, 1191, note G. Vachet ; SSL 2007, n°1334, avis de J. Duplat, p. 11. V. aussi : Cass. soc. 27 oct. 2010 : non publié au Bull. n° 09-41292.

¹⁹⁶⁶ V. not. : T. Aubert-Monpeyssen, Egalité : des exigences trop fortes ?, RDT 2012, p. 128 : « *Les justifications admises par les tribunaux sont aussi nombreuses que variées* » - C. Radé, ss. Cass. soc. 21 févr. 2007, Dr. soc. 2007, p. 647 : « *Certes, l'employeur n'est plus véritablement le seul juge de la rémunération versée à ses salariés mais la liste des justifications admises est longue* ».

¹⁹⁶⁷ En ce sens, v. not. : P. Lokiec, Droit du travail, Les relations individuelles de travail, t. I, PUF, 2011, n° 376, p. 351.

843. La multiplicité des justifications, une incidence sur le périmètre d'application -

Le juge entend-il réduire le champ d'application du principe « *à travail égal, salaire égal* » ? Une telle analyse suppose de considérer que l'existence de justifications objectives permet de démontrer une différence de situation.

Certains arrêts confondent les notions de « *situation identique* » et de « *raisons objectives* »¹⁹⁶⁸. Les responsabilités et la charge de travail ont été assimilées à des éléments objectifs justifiant une différence de rémunération¹⁹⁶⁹. Pourtant, elles permettent au juge de se prononcer sur l'existence d'un « *travail égal* », ou « *de valeur égale* ». Si les salariés n'effectuent pas un « *travail égal* » ou de « *valeur égale* », ils ne sont pas, *a priori*, dans une situation identique. Ils ne relèvent pas d'un même périmètre de comparaison. Le principe « *à travail égal, salaire égal* » ne devrait pas avoir vocation à s'appliquer. A l'inverse, les justifications objectives avancées par l'employeur ont parfois permis au juge de conclure que les salariés n'étaient pas dans une situation identique¹⁹⁷⁰. Dès lors, il ne serait « *pas véritablement question de justifier une différence de traitement, mais de démontrer qu'il n'y a pas identité de situation au regard de l'avantage en cause* »¹⁹⁷¹. La reconnaissance d'une multiplicité de justifications objectives aboutirait ainsi à une réduction du champ d'application du principe « *à travail égal, salaire égal* ».

En réalité, l'étendue du périmètre d'application dépend de la définition retenue de la « *situation identique* ». Soit elle vise exclusivement l'hypothèse dans laquelle les salariés exercent un « *travail égal* » ou de « *valeur égale* ». Une admission extensive des justifications objectives n'a alors aucune incidence sur la notion de situation identique. La détermination du champ d'application n'est pas affectée par la reconnaissance de multiples justifications. Soit

¹⁹⁶⁸ V. not. : A. Lyon-Caen, La Cour de cassation, l'égalité de traitement et le droit du travail, in Les rencontres de la chambre sociale de la Cour de cassation, Dalloz, 2011, p. 63, spéc. n°4, p. 65. L'auteur distingue les « *justifications internes* » : « *la non-comparabilité en est le cœur* » et les « *justifications externes* ».

¹⁹⁶⁹ V. not. : Cass. soc. 23 mars 1999 : non publié au Bull., n°96-43767.

¹⁹⁷⁰ V. not. : Cass. soc. 1^{er} déc. 2005 : Bull. civ. V, n°346, n°03-47197 ; Dr. soc. 2006, p. 224, obs. C. Radé ; JCP S 2006, 1071, note J.-F. Cesaro ; RJS 2/06, n°211 - Cass. soc. 28 nov. 2006 : Bull. civ. V, n°353, n°05-41414 ; Dr. soc. 2007, p. 237, obs. C. Radé ; JCP S 2007, 1079, note J.-F. Cesaro - Cass. soc. 31 oct. 2006 : Bull. civ. V, n°320, n°03-42641. V. aussi sur le statut juridique : Cass. soc. 15 mai 2007 : non publié au Bull., n°05-42893 ; RJS 7/07, n°848 - Cass. soc. 1^{er} juill. 2009 : non publié au Bull., n°07-44433 ; RJS 11/09, n°856. Cette approche a été critiquée. V. not. : J. Péliissier, G. Auzero, E. Dockès, Droit du travail, 27^{ème} éd., Dalloz, 2013, n°671, note 5, p. 697 « *L'employeur n'a à justifier de la différence de traitement que si les salariés sont dans une situation identique. Si tel n'est pas le cas, il n'y a pas de justifications à apporter* ».

elle concerne également la situation des salariés pour lesquels aucune raison objective et pertinente ne justifie une différence de traitement. Dans ce cas, la reconnaissance d'une multiplicité de justifications aboutit à une réduction du champ d'application.

Cette dernière conception n'est pas, semble-t-il, celle de la Cour de cassation. Malgré quelques exceptions, celle-ci privilégie un raisonnement fondé sur une double interrogation. Les salariés sont-ils dans une situation identique ? Si tel est le cas, une raison objective, pertinente et matériellement vérifiable permet-elle de justifier une différence de rémunération ? Les arrêts rendus à propos du principe d'égalité de traitement confirment ce raisonnement.

B) Une application du principe d'égalité de traitement

844. La Cour de cassation reconnaît l'existence d'un principe d'égalité de traitement (1). Son application emporte des conséquences limitées sur le contenu du contrat de travail (2).

1) L'égalité de traitement, une consécration récente

845. Le principe d'égalité de traitement est prétorien. Il a été affirmé récemment par la Cour de cassation (a). Il a fait l'objet de multiples critiques (b).

a) Un principe prétorien

846. **L'affirmation d'un principe dépourvu de fondement textuel** - Le principe d'égalité de traitement a été consacré dans plusieurs arrêts rendus en 2008 par la chambre sociale de la Cour de cassation.

847. **L'apparition du principe** - Dans une première affaire, des salariés « en congé sans solde » et « en absence de longue durée » avaient été privés du versement d'une indemnité de

¹⁹⁷¹ G. Auzero, J.-M. Chonnier, Les conventions et accords collectifs de travail à l'épreuve de l'égalité de traitement, Dr. soc. 2011, p. 52.

licenciement prévue par un plan de sauvegarde de l'emploi¹⁹⁷². Dans cette hypothèse, l'application du principe « à travail égal, salaire égal » était difficilement envisageable. *« S'agissant d'indemnités contenues dans le plan de sauvegarde et destinées à compenser le préjudice lié à une perte d'emploi, la qualification de salaire paraissait assez peu adaptée »*¹⁹⁷³. Ainsi, la Cour de cassation a décidé au visa du « principe d'égalité de traitement », « qu'un salarié qui se trouve en congé sans solde et a trouvé un emploi externe ne se trouve pas dans une situation identique à celle des autres salariés, la perte de son emploi ayant des conséquences moindres ». Selon elle, « il existait une justification objective à la différence de traitement »¹⁹⁷⁴.

Dans une autre affaire, la société Air France avait rétabli des vols vers Alger en juin 2003. Le syndicat UGICT-CGT avait invité le personnel navigant à exercer un droit de retrait sur ces vols. L'inspecteur du travail avait estimé, après enquête, que le retrait n'était pas justifié. Les agents appartenant au personnel navigant commercial ayant refusé de travailler avaient subi une retenue sur leur salaire. Le personnel navigant technique avait été privé d'une prime de vol. Le personnel navigant commercial contestait cette inégalité de traitement. L'absence de travail était à l'origine de la différence relevée. L'application du « principe à travail égal, salaire égal » pouvait donc paraître singulière¹⁹⁷⁵. Au visa du principe d'égalité de traitement, la Cour de cassation a considéré que « la différence de traitement appliquée à ces deux catégories de personnel s'expliquait par une différence dans le mode de rémunération ». Les juges du fond auraient dû « rechercher si les retenues opérées aboutissaient à des résultats équivalents au regard du mode de rémunération applicable à chacune des deux catégories de personnel »¹⁹⁷⁶.

848. La confirmation du principe - La consécration du principe d'égalité de traitement a été confirmée par la suite. Dans un arrêt du 20 février 2008, la Cour de cassation a précisé que « la seule différence de catégorie professionnelle ne saurait en elle-même justifier, pour

¹⁹⁷² Cass. soc. 30 janv. 2008 : non publié au Bull., n°06-46447 à n°06-46474 ; JCP S 2008, 1274, note J.-F. Cesaro.

¹⁹⁷³ J.-F. Cesaro, ss. Cass. soc. 30 janv. 2008, JCP S 2008, 1274.

¹⁹⁷⁴ Dans cet arrêt, les justifications ont semble-t-il conduit le juge à conclure à l'absence de situation identique.

¹⁹⁷⁵ V. not. : C. Radé, Le principe d'égalité de traitement, nouveau principe fondamental du droit du travail, Dr. soc. 2008, p. 981, spéc. p. 982.

¹⁹⁷⁶ Cass. soc. 10 juin 2008 : Bull. civ. V, n°130, n°06-46000 ; JCP S 2008, 1466, note J.-F. Cesaro ; Dr. soc. 2008, p. 984 et l'étude de C. Radé, Le principe d'égalité de traitement, nouveau principe fondamental de droit du travail, p. 981.

l'attribution d'un avantage, une différence de traitement entre les salariés placés dans une situation identique au regard dudit avantage, cette différence devant reposer sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler la réalité et la pertinence »¹⁹⁷⁷. Il était reproché à l'employeur d'avoir décidé unilatéralement d'attribuer aux non-cadres - à l'exclusion des cadres - le bénéfice de tickets restaurant. La Cour de cassation a retenu le même raisonnement dans un arrêt Pain du 1^{er} juillet 2009¹⁹⁷⁸. Dans cette affaire, un accord collectif prévoyait que les cadres bénéficiaient de jours de congés supplémentaires. Selon la Cour de cassation, les juges du fond auraient dû rechercher si l'octroi de cet avantage conventionnel aux cadres était justifié par des raisons objectives et pertinentes. La Cour d'appel n'avait pas donné de base légale à sa décision¹⁹⁷⁹.

849. La signification du principe - La consécration du principe d'égalité de traitement emporte des conséquences non négligeables. Son champ d'application est plus large que le principe « *à travail égal, salaire égal* ». Toutefois, à l'instar de ce dernier, des raisons objectives et pertinentes permettent de justifier une différence de traitement.

850. L'identité de situation, une notion plus large que le « travail égal » - Le principe d'égalité de traitement ne vise pas exclusivement le salaire. Il s'étend à tout avantage accordé à un ou plusieurs salariés¹⁹⁸⁰. Il ne s'agit plus de comparer des salariés exerçant un travail égal ou de valeur égale. Les salariés « *placés dans une situation identique au regard de l'avantage*

¹⁹⁷⁷ Cass. soc. 20 févr. 2008 : Bull. civ. V, n°39, n°05-45601 ; RDT 2008, p. 648, note I. Meyrat ; JCP S 2008, 1305, note D. Everaert-Dumont ; D. 2008, p. 2309, note B. Reynès ; RJS 5/08, n°512.

¹⁹⁷⁸ Cass. soc. 1^{er} juill. 2009 : Bull. civ. V, n°168, n°07-42675 ; JCP S 2009, 1451, note E. Jeansen ; Dr. soc. 2009, p. 1002, obs. C. Radé ; RJS 10/09, n°760 ; JSL 2009, n°260, p. 7, note M. Hautefort ; Dr. soc. 2009, p. 1169, obs. P.-H. Antonmattei ; D. 2010, pan., p. 345, note Farida Khodri. V. aussi P. Bailly, SSL 2009, n°1414, p. 13.

¹⁹⁷⁹ Le défaut de base légale doit être distingué du défaut de motif. « *La différence fondamentale qui les sépare vient de ce que le défaut de motif se caractérise par une carence totale de l'arrêt, qui ne comporte aucun motif ou aucune réponse à un moyen, alors que le défaut de base légale n'est qu'une insuffisance des motifs, qui n'ont pas la clarté ou la précision souhaitable pour apprécier si la loi a été correctement appliquée* ». En outre « *la cassation pour défaut de motifs ne comporte aucun préjugé sur la solution juridique du litige. Au contraire, la cassation pour défaut de base légale a une valeur indicative certaine...* ». (J. Boré, L. Boré, La cassation en matière civile, Dalloz Action, 2009/2010, n°78.52, p. 437). En l'espèce, la Cour d'appel avait considéré que les contraintes spécifiques aux cadres, notamment l'importance des responsabilités qui leur sont confiées, justifiaient une différence de traitement. Elle avait motivé sa décision. Il ne s'agissait pas d'un défaut de motifs. Mais cette motivation n'était pas pertinente.

¹⁹⁸⁰ La Cour de cassation retenait déjà une interprétation large de la notion de salaire pour l'application du principe « *à travail égal, salaire égal* ». V. not. à propos de la prise en charge par l'employeur d'une partie des frais de repas : Cass. soc. 18 mai 1999 : Bull. civ. V, n°213, n°98-40201 et n°98-40202 ; RJS 6/99, n°817. A propos de l'attribution de jours de congés supplémentaires : Cass. soc. 6 juill. 2005 : Bull. civ. V, n°235, n°03-43074 ; RJS 10/05, n°979.

considéré » relèvent désormais d'un même périmètre de comparaison¹⁹⁸¹. « *L'axe de comparaison est amené à se déplacer en fonction de l'inégalité invoquée* »¹⁹⁸². Désormais, la finalité de l'avantage est déterminante. Les cadres et les non-cadres n'exercent pas, *a priori*, un « *travail égal* » ou « *de valeur égale* ». Cependant, ils ont tous vocation à prendre leur repas les jours travaillés. A cet égard, ils sont placés dans une situation identique au regard du bénéfice de tickets restaurant. Peu importe que la différence de traitement résulte d'une convention ou d'un accord collectif. La Cour de cassation ne s'en tient pas au « *cercle des égaux* » tel qu'il est défini par la convention collective¹⁹⁸³.

851. Les justifications, une seconde étape qui subsiste - Seules des raisons objectives dont le juge doit contrôler la réalité et la pertinence peuvent justifier une différence de traitement. La distinction entre l'identité de situation et l'existence de justifications subsiste. Elle est « *dorénavant bien présente dans le raisonnement des juges de cassation* »¹⁹⁸⁴. Ce sont d'ailleurs ces justifications qui ont permis à la Cour de cassation de nuancer sa position.

¹⁹⁸¹ Rapp. : Cass. soc. 23 mars 2011 : Bull. civ. V, n°79, n°09-42666 ; RJS 6/11, n°496, JCP S 2011, 1243, note J.-F. Cesaro ; Dr. soc. 2011, p. 592, obs. C. Radé ; JSL 2011, n°299, p. 19, note J.-E. Turreil : « *Mais attendu que, lorsque la différence de traitement entre des salariés placés dans une situation identique au regard de l'avantage considéré résulte des termes mêmes de l'accord collectif, il y a lieu de faire application du principe d'égalité de traitement sans recourir nécessairement à une comparaison entre salariés de l'entreprise effectuant le même travail ou un travail de valeur égale* ». Dans cette affaire, l'accord collectif établissait une différence de traitement entre salariés embauchés avant ou après son entrée en vigueur. Seuls les salariés embauchés postérieurement bénéficiaient d'une reprise d'ancienneté. Comme le souligne justement le Professeur Lyon-Caen, « *ces dispositions constituent entre salariés une inégalité de traitement, car au regard du bénéfice d'une reprise d'ancienneté, les salariés nouvellement recrutés ou en fonction, sont dans des situations identiques. La Cour de cassation précise qu'il n'est pas nécessaire, dans ce cas, de recourir à une comparaison entre salariés effectuant le même travail ou un travail de valeur égale. Précision bienvenue, puisque, si le salaire était bien concerné par voie de conséquence, le litige portait sur l'accès à un avantage, en l'occurrence, une reprise d'ancienneté, autrement dit sur une mesure patrimoniale et non directement sur le salaire* » (A. Lyon-Caen, La Cour de cassation, l'égalité de traitement et le droit du travail, in Les rencontres de la chambre sociale de la Cour de cassation mars 2011, Dalloz, 2011, p. 63, spéc. n°9, p. 69).

¹⁹⁸² D. Everaert-Dumont, ss. Cass. soc. 20 févr. 2008, JCP S 2008, 1305.

¹⁹⁸³ Sur ce point, V. : J.-J. Gatineau, L'égalité devant les juges, in L'égalité en droit social, ss. la dir. de J.-F. Cesaro, LexisNexis, p. 26, spéc. n°56, p. 35 : « *Si la Cour de cassation avait la même conception du principe d'égalité de traitement que la juridiction administrative ou constitutionnelle, elle ne remettrait pas en cause la pertinence de la communauté des égaux ainsi pré-constituée par la loi ou les partenaires sociaux* ».

¹⁹⁸⁴ A. Lyon-Caen, La Cour de cassation, l'égalité de traitement et le droit du travail, in Les rencontres de la chambre sociale de la Cour de cassation, Dalloz, 2011, p. 63, spéc. n°11, p. 70 : « *Cette distinction est bien venue. L'étape de la justification interne est une étape de qualification. Elle doit permettre de répondre à la question de l'existence d'une différence sensible au droit. L'étape de la justification externe fait entrer dans la pesée des raisons de l'employeur. A chaque étape dès lors son régime probatoire* ». V. cep. : I. Meyrat, ss. Cass. soc. 20 févr. 2008, RDT 2008, p. 648, spéc. p. 649 ; G. Auzero, Avantages catégoriels, principe d'égalité et négociation collective, RDT 2012, p. 269, spéc. p. 270 : « *A notre sens, il n'est donc jamais question de justifier une différence de traitement entre salariés placés dans une situation identique, mais de démontrer que cette identité n'est pas parfaite* ».

b) Un principe critiqué

852. De multiples critiques ont été formulées à l'encontre des solutions dégagées par la Cour de cassation.

853. Des contestations multiples - Le principe d'égalité de traitement est dépourvu de véritable assise textuelle. Il est susceptible de porter atteinte à la liberté contractuelle ainsi qu'aux dispositifs conventionnels existants.

854. Un principe dépourvu d'assise textuelle - Le principe d'égalité de traitement est le fruit d'une création jurisprudentielle. Le principe « à travail égal, salaire égal » trouvait sa source dans la règle d'égalité entre les hommes et les femmes. Le principe d'égalité de traitement ne repose sur aucun fondement textuel¹⁹⁸⁵. « *De texte, il n'en est point* »¹⁹⁸⁶. Certes, des justifications ont été apportées par la doctrine. « *L'égalité de traitement accompagne l'exercice d'un pouvoir dans un Etat de droit* »¹⁹⁸⁷. Selon l'article L. 2251-1 du code du travail, une convention ou un accord collectif ne peut déroger aux dispositions d'ordre public. « *A n'en point douter, la Cour de cassation ne pouvait faire autrement que soumettre les conventions et accords collectifs de travail au principe d'égalité de traitement* »¹⁹⁸⁸. Pourtant, les solutions rendues à propos des avantages conventionnels catégoriels ont été source d'inquiétudes.

855. Un principe affectant la liberté contractuelle et les dispositifs conventionnels existants - De nombreuses conventions collectives de branche attribuent des avantages

¹⁹⁸⁵ Il va même à l'encontre des articles L. 3122-2 et L. 3221-3 du code du travail. Ces articles commandent de comparer les salariés exerçant un travail égal ou de valeur égale et retiennent une définition très large de la rémunération : « *Constitue une rémunération au sens du présent chapitre, le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum et tous les autres avantages et accessoires payés, directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au salarié en raison de l'emploi de ce dernier* ».

¹⁹⁸⁶ A. Lyon-Caen, La Cour de cassation, l'égalité de traitement et le droit du travail, in Les rencontres de la chambre sociale de la Cour de cassation, Dalloz, 2011, p. 63, spéc. n°2, p. 64.

¹⁹⁸⁷ A. Lyon-Caen, préc., n°2, p. 64 : « *Dans notre système juridique, il y a toujours eu place pour un contrôle de légalité des normes conventionnelles. Pourquoi alors s'émouvoir de son enrichissement par la règle d'égalité de traitement* ».

¹⁹⁸⁸ G. Auzero, Avantages catégoriels, principe d'égalité et négociation collective, RDT 2012, p. 269, spéc. p. 274 ; P.-Y. Verkindt, L'égalité, une affaire de mesure, in 13 paradoxes en droit du travail, ss. la direction de P. Waquet, Lamy Axe Droit, 2012, p. 271, spéc. p. 273 : « *On ne voit en guère en quoi le*

distincts selon les catégories professionnelles. Une telle distinction, historique ne paraît pas condamnable dans la mesure où le code du travail y fait lui-même référence¹⁹⁸⁹. La négociation catégorielle est autorisée¹⁹⁹⁰. « *Intrinsèquement, tout accord catégoriel crée une différence de traitement* »¹⁹⁹¹. En outre, les accords collectifs sont le fruit de tractations¹⁹⁹². Les avantages accordés aux cadres peuvent l'être en contrepartie d'avantages accordés aux non-cadres¹⁹⁹³. Or, la règle dégagée par la Cour de cassation conduit à une « *reconstruction, avantage, par avantage, des cercles d'égalité qui percutent les segmentations traditionnelles sur lesquelles repose le dispositif conventionnel existant* »¹⁹⁹⁴. L'équilibre des conventions et accords collectifs de travail paraît menacé¹⁹⁹⁵. La volonté des parties signataires n'est-elle pas dénaturée ? Face à ces critiques, la Cour de cassation a précisé sa position.

856. Des ajustements nécessaires - Dans deux arrêts du 8 juin 2011, elle a décidé « *que repose sur une raison objective et pertinente la stipulation d'un accord collectif qui fonde une différence de traitement sur une différence de catégorie professionnelle, dès lors que cette différence de traitement a pour objet ou pour but de prendre en compte les spécificités de la*

fait d'être organisation syndicale ou professionnelle autoriserait à se débarrasser même d'un commun accord, d'un principe considéré comme fondamental de la démocratie ».

¹⁹⁸⁹ V. par exemple sur le contenu des conventions de branche susceptibles d'être étendues : C. trav. art. L. 2261-22 4° : « *Pour pouvoir être étendue, la convention de branche conclue au niveau national contient des clauses portant sur (...) le salaire minimum national interprofessionnel des salariés sans qualification et l'ensemble des éléments affectant le calcul du salaire applicable par catégorie professionnelle ...* ».

¹⁹⁹⁰ C. trav., art. L. 2232-7.

¹⁹⁹¹ A. Mazeaud, Droit du travail, 8^{ème} éd., 2012, Montchrestien, n°1030, p. 632.

¹⁹⁹² En ce sens, v. not. : E. Jeansen, ss. Cass. soc. 1^{er} juill. 2009, JCP S 2009, 1451 : « *Si la différence de traitement au bénéfice des seuls cadres, critiquée par la Cour, a rencontré l'assentiment des organisations syndicales, il y a fort à parier qu'une autre disposition de l'accord crée un avantage particulier au bénéfice des seuls salariés non-cadres* » ; P.-H. Antonmattéi, Avantage catégoriel d'origine conventionnelle et le principe d'égalité de traitement : évitons la tempête, Dr. soc. 2009, p. 1169, spéc. p. 1170 ; F. Champeaux, La jurisprudence sur l'égalité de traitement ou la fin des catégories professionnelles, SSL 2009, n°1414, p. 11, spéc. p. 12. V. aussi : C. Radé, ss. Cass. soc. 23 mars 2011, Lexbase Hebdo, éd. soc., 7 avril 2011, n°435 ; J.-E. Ray, A travail inégal, salaire égal, Dr. soc. 2011, p. 42, spéc. p. 49 et L'égalité de traitement, in Les rencontres de la chambre sociale de la Cour de cassation, Dalloz, 2011, pp. 75 à 77. V. aussi : A. Gogos-Gintrand, L'égalité de traitement des salariés ou l'éternelle question de la légitimité des différences, Dr. soc. 2012, p. 804, spéc. p. 811 : « *Le respect de la négociation collective reposant sur une cohérence propre impliquerait une analyse globale des conditions des salariés ne bénéficiant pas des mêmes droits* ».

¹⁹⁹³ Certains auteurs s'interrogent sur « *la pertinence d'un regroupement par blocs* ». En ce sens, J.-F. Bolzinger, G. Hoareau, P. Masson, Avantages catégoriels : le point de vue de la CGT, Dr. ouvr. 2011, p. 305, spéc. p. 310. V. aussi : G. Auzero, Avantages catégoriels, principe d'égalité et négociation collective, RDT 2012, p. 269, spéc. p. 273.

¹⁹⁹⁴ J.-M. Béraud, Le principe d'égalité, in Les rencontres de la chambre sociale de la Cour de cassation, Dalloz, 2011, p. 57, spéc. p. 61.

¹⁹⁹⁵ A. Mazeaud, préc., n°1030, p. 632 : « *C'est faire peu de cas de la négociation de progrès qui repose nécessairement sur un compromis à partir d'un rapport de force donné* ».

situation des salariés relevant d'une catégorie déterminée, tenant notamment aux conditions d'exercice des fonctions, à l'évolution de carrière ou aux modalités de rémunération »¹⁹⁹⁶. Selon le communiqué relatif à ces décisions « *sans remettre en cause le principe du contrôle incombant au juge dans la mise en œuvre du principe sus évoqué, ces arrêts s'efforcent toutefois d'en circonscrire les contours lorsque, comme dans chacune des deux espèces, l'inégalité résulte de l'application de dispositions conventionnelles négociées* ».

Autrement dit, l'attribution d'un avantage conventionnel à une catégorie professionnelle est envisageable. Elle doit avoir « *pour but de prendre en compte les spécificités de la situation des salariés relevant d'une catégorie déterminée ...* ». Ce n'est donc pas la catégorie professionnelle qui permet de justifier la différence de traitement. Ce sont les spécificités de la catégorie, qui tiennent « *notamment aux conditions d'exercice des fonctions, à l'évolution de carrière ou aux modalités de rémunération* ». La catégorie professionnelle ne permet pas d'exclure une identité de situation entre cadres et non cadres ; elle est néanmoins susceptible de justifier une différence de traitement.

857. Les justifications envisageables - Reste à déterminer les raisons objectives et pertinentes susceptibles de justifier une différence de traitement. Selon le communiqué relatif aux arrêts du 8 juin 2011, il revient aux « *juges du fond, de procéder aux recherches utiles pour vérifier, sous le contrôle de la Cour de cassation, que tel ou tel traitement catégoriel différencié institué conventionnellement est justifié par une raison objective et pertinente tenant, en particulier, à l'une des raisons énumérées* ». Un rôle majeur est attribué aux juges du fond¹⁹⁹⁷ ; le contrôle de la Cour de cassation est essentiel. A cet égard, elle retient une conception relativement souple des raisons objectives et pertinentes pouvant justifier l'octroi d'un avantage conventionnel, catégoriel¹⁹⁹⁸. Elle n'a pas hésité, dans trois arrêts rendus le 28

¹⁹⁹⁶ Cass. soc. 8 juin 2011 : Bull. civ. V, n°155, n°10-14725 ; Bull. civ. V, n°143, n°10-11933 et n°10-13663 ; RJS 8-9/11, n°655 ; JCP S 2011, 1321, note J. Daniel ; Lexbase Hebdo, éd. soc., n°444, 16 juin 2011, obs. C. Radé ; Dr. ouvr. 2011, p. 621, note K. Hamoudi. V. aussi : A. Lyon-Caen, Les conventions collectives de branche à l'épreuve de l'égalité entre salariés, SSL 2011, n°1497, p. 8 ; B. Serizay, L'égalitarisme ou la régression sociale en marche, SSL 2011, n°1497, p. 12. V. aussi : Cass. soc. 12 oct. 2011 : non publié au Bull., n°10-15101 ; RJS 12/11, n°977.

¹⁹⁹⁷ En ce sens : T. Aubert-Monpeyssen, L'égalité de traitement dans les conventions collectives : une jurisprudence au milieu du gué, in 13 paradoxes en droit du travail, ss. la direction de P. Waquet, Lamy Axe Droit, 2012, p. 275, spéc. p. 276.

¹⁹⁹⁸ V. not. : Cass. soc. 30 mai 2012 : non publié au Bull., n°11-16765 et s. V. aussi : Cass. soc. 6 juin 2012 : non publié au Bull., n°10-27468 : « *Qu'en statuant ainsi, alors que, dans ses conclusions soutenues oralement, la société avait fait valoir que la durée plus longue de préavis prévue par la convention collective en faveur des cadres supérieurs et des cadres dirigeants était justifiée par le temps plus long qu'un tel cadre met, par comparaison avec un employé, auxiliaire de vie, pour mettre en ordre*

mars 2012, à censurer, pour défaut de base légale, la décision des juges du fond qui avaient refusé de considérer que la différence de traitement, prévue par accord collectif, entre cadres et non-cadres était justifiée¹⁹⁹⁹. Elle leur reproche notamment - dans un deuxième arrêt *Pain* - de ne pas avoir recherché si la surcharge de travail des cadres en forfait-jours pouvait constituer une justification objective et pertinente de l'allocation de jours de congés supplémentaires²⁰⁰⁰. Dans les deux autres espèces, était en cause une majoration conventionnelle des indemnités de licenciement et de l'indemnité compensatrice de préavis au profit des cadres²⁰⁰¹. La Cour reproche aux juges du fond « *de ne pas avoir recherché si la différence de traitement avait pour objet ou pour but de prendre en compte les spécificités de chacune de ces deux catégories professionnelles distinctes, définies par la convention collective* ». Elle n'a cependant donné aucune précision, dans ces arrêts, sur les éléments susceptibles de justifier une telle majoration au profit des cadres²⁰⁰².

les missions dont il a la charge à son départ de l'entreprise et effectuer les transmissions nécessaires à son successeur, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences du texte susvisé ».

¹⁹⁹⁹ Sur ces arrêts, V. not. : C. Radé, La Cour de cassation et les différences catégorielles : le retour en grâce des cadres, Lexbase, Hebdo, éd. soc., n°481, 12 avril 2012.

²⁰⁰⁰ Cass. soc. 28 mars 2012 : Bull. civ. V, n°114, n°11-12043 ; RJS 6/12, n°519 ; Dr. soc. 2012, p. 746, obs. C. Radé ; Dr. ouvr. 2012, p. 504, note C. Saltzmann : « *Qu'en se déterminant ainsi, alors, d'une part, qu'elle constatait que jusqu'en 2006, la durée hebdomadaire de travail des cadres était supérieure à celle des autres catégories de personnel et sans rechercher si l'application de l'accord du 31 mars 2006 soumettant les cadres à un forfait-jours n'était pas de nature à entraîner l'accomplissement d'un temps de travail supérieur à celui des autres salariés, et alors, d'autre part, qu'un système de rémunération tenant compte des contraintes particulières des cadres ou la réalisation des objectifs qui leur sont assignés n'est pas exclusif de l'octroi d'un repos prenant en compte leur degré d'autonomie et de responsabilité, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du principe et des textes susvisés* ». V. aussi sur cette justification : J.-F. Bolzinger, G. Hoareau, P. Masson, Avantages catégoriels : le point de vue de la CGT, Dr. ouvr. 2011, p. 305, spéc. p. 309 : « *L'attribution de jours de congés supplémentaires à un cadre soumis à une disponibilité quasi permanente est légitime, car aucun aménagement du temps de travail ne permet effectivement d'en limiter la durée et l'intensité (...). En revanche, il en va autrement pour un salarié promu cadre à l'ancienneté travaillant 35 heures par semaine selon des horaires réguliers* ».

²⁰⁰¹ Cass. soc. 28 mars 2012 : n°11-30034 à n°11-30066 ; RJS 6/12, n°535 - Cass. soc. 28 mars 2012 : non publié au Bull., n° 10-28670.

²⁰⁰² Comp. : Cass. soc. 6 juin 2012 : non publié au Bull., n°10-27468 : « *Qu'en statuant ainsi, alors que, dans ses conclusions soutenues oralement, la société avait fait valoir que la durée plus longue de préavis prévue par la convention collective en faveur des cadres supérieurs et des cadres dirigeants était justifiée par le temps plus long qu'un tel cadre met, par comparaison avec un employé, auxiliaire de vie, pour mettre en ordre les missions dont il a la charge à son départ de l'entreprise et effectuer les transmissions nécessaires à son successeur, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences du texte susvisé* ».

Sur les justifications envisageables, v. aussi : P. Bailly, Un accord ne peut exclure une catégorie professionnelle d'un avantage sans justification, SSL 2009, n°1414, p. 13. V. aussi : J.-F. Bolzinger, G. Hoareau, P. Masson, Avantages catégoriels : le point de vue de la CGT, Dr. ouvr. 2011, p. 305, spéc. p. 310 : « *Il est clair qu'un licenciement est source de dommages matériels et moraux pour tout salarié, quelle que soit sa catégorie. Mais, pour la plupart des cadres, la difficulté est de retrouver un emploi de niveau comparable en termes de rémunération et de responsabilité et pas seulement un emploi quelconque. Surtout pour ceux dont la qualité de cadre a été acquise dans l'entreprise qu'ils quittent, à*

858. Une multiplicité de justifications souhaitable - La jurisprudence relative aux avantages catégoriels peut faire « *naître un sentiment mitigé* »²⁰⁰³. Les différences de traitement doivent tendre vers une certaine rationalité. Les accords collectifs ne sauraient être dispensés du respect de cette exigence. Pourtant, l'intervention des partenaires sociaux lors de la négociation ne constituait-elle pas une garantie suffisante ? En outre, la reconstruction avantage par avantage du « cercle des égaux » ne fragilise-t-elle pas le dispositif conventionnel existant²⁰⁰⁴ ? Ne heurte-t-elle pas le principe de liberté contractuelle ? En réalité, seule une analyse souple des raisons objectives et pertinentes permet d'écartier tout risque de réécriture judiciaire des conventions et accords collectifs de travail.

859. Des exceptions - Pour autant, une analyse particulièrement souple des raisons objectives et pertinentes ne permettait pas d'expliquer les différences de traitement résultant des régimes de prévoyance complémentaire. Jusqu'à une date très récente, il était donc permis de s'interroger sur le sort de ces régimes. Comment justifier les distinctions opérées entre catégories professionnelles ? Dans trois arrêts rendus le 13 mars 2013, la Cour de cassation décide « *qu'en raison des particularités des régimes de prévoyance couvrant les risques maladie, incapacité, invalidité, décès et retraite, qui reposent sur une évaluation des risques garantis en fonction des spécificités de chaque catégorie professionnelle, prennent en compte un objectif de solidarité et requièrent dans leur mise en œuvre la garantie d'un organisme extérieur à l'entreprise, l'égalité de traitement ne s'applique qu'aux salariés relevant d'une même catégorie professionnelle ...* »²⁰⁰⁵. Autrement dit, la prévoyance complémentaire est

partir de fonctions et d'expérience qui ne seront pas forcément prises en compte dans une autre entreprise. D'où un temps de recherche et un risque de désocialisation importants amplifiés par le plafonnement des indemnités chômage. Ces éléments nous semblent justifier une durée de préavis plus longue (...) et un mode de calcul de l'indemnité de licenciement qui aille au-delà de la simple proportionnalité de celle-ci avec le salaire et l'ancienneté ». V. égal. : CA Angers 8 nov 2011 : JurisData n°2011-029346 ; RJS 2/12, n°101 - TGI Paris 29 nov. 2011 : RJS 2/12, n°100.

²⁰⁰³ G. Auzero, Avantages catégoriels, principe d'égalité et négociation collective, RDT 2012, p. 269, spéc. p. 274.

²⁰⁰⁴ J.-M. Béraud, Le principe d'égalité, in Les rencontres de la chambre sociale de la Cour de cassation, Dalloz, 2011, p. 57, spéc. p. 61.

²⁰⁰⁵ Cass. soc. 13 mars 2013 : A paraître au Bull., n°11-20490 à n°1120494 - Cass. soc. 13 mars 2013 : non publié au Bull., n°10-28022 - Cass. soc. 13 mars 2013 : non publié au Bull., n°11-23761 ; JCP S 2013, 1445, note M. Hallopeau et P. Klein. V. aussi : P. Coursier, De l'égalité de traitement des régimes de prévoyance catégoriels, JCP S 2013, 1144. V. aussi : Cass. soc. 11 janv. 2012 : Bull. civ. V, n°13, n°10-15806 ; RJS 3/12, n°213 ; JCP S 2012, 1156, note N. Jean-Marie et J. de Calbiac. La Cour de cassation avait notamment précisé que ne constitue pas un manquement de l'employeur au principe d'égalité de traitement une différence de traitement qui trouve sa cause dans la diversité et l'autonomie

exclue du champ d'application du principe d'égalité de traitement. Plus précisément, ce principe n'a vocation à s'appliquer qu'entre les salariés relevant d'une même catégorie professionnelle. Reste néanmoins à déterminer ces catégories ...

Au demeurant, lorsque le principe d'égalité de traitement a vocation à s'appliquer, le risque de réécriture du contrat de travail demeure limité.

2) *L'égalité de traitement, une source de réécriture limitée*

860. La règle « *à travail égal, salaire égal* » est une application spécifique du principe d'égalité de traitement. Elle est « *une norme d'égalité de traitement en matière salariale* »²⁰⁰⁶. Seule cette règle emporte de véritables conséquences sur le contenu du contrat de travail. L'application du principe d'égalité de traitement aboutit rarement à une réécriture de ce dernier (a). A cet égard, l'importance de ce principe doit être relativisée. D'ailleurs, le principe « *à travail, égal salaire égal* » demeure applicable (b).

a) L'égalité de traitement, une réécriture des sources collectives

861. Les avantages collectifs, cible principale du principe - Le recours au principe d'égalité de traitement a pour objet d'éviter l'octroi « irrationnel » d'avantages collectifs à une catégorie de salariés. Ces avantages résultent généralement d'une décision unilatérale ou d'un accord collectif. Eu égard à l'autonomie des sources en droit du travail, le rétablissement de l'égalité n'a pas, en principe, d'incidence sur le contenu du contrat de travail.

862. Les avantages contractuels, cible indirecte du principe - Une solution inverse prévaut si ces avantages ont été contractualisés. Mais en pratique une telle contractualisation est rare. L'employeur tend plutôt à éviter la contractualisation d'avantages collectifs. La question est alors de savoir si le principe « *à travail égal, salaire égal* » subsiste.

des régimes de retraite complémentaire relevant d'organismes distincts et l'évolution de la norme juridique applicable.

²⁰⁰⁶ A. Jeammaud, Du principe de l'égalité de traitement des salariés, Dr. soc. 2004, p. 694, spéc. p. 702.

b) A travail égal, salaire égal, une source persistante de réécriture du contrat

863. L’articulation des principes - Le juge doit-il encore s’interroger sur l’existence d’un « *travail égal ou de valeur égale* » ? Ne doit-il pas se borner à rechercher si les salariés sont dans une situation identique au regard de l’avantage concerné ? En effet, il doit désormais s’intéresser à l’objet de l’avantage. Cette analyse le conduit à individualiser chaque élément de rémunération et à s’interroger sur sa finalité. La rémunération n’est plus un « ensemble ». Elle est composée de divers éléments ayant, chacun, un objet précis que le juge doit identifier²⁰⁰⁷.

Peu importe que les salariés exercent « *un travail égal* » ou de « *valeur égale* » si l’avantage réside dans l’octroi de jours de congés supplémentaires pour la naissance ou l’adoption d’un enfant. Tous les salariés concernés par la naissance ou l’adoption d’un enfant entrent dans le périmètre de comparaison. Qu’en est-il si l’avantage consiste dans l’allocation d’une prime d’assiduité ? A priori, le périmètre de comparaison ne devrait pas se limiter aux salariés exerçant « *un travail égal* » ou « *de valeur égale* ». La prime a pour objet de rémunérer l’assiduité, quel que soit « le travail » des salariés. Il en est de même d’une prime d’ancienneté qui rémunère « la fidélité » du salarié dans l’entreprise.

En revanche, une solution différente s’impose en ce qui concerne le salaire de base. Ce dernier est la contrepartie « directe » de l’obligation d’exécuter la prestation de travail. Son objet commande de réduire le périmètre de comparaison aux salariés exerçant un travail « égal » ou de « valeur égale »²⁰⁰⁸. Sont en effet dans une situation identique, au regard de l’octroi du salaire de base, les salariés effectuant un travail « égal » ou de « valeur égale ». Le principe « *à travail égal, salaire égal* » subsiste dans cette hypothèse²⁰⁰⁹.

²⁰⁰⁷ Ce raisonnement n’est pas conforme aux dispositions de l’article L. 3221-3 du code du travail qui donne une définition large de la rémunération retenue pour l’application du principe « à travail égal, salaire égal » entre les femmes et les hommes. Sur ce point, v. not. J.-B. Cottin, *La logique de l’égalité jurisprudentielle*, in *L’égalité en droit social*, ss. la dir. de J.-F. Cesaro, LexisNexis, 2012, p. 41, spéc. n°68, p. 45.

²⁰⁰⁸ V. not. : J.-B. Cottin, préc., n°67, p. 44 : « *Il pourrait être considéré que le « principe à travail égal, salaire égal » s’applique dans le cas du salaire entendu restrictivement et que le principe d’égalité de traitement s’applique à tous les autres avantages salariaux et non salariaux* ».

²⁰⁰⁹ A cet égard, il était permis de s’interroger sur la situation de salariés percevant un bonus discrétionnaire. Tous les salariés ne sont-ils pas dans une situation identique au regard d’une prime dont

864. La référence persistante au « travail égal, salaire égal » - D'ailleurs, le principe « à travail égal, salaire égal » n'a pas disparu dans les arrêts de la Cour de cassation²⁰¹⁰. Cette dernière continue d'y faire référence dans le visa de ses décisions²⁰¹¹. Elle y renvoie parfois après avoir visé le principe d'égalité de traitement : « *Vu le principe d'égalité de traitement ; Attendu que l'employeur n'est tenu d'assurer l'égalité de rémunération entre salariés que pour un même travail ou un travail de valeur égale* »²⁰¹².

Une fois l'identité de situation constatée, et en l'absence de raisons objectives et pertinentes justifiant la différence de rémunération, le juge oblige les parties à rétablir l'égalité.

II) « A travail égal, salaire égal », source d'une correction judiciaire

865. L'application du principe « à travail égal, salaire égal » aboutit à une correction du montant de la rémunération initialement prévue par les parties. Cette correction n'est pas l'œuvre du juge. Elle est dictée aux parties par ce dernier (A). Effectuée invariablement à la hausse, elle a pu être contestée (B). Le juge ne devrait-il pas imposer un rééquilibrage du contrat ?

A) Une correction dictée aux parties

866. En appliquant le principe « à travail égal, salaire égal », le juge fait produire au contrat, pour le passé, les effets d'une correction qu'il refuse de prononcer. Pour l'avenir, les parties se trouvent implicitement contraintes de corriger, elles-mêmes, le contrat.

la raison d'être réside dans la volonté discrétionnaire de l'employeur. La Cour de cassation répond par la négative. Elle applique le principe « à travail égal, salaire égal ». Autrement dit, le versement du bonus à un salarié, à l'exclusion d'un autre, n'est pas contestable dès lors qu'ils n'occupent pas des fonctions de valeurs égales. V. not. : Cass. soc. 10 oct. 2012 : A paraître, n°11-15296 ; JCP S 2012, 1530, note N. Dauxerre V. aussi supra n°318.

²⁰¹⁰ V. cep. : Cass. soc. 8 mars 2012 : non publié au Bull., n°10-20758.

²⁰¹¹ V. not. : Cass. soc. 16 mai 2012 : non publié au Bull., n°10-20157.

²⁰¹² Cass. soc. 30 mai 2012 : non publié au Bull., n°10-19827. V. aussi : Cass. soc. 16 févr. 2012 : Bull. civ. V, n°76, n°10-21864 à n°10-21868 ; RJS 5/12, n°454 ; JCP S 2012, 1147, note J. Daniel : « *Qu'au regard du principe d'égalité de traitement, la seule différence de statut juridique ne permet pas de fonder une différence de rémunération entre des salariés qui effectuent un même travail ou un travail de valeur égale ...* ».

1) Une correction des effets pour le passé

867. Le rappel de salaires, une réparation du préjudice subi - L'application du principe « à travail égal, salaire égal » n'est pas sanctionnée pénalement, à la différence de la prohibition des discriminations. Elle conduit à un rappel de salaire dans les limites de la prescription quinquennale²⁰¹³. Ce rappel de salaire constitue la réparation en nature du préjudice subi par le salarié en raison de l'inapplication du principe « à travail égal, salaire égal »²⁰¹⁴. Il est en effet permis de penser que l'employeur qui n'applique pas le principe « à travail égal, salaire égal » commet une faute²⁰¹⁵. Il doit, en conséquence, verser au salarié lésé la rémunération dont il aurait dû bénéficier dans la limite de la prescription quinquennale. Son montant est déterminé au regard de la rémunération la plus élevée du salarié entrant dans un même périmètre de comparaison.

868. Le rappel de salaires, un effacement du préjudice - Le contrat n'est pas réécrit par le juge. Ce dernier peut prononcer l'annulation d'une clause contraire au principe « à travail égal, salaire égal ». Il ne procède pas, pour autant, à sa réécriture. Dans la limite de la prescription quinquennale, est attribuée au salarié la rémunération dont il a été privé. Dès lors, pour le passé, l'application du principe « à travail égal, salaire égal » conduit à un effacement du préjudice subi par celui-ci. La réparation emporte les effets d'une correction rétroactive du contrat.

²⁰¹³ Comp. : C. trav., art. L. 1134-5 : « L'action en réparation du préjudice résultant d'une discrimination se prescrit par cinq ans à compter de la révélation de la discrimination. Ce délai n'est pas susceptible d'aménagement conventionnel. Les dommages et intérêts réparent l'entier préjudice résultant de la discrimination, pendant toute sa durée ».

²⁰¹⁴ Sur ce point, V. not. : J.-F. Cesaro, Le principe « à travail égal, salaire égal », in Les principes dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation, Dalloz, 2008, p. 95, spéc. n°141, p. 100.

²⁰¹⁵ En ce sens : Cass. soc. 23 mars 2011 : non publié au Bull., n°09-70607 ; RJS 6/11, n°519 : « Une cour d'appel ne saurait débouter un salarié de sa demande en résiliation judiciaire du contrat de travail sans prendre en considération le grief tiré de la méconnaissance par l'employeur du principe « à travail égal, salaire égal », qu'elle a jugée établie en retenant que l'intéressé percevait un salaire inférieur à celui de deux autres salariés ayant la même qualification et exerçant les mêmes fonctions, et en lui allouant l'indemnisation du préjudice qu'elle a retenu ».

2) Une injonction de correction pour l'avenir

869. Une injonction implicite - Pour l'avenir, le juge n'impose pas aux parties de modifier leur contrat. Cette injonction est implicite. L'employeur condamné à un rappel de salaire pour le passé sera contraint de modifier le contrat pour l'avenir. Le juge pourrait-il formuler une injonction expresse en ce sens ? Ne se reconnaît-il pas déjà un tel pouvoir en matière de discrimination ?

870. Une injonction expresse en matière de discrimination - Lorsqu'une discrimination syndicale se manifeste par l'absence d'évolution de carrière, le juge peut ordonner le reclassement du salarié victime de la discrimination prohibée au poste auquel il aurait dû accéder²⁰¹⁶. Peu importe que l'article L. 2141-8 du code du travail ne prévoit, dans ce cas, que l'octroi de dommages-intérêts.

Quel est alors le fondement de l'intervention judiciaire ? Le comportement reproché à l'employeur est « négatif ». « *Le concept de nullité qui suppose l'effacement rétroactif d'un acte paraît mal adapté* »²⁰¹⁷. En réalité, la Cour de cassation impose à l'employeur une réparation en nature du dommage subi par le salarié discriminé. Elle indique, en effet, que « *la réparation intégrale d'un dommage oblige à placer celui qui l'a subi dans la situation où il se serait trouvé si le comportement dommageable n'avait pas eu lieu* ». Si le salarié n'avait pas été victime d'une discrimination, il aurait bénéficié d'un avancement. Il doit donc être traité comme si tel avait été le cas. Cette réparation, pour le passé, n'est source d'aucune difficulté. Toutefois, en précisant que les juges peuvent ordonner le reclassement du salarié, la Cour de cassation va plus loin. Elle leur demande de faire cesser la situation illicite en prévenant le dommage pour l'avenir, ce qui est « *un des rôles de la responsabilité civile pouvant se joindre à la réparation du dommage passé* »²⁰¹⁸.

²⁰¹⁶ Cass. soc. 23 nov. 2005 : Bull. civ. V, n°332, n°03-40826 ; JCP S 2006, 1043, note J.-F. Cesaro ; Dr. ouvr. 2006, p. 100, note D. Petit ; SSL 2006, n°1242, p. 10, note A. Lévy ; RJS 2/06, n°236 : « *Attendu cependant que la réparation intégrale d'un dommage oblige à placer celui qui l'a subi dans la situation où il se serait trouvé si le comportement dommageable n'avait pas eu lieu et que les dispositions de l'article L 412-2 du Code du travail ne font pas obstacle à ce que le juge ordonne le reclassement d'un salarié victime d'une discrimination prohibée* » - Cass. soc. 29 janv. 2008 : non publié au Bull., n°06-42066 ; RJS 4/08, n°447 - Cass. soc. 19 janv. 2011 : non publié au Bull. n°09-70077 - Cass. soc. 19 janv. 2011 : non publié au Bull., n°09-70076.

²⁰¹⁷ J.-F. Cesaro, ss. Cass. soc. 23 nov. 2005, JCP S 2006, 1043.

²⁰¹⁸ A. Bénabent, Les obligations, 13^{ème} éd., Montchrestien, 2012, n°696, p. 510. V. aussi : G. Viney, Cessation de l'illicite et responsabilité civile, Mélanges Goubeaux, Dalloz, LGDJ, Lextenso, 2009, p. 547.

Pourquoi ne pas étendre cette solution au principe « *à travail, égal salaire égal* » ? Dans les arrêts relatifs à la discrimination, l'avancement procède de règles statutaires ou conventionnelles. Le salarié sollicite une « juste » application de la grille de classification conventionnelle²⁰¹⁹. Compte tenu des fonctions qu'il exerce, il estime qu'il devrait relever d'un coefficient conventionnel plus avantageux. Il réclame donc, en définitive, le bénéfice d'un avantage conventionnel. Dès lors, la cessation de la situation illicite ne suppose pas une modification du contrat. Or, tel n'est pas le cas lorsque le salarié sollicite une augmentation de sa rémunération contractuelle fondée sur l'application du principe « *à travail égal, salaire égal* ». La cessation de la situation illicite implique une modification de l'accord des parties. Une telle solution serait susceptible de heurter le principe d'immutabilité des contrats. Elle maintiendrait l'employeur dans une relation contractuelle à laquelle il n'a pas consenti.

Certes, le juge n'hésite pas à déroger au principe d'immutabilité des contrats lorsqu'il réduit une clause de non-concurrence. Cependant, dans cette hypothèse, il agit sur l'étendue de la nullité, sanction naturelle de l'illicéité. Or, une chose est de supprimer l'excès illicite ; une autre est de modifier le montant de la rémunération convenue par les parties. La Cour de cassation n'a pas souhaité franchir ce pas. Elle laisse le soin aux parties de tirer les conséquences de sa décision²⁰²⁰. Pour autant, l'injonction de corriger le contrat pour l'avenir existe. Elle oblige les parties à corriger leur contrat à la hausse.

B) Une correction à la hausse

Certains auteurs sont favorables à une fixation « raisonnable » de la rémunération par le juge (1). Pourtant, seul l'alignement de la rémunération sur le salaire « le plus élevé » constitue une sanction efficace (2).

²⁰¹⁹ Même si le coefficient est contractualisé, la norme conventionnelle plus favorable se substitue à la stipulation contractuelle moins favorable. Il ne s'agit pas d'une modification contractuelle.

²⁰²⁰ Rapp. : J.-F. Cesaro, Catégories professionnelles et sanction in medio du principe jurisprudentiel d'égalité, RJS 2011, p. 747, spéc. p. 754 : « *Il est plus aisé de décider qu'une distinction n'est pas conforme au principe d'égalité que de la rendre conforme audit principe* ».

1) Une fixation raisonnable souhaitée

871. La correction à la hausse, une solution critiquée - Le principe « à travail égal, salaire égal » permet au salarié « désavantagé » de réclamer la rémunération la plus élevée perçue par un salarié relevant du même périmètre de comparaison. Les conséquences de cet alignement « vers le haut » peuvent être redoutables pour l'employeur. « *Imaginez qu'accidentellement, dans une entreprise, un salarié occupant les mêmes fonctions que cinq cents de ses collègues ait réussi (par force de persuasion) à obtenir un salaire deux fois supérieur. Il faudrait retenir une conception stricte du principe d'égalité, multiplier par deux les salaires de ses cinq cents collègues sans compter les dommages-intérêts* »²⁰²¹. Le principe « à travail égal, salaire égal » peut alors apparaître comme « *un outil d'augmentation du coût de la masse salariale, ce qui n'est pas sa fonction* »²⁰²².

872. La fixation d'un « salaire moyen », une solution avancée - Ainsi, le Professeur Cesaro estime que le principe d'égalité de traitement impose une recherche du « juste milieu »²⁰²³. La règle devrait conduire à une augmentation des salaires sous la moyenne et à une diminution des salaires au-dessus de la moyenne²⁰²⁴. La modification de la rémunération « à la baisse » supposerait que les salariés avantagés aient été attirés dans le procès. A défaut,

²⁰²¹ J.-F. Cesaro, Les sanctions, in L'égalité en droit social, ss. la dir. de J.-F. Cesaro, LexisNexis, 2012, p. 97, spéc. n° 156, p. 100 ; Le principe « à travail égal, salaire égal », Les principes dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation, Dalloz, 2008, p. 95, spéc. n°141, p. 101 ; E. Laherre, Le juge et le principe « à travail égal, salaire égal », SSL 2005, 1222, p. 6, spéc. p. 10 : « *Il ne s'agit en effet plus de comparer un salarié par rapport à un niveau moyen mais bien d'aligner les salaires de tous sur le salaire le plus élevé, avec une modification consécutive de l'échelle des salaires, puisque selon la même logique rien ne viendrait justifier qu'un salarié mieux classés soit moins bien payé que ceux de ses collègues classés à l'échelon inférieur* ». V. égal. à propos de l'égalité de traitement, J.-E. Ray, A travail inégal, salaire inégal, Dr. soc. 2011, p. 42, spéc. p. 48 : « *Côté entreprise, les estimations des provisions à passer en cas d'alignement des ouvriers et employés sur la moitié des avantages des cadres (supérieurs si possible), avec rattrapage sur cinq ans s'agissant de créances salariales et les incidences sociales et fiscales allant nécessairement avec, risquent d'envoyer quelques directeurs financiers (...) en dépression* ».

²⁰²² J.-F. Cesaro, Les sanctions, in L'égalité en droit social, ss. la dir. de J.-F. Cesaro, LexisNexis, 2012, p. 97, spéc. n° 156, p. 100.

²⁰²³ J.-F. Cesaro, préc., spéc. n°157, p. 100.

²⁰²⁴ J.-F. Cesaro, Catégories professionnelles et sanction in medio du principe jurisprudentiel d'égalité, RJS 2011, p. 747, spéc. p. 753. L'auteur se fonde, notamment, sur un arrêt du 7 avril 2010 : Cass. soc. 7 avril 2010 : Bull. civ. V, n°86, n°08-44865 à n°08-44869 ; RDT 2010, p. 517, note B. Bossu ; JCP S 2010, 1218, note G. Loiseau ; RJS 6/10, n°570 ; JSL 2010, n°278, p. 8, note M. Hautefort : « *Mais attendu qu'après avoir relevé qu'il existait des éléments objectifs et pertinents justifiant l'octroi d'indemnités différentes aux deux catégories de personnel considérées, en l'occurrence un taux d'occupation différent, en termes de temps et d'espace, du domicile des salariés à des fins professionnelles, la cour d'appel, appréciant souverainement l'importance de la sujétion subie par les responsables de secteur, a fixé le montant de l'indemnité devant leur revenir ; que le moyen n'est pas*

l'exigence d'égalité de traitement pourrait constituer la cause d'une proposition ultérieure de baisse des salaires. En cas de refus, l'employeur pourrait licencier le salarié. La cause de la rupture serait l'obligation de respecter le principe d'égalité de traitement. « *Il devrait s'agir d'une cause sui generis de rupture* »²⁰²⁵.

2) *L'efficacité de la sanction privilégiée*

873. L'analyse de la sanction « du juste milieu » paraît répondre au souci de rationalisation des politiques de rémunération. « *La logique de l'égalité suppose une unification des salaires, donc nécessairement un effort de la part de ceux qui perçoivent plus* »²⁰²⁶. Pourtant, elle n'est pas retenue par le juge. La mise en œuvre d'une telle sanction est source de difficultés (a). La sanction « du juste milieu » n'est pas dissuasive (b).

a) La sanction du « juste milieu », des difficultés de mise en œuvre

874. La présence à l'audience du salarié avantagé, une exigence - La sanction du « juste milieu » paraît difficile à mettre en œuvre. Tout d'abord, le juge ne doit pas pouvoir fixer une rémunération unique si le salarié « avantagé » n'est pas attiré à l'instance. En effet, si le refus ultérieur de celui-ci peut justifier son licenciement, le jugement est susceptible de lui faire grief. A défaut d'avoir pu faire valoir ses arguments à l'instance, le salarié serait donc fondé à former tierce opposition à l'encontre du jugement fixant une rémunération unique²⁰²⁷. Dès lors, sa présence à l'instance s'impose.

875. Un fondement incertain - Si le salarié « avantagé » est attiré dans le procès, quel fondement peut permettre au juge d'ordonner une baisse de sa rémunération pour l'avenir²⁰²⁸ ? Celui-ci refuse de s'octroyer un pouvoir de correction lorsqu'il s'agit

fondé ». Selon le Professeur Cesaro, « *le juge pourrait selon la même logique, fixer le montant unique de l'avantage devant bénéficier à tous* ».

²⁰²⁵ J.-F. Cesaro, préc., n° 159, p. 101.

²⁰²⁶ J.-F. Cesaro, préc., n° 159, p. 101.

²⁰²⁷ C. proc. civ., art. 582 à 585.

²⁰²⁸ J.-F. Cesaro, Les sanctions, in *L'égalité en droit social*, ss. la direction de J.-F. Cesaro, LexisNexis, 2012, p. 97, spéc. n° 156, p. 100 : « *On ne lui demandera pas pour le passé de rembourser le trop perçu* ».

d'augmenter la rémunération du salarié « désavantagé ». Si la correction à la hausse est difficile à justifier, on voit mal quel fondement serait susceptible d'expliquer une correction à la baisse.

876. Une cause de licenciement contestable - Le juge pourrait alors se borner à ordonner un rappel de salaires au bénéfice du salarié « désavantagé » en se référant à une rémunération « moyenne ». Le salarié « avantagé » ayant été attiré à l'audience, pourrait ultérieurement lui être proposée une modification de sa rémunération, à la baisse. Son refus serait alors susceptible de justifier son licenciement. Cependant, une telle solution ne risque-t-elle de favoriser les excès ? En effet, la sanction « du juste milieu » n'est pas contraignante à l'égard de l'employeur.

b) La sanction du « juste milieu », une sanction inefficace

877. L'alignement vers le haut, un caractère contraignant - Seul le risque d'alignement des rémunérations « à la hausse » contraint les employeurs à rationaliser, en amont, leur politique de rémunération. La crainte d'une augmentation de la masse salariale dissuade l'employeur d'accorder à certains salariés des rémunérations dont le montant serait « anormalement » élevé. Le risque d'alignement vers le haut l'incite à bannir toute fixation arbitraire des rémunérations.

878. La sanction du juste milieu, peu favorable au respect de la règle transgressée - La sanction « du juste milieu » n'a pas un tel effet. Elle ne revêt aucun caractère dissuasif. L'employeur conserve la faculté de fixer discrétionnairement le montant des rémunérations. Il peut, en effet, espérer, en cas de contestation émanant du salarié « désavantagé », une baisse de la rémunération du salarié « favorisé ». En conséquence, la sanction du « juste milieu » paraît, *a priori*, plus cohérente qu'un « droit à l'augmentation »²⁰²⁹. Cependant, elle n'est pas contraignante. Elle présente donc des insuffisances qui font obstacle à sa consécration. Au demeurant, au juge ne doit pas être reconnue la faculté de fixer le « juste salaire »²⁰³⁰.

²⁰²⁹ En ce sens : J.-F. Cesaro, Le principe « à travail égal, salaire égal », Les principes dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation, Dalloz, 2008, p. 95, spéc. n°141, p. 100.

²⁰³⁰ V. not. : J.-F. Cesaro, Catégories professionnelles et sanction in medio du principe jurisprudentiel d'égalité, RJS 2011, p. 747, spéc. p. 754 ; E. Laherre, Le juge et le principe « à travail égal, salaire égal », SSL 2005, n°1222, p. 6, spéc. p. 10.

Pourtant, il n'hésite pas dans d'autres hypothèses à fixer lui-même le montant de la rémunération.

SECTION 2 : UN POUVOIR DE SUBSTITUTION

879. La substitution de la volonté du juge - Le juge substitue parfois sa volonté à celle des parties. Il ne recherche pas leur intention commune. Sa seule volonté prévaut. Les manifestations de cette intervention judiciaire sont principalement de deux ordres. La volonté des parties, défaillante, est suppléée par le juge (§ 1) ; leur volonté illicite est requalifiée par ce dernier (§ 2).

§ 1 : La volonté défaillante suppléée

880. Substitution judiciaire et droit commun des contrats - Le juge peut-il se substituer aux parties afin de fixer ou de réviser la rémunération du salarié ? Les principes du droit européen du contrat confèrent de larges pouvoirs de réécriture au juge²⁰³¹. Mais en droit interne, hormis certains contrats, tel que le contrat de mandat ou de louage d'ouvrage, le juge ne peut, en principe, fixer ou réviser le prix²⁰³². Les arrêts d'Assemblée plénière de 1995 lui refusent un tel pouvoir. L'abus dans la fixation du prix est seulement susceptible de donner lieu à résiliation ou indemnisation²⁰³³.

En ce qui concerne les clauses d'indexation, la Cour de cassation adopte néanmoins une solution souple. A défaut d'indice choisi par les parties, le contrat est nul²⁰³⁴. Cependant, si l'indice choisi s'avère inapplicable, en raison, notamment, de la cessation de sa publication, la

²⁰³¹ Lorsque le contrat ne fixe pas de prix, il n'est pas anéanti. Le juge intervient et fixe un prix raisonnable (art. 6 : 104). Est admise la détermination unilatérale du prix par une partie. Cette détermination doit être faite de manière raisonnable. A défaut, le juge a la faculté d'intervenir (art. 6 : 105). De même, lorsque les parties ont confié à un tiers la mission de déterminer le prix et que celui-ci s'abstient, le juge peut le remplacer par un tiers de son choix. Si ce tiers fixe un prix manifestement déraisonnable, il peut lui substituer un prix raisonnable (art. 6 : 106). Enfin, lorsque le prix doit être déterminé par référence à un facteur qui n'existe pas ou a cessé d'exister ou d'être accessible, il le remplace par le facteur qui s'en rapproche le plus (art. 6 : 107). V. aussi : D. Mazeaud, La matière du contrat, Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats, Dalloz, 2003, p. 81, spéc. n°40, p. 100.

²⁰³² V. infra, n°894.

²⁰³³ V. supra, n°344.

Cour de cassation reconnaît aux juges du fond un pouvoir de substitution²⁰³⁵. Ceux-ci disposent également d'un tel pouvoir à l'encontre de l'indice inexistant²⁰³⁶ ou illicite²⁰³⁷. Ils peuvent lui substituer un indice correspondant au mieux à la volonté des contractants²⁰³⁸.

881. Substitution judiciaire et contrat de travail - Qu'en est-il de la chambre sociale de la Cour de cassation ? En principe, l'article 1129 du code civil n'est pas applicable au prix. Pourtant, il existe une exigence de détermination ou de déterminabilité du salaire. Une clause autorisant l'employeur à modifier unilatéralement le montant de la rémunération est, en principe, nulle²⁰³⁹. Mais qu'en est-il lorsque l'accord de volontés sur la rémunération défaille ? L'existence du contrat de travail est-elle remise en cause ? En réalité, les juges du fond sont autorisés à pallier le désaccord des parties (I). Dans certaines hypothèses, ce désaccord semble toutefois n'être qu'un prétexte à la réécriture du contrat (II).

I) Le désaccord pallié par le juge

882. La rémunération constitue la cause de l'obligation du salarié. Il s'agit, en principe, d'un élément contractuel qui ne peut être modifié unilatéralement par une partie au contrat. Or, en cas de désaccord des parties, le juge s'octroie le pouvoir de déterminer le montant de la rémunération (A). Il préserve ainsi la stabilité contractuelle (B).

A) Le salaire objet d'une détermination judiciaire

883. La fixation judiciaire du montant de la rémunération s'impose principalement dans deux hypothèses. Le désaccord des parties sur le montant de la rémunération est consécutif à

²⁰³⁴ Cass. 3^{ème} civ., 4 oct. 1989 : Bull. civ. V, n°184, n°88-10753.

²⁰³⁵ Cass. civ. 3^{ème}, 12 janv. 2005 : Bull. civ. III, n°4, n°03-17260 ; D. 2005, p. 2847, note B. Fauvarque-Cosson ; RDC 2005, p. 1018, obs. D. Mazeaud - Cass. civ. 3^{ème}, 18 juill. 1985 : Bull. civ. III, n°113, n°84-13259 ; RTD civ. 1986, p. 599, obs. J. Mestre.

²⁰³⁶ Cass. civ. 3^{ème}, 15 févr. 1972 : Bull. civ. III, n°100, n°70-13280 ; Rép. Defr. 1973, art. 30290, obs. P. Malaurie ; RTD civ. 1972, p. 616, obs. G. Cornu ; D. 1973, p. 417, note J. Ghestin ; JCP G 1972, II, 17094, note J.-P. Levy.

²⁰³⁷ Cass. com. 7 janv. 1975 : Bull. civ. III, n°3, n°72-14681 ; D. 1975, p. 516, note P. Malaurie ; JCP G 1975, II, 18167, note J. Ghestin - Cass. civ. 3^{ème}, 22 juill. 1987 : Bull. civ. III, n°151, n°84-10548.

²⁰³⁸ V. not. : Cass. civ., 3^{ème} 22 juill. 1987, préc.. V. aussi : Cass. com. 30 juin 1980 : Bull. civ. IV, n°281, n°79-10632 ; RTD civ. 1980, p. 142, note F. Chabas.

²⁰³⁹ V. supra n°316.

la dénonciation d'un usage fixant le montant intégral de la rémunération (1). Le désaccord fait suite à l'application d'une clause de renégociation du montant de la rémunération variable (2).

1) La dénonciation du montant de la rémunération

884. L'intervention du juge, un caractère subsidiaire - Dans un arrêt *Courcelles*, la Cour de cassation décide « *que, dans le cas où la rémunération du salarié résulterait exclusivement de l'usage ou de l'engagement unilatéral de l'employeur, la dénonciation régulière de cet usage ou de l'engagement unilatéral ne permet pas à l'employeur de fixer unilatéralement le salaire; que celui-ci doit alors résulter d'un accord contractuel, à défaut duquel il incombe au juge de se prononcer* »²⁰⁴⁰. La nature contractuelle de la rémunération prévaut sur le principe de l'autonomie des sources²⁰⁴¹. La dénonciation impose une renégociation. Ce n'est qu'en cas d'échec de celle-ci que le juge se reconnaît le pouvoir de fixer le montant de la rémunération. Son intervention est subsidiaire. Son immixtion dans le contrat est la solution ultime. Au demeurant, le risque de réécriture judiciaire du contrat incite fortement les parties à parvenir à un accord.

885. L'intervention du juge, une « restauration » du contrat - Le juge comble le vide contractuel résultant de la défaillance des parties. Il ne « valide » pas le contrat mais remédie à une « imperfection » survenue postérieurement à sa formation. Au jour de sa conclusion, les conditions de formation du contrat sont réunies. La rémunération existe ; peu importe qu'elle résulte d'un usage. Son montant est déterminé. En revanche, lorsque l'engagement unilatéral ou l'usage est dénoncé, l'objet de l'obligation de l'employeur n'est plus déterminé, ni déterminable. Valablement formé, le contrat n'encourt pas la nullité²⁰⁴². Sa poursuite devient impossible. Seule une nouvelle négociation peut lui permettre de subsister. En suppléant le désaccord des parties, le juge procède à une véritable « restauration » du contrat. La caducité

²⁰⁴⁰ Cass. soc. 20 oct. 1998 : Bull. civ. V, n°435, n°95-44290 ; RJS 12/98, n°1448 ; Dr. soc. 1999, p. 128 et l'étude de P. Langlois, Le sort des avantages résultant d'un usage dénoncé, p. 125 ; JCP G 1999, II, 10206, note F. Millet.

²⁰⁴¹ La Cour de cassation retient une solution différente lorsqu'est en cause un avantage accessoire. V. not. : Cass. soc. 13 févr. 1996 : Bull. civ. V, n°53, n°93-42309 ; RJS 4/96, n°481 : « *Lorsqu'une prime est due en vertu d'un usage ou d'un engagement unilatéral de l'employeur, elle n'est pas incorporée aux contrats de travail et la dénonciation de l'usage ou de l'engagement unilatéral de l'employeur n'emporte aucune modification à ces contrats* » - Cass. soc. 7 avril 1998 : Bull. civ. V, n°206, n°95-42992 ; Dr. soc. 1998, p. 623, obs. J. Savatier. V. aussi : Cass. soc. 24 sept. 2008 : non publié au Bull., n°07-42488 - Cass. soc. 27 juin 2000 : Bull. civ. V, n°247, n°99-41135 et n°99-41140.

est évitée²⁰⁴³. La Cour de cassation ne précise pas les éléments sur lesquels doivent s'appuyer les juges pour fixer la rémunération. Elle le fait en ce qui concerne la fixation de la rémunération variable consécutive à l'application d'une clause de renégociation.

2) L'échec de la renégociation de la rémunération variable

886. Selon la Cour de cassation, si les parties ont prévu que le montant de la rémunération variable devait résulter d'un accord ultérieur, leur désaccord permet au juge de fixer ce montant²⁰⁴⁴. Ici encore, le désaccord des parties précède la fixation judiciaire de la rémunération. Il est une condition de l'intervention judiciaire (a). Mais curieusement, la commune intention des parties doit guider le juge lorsqu'il détermine le montant de la rémunération (b).

a) Le désaccord, condition de l'intervention judiciaire

887. Le désaccord des parties sur la fixation du montant de la rémunération variable survient généralement lors de l'exécution du contrat. Dans certaines hypothèses, les parties ne sont jamais parvenues à un accord.

²⁰⁴² Rappr. à propos des clauses d'indexation : Cass. soc. civ. 1^{ère}, 18 juin 1980 : Bull. civ. I, n°192, n°78-12195.

²⁰⁴³ Comp. à propos des clauses d'indexation : Cass. com. 30 juin 1980 : Bull. civ. IV, n°281, n°79-10632 ; RTD civ. 1980, p. 142, note F. Chabas - Cass. com. 29 juin 1981 : Bull. civ. IV, n°298, n°80-11821. Sur la caducité, v. not. : R. Chaaban, La caducité des actes juridiques, LGDJ, 2004, spéc. n°61, p. 59. V. aussi : F. Garron, La caducité du contrat, PUAM, 1999.

²⁰⁴⁴ Cass. soc. 22 mai 1995 : Bull. civ. V, n° 161, n°91-41584 ; Dr. soc. 1995, p. 668 : « *Attendu, cependant, que le droit de M. Von X... à une rémunération variable résultait du contrat de travail ; que si le montant de cette rémunération variable devait normalement résulter d'un accord annuel des parties, il incombait au juge, à défaut de conclusion d'un accord sur ce point, de déterminer cette rémunération en fonction des critères visés au contrat et des accords conclus les années précédentes ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ». V. aussi : Cass. soc. 26 oct. 1999 : Bull. civ. V, n°405, n°98-41521 ; Dr. soc. 2000, p. 214, obs. C. Radé - Cass. soc. 22 févr. 2000 : Bull. civ. V, n°70, n°97-43465 ; Dr. soc. 2000, p. 439, obs. C. Radé - Cass. soc. 13 juill. 2004 : Bull. civ. V, n°208, n°02-14140, Dr. soc. 2004, p. 936, et l'étude de C. Radé, Le juge, arbitre des différents salariaux, p. 934 - Cass. soc. 9 mai 2007 : non publié au Bull., n°05-45613 - Cass. soc. 4 juin 2009 : Bull. civ. v, n°145, n°07-43198 ; RDT 2009, p. 524, note G. Pignarre - Cass. soc. 13 janv. 2009 : Bull. civ. V, n°12, n°06-46208 ; D. 2009, p. 1931, note T. Pasquier ; Dr. soc. 2009, p. 611, obs. C. Radé. V. aussi : T. Katz, La détermination de la rémunération variable : la part de l'unilatéral, du négocié et du juge, Dr. ouvr. 2005, p. 151.

888. Le désaccord survenu lors de l'exécution - Les parties ont fixé le montant de la rémunération variable pour l'année passée. Un désaccord survient pour l'année à venir. L'objet de l'obligation de l'employeur n'est plus déterminé, ni déterminable. La poursuite du contrat - valablement formé - s'avère impossible. En fixant le montant de la rémunération variable, le juge « actualise » la volonté des parties. Il « restaure » le contrat. La caducité est écartée. Doit-on en déduire que le montant de la rémunération variable n'est pas un élément essentiel à la validité du contrat ?

889. Le désaccord contemporain de la formation du contrat - Qu'en est-il lorsque les parties n'ont pu trouver d'accord sur la rémunération variable dès l'origine ? Le contrat ne devrait-il pas être annulé ? Si la validité du contrat de travail suppose que la rémunération soit déterminée ou déterminable au jour de sa formation, le contrat ne saurait renvoyer à un accord ultérieur des parties en ce qui concerne le montant de la rémunération. L'absence de détermination ou de déterminabilité de la rémunération devrait conduire le juge à annuler le contrat. Il en est ainsi en matière de vente. La vente n'est pas valable chaque fois que la détermination du prix doit faire l'objet d'un accord ultérieur des parties²⁰⁴⁵. Un désaccord notamment sur les frais de la vente, empêche la conclusion du contrat²⁰⁴⁶.

Pourtant, la Cour de cassation retient une solution différente à propos du contrat de travail. Elle permet en effet aux parties de prévoir dans le contrat que le montant de la rémunération variable sera fixé par un accord ultérieur. A défaut d'accord, elle reconnaît aux juges du fond le pouvoir de fixer eux-mêmes le montant de cette rémunération²⁰⁴⁷. Dès lors, le montant de la rémunération variable demeure-t-il un élément de validité de la convention ? Au demeurant, la fixation judiciaire doit reposer sur l'intention commune des parties.

²⁰⁴⁵ V. not. : Cass. com. 24 mars 1965 : Bull. civ. III, n°232, n°64-10044. V. aussi : Cass. com. 7 avril 2009 : Bull. civ. IV, n°48, n°07-18907.

²⁰⁴⁶ Cass. civ. 3^{ème}, 4 janv. 1973 : Bull. civ. III, n°21.

²⁰⁴⁷ V. not. : Cass. soc. 23 juin 2010 : non publié au Bull., n°09-40890 - Cass. soc. 23 sept. 2009 : non publié au Bull., n°08-40369 - Cass. soc. 9 avril 2008 : non publié au Bull., n°07-41217 - Cass. soc. 18

b) L'intention commune, guide de l'intervention judiciaire

890. L'intention commune, un critère avancé - Selon la chambre sociale de la Cour de cassation, le juge doit déterminer le « *montant de la rémunération en fonction des critères visés au contrat et des accords conclus les années précédentes* »²⁰⁴⁸. Autrement dit, à l'instar des clauses d'indexation, la détermination judiciaire de la rémunération semble devoir être le reflet de la commune intention des parties²⁰⁴⁹. A cet effet, la Cour de cassation énonce les éléments objectifs qui doivent être pris en considération. Ainsi, une cour d'appel a pu « *souverainement fixer le montant des primes non payées au minimum qui avait été contractuellement garanti pour la première année d'exécution du contrat* »²⁰⁵⁰.

891. L'intention commune, un artifice - Cependant, la recherche de l'intention commune ne doit pas « *faire illusion* »²⁰⁵¹. Le désaccord des parties justifie l'intervention du juge. Leur intention originelle est parfois indécélable. Tel est le cas lorsque le contrat se borne à fixer un plafond et renvoie à un accord ultérieur des parties qui n'est jamais intervenu²⁰⁵². Certes, la Cour de cassation admet que le juge puisse se référer, « *à défaut* », aux « *données* » ou aux « *éléments de la cause* »²⁰⁵³. Mais dans ce cas peut-on encore considérer que le juge interprète la volonté des parties ? La recherche de l'intention commune n'est-elle pas un leurre ?

déc. 2007 : non publié au Bull., n°06-44799. V. aussi : Cass. soc. 3 juin 2009 : non publié au Bull., n°08-41428.

²⁰⁴⁸ V. not. : Cass. soc. 22 mai 1995, préc., note de bas de page, n°2044 - Cass. soc. 26 oct. 1999, préc., note de bas de page, n°2044 - Cass. soc. 22 févr. 2000, préc., note de bas de page, n°2044 - Cass. soc. 13 juill. 2004, préc., note de bas de page, n°2044 - Cass. soc. 7 juin 2006 : non publié au Bull., n°04-46722 ; JCP S 2006, 1580, note R. Vatinet - Cass. soc. 9 mai 2007, préc., note de bas de page, n°2044 - Cass. soc. 4 juin 2009, préc., note de bas de page, n°2044.

²⁰⁴⁹ V. not. : Cass. civ. 3^{ème}, 22 juill. 1987, préc., note de bas de page, n°2037. V. aussi : Cass. com. 30 juin 1980, préc., note de bas de page, n°2043. V. égal. : Cass. civ. 3^{ème}, 12 janv. 2005, préc., note de bas de page, n°2035.

²⁰⁵⁰ Cass. soc. 11 janv. 2012, non publié au Bull., n°10-18494.

²⁰⁵¹ V. à propos des clauses d'indexation, D. Mazeaud, ss. Cass. 3^{ème} civ., 12 janv. 2005, RDC 2005, p. 1020.

²⁰⁵² V. not. : Cass. soc. 23 juin 2010 : non publié au Bull., n°09-40890.

²⁰⁵³ V. not. : Cass. soc. 13 janv. 2009, préc., note de bas de page, n°2044. V. égal. : Cass. soc. 5 mai 2010 : non publié au Bull., n° 08-44404 à n°08-44408 - Cass. soc. 23 sept. 2009, préc., note de bas de page, n°2047 - Cass. soc. 9 avril 2008, préc., note de bas de page, n°2047 - Cass. soc. 18 déc. 2007, préc., note de bas de page, n°2047.

Un arrêt illustre les difficultés d'interprétation rencontrées par les juges du fond. Une disposition contractuelle prévoit le versement d'une prime exceptionnelle. Une autre ajoute qu'est attribuée au salarié « *une prime de performance au titre du système de rémunération en vigueur au sein de la banque* ». Cette prime n'a jamais été versée. Dans cette affaire, la Cour d'appel de Paris a alloué au salarié des primes de performance pour les trois dernières années. A cet effet, elle s'est fondée sur le montant de la prime exceptionnelle versée antérieurement. Selon la Cour de cassation, « *la cour d'appel qui a constaté que le contrat de travail prévoyait expressément au titre de la rémunération variable que le salarié devait bénéficier d'une prime de performance annuelle au titre du système de rémunération en vigueur au sein de la banque sur lequel l'employeur ne communiquait aucun élément, a pu décider que le salarié avait droit à ce titre au paiement de la prime calculée selon les mêmes critères que les années antérieures* »²⁰⁵⁴.

Une telle solution ne manque pas de surprendre. « *Les juges se sont fondés non pas tant sur ce qui se pratiquait antérieurement relativement à la dite prime (...), mais ont pris pour base de calcul le montant d'une prime de nature différente* »²⁰⁵⁵. Ils ont voulu se référer à l'intention commune des parties. Ce rattachement est néanmoins illusoire. Les parties ont prévu le versement d'une prime exceptionnelle à laquelle s'ajoute une prime de performance. Elles ont entendu distinguer les conditions d'attribution de chacune de ces primes. La recherche de la volonté des parties paraît alors constituer « *un artifice grossier destiné à rassurer ceux qui demeurent allergiques à l'idée de la moindre ingérence du juge dans le contrat* »²⁰⁵⁶.

B) La détermination du salaire, un objectif de stabilité contractuelle

892. La détermination judiciaire du « prix » et sa révision sont acquises pour certains contrats. La chambre sociale de la Cour de cassation a-t-elle souhaité appliquer sa jurisprudence relative aux honoraires, à la rémunération du salarié ? (1). En toute hypothèse, elle a choisi une solution favorable au maintien du contrat (2).

²⁰⁵⁴ Cass. soc. 4 juin 2009, préc., note de bas de page, n°2044.

²⁰⁵⁵ G. Pignarre, ss. Cass. soc. 4 juin 2009, RDT 2009, p. 525.

²⁰⁵⁶ En ce sens à propos de clauses d'indexation : D. Mazeaud, ss. Cass. civ. 3^{ème}, 12 janv. 2005, RDC 2005, p. 1020.

1) Une application de la jurisprudence relative aux honoraires ?

893. La Cour de cassation admet que le juge peut fixer et réviser les honoraires dans certains contrats (a). La solution dégagée par la chambre sociale à propos de la fixation du salaire est susceptible d'être rapprochée de cette jurisprudence. Ce rapprochement demeure néanmoins limité (b).

a) La jurisprudence relative aux honoraires

894. Fixation et révision des honoraires - En ce qui concerne le contrat de mandat, la rémunération n'est pas un élément essentiel. Elle confère au contrat son caractère onéreux. Si elle n'a pas été fixée dès l'origine, les juges du fond ont la faculté de procéder à sa détermination une fois la mission achevée²⁰⁵⁷. Il en est de même en ce qui concerne le contrat de louage d'ouvrage²⁰⁵⁸. Les juges prennent en compte les circonstances particulières de la cause, la nature et l'étendue des services rendus afin de fixer la rémunération²⁰⁵⁹. La Cour de cassation reconnaît également aux juges du fond un pouvoir de révision à l'égard de ces contrats²⁰⁶⁰. Le prix doit néanmoins avoir été déterminé avant l'accomplissement de la mission²⁰⁶¹. Ces solutions visent les honoraires des agents d'affaires²⁰⁶², des avocats²⁰⁶³, architectes²⁰⁶⁴, conseils juridiques²⁰⁶⁵, experts-comptables²⁰⁶⁶, généalogistes²⁰⁶⁷ ... Les juges

²⁰⁵⁷ V. not. : Cass. com. 4 oct. 1971 : Bull. civ. IV, n°221, n°70-12551 - Cass. civ. 1^{ère}, 23 oct. 1979 : Bull. civ. I, n°252, n°78-13072.

²⁰⁵⁸ V. not. : Cass. civ. 1^{ère}, 15 juin 1973 : Bull. civ. 1973, I, n° 202, n°72-12062. V. aussi : Cass. civ. 3^{ème}, 18 janv. 1977 : Bull. civ. 1977, III, n° 25, n°74-15237.

²⁰⁵⁹ V. not. : Cass. com. 4 oct. 1971, préc., note de bas de page, n°2057 - Cass. civ. 1^{ère}, 15 juin 1973 : Bull. civ. 1973, I, n° 202, n°72-12062. V. aussi : Cass. civ. 1^{ère}, 18 nov. 1997 : Bull. civ. I, n°313, n°95-21161 ; Rép. Defr. 1998, art. 36765, note A. Bénabent ; RTD civ. 1998, p. 402, obs. P.-Y. Gautier. V. aussi sur la prise en compte de la qualification professionnelle : Cass. 1^{ère} civ., 30 juin 1992 : Bull. civ. I, n°212, n°89-21970.

²⁰⁶⁰ V. not. : Cass. req. 29 janv. 1867 : DP. 1867, I, p. 53 ; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t. 2, 12^{ème} éd., Dalloz, 2008, n°280.

²⁰⁶¹ V. not. : Cass. civ. 1^{ère}, 2 avr. 1997 : Bull. civ. I, n°113, n°95-17606 - Cass. civ. 2^{ème}, 18 sept. 2003 : Bull. civ. II, n°279, n°01-16013 ; RTD civ. 2004, p. 114, obs. P.-Y. Gautier. V. cep. : Cass. civ. 1^{ère}, 6 juin 2012 : non publié au Bull., n° 11-10052 ; Gaz. Pal. 1er et 2 août 2012, p. 5, note S. Le Gac-Pech.

²⁰⁶² Cass. req. 12 déc. 1911 : DP. 1913, 1, p. 129, note Feuilleley.

²⁰⁶³ V. not. : Cass. civ. 2^{ème}, 19 nov. 2009 : Bull. civ. II, n°269, n°07-13268 - Cass. civ. 1^{ère}, 7 juill. 1998 : Bull. civ. I, n°237, n°96-10387 ; Cont. conc. consom. 1998, n°159, obs. L. Leveneur. V. aussi : V. Lasbordes, Libres propos sur la fixation des honoraires de l'avocat : de l'utilité de la convention préalable d'honoraires, D. 2001, Chron., p. 1893 ; R. Martin, La réduction des honoraires de l'avocat par le pouvoir judiciaire, JCP G 1999, I, 110.

²⁰⁶⁴ V. not. : Cass. civ. 1^{ère}, 4 mars 1958 : D. 1958, p. 495.

²⁰⁶⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 19 juin 1990 : Bull. civ. II, n°170, n°88-20266.

du fond sont titulaires d'un véritable pouvoir de fixation et de réduction du prix. Celui-ci heurte la force obligatoire du contrat.

895. Fixation et révision du prix, des explications diverses - Comment justifier un tel pouvoir ? Les difficultés d'appréciation du coût de certains services fondent incontestablement la faculté de fixation judiciaire du prix²⁰⁶⁸. Qu'en est-il de la révision ? Le caractère gratuit du mandat a été avancé²⁰⁶⁹. L'article 1986 du code civil autorise néanmoins le versement d'une rémunération. D'ailleurs, les mandats à titre onéreux sont fréquents. En outre, la révision judiciaire du prix n'est pas réservée au contrat de mandat. Le caractère gratuit du mandat ne constitue donc pas une justification pertinente. Le recours à la cause objective²⁰⁷⁰ ainsi qu'à la lésion a également été envisagé²⁰⁷¹. Cependant, « *pas plus qu'une simple référence à l'idée de lésion, admise ici en l'absence de tout texte lui servant de fondement, l'explication fondée sur la théorie de la cause n'est satisfaisante dans la mesure où elle prouve trop : si elle était exacte, il conviendrait de l'admettre de manière générale et pas seulement au sujet de la réduction de certaines rémunérations* »²⁰⁷². Enfin, le fondement de l'équité²⁰⁷³ a également été proposé. Mais certains auteurs ont souligné, à juste titre, son caractère « *vague et insolite* »²⁰⁷⁴. En réalité, « *de même que la difficulté de déterminer à l'avance le coût de certains services conduit les tribunaux à fixer le prix de ceux-ci lorsqu'il ne l'a pas été par les parties, de même cette difficulté les conduit à vérifier que le prix n'est pas excessif lorsque celui-ci a été fixé forfaitairement avant que le service ne soit rendu* »²⁰⁷⁵.

²⁰⁶⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 3 juin 1986 : Bull. civ. I, n°150, n°85-10486 ; JCP G 1987, II, 20791, note A. Viandier - Cass. civ. 1^{ère}, 18 nov. 1997, préc.

²⁰⁶⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 5 mai 1998 : Bull. civ. I, n°168, n°96-14328 ; Cont. conc. consom. 1998, n°111, obs. L. Leveneur ; Rép. Defr. 1998, art. 36860, obs. P. Delebecque.

²⁰⁶⁸ F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, Les obligations, 10^{ème} éd., Dalloz, 2009, n°287, p. 298.

²⁰⁶⁹ V. not. sur les différents fondements proposés par la doctrine : M. Mekki, J-CI civil, art. 1191 à 2002, Fasc. 20, Mandat, 2010, n°35 ; P. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, Les contrats spéciaux, Defrénois, 6^{ème} éd., 2012, n°549, p. 292.

²⁰⁷⁰ H. Capitant, De la cause des obligations, Réimpression de l'éd. de 1927, Coll. De la faculté Jean Monnet, Ass. H. Capitant, Des amis de la culture juridique française, éd. La mémoire du droit, 2012, n°97 s., pp. 209 s., spéc. n°98, pp. 211 et 212.

²⁰⁷¹ V. not. : H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, Leçons de droit civil, t. 2, Obligations, 9^{ème} éd., Montchrestien, 1998, n° 276, p. 282. V. aussi : B. Starck, H. Roland, L. Boyer, Obligations, 2. Contrat, Litec, 1995, n°860, p. 363.

²⁰⁷² H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t. 2, 12^{ème} éd., Dalloz, 2008, n°280, p. 778.

²⁰⁷³ V. not. : G. Cornu, RTD civ. 1971, ss. CA Rennes 17 avril 1969, p. 172, spéc. p. 173 : « *Le pouvoir exorbitant du juge est tout simplement, dans sa pérennité, l'une des illustrations les plus marquantes de la jurisprudence d'équité* ».

²⁰⁷⁴ P. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, Les contrats spéciaux, Defrénois, 6^{ème} éd., 2012, n°549, p. 293.

²⁰⁷⁵ F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, Les obligations, 10^{ème} éd., Dalloz, 2009, n°311, p. 325.

« *La disproportion des prestations* »²⁰⁷⁶, le risque « *d'abus d'influence* »²⁰⁷⁷ justifient l'intervention du juge. Ce dernier est autorisé à effectuer un véritable contrôle de l'équilibre des conventions.

b) Un rapprochement limité

896. Les solutions autorisant le juge à déterminer le montant du salaire doivent être rapprochées de la jurisprudence relative aux honoraires. Ce rapprochement doit néanmoins être relativisé.

897. Un rapprochement limité à la « fixation » - Le juge dispose d'un pouvoir modérateur à l'égard des honoraires. En revanche, le montant de la rémunération variable fixé par accord des parties ne peut être révisé judiciairement²⁰⁷⁸. Certes, en fixant, notamment, le montant de la rémunération variable, le juge procède à une réécriture du contrat. Le montant de la rémunération variable a été fixé pour l'année passée. Les parties n'ont pu trouver d'accord pour l'année à venir. La clause de rémunération variable pour l'année passée va être réécrite par le juge. Mais cette réécriture a pour objet un accord de volontés devenu « obsolète ». Le rapprochement avec la jurisprudence relative aux honoraires ne peut donc être effectué qu'à propos de la « fixation » des honoraires.

898. Un rapprochement limité à la « rémunération variable » - La fixation des honoraires par le juge est principalement justifiée par la difficulté d'apprécier le coût du service rendu. Il est « *difficile de savoir à l'avance quelle sera l'importance du service fourni* »²⁰⁷⁹. Or, la fixation anticipée de la rémunération variable peut également être source de difficultés. Son montant dépend fréquemment d'objectifs liés à la conjoncture économique et à la situation financière de l'entreprise. Ainsi, à l'instar de la détermination du montant des

²⁰⁷⁶ H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, préc., n°280, p. 777.

²⁰⁷⁷ V. not. G. Cornu, RTD civ. 1971, p. 172, spéc. p. 173 : « *La nécessité de protéger leurs clients apparaît ainsi - comme la rançon d'une liberté - pour les professions dans lesquelles la fixation des honoraires est sujette à certains coefficients d'élasticité et donc à certains dangers d'exagération. La notion de rémunération « flottante » d'ampleur très variable - et presque détachable - du service rendu tient d'abord à l'idée que ce service peut être, en effet, considéré parfois comme « inestimable » (...). A quoi s'ajoute dans cet éventail, un risque d'abus d'influence de la part des détenteurs du pouvoir toujours un peu mystérieux de guérir, de parler, de consulter ou de faire des miracles dans la gestion des entreprises (...)* ».

²⁰⁷⁸ V. cep. infra, n°907.

²⁰⁷⁹ F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, Les obligations, 10^{ème} éd., Dalloz, 2009, n°287, p. 298.

honoraires, le pouvoir du juge trouverait son fondement dans les difficultés de fixation de la rémunération variable. En revanche, en cas de dénonciation de l'usage ou de l'engagement unilatéral fixant le montant de la rémunération, l'intervention du juge ne résulte pas de difficultés d'appréciation contemporaines de la formation du contrat. La transposition de la jurisprudence relative aux honoraires n'est alors pas pertinente.

899. L'absence d'une véritable transposition - Si la jurisprudence relative aux honoraires était transposée à la rémunération variable, l'exigence de détermination ou de déterminabilité du prix devrait être écartée. Or, elle ne l'est qu'en partie.

Certes, la stipulation du montant de la rémunération variable n'est pas, semble-t-il, une condition de validité du contrat. Ce dernier n'encourt ni la « nullité », ni la « caducité » en l'absence d'accord des parties sur ce point. La chambre sociale consacre ainsi une solution inverse à celle retenue en matière de vente. Dans cette dernière hypothèse, les parties ne peuvent, en effet, valablement renvoyer à un accord ultérieur sur le prix²⁰⁸⁰.

Pour autant, la détermination unilatérale de la rémunération variable est, en principe, prohibée. A cet égard, la chambre sociale de la Cour de cassation retient une solution proche de ce qui est admis en matière de vente. Or, en ce qui concerne le contrat de mandat, la rémunération peut être fixée unilatéralement par le mandataire, sous réserve d'une éventuelle contestation du mandant²⁰⁸¹.

En conséquence, l'exigence de détermination ou de déterminabilité de la rémunération variable ne doit pas être écartée ; il s'agit néanmoins d'une exigence « atténuée ». Le renvoi à un accord ultérieur des parties sur le montant de la rémunération variable est autorisé. Ainsi, les règles de détermination de la rémunération variable empruntent au régime du prix, dans la vente : une partie ne peut unilatéralement fixer le montant de la rémunération. Mais elles doivent également être rapprochées de celles qui régissent les honoraires. Les parties peuvent renvoyer à un accord ultérieur sur le montant de la rémunération variable ; le juge peut se substituer aux parties en cas de désaccord.

²⁰⁸⁰ V. supra n°889.

²⁰⁸¹ Une chose est d'admettre une faculté de fixation unilatérale par l'une des parties sous réserve d'une contestation de l'autre partie (honoraires) ; une autre est d'interdire toute faculté de fixation unilatérale (rémunération salariale).

2) Le choix du maintien du contrat

900. La volonté de maintenir le contrat - Lorsque le montant de la rémunération est dénoncé, la poursuite du contrat s'avère impossible. En suppléant le désaccord des parties, le juge procède à une véritable « restauration » du contrat. Grâce à son intervention, la caducité est évitée. Dans cette hypothèse, seule la volonté salvatrice du juge justifie la solution retenue. En ce qui concerne la rémunération variable, son intervention garantit également la pérennité du contrat. Cependant, dans ce cas, elle résulte de la faculté laissée aux parties de renvoyer la fixation du montant de la rémunération variable à un accord ultérieur. Parce que les parties disposent d'une telle faculté, l'intervention judiciaire s'impose.

901. Une solution pertinente - Dans chacune de ces hypothèses, la fixation judiciaire de la rémunération variable ou de la rémunération en cas de dénonciation est parfaitement justifiée. Décider que le contrat de travail encourt l'annulation²⁰⁸² ou la caducité « *risque de faire obstacle à la dénonciation de l'illicite* »²⁰⁸³. Le salarié préférera probablement laisser l'employeur fixer unilatéralement le montant de sa rémunération plutôt que de risquer de perdre son emploi. La nullité totale et la caducité constituent à cet égard des sanctions inadaptées.

D'autres sanctions sont-elles envisageables ? La Cour de cassation pourrait-elle privilégier une nullité²⁰⁸⁴ ou une caducité partielle²⁰⁸⁵ en l'absence d'accord sur la rémunération variable ? Le contrat se poursuivrait alors sur le fondement de la rémunération fixe. Mais le montant de la rémunération variable représente parfois une part non négligeable du salaire. La nullité et la caducité partielle se retourneraient donc contre le salarié. Ce dernier serait privé de sa rémunération variable. En conséquence, ces sanctions doivent être écartées.

²⁰⁸² Si les parties ne sont jamais parvenues à un accord sur le montant de la rémunération variable.

²⁰⁸³ J. Ghestin, ss. Cass. com. 7 janv. 1975, JCP G 1975, II, 18167. V. aussi : B. Fauvarque-Cosson, ss. Cass. 3^{ème} civ., 12 janv. 2005, D. 2005, p. 2847 : « *Les conséquences seraient soient draconiennes (caducité de tout le contrat), soit inéquitables voire impraticables (caducité de la seule clause de variation de prix, avec un risque de déséquilibre d'indétermination du prix)* ».

²⁰⁸⁴ Une telle sanction aurait pu être envisagée lorsque les parties ne sont jamais parvenues à un accord sur le montant de la rémunération variable.

²⁰⁸⁵ Une telle sanction aurait pu être envisagée lorsque les parties d'accord sur le montant de la rémunération variable pour l'année passée, ne parviennent pas à se mettre d'accord pour l'année à venir.

Le juge pourrait-il se placer exclusivement sur le terrain de l'obligation de renégociation ? Si l'employeur manque à cette obligation, le salarié dispose d'un moyen d'action important. Il peut prendre acte de la rupture²⁰⁸⁶. Toutefois, une telle faculté est-elle suffisante ? Elle risque de dissuader le salarié de contester une proposition déraisonnable. Elle ferait, ici encore, « *obstacle à la dénonciation de l'illicite* »²⁰⁸⁷.

Dès lors, la fixation judiciaire de la rémunération salariale paraît justifiée. Certes, si l'une des parties manque à son obligation de renégociation la rupture du contrat à ses torts doit pouvoir lui être imposée²⁰⁸⁸. Cette solution doit également prévaloir lorsque la renégociation résulte de la dénonciation d'un usage²⁰⁸⁹. En revanche, si les parties souhaitent poursuivre leur relation contractuelle, la fixation judiciaire du montant de la rémunération variable est souhaitable. Cette « *audace salvatrice* »²⁰⁹⁰ préserve la stabilité du contrat de travail. Le désaccord dépassé, le contrat peut subsister. Dans certaines hypothèses, ce désaccord est douteux.

II) Le désaccord prétexté par le juge

902. Dans certains cas, le désaccord des parties est inexistant. Il est invoqué par le juge afin de justifier son immixtion dans le contrat. Il lui permet de fixer une partie de la rémunération (A). Il aboutit parfois à une véritable correction de la volonté contractuelle (B).

A) Le désaccord, prétexte à fixation

903. Habillage et déshabillage, la fixation judiciaire des contreparties - Selon l'article L. 3121-3 du code du travail, « *le temps nécessaire aux opérations d'habillage et de déshabillage fait l'objet de contreparties* ». Ce texte précise que « *ces contreparties sont déterminées par convention ou accord collectif de travail ou, à défaut, par le contrat de travail, sans préjudice des clauses des conventions collectives, de branche, d'entreprise ou*

²⁰⁸⁶ V. supra n°681.

²⁰⁸⁷ J. Ghestin, ss. Cass. com. 7 janv. 1975 : JCP G 1975, II, 18167.

²⁰⁸⁸ V. supra, n°683 et 688.

²⁰⁸⁹ L'exigence de bonne foi commande alors aux parties de négocier. Si l'employeur se borne à formuler des propositions déraisonnables, il manque à cette obligation. Le salarié devrait pouvoir prendre acte de la rupture. De même, l'employeur devrait pouvoir licencier le salarié qui refuse les propositions raisonnables qui lui sont faites. V. supra, n°688.

²⁰⁹⁰ Expression utilisée à propos de la jurisprudence relative aux clauses d'indexation par D. Mazeaud, ss. Cass. 3^{ème} civ., 12 janv. 2005 : RDC 2005, p. 1020.

d'établissement, des usages ou des stipulations du contrat de travail assimilant ces temps d'habillage et de déshabillage à du temps de travail effectif ...». Qu'en est-il en l'absence de fixation de ces contreparties par la convention ou l'accord collectif ou, à défaut, par le contrat de travail ? Il était permis de penser que le salarié avait seul la faculté de demander au juge de condamner l'employeur sous astreinte à engager des négociations²⁰⁹¹. Pourtant, dans un arrêt du 16 janvier 2008, la Cour de cassation décide, au visa des articles L. 3121-3 du code du travail, 4 du code civil et 12 du code de procédure civile, « *qu'il résulte de ces textes qu'en l'absence d'accord collectif ou de clauses dans le contrat de travail, il appartient au juge de fixer la contrepartie dont doivent bénéficier les salariés qui le saisissent* »²⁰⁹².

904. Habillage et déshabillage, l'absence de désaccord - En l'espèce, les parties n'avaient pas tenté de parvenir à un accord. L'employeur faisait valoir que le temps d'habillage et de déshabillage était assimilé à du temps de travail effectif en vertu d'un usage. Il ne devait pas, selon lui, donner lieu à une contrepartie spécifique. La saisine du juge n'était pas consécutive à un échec des négociations.

905. Habillage et déshabillage, l'anticipation d'un désaccord éventuel - Dans cette hypothèse, l'intervention du juge n'est pas salvatrice de l'accord de volontés. Elle n'est pas la solution ultime permettant d'assurer le maintien du contrat. Le juge anticipe un désaccord éventuel. La Cour de cassation a probablement souhaité éviter aux parties la lourdeur d'une procédure judiciaire. Elle a entendu prévenir un éventuel différend. Un tel objectif peut paraître légitime. Mais le contrat n'est plus l'œuvre exclusive des parties. Il devient celle du juge. Or, une chose est d'admettre son intervention salvatrice ; une autre est de faire prévaloir sa volonté alors même que les parties auraient pu parvenir à un accord. Au demeurant, toute latitude lui est laissée en ce qui concerne la détermination du montant de la contrepartie. Le juge n'est pas tenu de rechercher l'intention commune des parties en s'appuyant sur le contrat de travail ou les accords conclus les années précédentes. Anticipé, le désaccord justifie une substitution pleine et entière de sa volonté.

²⁰⁹¹ V. not. : Cass. civ. 2^{ème}, 7 juin 2006 : non publié au Bull., n° 05-11925 - Cass. soc. 26 janv. 2005 : Bull. civ. V, n°34, n°03-15033 ; Dr. soc. 2005, p. 469, obs. P. Waquet.

²⁰⁹² Cass. soc. 16 janv. 2008 : Bull. civ. V, n°11, n°06-42983 ; D. 2008, pan., p. 2308, note C. Dupouey-Dehan ; JSL 2008, 11 févr. 2008, n°227, p. 26, note M.-C. Haller ; RJS 4/08, n°432, Lexbase, Hebo, éd. soc., n°190, 30 janv. 2008, obs. S. Martin-Cuenot.

B) *Le désaccord, prétexte à correction*

906. La correction d'objectifs déraisonnables - Le juge tire parfois l'existence d'un désaccord d'un déséquilibre contractuel auquel il semble vouloir remédier. Tel fut le cas dans un arrêt du 13 janvier 2009. Dans cette affaire, la rémunération contractuelle du salarié était composée d'une partie fixe et d'une partie variable. Le salarié réclamait des sommes au titre de rappels de salaire pour les années 2002 et 2003. Chaque année, ses objectifs étaient définis par avenant. Il devait notamment réaliser 70% du chiffre d'affaires pour pouvoir prétendre au paiement de la partie variable. Cet objectif n'avait pas été atteint. Les juges du fond avaient débouté le salarié de ses demandes. Ils avaient néanmoins relevé, que pour l'année 2002, les résultats du salarié étaient mauvais car, selon l'employeur, « *les objectifs étaient trop ambitieux et le marché atone* ». En outre, il n'était pas établi, selon eux, que les objectifs fixés pour l'exercice 2003 étaient raisonnables et compatibles avec le marché. Ainsi, « *il ne pouvait être reproché au salarié de ne pas avoir atteints les objectifs convenus* ». La Cour de cassation décide, au visa de l'article 1134 du code civil, que « *la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et aurait dû, en présence d'un désaccord entre l'employeur et le salarié, déterminer le montant de la rémunération en fonction des critères visés au contrat et des accords conclus les années précédentes et, à défaut, des données de la cause, a violé le texte susvisé* »²⁰⁹³.

Autrement dit, la Cour de cassation relève l'existence d'un désaccord entre l'employeur et le salarié. Pourtant, l'avenant était dépourvu de toute ambiguïté. Le paiement de la partie variable était subordonné à la réalisation de 70% du chiffre d'affaires. L'existence d'un accord était incontestable. « *Il y avait (...) un accord sur le caractère irréaliste des objectifs* »²⁰⁹⁴. La Cour de cassation assimile l'accord déraisonnable à une absence d'accord. Les conséquences qui en découlent ne sont pas négligeables. Le juge peut fixer le montant de la rémunération variable pour le passé, quels que soient les termes de l'accord.

907. Un contrôle apparent de l'équivalence des prestations - Une telle analyse peut *a priori* paraître contestable. Le juge ne se livre-t-il pas à un contrôle de l'équivalence des

²⁰⁹³ Cass. soc. 13 janv. 2009 : Bull. civ. V, n°12, n°06-46208 ; D. 2009, p. 1931, note T. Pasquier ; JCP S 2009, 1096, note F. Favennec-Héry.

²⁰⁹⁴ T. Pasquier, ss. Cass. soc. 13 janv. 2009 : D. 2009, p. 1933.

prestations²⁰⁹⁵ ? Il paraît refuser toute force obligatoire aux clauses contractuelles. La reconnaissance d'un tel pouvoir est potentiellement dangereuse. Le juge ne va-t-il pas s'octroyer le pouvoir de réviser le montant de la rémunération salariale ?

908. Le choix d'une sanction adaptée - La justification de cette solution pourrait résider dans l'application de l'article 1172 du code civil²⁰⁹⁶. La clause qui soumet le versement de la rémunération variable à la réalisation d'objectifs déraisonnables et incompatibles avec le marché pourrait être assimilée à une condition suspensive impossible²⁰⁹⁷. En effet, « *il n'est pas besoin d'une impossibilité absolue : la condition est réputée impossible si son accomplissement nécessite la mise en œuvre de moyens extraordinaires ou, plus simplement, lorsqu'elle dépasse les facultés de la personne à qui elle s'adresse* »²⁰⁹⁸. Or, l'article 1172 du code civil prescrit la nullité des conditions impossibles, illicites ou contraires aux bonnes mœurs. Le caractère raisonnable ou réaliste des objectifs serait donc une condition justifiée de validité de la clause²⁰⁹⁹.

L'impossibilité de l'évènement doit s'apprécier à la date de la stipulation. Si les objectifs paraissent réalisables au jour de la conclusion du contrat et s'avèrent, en définitive, impossibles à atteindre, la condition défaille²¹⁰⁰. Ainsi, les juges du fond seraient invités à s'interroger sur le caractère raisonnable des objectifs au jour de leur fixation. La clause prévoyant des objectifs irréalisables encourrait l'annulation.

Si la clause est annulée, le salarié est privé de toute rémunération variable. La sanction de la nullité - même partielle - peut paraître inadaptée. Seule la suppression de l'excès est alors susceptible de revêtir un aspect préventif. Elle dissuade l'employeur d'insérer dans le contrat

²⁰⁹⁵ Sur la prohibition d'un tel contrôle en matière de salaire, v. not. : Cass. 20 nov. 1906 : DP 1907, 1, 80.

²⁰⁹⁶ Contra : T. Pasquier, ss. Cass. soc. 13 janv. 2009, D. 2009, p. 1933.

²⁰⁹⁷ Le caractère rétroactif de la condition serait écarté par les parties.

²⁰⁹⁸ J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, Droit civil. Les obligations, 3/Le rapport d'obligation, 7^{ème} éd., Sirey Université, 2011, n°299, p. 282 ; P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, Les obligations, 5^{ème} éd., Defrénois, 2011, n°1318, p. 701 ; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, Droit civil, Les obligations, 10^{ème} éd., Dalloz, 2009, n°1224, p. 1210.

²⁰⁹⁹ V. not. : F. Favennec-Hery, ss. Cass. soc. 13 janv. 2009, JCP S 2009, 1096 : « *Sous couvert du contrôle de l'existence d'un accord, l'arrêt du 13 janvier 2009 ne préciserait-il pas les conditions de fond de la validité des clauses de variabilité en matière de rémunération (...) ?* ».

²¹⁰⁰ C. Aubry et F. C. Rau, Cours de droit civil, t. IV, 6^{ème} éd., par E. Bartin, éd. Marchall & Billard, § 302, p. 93 : « *Si donc l'accomplissement d'une condition n'était devenu impossible que par suite d'un obstacle survenu depuis la passation de l'acte auquel elle a été attachée, elle devrait être considérée,*

des conditions impossibles dont dépendrait le montant de la rémunération variable. « *Le rôle supplétif du juge doit prédominer* »²¹⁰¹. Dans ce cas, l'intervention du juge est salvatrice. Il ne s'agit pas de remédier à un déséquilibre contractuel. L'article 1172 du code civil et la recherche de la perfection de la sanction guideraient l'action du juge. La condition est impossible ; l'annulation de la clause est inadaptée. La réduction est préférée. Seul l'excès est supprimé. La référence faite au désaccord des parties devrait être abandonnée. D'ailleurs, le désaccord des parties n'est pas une condition de réécriture du contrat par le juge. Son pouvoir de requalification s'exerce en dehors de celui-ci.

§ 2 : *La volonté illicite requalifiée*

909. La requalification-interprétation du contrat²¹⁰² - Aux termes de l'alinéa 2 de l'article 12 du code de procédure civile, le juge « *doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée* ». Cette disposition est à l'origine d'un véritable pouvoir de requalification judiciaire. Celui-ci autorise le juge à qualifier de contrat de travail un contrat soumis à son contrôle. La Cour de cassation décide que « *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* »²¹⁰³. En effet, « *les conditions effectives de l'exécution du contrat signalent*

non comme impossible mais comme ayant défailli ». V. aussi : Cass. civ. 3^{ème}, 3 févr. 1982 : non publié au Bull., D. 1982, IR, p. 228.

²¹⁰¹ F. Favennec-Hery, ss. Cass. soc. 13 janv. 2009 : JCP S 2009, 1096.

²¹⁰² La requalification « interprétation » doit être distinguée de la « requalification-sanction ». Certaines dispositions du code du travail commandent au juge de procéder à des « requalifications-sanctions ». L'article L. 1245-1 répute à durée indéterminée tout contrat de travail à durée déterminée conclu en méconnaissance de certaines dispositions qu'il énumère. V. aussi : C. trav. art. L. 1251-40 : « *Lorsqu'une entreprise utilisatrice a recours à un salarié d'une entreprise de travail temporaire en méconnaissance des dispositions des articles (...), ce salarié peut faire valoir auprès de l'entreprise utilisatrice les droits correspondant à un contrat de travail à durée indéterminée prenant effet au premier jour de sa mission* ». V. sur la requalification-sanction : D. Baugard, La sanction de requalification en droit du travail, IRJS, 2011. V. aussi : Y. Pagnerre, L'acte, in La sanction en droit du travail, éd. Panthéon-Assas, LGDJ Diffuseur, 2012, n°254 s., p. 157.

²¹⁰³ Cass. soc. 19 déc. 2000 : Bull. civ. V, n°437, n°98-40572 ; Dr. soc. 2001, p. 237 et l'étude de A. Jeammaud, L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail, A propos de l'arrêt Labanne, p. 227 ; J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, Les grands arrêts du droit du travail, 4^{ème} éd., Dalloz, 2008, 1-5, p. 5.

d'abord que les parties se sont accordées pour les instaurer, ou au moins que, si l'une a veillé à les instaurer, l'autre les a acceptées et s'y est soumise »²¹⁰⁴.

910. La requalification des clauses du contrat - Outre la requalification d'un acte, le pouvoir de requalification judiciaire est susceptible d'aboutir à une réécriture de son contenu. Tel est le cas en ce qui concerne la stipulation d'une période d'essai en cours de contrat. Une telle clause fait échec aux dispositions relatives au licenciement. Son caractère illicite devrait entraîner son annulation (I). Toutefois, sa destruction est écartée par le juge. Ce dernier procède à une « requalification-validation » (II). La période d'essai illicite est requalifiée en période probatoire. L'action du juge aboutit à un sauvetage de la clause. Mais la requalification n'est-elle pas contraire à la volonté des parties ?

I) L'illicéité de la volonté contractuelle

911. En principe, la stipulation d'une période d'essai au cours de l'exécution du contrat est illicite. Elle fait échec aux dispositions relatives à la rupture du contrat de travail (A). Les parties ont alors envisagé la conclusion de contrats successifs ; le juge a eu recours à la technique de la novation. Toutefois, la validité de la période d'essai demeurerait douteuse (B).

A) Période d'essai en cours de contrat, une stipulation illicite

912. L'article L. 1221-20 du code du travail décide que « *la période d'essai permet à l'employeur d'évaluer les compétences du salarié dans son travail, notamment au regard de son expérience, et au salarié d'apprécier si les fonctions occupées lui conviennent* ». Les dispositions relatives à la rupture du contrat de travail ne sont pas applicables pendant la période d'essai. Dès lors, les parties peuvent-elles convenir d'une période d'essai au cours de l'exécution du contrat ? La Cour de cassation refuse de l'admettre (1). Son analyse est justifiée (2).

²¹⁰⁴ A. Jammaud, préc., spéc. p. 231.

1) Une stipulation invalidée

913. Validité de la période d'essai en cours de contrat, une solution avancée - Dans des arrêts anciens, certaines Cours d'appel avaient semblé admettre la possibilité de prévoir une période d'essai au cours de l'exécution du contrat. La Cour d'appel de Bourges s'était prononcée en ce sens à propos d'un salarié ayant « *librement accepté la modification de son contrat de travail initial consistant en un changement de ses fonctions et du lieu où elles étaient exercées à la condition que son travail soit jugé satisfaisant à l'issue d'une période d'essai* ». Selon la Cour d'appel, c'était à bon droit que les premiers juges avaient « *considéré que cet accord, qui valait contrat de travail, devait être appliqué et que l'employeur pouvait mettre fin à tout moment à cette période d'essai* »²¹⁰⁵. Pour autant, la Cour n'avait pas tiré les conséquences de la validité de l'essai en cours de contrat. Elle avait admis la légitimité de la rupture en se fondant sur la justification apportée par l'employeur à l'appui du licenciement²¹⁰⁶. « *En réalité, l'issue de l'affaire n'aurait pas été différente, s'il n'avait pas été stipulé d'essai, ou si cette stipulation avait été déclarée nulle par le juge* »²¹⁰⁷.

De même, dans un arrêt du 17 mai 1982, la Cour de cassation avait semblé admettre la validité d'une période d'essai stipulée au cours de l'exécution du contrat d'un représentant. Celle-ci était justifiée par l'exercice de nouvelles fonctions d'agent commercial²¹⁰⁸. La période d'essai n'avait pas été satisfaisante. Le salarié avait refusé de reprendre ses fonctions antérieures. Selon la Cour de cassation, il avait « *volontairement mis fin au contrat de représentant que la société avait expressément maintenu* ». L'employeur était donc dispensé du versement des indemnités de rupture. « *Tout s'est passé (...) comme si la période d'essai n'avait affecté que les fonctions d'agent commercial, mais avait laissé subsister intacte la relation contractuelle entre les parties* »²¹⁰⁹.

²¹⁰⁵ CA Bourges 26 févr. 1988 : JurisData n°1988-043450 ; D. 1989, jurisp., p. 202, note J. Mouly.

²¹⁰⁶ J. Mouly, ss. CA Bourges 26 févr. 1988, p. 202.

²¹⁰⁷ J. Mouly, préc., p. 204.

²¹⁰⁸ Cass. soc. 17 mai 1982 : JurisData, n°1982-799475 ; Cah. Prud'homaux 1982, n°9, p. 158. Comp. : Cass. soc. 29 mai 1991 : non publié au Bull., n°88-45206 ; RJS 7/91, n°810 : « *Attendu que pour rejeter cette demande, l'arrêt confirmatif attaqué a retenu que Mlle X... avait accepté d'exercer de nouvelles fonctions comportant une période d'essai au cours de laquelle chacune des parties pouvait mettre fin au contrat de travail sans que soient applicables les règles relatives au licenciement ; Qu'en statuant ainsi, alors qu'il ne résultait pas de ses constatations la renonciation claire et non équivoque de la salariée aux garanties légales attachées à l'existence du contrat initial, la cour d'appel a violé les textes susvisés* ».

²¹⁰⁹ J. Mouly, ss. Cass. soc. 17 févr. 1993, D. 1993, jurisp., p. 618, spéc. p. 619.

Autrement dit, la validité de la période d'essai stipulée en cours de contrat était admise. Cependant, le régime de la période d'essai n'était pas appliqué. Désormais, la position de la Cour de cassation est dépourvue d'ambiguïté : la stipulation d'une période d'essai au cours de l'exécution du contrat est illicite.

914. Validité de la période d'essai en cours de contrat, une solution condamnée - Dans un arrêt *Boydron*, la Cour de cassation énonce clairement que « *la période d'essai se situe au commencement de l'exécution du contrat de travail et que les parties, qui ne peuvent renoncer par avance au droit de se prévaloir des règles posées en matière de licenciement, ne peuvent, par là même convenir de différer le début de l'essai* »²¹¹⁰. Peu importe le changement de fonctions²¹¹¹. Une telle solution est justifiée.

2) Une renonciation prohibée

915. Divers arguments conduisent à condamner la stipulation d'une période d'essai au cours de l'exécution du contrat. A cet égard, la prohibition de la renonciation du salarié soumis au lien de subordination constitue un obstacle déterminant.

916. La rédaction des dispositions relatives à la période d'essai - L'article L. 1231-1 du code du travail décide que les dispositions relatives à la rupture du contrat de travail « *ne sont pas applicables pendant la période d'essai* ». « *Si un nouvel essai avait été possible après l'essai initial, le texte aurait prévu un article indéfini ou le pluriel* »²¹¹².

917. La finalité de l'essai - La période d'essai a notamment pour objet de permettre à l'employeur d'apprécier l'aptitude du salarié à occuper ses fonctions. Selon l'article L. 1221-20 du code du travail, « *la période d'essai permet à l'employeur d'évaluer les compétences du salarié dans son travail, notamment au regard de son expérience, et au salarié d'apprécier si*

²¹¹⁰ Cass. soc. 25 févr. 1997 : Bull. civ. V, n°83, n°93-44923 ; RJS 4/97, n°370 (1^{ère} espèce) ; D. 1997, p. 426, note J. Mouly. V. aussi : Cass. soc. 25 févr. 1997 : Bull. civ. V, n°84, n°94-45381 ; RJS 4/97, n°370 (2^{ème} espèce) : « *Attendu, cependant, que la période d'essai se situe au commencement de l'exécution du contrat de travail et que la seule circonstance que l'employeur impose au salarié en début de contrat de travail ne peut avoir eu pour effet de différer le point de départ de l'essai* ». V. égal. : Cass. soc. 28 juin 2000 : Bull. civ. V, n°255, n°98-45349 ; Bull. civ. V, n°255, n°98-43835 ; Dr. soc. 2000, p. 1011, obs. C. Roy-Loustaunau.

²¹¹¹ Cass. soc. 26 mai 1998 : Bull. civ. V, n°275, n°96-40536.

²¹¹² J. Duplat, La moralisation de la période d'essai, SSL 2005, n°1210, p. 5, spéc. p. 7.

les fonctions occupées lui conviennent ». Au cours de l'exécution du contrat l'employeur a d'ores et déjà pu évaluer le salarié. « *Puisque l'employeur et le salarié se connaissent déjà, comment légitimer l'introduction d'une période d'essai, laquelle tire sa raison d'être d'un contexte de découverte réciproque ?* »²¹¹³. La finalité de l'essai paraît méconnue²¹¹⁴.

Qu'en est-il en cas de changement de fonctions ou de responsabilités au cours de l'exécution du contrat ? Dans cette hypothèse, la stipulation d'une période d'essai n'est pas nécessairement inopportune. Il peut s'agir d'apprécier l'aptitude du salarié à occuper ses nouvelles fonctions ou à assumer de nouvelles responsabilités. « *Ce sont alors les dispositions d'ordre public régissant la rupture du contrat qui tiennent en échec le recours à l'essai* »²¹¹⁵.

918. La prohibition de la renonciation du salarié - Selon l'article L. 1231-4 du code du travail, « *l'employeur et le salarié ne peuvent renoncer par avance au droit de se prévaloir des règles (...) relatives à la rupture du contrat à durée indéterminée* ». L'article L. 1243-1 du code du travail prévoit que « *sauf accord des parties, le contrat de travail à durée déterminée ne peut être rompu avant l'échéance du terme convenu qu'en cas de faute grave, de force majeure ou d'inaptitude constatée par le médecin du travail* ». Les dispositions relatives à la rupture du contrat ne sont pas applicables pendant la période d'essai²¹¹⁶. Le droit de résiliation unilatérale de l'employeur est alors libéré de toute contrainte. « *Cette liberté est à peine limitée sur la forme, par l'obligation de respecter un délai de prévenance, et sur le fond par le jeu de l'abus de droit et des règles de non-discrimination* »²¹¹⁷. Ainsi, la stipulation d'une période d'essai au cours de l'exécution du contrat constitue une renonciation - temporaire - du salarié au droit de se prévaloir des dispositions relatives au licenciement²¹¹⁸.

Une telle renonciation est-elle licite ? Elle est expressément prohibée par l'article L. 1231-4 du code du travail. Outre cette disposition, la faculté de renonciation du salarié est particulièrement douteuse compte tenu de l'existence du lien de subordination²¹¹⁹. Certes, la

²¹¹³ N. Bataille-Nevejans, La période d'essai instituée au cours des relations contractuelles, Dr. soc. 2004, p. 335.

²¹¹⁴ J.-Y. Frouin, Licéité et existence de l'essai, CSBP 1995, p. 239, spéc. n°72, p. 241 : « *Le recours à l'essai dans ce cas n'a d'autre objet que de précariser son emploi et constitue un détournement de la finalité de l'essai* ».

²¹¹⁵ J.-Y. Frouin, préc., n°72, p. 241.

²¹¹⁶ C. trav. Art. L. 1231-1.

²¹¹⁷ P. Lokiec, Droit du travail, t. 1, Les relations individuelles de travail, PUF, 2011, n°80, p. 95.

²¹¹⁸ G. Couturier, Droit du travail, Les relations individuelles, PUF, 1990, n°73, p. 144.

²¹¹⁹ V. supra n°292

stipulation d'une période d'essai au commencement de l'exécution du contrat emporte une telle renonciation ; sa licéité est acquise. Cependant, cette faculté est expressément prévue par le législateur. S'agissant d'une exception, elle est « *nécessairement d'interprétation étroite (...) [et] ne saurait jouer qu'en début de contrat* »²¹²⁰. Le droit commun doit s'appliquer dès que l'embauche est devenue définitive²¹²¹.

B) Période d'essai, contrats successifs et novation, l'échec d'une tentative de sauvetage

919. Les parties peuvent-elles valablement mettre fin au contrat et conclure un nouveau contrat assorti d'une nouvelle période d'essai ? Ce « *subterfuge juridique* »²¹²² a d'abord été validé (1). Il est désormais condamné (2).

1) Un « subterfuge » validé

920. De la succession à la novation du contrat - La Cour de cassation a admis qu'en présence de deux contrats de travail successifs conclus entre les mêmes parties, la période d'essai stipulée au sein du second contrat était licite dès lors qu'il « *avait été conclu pour pourvoir un emploi différent de celui objet du premier contrat* »²¹²³. Dans ce cas, la période d'essai n'était pas stipulée au cours de l'exécution du contrat ; elle l'était au commencement de l'exécution du second contrat.

Une telle analyse revêtait néanmoins un caractère artificiel. Le salarié avait accepté la rupture amiable de son contrat de travail et immédiatement conclu un nouveau contrat. Il avait été maintenu sous un lien de subordination sans interruption. A cet égard, la rupture pouvait paraître fictive. Le salarié n'avait pas été rempli de ses droits²¹²⁴. Il n'avait pu valablement

²¹²⁰ J. Mouly, ss. Cass. soc. 25 févr. 1997, D. 1997, jurispr., p. 428.

²¹²¹ J.-Y. Frouin, Licéité et existence de l'essai, CSBP 1995, p. 239, spéc. n°72, p. 241 ; J. Duplat, La moralisation de la période d'essai, SSL 2005, n°1210, p. 5, spéc. p. 7.

²¹²² En ce sens, à propos du recours à la technique de la novation : J. Mouly, ss. Cass. soc. 28 juin 1989, D. 1990, jurispr., p. 297.

²¹²³ Cass. soc. 11 déc. 2002 : non publié au Bull., n° 01-40440 - Cass. soc. 30 oct. 2000 : non publié au Bull., n°98-44994 ; RJS 1/01, n°3.

²¹²⁴ J. Duplat, préc., p. 10 : « *Dès lors que le salarié n'a pas été rempli de ses droits au moment de la rupture du premier contrat, il doit pouvoir invoquer le contrat de travail initial et le subterfuge d'un deuxième contrat annulant le premier ne peut être utilisé pour justifier un deuxième essai et éteindre sa créance à l'égard de l'employeur au titre du premier contrat* ».

renoncer aux avantages tirés du premier contrat. La Cour de cassation limitait la portée de cette solution aux hypothèses dans lesquelles le contrat avait été conclu pour pourvoir « un emploi différent ». Elle recourait parfois à la technique de la novation.

921. La novation, un champ d'application réduit - Dans certains arrêts, la Cour de cassation a expressément validé la stipulation d'une période d'essai en cas de novation : « *quelle que soit la nature des liens juridiques ayant existé entre les parties à la date de signature de l'engagement à durée indéterminée, il ne leur était pas légalement interdit de convenir d'une période d'essai dans le cadre d'une novation de leurs rapports contractuels* »²¹²⁵.

La novation est « *l'extinction d'une obligation par création d'une « nouvelle » obligation qui la remplace* »²¹²⁶. L'article 1271 du code civil décide que la novation suppose « *une nouvelle dette* » qui est substituée à l'ancienne²¹²⁷. La novation se conçoit dans le cadre d'« *un changement radical* »²¹²⁸, d'une « *modification significative de la situation objective des parties* »²¹²⁹. Dès lors, la faculté de stipuler une période d'essai au cours d'une même relation contractuelle paraissait relativement réduite²¹³⁰. En outre, la novation ne se présume pas. Selon l'article 1273 du code civil, « *la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte* ». Les juges doivent rechercher si les parties ont « *entendu créer une obligation nouvelle et renoncer à l'ancienne ou seulement amodier celle-ci ?* »²¹³¹. Une telle distinction était délicate à effectuer. Comment déterminer si un changement d'emploi constitue une modification du contrat ou caractérise une intention de nover ? Au demeurant, si cette dernière était caractérisée, l'extinction qu'emporte la novation s'avérait contestable.

²¹²⁵ Cass. soc. 28 juin 1989 : non publié au Bull., n°86-41188 ; D. 1990 p. 297, note J. Mouly. V. également : Cass. soc. 17 mars 1993 : non publié au Bull., n°89-45508 - Cass. soc. 30 oct. 2000, préc., note de bas de page, n°2123.

²¹²⁶ A. Bénabent, Les obligations, 13^{ème} éd., Montchrestien, 2012, n° 829, p. 601 ; J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, Droit civil. Les obligations, 3/Le rapport d'obligation, 7^{ème} éd., Sirey Université, 2011, n°416, p. 381.

²¹²⁷ V. not. : N. Bataille-Nevejans, La période d'essai instituée au cours des relations contractuelles, Dr. soc. 2004, p. 335, spéc. n°39, p. 347.

²¹²⁸ J. Mouly, ss. Cass. soc. 25 févr. 1997, D. 1997, jurisp., p. 428 ; J.-Y. Frouin, Licéité et existence de l'essai, CSBP 1995, p. 239, spéc. n°72, p. 242.

²¹²⁹ J. Mouly, ss. Cass. soc. 17 févr. 1993, D. 1993, jurisp., p. 619.

²¹³⁰ J.-Y. Frouin, préc., n°72, p. 242.

²¹³¹ A. Bénabent, préc., n°832, p. 603.

922. La novation, une technique incohérente en droit du travail - La licéité de la renonciation du salarié aux droits qu'il tient du premier contrat en cas de novation est « douteuse »²¹³². Puisque le salarié n'a jamais cessé d'être sous la subordination de l'employeur, il n'a pu valablement renoncer aux droits qu'il tenait du premier contrat. Sa renonciation est illicite²¹³³. Le recours à la technique de la novation est incohérent. La novation suppose une renonciation. Or, la renonciation du salarié, soumis à un lien de subordination, est prohibée. La novation du contrat de travail ne devrait pas être admise²¹³⁴. « *Il serait préférable de bannir la technique de la novation des rapports individuels de travail* »²¹³⁵. La Cour de cassation a-t-elle entendu s'engager dans cette voie ?

2) Un « subterfuge » condamné

923. La condamnation de la période d'essai en cas de contrats successifs – Dans plusieurs arrêts du 30 mars 2005, la Cour de cassation rappelle « *qu'un salarié ne peut valablement renoncer, pendant la durée du contrat, par avance, au droit de se prévaloir des règles légales du licenciement* »²¹³⁶. Elle décide, notamment, qu'« *en présence de deux contrats de travail successifs conclus entre les même parties, ou en présence d'un avenant au premier contrat, la période d'essai stipulée dans le second contrat ou dans l'avenant ne peut*

²¹³² J. Mouly, ss. Cass. soc. 25 févr. 1997, D. 1997, jurisp., p. 428 : « *C'est la renonciation que comporte la novation convenue qui est d'une licéité douteuse, à la fois parce qu'elle intervient alors que le salarié est toujours sous l'autorité de l'employeur et parce qu'elle comporte de sa part, (...) un abandon de droits d'ordre public à la fois actuels et futurs, ceux que la loi attache au contrat que les parties entendent éteindre par leur opération* ». V. aussi : J. Duplat, La moralisation de la période d'essai, SSL 2005, n°1210, p. 9.

²¹³³ V. cep. : N. Bataille-Nevejans, préc., n°48, p. 350 : « *Si une telle période est introduite dans le contrat c'est bien parce que le salarié y a consenti. Il convient donc de donner effet à la volonté du salarié, même si sa décision lui est par la suite défavorable* ».

²¹³⁴ V. not. : N. Bataille-Nevejans, préc., n°46, p. 349 : « *Il apparaît que critiquer la période d'essai est un faux débat. Ce n'est pas vraiment l'institution de la période d'essai qui pose problème en la matière, c'est aussi et surtout la novation, puisque l'ancien contrat, en disparaissant, entraîne avec lui toutes les garanties du salarié en matière de licenciement et d'ancienneté* ».

²¹³⁵ J. Mouly, ss. Cass. soc. 17 sept. 2003 : Dr. soc. 2003, p. 1132, spéc. p. 1133. V. aussi : X. Carsin, Interdiction de la période d'essai stipulée en cours de relation contractuelle et régime de la période probatoire, JCP S 2005, 1369, n° 13.

²¹³⁶ Cass. soc. 30 mars 2005 : Bull. civ. V, n°109, n°03-41797 - Cass. soc. 30 mars 2005 : Bull. civ. V, n°107, n°02-46103 - Cass. soc. 30 mars 2005 : Bull. civ. V, n°108, n°02-46338 ; Dr. soc. 2005, p. 810, obs. J. Mouly ; D. 2005, pan., p. 2501, note J. Pélissier ; RJS 6/05, n°594 ; JCP G 2005, II, 10084, note N. Bataille-Nevejans. V. aussi : J. Duplat, La moralisation de la période d'essai, SSL 2005, n°1210, p. 5, spéc. p. 9 ; A. Van de Wynckele, Le régime du changement de contrat de travail au sein d'une même relation de travail, JCP S 2006, 1064 ; J.-Y. Frouin, Période d'essai, période probatoire et changement d'emploi. De la validité d'une période d'essai en cours de contrat, RJS 2005, p. 423.

*être qu'une période probatoire dont la rupture a pour effet de replacer le salarié dans ses fonctions antérieures »*²¹³⁷.

924. La notion de « contrats successifs » - Que recouvre la notion de « *contrats de travail successifs* » ? La Cour de cassation a probablement entendu condamner la situation dans laquelle « *les contrats successifs s'inscrivent dans le cadre de la poursuite de la même relation de travail et se (...) [sont] succédés de façon ininterrompue sous la subordination de l'employeur* »²¹³⁸. Peu importe que les parties aient eu expressément recours à la novation ou à une rupture amiable suivie de la conclusion d'un nouveau contrat. Dans chacune de ces hypothèses, elles ne peuvent valablement prévoir une période d'essai. La Cour a-t-elle entendu évincer la notion « inadaptée » de novation ?²¹³⁹ Il est permis d'en douter. Des arrêts postérieurs y font référence²¹⁴⁰. Pourtant, un tel abandon serait souhaitable²¹⁴¹.

Qu'en est-il en cas de succession d'un contrat à durée déterminée et d'un contrat à durée indéterminée ? L'article L. 1243-11 du code du travail décide que « *la durée du contrat de travail à durée déterminée est déduite de la période d'essai éventuellement prévue dans le nouveau contrat de travail* ». Il en est ainsi lorsque le salarié exerce le même emploi²¹⁴². Mais si au terme d'un contrat à durée déterminée de remplacement, l'employeur propose au salarié un contrat à durée indéterminée dans un emploi différent, une nouvelle période d'essai peut-elle commencer à courir ? A priori, une réponse négative paraît s'imposer. Sont en effet visés deux contrats de travail successifs.

²¹³⁷ Cass. soc. 30 mars 2005 : Bull. civ. V, n°109, n°03-41797 - Cass. soc. 30 mars 2005 : Bull. civ. V, n°107, n°02-46103.

²¹³⁸ J. Duplat, La moralisation de la période d'essai, SSL 2005, n°1210, p. 5, spéc. p. 9.

²¹³⁹ A. Van de Wynckele, Le régime du changement de contrat de travail au sein d'une même relation, JCP S 2006, 1064, n°9. V. aussi : L. Gaudin, La novation en droit du travail, une notion en quête d'utilité, RDT 2008, p. 162, spéc. n°23, p. 167.

²¹⁴⁰ V. not. : Cass. soc. 8 avril 2009 : Bull. civ. V, n°104, n°08-41046 ; JCP S 2009, 1339, note P. Morvan ; Dr. soc. 2009, p. 817, et l'étude de 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, p. 813 ; RJS 6/09, n°498 ; Dr. ouvr. 2010, p. 17, note A. Chirez. V. aussi : Cass. soc. 28 mars 2012 : non publié au Bull., n°11-10109 - Cass. soc. 22 juin 2011 : non publié au Bull., n°10-30043 ; RJS 10/11, n°751.

²¹⁴¹ V. supra n°922.

²¹⁴² V. not. : Cass. soc. 13 juin 2012 : non publié au Bull., n°10-28286 ; RJS 6/12, n°687 : « *Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que la salariée avait, pendant une durée de quatorze jours au cours des mois de mai et juin 2006, exercé le même emploi d'employée de service auprès du même employeur qui avait donc déjà pu apprécier ses capacités professionnelles, ce dont il résultait que cette durée devait être déduite de la période d'essai prévue dans le nouveau contrat, de sorte que la rupture intervenue le 31 juillet 2006 était postérieure à l'expiration de la période d'essai, la cour d'appel a violé*

Pourtant, si l'employeur propose au salarié un emploi différent, la Cour de cassation semble imposer le versement de l'indemnité de précarité visée à l'article L. 1243-8 du code du travail²¹⁴³. Le salarié ayant perçu cette indemnité n'a-t-il pas été rempli de ses droits ? Il est permis de le penser. Le salarié n'a alors renoncé à aucun de ses droits. Le premier contrat est éteint ; la rupture n'est pas artificielle. Dans cette hypothèse, la Cour de cassation devrait considérer que le second contrat est un nouveau contrat autorisant la stipulation d'une nouvelle période d'essai. A défaut d'admettre une telle solution, la stipulation d'une période d'essai au cours de la relation contractuelle ne serait pas pour autant annulée par le juge. Elle fait désormais l'objet d'une « requalification-validation »²¹⁴⁴.

II) La « requalification-validation » de la volonté contractuelle

925. La requalification de la période d'essai - Dans ses arrêts du 30 mars 2005, la Cour de cassation condamne, « en présence de deux contrats de travail successifs », la stipulation d'une période d'essai dans le second contrat. La stipulation illicite n'est pas annulée ; elle est requalifiée en période probatoire²¹⁴⁵. Si l'expérience professionnelle ne s'avère pas satisfaisante, « les parties sont remises à l'état antérieur à la période probatoire »²¹⁴⁶. La solution de la Cour de cassation « ne remet pas en cause le lien contractuel existant entre les parties, mais seulement l'affectation du salarié à son nouvel emploi »²¹⁴⁷. La période probatoire n'emporte pas renonciation du salarié aux dispositions relatives au licenciement.

le texte susvisé ». Dans cette affaire, la durée de 14 jours correspondait à quatre contrats à durée déterminée.

²¹⁴³ V. not. : Cass. soc. 3 oct. 2007 : Bull. civ. V, n°148, n°05-44958 ; non publié au Bull., n° 05-44959 ; RJS 12/07, n°1254 : « Mais attendu que l'indemnité de précarité prévue par l'article L. 122-3-4 du Code du travail est due lorsque aucun contrat à durée indéterminée pour occuper le même emploi ou un emploi similaire n'a été proposé au salarié à l'issue du contrat à durée déterminée ».

²¹⁴⁴ Une telle solution est néanmoins inadaptée en ce qui concerne la succession d'un contrat à durée déterminée et d'un contrat à durée indéterminée pour un emploi différent. En ce sens : N. Bataille-Nevejans, ss. Cass. soc. 30 mars 2005, JCP G 2005, II, 10084 : « L'employeur est contraint de réintégrer les salariés à son ancien poste, à un moment où l'intéressé était lié par un contrat à durée déterminée ».

²¹⁴⁵ V. aussi : Cass. soc. 14 nov. 1990 : Bull. civ. V, n°552, n°88-42542 ; RJS 12/90, n°943 : « Qu'un stage effectué en vue d'une promotion professionnelle, en cours d'exécution du contrat de travail, ne constitue pas une période d'essai ». V. égal. : Cass. soc. 25 avril 2001 : non publié au Bull., n°98-43856 ; Dr. soc. 2001, p. 756, obs. D. Corrigan-Carsin : « Qu'une période probatoire en vue d'une promotion professionnelle, en cours d'exécution du contrat de travail, ne constitue pas une période d'essai ».

²¹⁴⁶ D. Corrigan-Carsin, ss. Cass. soc. 25 avril 2001 : Dr. soc. 2001, p. 756, spéc. p. 757.

²¹⁴⁷ J. Mouly, ss. Cass. soc. 30 mars 2005, Dr. soc. 2005, p. 810, spéc. p. 812. V. aussi : J. Mouly, ss. Cass. soc. 26 févr. 1988, D. 1989, p. 202, spéc. p. 204 : « Il ne paraît donc pas interdit de stipuler un essai dont l'échec serait sanctionné par le retour obligé du salarié à son poste précédent ».

Sa licéité n'est pas douteuse. Certains obstacles juridiques ont néanmoins été soulevés par la doctrine (A). Au demeurant, le fondement de la « requalification-validation » est obscur (B).

A) La licéité douteuse de la période probatoire

926. Adaptation du salarié et période probatoire - La reconnaissance de la période probatoire contredirait l'obligation d'adaptation consacrée par la loi du 4 mai 2004²¹⁴⁸. Cependant, comme l'a justement souligné un auteur « *ce n'est pas parce que l'employeur doit faciliter l'adaptation du salarié à son nouveau poste qu'il ne peut pas constater, dans certains cas, que, malgré tous ses efforts, le salarié n'arrive pas à occuper de façon satisfaisante des nouvelles fonctions* »²¹⁴⁹. L'argument lié à l'obligation d'adaptation peut être écarté.

Par ailleurs, l'insertion d'une clause instituant une période probatoire à l'occasion d'un changement de fonctions constituerait une condition suspensive ou résolutoire purement potestative (1). Une telle stipulation autoriserait, en outre, l'employeur à modifier unilatéralement le contrat (2).

1) Une condition potestative, un obstacle surmontable

927. La condition potestative - L'insertion d'une période probatoire se présente « *comme une condition suspensive ou résolutoire à la réalisation de laquelle se trouve subordonné l'avenant ou le nouveau contrat* »²¹⁵⁰. Le Conseiller Frouin ajoute que « *si la réalisation dépend sans doute des qualités manifestées par le salarié, l'appréciation de ces qualités, et donc in fine la réalisation de la condition, dépend de la seule appréciation de l'employeur et d'une appréciation quasi-discrétionnaire, entièrement libre en tous cas, puisque pendant la période probatoire, l'employeur dispose comme pendant un essai d'une totale liberté de rupture (sous réserve (...) de l'abus)* »²¹⁵¹. Autrement dit, la stipulation d'une période

²¹⁴⁸ J.-Y Frouin, Période d'essai, période probatoire et changement d'emploi. De la validité d'une période d'essai en cours de contrat, RJS 2005, p. 423, spéc. n°8, p. 425.

²¹⁴⁹ J. Péliissier, D. 2005, pan., p. 2502.

²¹⁵⁰ J.-Y Frouin, préc., n°8, p. 425.

²¹⁵¹ J.-Y Frouin, préc., n°8, p. 425.

probatoire comporterait une condition purement potestative²¹⁵². L'employeur ne s'engagerait « que s'il le souhaite ».

928. Un obstacle surmontable - Une telle analyse a été contestée. Le Professeur Pélissier a souligné que « *l'essai est une condition de même nature et qu'il n'est pas frappé de nullité lorsqu'il se situe en début d'exécution du contrat* »²¹⁵³. Une différence de traitement entre ces deux clauses - période d'essai et période probatoire - ne serait pas justifiée. Cependant, la possibilité de prévoir une période d'essai au commencement de l'exécution du contrat est prévue par la loi. Il s'agit d'une exception légale. Tel n'est pas le cas de la période probatoire.

En réalité, un autre argument peut être avancé en faveur de la validité de la période probatoire. Il est parfois admis que la qualification de la condition dépend des modalités ultérieures de réalisation de l'évènement²¹⁵⁴. Le contrôle du juge tend à se déplacer de la formation du contrat à son exécution. Il porte ainsi sur les circonstances de la réalisation de la condition. La condition est validée si la mise en œuvre de la clause ne révèle pas d'abus. En conséquence, si la décision de l'employeur de replacer le salarié dans ses fonctions antérieures n'est pas abusive, la condition ne serait pas purement potestative²¹⁵⁵. L'obstacle lié à l'existence d'une condition purement potestative peut être écarté.

2) Une modification unilatérale, un obstacle dépassé

929. Une modification du contrat - Le fait de prévoir une période probatoire permettrait à l'employeur de modifier unilatéralement le contrat de travail²¹⁵⁶. Les parties ont convenu d'un changement d'emploi. En cas d'échec de la période probatoire, l'employeur peut décider de replacer le salarié dans son ancien emploi. A cet égard, il lui impose une modification de son contrat. Un tel argument à l'encontre de la validité de la période probatoire était pertinent.

²¹⁵² L'auteur ajoute : « *d'autant qu'à la différence de la période d'essai qui est instituée dans l'intérêt de l'une et l'autre partie au contrat de travail même si elle profite surtout à l'employeur, la période probatoire nous paraît instituée dans le seul intérêt de l'employeur* » (J.-Y Frouin, préc., n°8, p. 425).

²¹⁵³ J. Pélissier, D. 2005, pan., p. 2502. L'auteur précise : « *il ne semble pas que l'on puisse justifier une différence de traitement entre ces deux clauses en avançant comme le fait M. le conseiller Frouin, que la période d'essai est instituée dans l'intérêt de l'une et l'autre partie alors que la période probatoire ne serait instituée que dans l'intérêt de l'employeur* ».

²¹⁵⁴ V. supra, n°672.

²¹⁵⁵ Au demeurant, si la décision de l'employeur est abusive, le salarié est en droit de refuser le rétablissement dans ses fonctions antérieures.

²¹⁵⁶ J.-Y Frouin, préc., n°8, p. 425.

Dans un arrêt du 11 janvier 2006, la Cour de cassation avait considéré que l'avenant au contrat de travail selon lequel un salarié est chargé d'assurer, durant l'absence d'une autre salariée, une de ses fonctions devait s'analyser en une modification de son contrat. Dès lors, elle était « *en droit de refuser une nouvelle modification la remplaçant dans la situation antérieure à cet avenant* »²¹⁵⁷. Certes, dans cette affaire, la modification avait été « durable »²¹⁵⁸ (trois ans). Cependant, les juges ne paraissaient pas enclins à admettre le rétablissement du salarié dans ses fonctions antérieures, en cas désaccord de ce dernier.

930. Une modification provisoire - La jurisprudence a évolué. La Cour de cassation estime désormais que le salarié qui a expressément accepté le caractère temporaire de la modification de ses attributions, liée à l'absence d'un collègue, ne peut s'opposer à sa réintégration dans son emploi antérieur²¹⁵⁹. Une telle solution est justifiée par le caractère temporaire de la modification. Elle peut être transposée à la période probatoire²¹⁶⁰. Le salarié consent à une modification temporaire de son contrat²¹⁶¹. Cette modification ne sera définitive qu'en cas de réalisation de la condition suspensive.

Dès lors, les arguments soulevés à l'encontre de la validité de la période probatoire ne sont pas décisifs. En revanche, le fondement de la « requalification-validation » demeure obscur.

B) Le fondement obscur de la « requalification-validation »

931. L'article 12 du code de procédure civile - Selon l'alinéa 2 de l'article 12 du code de procédure civile, le juge « *doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée* ». Ce texte commande au juge de sonder l'intention des parties afin de rectifier la qualification qu'elles ont pu retenir. La requalification « *est censée reposer sur une volonté sous-jacente que le*

²¹⁵⁷ Cass. soc. 11 janv. 2006 : Bull. civ. V, n°5, n°03-46698, RJS 3/06, n°304 ; JCP S 2006, 1157, note J.-Y. Frouin.

²¹⁵⁸ F. Héas, ss. Cass. soc. 31 mai 2012, La modification temporaire des fonctions du salarié, RDT 2012, p. 490.

²¹⁵⁹ Cass. soc. 31 mai 2012 : A paraître, n°10-22759 ; RDT 2012, p. 490, note F. Héas ; JCP S 2012, 1356, note F. Dumont ; RJS 8-9/12, n°685.

²¹⁶⁰ A propos des salariés protégés, v. : Cass. soc. 30 sept. 2010 : JCP S 2010, 1501, note J-Y Kerbouc'h ; RJS 12/10, n°957.

²¹⁶¹ D'ailleurs, la Cour de cassation soumet la validité de la période probatoire à l'accord exprès du salarié. En ce sens : Cass. soc. 16 mai 2012 : A paraître au Bull., n°10-10623 ; A paraître au Bull., n°10-24308 ; JCP S 2012, 1309, note L. Cailloux-Meurice ; RJS 7/ 12, n°609.

magistrat s'efforce de traduire plus justement »²¹⁶². Or, lorsque le juge procède à la requalification de la période d'essai en période probatoire, la recherche de la volonté des parties est artificielle (1). Son action est guidée par la recherche d'une solution adaptée à leurs intérêts (2).

1) La volonté des parties, un fondement artificiel

932. La requalification interprétation, une illusion - Les parties ont convenu de l'existence d'une période d'essai en cours de contrat. Leur intention commune est claire. Elles ont entendu conférer à l'employeur la faculté de rompre le contrat sans être tenues de respecter les dispositions relatives au licenciement. Considérer que les parties ont eu, en réalité, l'intention de prévoir une période probatoire paraît illusoire. Les contractants ne se sont pas trompés sur la qualification de la période concernée. L'action du juge ne consiste pas à rectifier une qualification inexacte. Elle n'aboutit pas à une « requalification-interprétation ». Elle tend à sauver partiellement la clause relative à l'essai.

933. La conversion par réduction, une « requalification-validation » - Certains auteurs distinguent la « requalification-interprétation » et la « conversion par réduction »²¹⁶³. Cette dernière technique permet au juge de procéder au « sauvetage » du contrat. Un contrat est nul au regard de la qualification que lui ont donnée les parties. La conversion par réduction autorise le juge à tirer de cet acte nul un acte nouveau²¹⁶⁴. Dans ce cas, « *ce n'est pas l'acte initialement voulu par les parties qui est maintenu, mais un acte nouveau dont les effets sont moindres que ne l'auraient été ceux de l'acte premier s'il avait été valable* »²¹⁶⁵. Ainsi, un

²¹⁶² A. Couret, Mélanges P. Vigreux t. 1, Collection Travaux et recherches de l'IPA, 1981, p. 220, spéc. n°35, p. 239.

²¹⁶³ V. not. : O. Gout, Le juge et l'annulation du contrat, PUAM, 1999, n°702 s., pp. 477 s. Comp. : C. Larroumet, Droit civil. Les obligations, Le contrat, t. III, 6^{ème} éd., 2007, n°575, p. 589 : « *On a pu quelque fois désigner la disqualification sous le nom de conversion du contrat par réduction, mais l'expression n'est pas heureuse, car il n'y a aucune réduction, au sens véritable du terme. Il n'y a qu'un changement de qualification* ».

²¹⁶⁴ R. Japiot, Des nullités en matière d'actes juridiques, th. Dijon, 1909, p. 672 : « *La conversion (...) est l'opération qui consiste, lorsqu'un acte juridique, tel qu'il a été passé en fait par les parties, est inefficace, mais renferme les éléments nécessaires à la formation d'un acte valable, à tirer de cet acte un acte nouveau qui réponde au but économique que les parties avaient en vue* ».

²¹⁶⁵ M.-E. Pancrazi-Tian, La protection judiciaire du lien contractuel, PUAM, 1996, n°26, p. 37.

contrat qualifié par les parties de contrat de société a été requalifié en contrat de prêt en l'absence d'affectio societatis²¹⁶⁶.

Le juge ne procède-t-il pas à une conversion par réduction lorsqu'il requalifie la période d'essai en période probatoire²¹⁶⁷ ? La période d'essai est nulle. Le juge lui substitue une période probatoire. Cette dernière est dépourvue des vices affectant la période d'essai²¹⁶⁸. Elle ne dispense pas l'employeur du respect des dispositions relatives au licenciement. Mais la période d'essai n'est pas maintenue purgée de ses vices ; un tel procédé s'apparenterait à une nullité partielle. Elle est remplacée par une période probatoire dont la nature diffère²¹⁶⁹. « *La nullité partielle tend à retrancher, la conversion tend au contraire à ajouter à la situation primitive au travers d'une volonté de reconstruire* »²¹⁷⁰.

Sur quel fondement repose l'action du juge ? L'article 140 du BGB décide : « *lorsqu'un acte juridique nul remplit les conditions requises d'un autre acte juridique, ce dernier est valable s'il y a lieu d'admettre que, la nullité étant connue, cette validité aurait été voulue* ». Toutefois, en droit français aucun texte ne prévoit expressément la faculté de recourir à la conversion par réduction.

934. La volonté économique, un fondement avancé - Certains auteurs justifient la conversion par réduction par la recherche de « *la volonté de l'effet économique* »²¹⁷¹. Le juge

²¹⁶⁶ Cass. com. 12 oct. 1993 : Bull. civ. IV, n°330, n°91-13966. V. cep. : O. Gout, Le juge et l'annulation du contrat, PUAM, 1999, note 1739, p. 486.

²¹⁶⁷ En ce sens : Y. Pagnerre, L'acte, in La sanction en droit du travail, éd. Panthéon-Assas, LGDJ Diffuseur, 2012, p. 157, spéc. n°280, p. 173.

²¹⁶⁸ V. à propos de la conversion par réduction : O. Gout, Le juge et l'annulation du contrat, PUAM, 1999, n°719, p. 489 : « *On retire les éléments viciés à l'acte initialement conclu* ». V. aussi : P. Simler, La nullité partielle des actes juridiques, LGDJ 1969, n°13, p. 13 : « *Un de ses éléments essentiels fait défaut ou est vicié, et c'est un autre acte qui le remplace, édifié, en quelque sorte, avec les débris du premier* ».

²¹⁶⁹ R. Japiot, Des nullités en matière d'actes juridiques, th. Dijon, 1909, p. 672 : « *Pour qu'il s'agisse d'une conversion l'acte juridique nouveau doit différer par sa nature de l'acte passé en fait* ». V. aussi : J. Piédelièvre, Des effets produits par les actes nuls, Essai d'une théorie d'ensemble, éd. A. Rousseau, 1911, p. 119.

²¹⁷⁰ A. Couret, La notion juridique de conversion, Mélanges P. Vigreux t. 1, Collection Travaux et recherches de l'IPA, 1981, p. 220, spéc. n°46, p. 243.

²¹⁷¹ F. Terré, L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications, LGDJ, 1956, n°229, p. 216 : « *Si l'on a tort d'analyser la jurisprudence comme reposant sur une interprétation des volontés, puisque celles-ci font défaut, en revanche, il est normal de chercher une solution d'après l'ensemble des éléments de la cause et notamment les éléments subjectifs au sens large, catégorie débordant largement du domaine de la seule volonté qui est prise en considération pour décider de l'existence d'un acte juridique* » ; O. Gout, Le juge et l'annulation du contrat, PUAM, 1999, n°722, p. 491 : « *La conversion par réduction s'appuie davantage sur les effets de la volonté que sur la façon dont elle s'est manifestée à proprement parler* ».

s'attacherait au but économique poursuivi par les parties²¹⁷². Il mettrait « *l'accent sur la finalité économique du contrat pour que la volonté produise des conséquences par-delà l'échec de l'opération primitive* »²¹⁷³. Son intervention serait présumée conforme à la volonté des parties dans la mesure où « *elle permet de sauvegarder certains effets du premier acte* »²¹⁷⁴. Elle « *satisfait au moins partiellement les intérêts initialement poursuivis par les parties à travers la qualification invalidée ou inefficace* »²¹⁷⁵. Pour autant, l'action du juge ne trouverait pas sa source dans la volonté des parties²¹⁷⁶.

En réalité, en requalifiant la période d'essai en période probatoire, le juge fait prévaloir une approche réaliste. Il privilégie l'adoption d'une solution adaptée aux intérêts des parties. La conversion par réduction « *permet de sauver un acte de son anéantissement et concorde ainsi avec les besoins de sécurité et de stabilité qui s'attachent à notre temps* »²¹⁷⁷.

2) *La recherche d'une solution adaptée, une démarche privilégiée*

935. La nullité, une sanction inadaptée - Le juge aurait pu annuler la clause stipulant une période d'essai en cours de contrat. La sanction doit « *s'adapter au but de la règle dont elle*

²¹⁷² J. Piédelièvre, Des effets produits par les actes nuls, Essai d'une théorie d'ensemble, éd. A. Rousseau, 1911, p. 119 : « *On devra (...) avant tout, en s'inspirant de ces idées, s'attacher au but poursuivi, indépendamment du procédé technique employé pour le réaliser* ». V. aussi : R. Japiot, Des nullités en matière d'actes juridiques, th. Dijon, 1909, p. 672 ; O. Gout, Le juge et l'annulation du contrat, PUAM, 1999, n°722, p. 491. V. égal. : X. Perrin, La conversion par réduction des actes et des personnes juridiques, th. Besançon, 1911, p. 123 : « *En réalité, il existe deux plans superposés : le plan économique, dans lequel agissent les parties, et le plan juridique, dont les parties n'ont pas à se préoccuper* ».

²¹⁷³ O. Gout, Le juge et l'annulation du contrat, PUAM, 1999, n°722, p. 491.

²¹⁷⁴ O. Gout, préc., n°723, p. 492.

²¹⁷⁵ D. Baugard, La sanction de requalification en droit du travail, IRJS Editions, 2011, n°38, p. 33.

²¹⁷⁶ A. Couret, préc., n°46, p. 243 : « *La volonté est ici seulement à l'origine de la décision prise ; elle n'en est pas la véritable source* » et n°41, p. 241 : « *Cette volonté n'est jamais véritablement opérante ; elle n'est qu'un mode de déclenchement d'un processus légal dont elle ne contrôle aucunement les effets, ou un des multiples éléments subjectifs dont le juge ne retirera que ce que bon lui semblera pour fonder son choix* ». V. aussi : F. Terré, L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications, LGDJ, 1956, n°229, p. 214 : « *La volonté, pur sujet de qualification, devient malléable de la part du juge qui puise librement au sein des éléments subjectifs, s'inspire d'un élément plutôt que d'un autre et dans cette besogne de reconnaissance des éléments subjectifs, fait en définitive, prévaloir son point de vue* ». V. aussi : O. Gout, préc., n°723, p. 492 : « *La volonté déclenche le processus, car, selon notre magistrat, c'est elle qui a permis la réalisation de l'acte majeur, et c'est sur cet acte que les magistrats s'appuieront pour aboutir à une conversion par réduction. Mais la volonté n'a pas la maîtrise du résultat parce c'est en définitive l'autorité judiciaire qui entérinera le passage de la forme initiale à la forme secondaire* ».

²¹⁷⁷ O. Gout, préc., n°704, p. 479.

tend à assurer l'observation, et au milieu où pratiquement elle intervient »²¹⁷⁸. L'annulation de la stipulation de la période d'essai garantit le respect des dispositions relatives à la rupture du contrat de travail. Est-elle réellement adaptée au milieu où elle intervient ? « *Il y a des conciliations indispensables que l'équité impose sans cependant impliquer l'arbitraire* »²¹⁷⁹. Annuler la période d'essai en cours de contrat aurait pu laisser penser que l'employeur était privé de toute faculté d'appréciation des compétences du salarié en cas de changement d'emploi. Ainsi, « *dans le souci de tenir compte des besoins raisonnables d'une entreprise en matière d'appréciation de la capacité d'un salarié à occuper un autre poste, notamment à l'occasion d'une promotion professionnelle* »²¹⁸⁰, la Cour de cassation a requalifié la clause²¹⁸¹. Une telle solution n'est pas nécessairement défavorable aux salariés. Elle leur évite le risque d'un licenciement pour insuffisance professionnelle²¹⁸². A cet égard, elle est source de stabilité contractuelle.

936. La requalification, une solution pertinente - Une telle requalification est-elle nécessairement conforme au principe de l'indisponibilité de l'objet de la demande ?²¹⁸³ Un salarié se prévaut de la nullité de la période d'essai en cours de contrat. Le juge la requalifie en période probatoire. Ne modifie-t-il pas l'objet du litige ? L'article 4 du code de procédure civile dispose que « *l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties* ». Selon l'article 5, « *le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé* ». La prétention peut être définie comme « *le résultat*

²¹⁷⁸ R. Japiot, Des nullités en matière d'actes juridiques, th. Dijon, 1909, p. 13.

²¹⁷⁹ R. Japiot, préc., p. 176 : « *En face des intérêts de la personne plus spécialement protégée par la nullité, il y a les intérêts généraux respectables de telle autre personne, les intérêts généraux des tiers, les intérêts de la société ...* ». V. égal : p. 169 : « *Le théoricien ne doit pas travailler pour lui-même mais en vue de la pratique ; la théorie doit s'inspirer très intimement des faits, des besoins de la vie réelle, sans quoi, elle risque de s'égarer dans l'abstraction pure, de faire œuvre inutile ou même nuisible* ».

²¹⁸⁰ Obs. ss. Cass. soc. 30 mars 2005 : Bull. Dr. trav., 1er trim. 2005, n°13, p. 61 : « *Cette solution équilibrée retenue par la chambre sociale dans ses arrêts du 30 mars 2005 s'explique par la volonté de ne pas faire supporter au seul salarié le risque d'une éventuelle erreur de jugement de l'employeur sur sa capacité à occuper ce nouvel emploi* ».

²¹⁸¹ V. égal. : X. Carsin, Interdiction de la période d'essai stipulée en cours de relation contractuelle et régime de la période probatoire, JCP S 2005, 1369, n°21 : « *la Cour de cassation semble plutôt désireuse d'établir un équilibre entre les intérêts de l'employeur et ceux du salarié* ».

²¹⁸² En ce sens : X. Carsin, préc., n°21.

²¹⁸³ Sur ce principe, v. not. : S. Guinchard, C. Chainais, F. Ferrand, Dalloz, Procédure civile, Droit interne et droit de l'Union européenne, 31^{ème} éd., Dalloz, 2012, n°476, p. 389. : « *On appelle indisponibilité de l'objet du litige le principe selon lequel le juge est lié par les conclusions prises devant lui et ne peut modifier les termes du litige dont il est saisi* » ; J. Normand, J-Cl, Proc. civile, Fasc. 151, Principes directeurs du procès, 2010, n°26 s. V. égal. : J. Héron, T. Le Bars, Droit judiciaire privé, 5^{ème} éd., Montchrestien, 2012, n°269, p. 217.

économique ou social » réclamé par le demandeur²¹⁸⁴. Or, la requalification d'office de la période d'essai en période probatoire n'a pas d'incidence sur le résultat escompté par le salarié. Lorsqu'il saisit le juge, il réclame le versement d'une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. Que la période d'essai soit considérée comme nulle ou qu'elle soit requalifiée en période probatoire, le salarié a droit au versement de son indemnité. L'objet du litige n'est pas modifié²¹⁸⁵.

En conséquence, la requalification de la période d'essai en période probatoire paraît justifiée. Le fondement juridique sur lequel repose l'action du juge est obscur. Mais la solution retenue est « *équilibrée et concilie tout à la fois le principe de la liberté contractuelle et la nécessaire protection du salarié dans l'évolution de son emploi à laquelle concourent les règles de droit du travail* »²¹⁸⁶.

937. La requalification, une extension souhaitable - Le juge pourrait-il exercer son pouvoir de « requalification-validation » à l'égard des clauses de mobilité ? La Cour de cassation admet de manière incohérente leur validité²¹⁸⁷. A l'instar de la période d'essai en cours de contrat, le juge devrait procéder à leur requalification en clauses de renégociation. Ici encore, la solution n'aboutirait pas à une modification de l'objet du litige. Le salarié licencié pour avoir refusé un changement de lieu de travail réclame le paiement d'une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. Peu importe que son refus réponde à la mise en œuvre d'une clause de mobilité ou s'inscrive dans le cadre d'une procédure de renégociation. Dans ces deux hypothèses, si la mesure porte une atteinte injustifiée ou disproportionnée à sa vie personnelle et familiale, son refus est justifié. Le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse. En conséquence, le juge a la faculté de requalifier la clause de mobilité en clause de renégociation sans pour autant modifier l'objet de la demande du salarié. Il serait donc souhaitable que la « requalification-validation » des clauses de mobilité en clauses de renégociation soit envisagée.

²¹⁸⁴ H. Motulsky, Droit processuel, Montchrestien, 1973, p. 202.

²¹⁸⁵ Le principe du contradictoire doit avoir été respecté (C. proc. civ., art. 16). Le juge doit fonder sa décision sur des faits qui sont dans le débat (C. proc. civ., art. 7). V. not. sur ces conditions : S. Guinchard, C. Chainais, F. Ferrand, Procédure civile, Droit interne et droit de l'Union européenne, 31^{ème} éd., Dalloz, 2012, n°478, p. 391.

²¹⁸⁶ J.-Y. Frouin, Période d'essai, période probatoire et changement d'emploi, RJS 2005, p. 423, spéc. p. 425.

²¹⁸⁷ V. supra, n°653.

938. Conclusion du chapitre 2 : Le juge n'hésite pas à réécrire le contrat en dehors des cas prévus expressément par la loi. Cette réécriture se manifeste notamment par une correction de l'accord des parties. La clause portant une atteinte excessive à la liberté du travail n'est pas nécessairement annulée. Seul l'excès est détruit par le juge, si telle est la volonté du salarié. La correction imposée ne permet pas de préserver la finalité de la règle transgressée. La perfection de la sanction commande de réserver au salarié le choix de l'étendue de la nullité. De même, l'application du principe « à travail égal, salaire égal » aboutit à une correction judiciaire du contrat. Certes, elle n'est ni prononcée, ni ordonnée par le juge ; elle découle de sa solution. Ses effets sont néanmoins conséquents. La rémunération du salarié lésé est alignée sur la rémunération du salarié avantagé. La Cour de cassation ne reconnaît pas aux juges la faculté de fixer une rémunération « moyenne ». Mais ici encore, sa solution tend à préserver la finalité de la règle transgressée. La perspective d'une fixation moyenne des rémunérations n'incite pas à une rationalisation des politiques de rémunération. Le juge consacre une solution conforme à l'exigence de perfection de la sanction.

La substitution de la volonté du juge à celle des parties répond également au souci de privilégier une sanction adaptée. L'indétermination du salaire est, en principe, susceptible de conduire à l'annulation ou à la caducité du contrat de travail. Pourtant, le juge admet la faculté, pour les parties, de renvoyer à un accord ultérieur la détermination du montant de la rémunération variable. A défaut d'accord, il le fixe lui-même. A cet égard, il transpose, en partie, la solution applicable aux honoraires. Il s'agit de remédier à des difficultés d'anticipation du montant de la rémunération variable. L'exigence de détermination et de déterminabilité de la rémunération est « atténuée ». Lorsque la rémunération résulte d'un usage ou d'un engagement unilatéral, la dénonciation devrait, en l'absence d'accord, conduire à la caducité du contrat. La fixation judiciaire de la rémunération préserve alors la stabilité contractuelle, objectif commun aux deux parties. Elle garantit l'efficacité de la règle transgressée en favorisant la dénonciation de l'illicite. La « requalification-validation » des clauses d'essai en cours de contrat en période probatoire a également pour objet d'éviter l'application d'une sanction inadaptée. Le juge procède au sauvetage de la clause. Il concilie les intérêts des deux parties. Sa solution ne résulte pas d'une approche formelle. Le juge retient un raisonnement réaliste qui concourt, en définitive, à la stabilité contractuelle²¹⁸⁸.

²¹⁸⁸ V. Sur cette méthode, R. Vatinet, Les méthodes de raisonnement juridique en droit du travail, in Standards, principes et méthodes en droit du travail, Economica, p. 207.

Conclusion du Titre II

939. La réécriture du contrat de travail par le juge repose sur le pouvoir de correction qu'il tire de l'article 1152 du code civil. Dans cette hypothèse, son pouvoir est encadré ; son champ d'intervention est limité. Les dispositions du code du travail et l'existence d'un ordre public spécifique le restreignent inéluctablement.

La réécriture découle également de l'application du principe prétorien « à travail égal, salaire égal ». Dans cette hypothèse, la correction du contrat n'est pas judiciaire ; elle s'impose aux contractants.

Dans d'autres situations, le juge réécrit sans ambages le contrat. La finalité de la règle transgressée, le souci de perfection de la sanction guident alors son action. L'excès illicite n'entraîne pas la nullité de la clause ; il est éradiqué. La liberté contractuelle est « *expurgée des excès qu'elle a pu sécréter sous la forme de clauses illicites* »²¹⁸⁹. De même, la volonté défaillante des parties sur le montant de la rémunération n'entraîne ni caducité ni nullité du contrat ; elle est suppléée par le juge. Enfin, la période d'essai en cours de contrat n'est pas nulle ; elle est requalifiée en période probatoire. Le choix d'une sanction adaptée est consacré. Le maintien de l'accord de volontés est privilégié.

En conséquence, outre l'article 1152 du code civil, la réécriture judiciaire du contrat n'est pas dépourvue de justifications. Le juge entend privilégier la finalité de la règle transgressée, le choix d'une sanction adaptée, la pérennité du contrat de travail.

²¹⁸⁹ D. Mazeaud, La révision du contrat, LPA, 30 juin 2005, n°129, spéc. n°12.

Conclusion de la partie 2

940. La réécriture dans le sillage de la volonté des parties - La réécriture du contrat de travail résultant de la distinction opérée entre le changement des conditions de travail et la modification du contrat s'inscrit, a priori, dans le sillage de la volonté des parties. Sur le fondement de l'article 1134 du code civil, le juge retient une approche objective de cette dernière. A cet effet, il se fonde sur les éléments de qualification du contrat de travail. Il s'appuie, implicitement, sur le critère de l'importance de la modification, apprécié in abstracto. La réécriture du contrat de travail paraît alors reposer sur le respect de la volonté des parties. Certes, il ne s'agit pas de leur volonté réelle, mais d'une volonté « objectivée » par le juge, dans un souci de sécurité juridique. Par ailleurs, la réécriture aboutit fréquemment au sauvetage du contrat ou de la clause soumise au contrôle judiciaire. Tel est le cas, lorsque le juge dépouille la clause de l'excès qui lui confère son caractère illicite. Il en est de même lorsqu'il se substitue aux parties afin de fixer la rémunération contractuelle. La requalification de la période d'essai en période probatoire est, elle aussi, de nature à garantir la pérennité du lien contractuel²¹⁹⁰. Dès lors, il est permis de penser que dans ces hypothèses, la force obligatoire du contrat n'est pas éludée. A l'inverse, elle est sauvée par le juge.

941. La réécriture à l'opposé de la volonté des parties - Cependant, la réécriture du contrat constitue parfois une négation manifeste de la volonté réelle des parties. Elle est parfois justifiée par l'application d'un texte. L'article 1152 du code civil fonde la correction des clauses d'indemnisation forfaitaire ainsi que des clauses pénales. De même, l'application du principe « à travail, égal, salaire égal » est susceptible d'aboutir à une correction du contrat dictée aux parties par le juge. Dans ces hypothèses, l'atteinte portée à la force obligatoire du contrat n'est pas contestable. Le contrat est soumis au respect de dispositions impératives. En revanche, lorsque le juge procède à la « déqualification » du lieu précisé au contrat ou, à l'inverse, à la contractualisation de la mention indiquant la convention collective applicable, la volonté des parties est douteuse. La notion floue de secteur géographique, dont les parties ne connaissent le périmètre qu'une fois le juge saisi, peut également paraître critiquable. Enfin, la validité des clauses de variation incidente de la rémunération et des clauses de mobilité est incohérente et injustifiée. Le salarié ne peut renoncer au droit de consentir. Ces clauses devraient être requalifiées en clauses de renégociation.

²¹⁹⁰ Elle écarte le risque d'un licenciement pour insuffisance professionnelle (V. supra n°935).

942. En conséquence, la réécriture du contrat de travail par le juge n'est pas dépourvue de fondements. A divers égards, elle paraît justifiée. La pérennité du contrat est privilégiée. Elle n'est contestable que dans certaines hypothèses liées au régime de la modification du contrat de travail. Le juge semble faire preuve d'hésitation entre « volonté objectivée » et « volonté réelle ». Son souci de protection de la force obligatoire du contrat et la recherche antinomique de solutions garantissant la sécurité juridique le conduisent à adopter des solutions incohérentes et critiquables.

Conclusion

943. Des fondements - De sa relecture judiciaire, le contrat de travail ressort enrichi, amputé, rebâti, réécrit. Le juge procède à son adaptation et à sa réfection. Les articles 1134, alinéa 3, et 1135 du code civil justifient l'enrichissement du contrat ; l'addition d'obligations permet d'assurer la pleine efficacité de ce dernier²¹⁹¹. L'amputation garantit le cas échéant, le respect des normes légales ou conventionnelles en vigueur²¹⁹². Au-delà, la réfection conduit à refaçonner le contrat de travail. Fondée sur l'application de l'article 1134, alinéa 2, du code civil, elle participe de la volonté du juge de procéder à « l'objectivation » de la volonté des parties²¹⁹³. Parfois expressément autorisée par le législateur, elle permet de réécrire les clauses d'indemnisation forfaitaire ou clauses pénales²¹⁹⁴. Appuyée sur l'article L. 1121-1 du code du travail, elle consiste à gommer d'éventuels excès²¹⁹⁵. Reposant sur une induction amplifiante des textes relatifs à l'égalité entre hommes et femmes, la réécriture tend à la correction d'un élément contractuel²¹⁹⁶. Rattachée à l'article L. 1231-4 du code du travail, elle prend la forme d'une « requalification-validation »²¹⁹⁷.

Inscrit dans le sillage de la loi, le pouvoir créateur du juge paraît se déployer dans le respect de la force obligatoire du contrat²¹⁹⁸.

²¹⁹¹ V. supra, n°281.

²¹⁹² V. supra, n°287 s.

²¹⁹³ V. supra, n°543 s.

²¹⁹⁴ V. supra, n°699 s.

²¹⁹⁵ V. supra, n°795.

²¹⁹⁶ V. supra, n°866.

²¹⁹⁷ V. supra, n°925.

²¹⁹⁸ Tel n'est pas le cas lorsque le législateur prévoit expressément l'intervention du juge à l'article 1152 du code civil. La force obligatoire du contrat est nécessairement affectée. Mais la réécriture du contrat est prévue par la loi. L'action du juge n'est pas contestable. Dans les autres hypothèses, la force obligatoire n'est pas *a priori* atteinte. En revanche, la liberté contractuelle est considérablement réduite.

944. Des spécificités - Le particularisme du contrat de travail nourrit et éclaire les spécificités de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation. La proximité des normes applicables²¹⁹⁹, l'existence d'un ordre public spécifique²²⁰⁰, les conflits de libertés et de droits fondamentaux²²⁰¹ inhérents à une relation de travail subordonnée en accroissent l'ampleur. Si la quête de la finalité de la règle guide le juge²²⁰², celle d'une « objectivation » permanente de la volonté des parties²²⁰³ et d'une recherche de stabilité contractuelle (dans le jeu du contrat)²²⁰⁴ peut être également aisément identifiée.

945. Des failles - Reste que les articles 1134, alinéa 3, et 1135 du code civil instituent une règle d'interprétation objective alors que certaines solutions de la Cour de cassation sont empreintes de subjectivité²²⁰⁵. Le respect des articles 6 et 1134, alinéa 2, du même code n'est pas toujours avéré²²⁰⁶. La cohérence de certaines constructions jurisprudentielles est fragile²²⁰⁷. L'intention réelle des parties est parfois méconnue²²⁰⁸ au moins autant que l'est, en certaines circonstances, celle du législateur²²⁰⁹, souvent précédé²²¹⁰, voire suppléé par le juge²²¹¹.

946. Des comblements - Mais doit-on réellement regretter « l'intervention légiférante » de la chambre sociale de la Cour de cassation ? A-t-elle toujours le choix ? Il est souvent des doutes à lever, des lacunes à combler. A une intervention du juge, le législateur lui-même appelle. Il n'est que de relire l'article 4 du code civil pour s'en convaincre...

²¹⁹⁹ V. supra, n°286 s.

²²⁰⁰ V. supra, n°291.

²²⁰¹ V. supra, n°466 s.

²²⁰² V. supra, n°463, n°938.

²²⁰³ V. supra, n°232 s., n°543 s.

²²⁰⁴ V. supra, n°162, 244, 900, 935.

²²⁰⁵ V. supra, n°282.

²²⁰⁶ V. supra, n°651 s.

²²⁰⁷ V. supra, n°572 s.,

²²⁰⁸ V. supra, n°694.

²²⁰⁹ V. supra, n°585 s.

²²¹⁰ V. not. supra, n°118.

²²¹¹ V. supra n°534.

Bibliographie

I – OUVRAGES GENERAUX, MANUELS, ANTERIEURS A 1950

ACOLLAS (E.),

- *Manuel de Droit civil, commentaire philosophique et critique du code Napoléon contenant l'exposé complet des systèmes juridiques, t. II, 2^{ème} éd.*, Paris, Germer-Baillière, 1874.

AUBRY (C.) et RAU (F.-C.),

- *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zacharie, t. 4, 4^{ème} éd.*, Paris, Marchal et Billard, 1871.
- *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zacharie, t. 4, 5^{ème} éd.*, Paris, Marchal et Billard, 1902.

BAUDRY-LACANTINERIE (G.),

- *Précis de droit civil, t. I, Paris*, L. Larose et Forcel, 1882.

BAUDRY-LACANTINERIE (G.) et BARDE (L.),

- *Traité théorique et pratique de droit civil des obligations, t. 1^{er}, 3^{ème} éd.*, L. Larose & L. Tenin, 1906.

BEUDANT (C.),

- *Cours de droit civil français, t. VIII, 2^{ème} éd.*, éd. A. Rousseau, 1936.

BOILEUX (J. M.),

- *Commentaire sur le code civil contenant l'explication de chaque article séparément, 5^{ème} éd., t. II*, Paris, Joubert, 1843.

CAPITANT (H.),

- *De la cause des obligations*, Réimpression de l'éd. de 1927, Coll. De la faculté Jean Monnet, Ass. H. Capitant, Des amis de la culture juridique française, éd. La mémoire du droit, 2012.

DEMANTE (A.M.),

- *Cours de Code civil, par E. Colmet de Santerre, t. 5*, Paris, Plon, 1865.
- *Cours analytique de code civil, t. VII*, Paris, Plon, 1873.
- *Cours analytique de code civil, Introduction, t. I, 2^{ème} éd.*, Paris, Plon, 1881.

DEMOGUE (R.),

- *Traité des obligations en général, I, Sources de obligations, t. V*, éd. Arthur Rousseau, 1925.
- *Traité des obligations en général, II, Effets des obligations, t. VI*, éd. Arthur Rousseau, 1931.

DEMOLOMBE (C.),

- *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général, t. 1^{er}*, Paris, 1877.

DOMAT (J.),

- *Les lois civiles dans leur ordre naturel, Suivies du droit public, Nouvelle édition, Revue et corrigée, t. 1^{er}*, Luxembourg, André Chevalier, 1702.

DURAND (P) ET JAUSSAUD (R.),

- *Traité de droit du travail, t. 1*, Dalloz, 1947.

DURANTON (A),

- *Traité des contrats et des obligations en général, t. 1*, Paris, 1819.

ESMEIN (A),

- *Cours élémentaire d'histoire du droit français, 15^{ème} éd.*, Sirey, 1925.

FERRIERE (C.-J.) (de),

- *Dictionnaire de droit et de pratique, t. 1, 3^{ème} éd.*, Paris, éd. Bauche, 1771.

GIRARD (P. F.),

- *Manuel élémentaire de droit romain, 8^{ème} éd.*, 1929, rééd. par J.-P. Lévy, Dalloz, 2003.

HUC (T),

- *Commentaire théorique et pratique du code civil, t. VII*, Cotillon, 1894.

LAURENT (F.),

- *Principes de droit civil, t. 1*, Bruxelles, Bruylant, Christophe et Cie, Paris, A. Durand et Pédone Lauriel, 1869.

MARCADE (V.),

- *Explication théorique et pratique du Code Napoléon, t. 4, 7^{ème} éd.*, Paris, Delamotte, 1873.

MONIER (R.),

- *Manuel élémentaire de droit romain, t. 1^{er}, 6^{ème} éd.*, 1947, Réimpression, Scienta Verlag Aalen, 1970.

MOURLON (F.),

- *Répétitions écrites sur le deuxième examen du Code Napoléon contenant l'exposé des principes généraux, leurs motifs et la solution des questions théoriques*, Paris, A. Marescq, 1850.

PAGE (H) (de),

- *Traité élémentaire de droit civil belge. Principes - doctrine - jurisprudence, t. 2, Les incapables, les obligations (première partie)*, Bruylant-Sirey, 1934.

PIEDELIEVRE (J.),

- *Des effets produits par les actes nuls, Essai d'une théorie d'ensemble*, éd. A. Rousseau, 1911.

PLANIOL (M) et RIPERT (G),

- *Traité pratique de droit civil français, t. VI, Obligations, 1^{ère} partie, par P. Esmein, 2^{ème} éd.*, LGDJ, 1930.

POTHIER (R-J),

- *Traité des obligations, Œuvres de Pothier, annotées et mises en corrélation avec le code civil et la législation actuelle, par M. Bugnet, t. II, Eloge de Pothier, Traité des obligations. De la prestation des fautes, Videcoq, Cosse et Delamotte, 1848.*

RIPERT (G) et J. BOULANGER (J),

- *Traité élémentaire de droit civil, d'après le Traité de Planiol, t. II, LGDJ, 1957.*

SAVIGNY (M. F. C.) (de),

- *Traité de droit romain, traduit par M. Guenoux, t. 8, 2^{ème} éd., Paris, éd. de Firmin, Didot, 1860.*

TOULLIER (C.B.M.)

- *Le droit civil français suivant l'ordre du code, t. 6, Paris, Nève, 1812.*
- *Le droit civil français suivant l'ordre du code, t. 6, Paris, 4^{ème} éd., Warée, 1824.*

II – OUVRAGES GENERAUX, MANUELS, POSTERIEURS A 1950

BACACHE-GIBEILI (M.),

- *Droit civil, Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle, t. V, 1^{ère} éd., Economica, 2007.*

BENABENT (A.),

- *Les obligations, 13^{ème} éd., Montchrestien, 2012.*

BRUN (A.) ET GALLAND (H.),

- *Droit du travail, Sirey, 1958.*

CABRILLAC (R.)

- *Droit européen comparé des contrats, LGDJ, 2012.*

CAMERLYNCK (G. H.)

- *Traité de droit du travail, Le contrat de travail, 2^{ème} éd., Dalloz, 1982.*

CARBONNIER (J.),

- *Droit civil, Les obligations, t. 4, 21^{ème} éd. refondue, PUF Thémis, 1998.*
- *Droit civil, Les biens, Les obligations, 22^{ème} éd. refondue, 2000, Vol. 2, Quadriga, PUF Thémis, 2004.*
- *Droit civil, Introduction, texte de la 27^{ème} éd. refondue, 2002, Vol. 1, Quadriga, PUF, Thémis, 2004.*
- *La famille, L'enfant, le couple, Droit civil, 21^{ème} éd. refondue, 2002, Vol. 1, Quadriga, PUF, Thémis, 2004.*

CORNU (G.),

- *Introduction au droit, 13^{ème} éd., Domat, Montchrestien, 2007.*

COUTURIER (C.),

- *Droit du travail, Les relations individuelles, PUF, 1990.*
- *Droit du travail, Les relations individuelles, 2^{ème} éd., PUF, 1993.*

DEAKIN (S.), MORRIS (G. S.),

- *Labour Law, Fifth Edition, Hart Publishing, 2009.*

DESPAX (M.),

- *Conventions collectives, Traité de droit du travail, 2^{ème} éd., Dalloz, 1989.*

DURAND (P.) avec le concours de VITU (A.),

- *Traité de droit du travail, t. II, Dalloz, 1950.*

DURAND (P.),

- *Traité de droit du travail, t. III, Dalloz, 1956.*

FABRE-MAGNAN (M.)

- *Droit des obligations, t. I, 3^{ème} éd., Thémis, PUF, 2012.*

FERRAND (F.)

- *Droit privé allemand, Dalloz, 1997.*

FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), E. SAVAUX (E.),

- *Introduction au droit*, 13^{ème} éd., Sirey, 2010.
- *Droit civil. Les obligations, 3/ Le rapport d'obligation*, 7^{ème} éd., Sirey, 2011.
- *Droit civil. Les obligations, 1/ l'acte juridique*, 15^{ème} éd., Sirey, 2012.

GAUDU (F.) ET VATINET (R.),

- *Traité des contrats, Les contrats de travail*, ss. la dir. de GHESTIN (J.), LGDJ, 2001.

GHESTIN (J), GOUBEAUX (G.), FABRE-MAGNAN (M.),

- *Introduction générale*, LGDJ, 1994.

GHESTIN (J.), JAMIN (C.), BILLAU (M.),

- *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, 3^{ème} éd., LGDJ, 2001.

GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.), FERRAND (F.),

- *Procédure civile, Droit interne et droit de l'Union européenne*, 31^{ème} éd., Dalloz, 2012.

HERON (J.), LE BARS (T.),

- *Droit judiciaire privé*, 5^{ème} éd., Montchrestien, 2012.

JOURDAIN (P.),

- *Les principes de la responsabilité civile*, 8^{ème} éd., Dalloz, 2010.

LARROUMET (C.),

- *Droit civil, Les obligations, Le contrat, t. III*, 6^{ème} éd., Economica, 2007.

LE TOURNEAU (P.),

- *Droit de la responsabilité des contrats*, 7^{ème} éd., Dalloz Action, 2008.

LOKIEC (P.),

- *Droit du travail, t. 1, Les relations individuelles*, PUF, 2011.

LYON-CAEN (G.) ET PELISSIER (J.),

- *Droit du travail*, 16^{ème} éd., Dalloz, 1992.

MACQUERON (M.),

- *Histoire des obligations, Le droit romain*, Aix en Provence, Publication du centre d'histoire institutionnelle et économique de l'antiquité romaine, 1971.

MALAURIE (P.), AYNÈS (L.), STOFFEL-MUNCK (P.),

- *Droit civil, Les obligations*, 4^{ème} éd., Defrénois, 2009.
- *Droit civil, Les obligations*, 5^{ème} éd., Defrénois, 2011.

MALAURIE (P.), MORVAN (P.),

- *Introduction générale*, 3^{ème} éd., Defrénois, 2012,

MALINVAUD (P.), FENOUILLET (D.),

- *Droit des obligations*, 12^{ème} éd., Lexisnexis, 2012.

MARTY (G.) et RAYNAUD (P.),

- *Les obligations, Les sources, t. 1*, 2^{ème} éd., 1987.

MAZEAUD (A.),

- *Droit du travail*, 8^{ème} éd., Montchrestien, 2012.

MAZEAUD (H. J. et L.) et CHABAS (F.),

- *Leçons de droit civil, Les obligations, 9^{ème} éd.*, Montchrestien, 1998.

MAZEAUD (H.) ET L., TUNC (A.),

- *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, t. I, 5^{ème} éd.*, Montchrestien, 1957.

MORETEAU (O.),

- *Droit anglais des affaires*, Dalloz, 2000.

MOTULSKY (H.),

- *Droit processuel*, Montchrestien, 1973.

OLIVIER MARTIN (F.),

- *Histoire du droit français, Des origines à la Révolution*, éd. CNRS, 1992.

PEDAMON (M.),

- *Le contrat en droit allemand, 2^{ème} éd.*, LGDJ, 2004.

PELISSIER (J.), AUZERO (G.), DOCKES (E.),

- *Droit du travail, 27^{ème} éd.*, Dalloz, 2013.

PLANIOL (M.) ET RIPERT (G.),

- *Traité pratique de droit civil français, Obligations, t. VI, 2^{ème} éd.*, LGDJ, 1952.

RIGAUDIÈRE (A.),

- *Histoire du droit et des institutions dans la France médiévale et moderne*, Economica, 2010.

RIPERT (G.) et BOULANGER (J.),

- *Traité élémentaire de droit civil, d'après le Traité de Planiol, t. II*, LGDJ, 1957.

ROYER (J.-P.),

- *Histoire de la justice en France, 2^{ème} éd.*, PUF, 1995.

SERIAUX (A.),

- *Droit des obligations, 2^{ème} éd.*, PUF, 1998.

STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.),

- *Obligations t. 2, Contrat, 5^{ème} éd.*, Litec, 1995.
- *Obligations, t. 2, Contrat, 6^{ème} éd.*, Litec, 1998.

TERRE (F.), SIMLER (P.), LEQUETTE (Y.),

- *Droit civil. Les obligations, 10^{ème} éd.*, Dalloz, 2009.

TEYSSIE (B.),

- *Droit du travail, Relations individuelles de travail, 2^{ème} éd.*, Litec, 1992.
- *Droit du travail, Relations collectives, 8^{ème} éd.*, Lexisnexis, 2012.

VANNES (V.),

- *Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques, 3^{ème} éd.*, Bruylant, 2011.

VINEY (G.), JOURDAIN (P.),

- *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité, 3^{ème} éd.*, LGDJ, 2006.

WEILL (A.) ET TERRE (F.),

- *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 1980.

WITZ (C.)

- *Droit privé allemand, t. 1, Actes juridiques, droits subjectifs*, Litec 1992.

WYLER (R.),

- *Droit du travail*, Stämpfli Editions SA Berne, 2008.

III – OUVRAGES SPECIAUX, THESES ET MONOGRAPHIES

ALBIGES (C.),

- *De l'équité en droit privé*, LGDJ, 2000.

ALIPRANTIS (N.),

- *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, LGDJ, 1980.

ALISSE (J.),

- *L'obligation de renseignement dans les contrats*, th. Paris II, 1975.

ALLAND (D.), RIALS (S.),

- *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige, PUF, 2003.

AMIEL-DONAT (J.),

- *Les clauses de non-concurrence en droit du travail*, Litec, 1988.

ANCEL (M.-E.),

- *La prestation caractéristique du contrat*, Economica, 2002.

AUBRY (H.),

- *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats*, PUAM, 2002.

AUGUET (Y.),

- *Concurrence et clientèle. Contribution à l'étude critique du rôle des limitations de concurrence pour la protection de la clientèle*, LGDJ, 2000.

BASTIAN (D.),

- *Essai d'une théorie générale de l'opposabilité*, th. Paris, Sirey, 1929.

BAUGARD (D.),

- *La sanction de requalification en droit du travail*, IRJS Editions, 2011.

BAYEN (P.),

- *Les arrêts de règlement du Parlement de Paris au XVIIIème siècle*, Dimension et doctrine, PUF, 1997.

BERGEL (J.-L.),

- *Théorie générale du droit*, 5^{ème} éd., Dalloz, 2012.

BERTHIAU (D.),

- *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, LGDJ, 1999.

BEVORT (A.), JOBERT (A.),

- *Sociologie du travail, Les relations professionnelles*, 2^{ème} éd., A. Colin, 2011.

BLANC-JOUVAN (G.),

- *L'après-contrat, Etudes à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, PUAM, 2003.

BLOCH (C.),

- *L'obligation contractuelle de sécurité*, PUAM, 2002.

BLOUD-REY (C.),

- *Le terme dans le contrat*, PUAM, 2003.

BONNECASE (J.),

- *L'école de l'exégèse*, 2^{ème} éd., Paris, de Boccard, 1924.

BORENFREUND (G.) ET VACARIE (I) (ss. la dir.),

- *Le droit social, l'égalité et les discriminations*, Dalloz, 2013.

CACHARD (O.), LICARI (F.-X). ET LORMANT (F.), (ss. la dir. de),

- *La pensée de François Gény*, Dalloz, 2013.

CANUT (F.),

- *L'ordre public en droit du travail*, LGDJ, 2007 .

CAPITANT (H.), TERRE (F.), LEQUETTE (Y.),

- *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t. 2*, 12^{ème} éd., Dalloz, 2008.

CARSIN (X.),

- *La renonciation en droit du travail*, th. Paris I, 2006.

CATALA (P.),

- *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La documentation française, 2006.

CESARO (J.-F.),

- *Le doute en droit privé*, éd. Panthéon Assas, 2003.
- (ss. la dir. de), *L'égalité en droit social*, LexisNexis, 2012.

CHAABAN (R.),

- *La caducité des actes juridiques*, LGDJ, 2006.

CHAGNY (M.),

- *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Dalloz, 2004.

CHALARON (Y.),

- *Négociations et accords collectifs d'entreprise*, Pratique sociale, ss. la dir. de B. Teyssié, Litec, 1990.

CORGAS-BERNARD (C.),

- *La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée*, PUAM, 2006.

CORNESSE (I),

- *La proportionnalité en droit du travail*, Litec, 2001.

COURDIER-CUISINIER (A.-S.),

- *Le solidarisme contractuel*, Litec, 2006.

COUTURIER (G.),

- *La confirmation des actes nuls*, LGDJ, 1972.

DARMAISIN (S.),

- *Le contrat moral*, LGDJ, 2000.

DECOCQ (A.),

- *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, LGDJ, 1960.

DESGORCES (R.),

- *La bonne foi dans le droit des contrats : rôle actuel et perspectives*, th. Paris II, 1992.

DROSS (W.),

- *Clausier, dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, 2^{ème} éd., 2011.

DUCLOS (J.),

- *L'opposabilité, essai d'une théorie générale*, 1984, LGDJ.

DWORKIN (R.),

- *L'empire du droit*, PUF, 1994.

FABRE (A.),

- *Le régime du pouvoir de l'employeur*, LGDJ, 2010.

FAGES (B.),

- *Le comportement du contractant*, PUAM, 1997.

FARJAT (G.),

- *L'ordre public économique*, LGDJ, 1963.

FAURE-ABBAD (M.),

- *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, LGDJ, 2003.

FENET (P.-A.),

- *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, t. I, 1827, réimpr. 1968.
- *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, t. VI, 1827, réimpr. 1968.
- *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, t. XIII, 1827, réimpr. 1968.

FOUILLEE (A.),

- *La science sociale contemporaine*, 2^{ème} éd., Paris, Hachette, 1885.

GARRON (F.),

- *La caducité du contrat*, PUAM, 1999.

GAUDEMET (E.),

- *L'interprétation du code civil en France depuis 1804*, Coll. du deuxième centenaire du code civil, éd. La mémoire du droit, 2002.

GAUDEMET (S.),

- *La clause réputée non écrite*, Economica, 2006.

GEA (F.),

- *Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle*, LGDJ, 2009.

GENICON (T.),

- *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ, 2007.

GENY (F.),

- *Méthode d'interprétation et sources en droit positif privé*, t. I, Préf. De R. Saleilles, LGDJ, 1919.

GHESTIN (J.),

- *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006.

GOMY (M.),

- *Essai sur l'équilibre de la convention de non-concurrence*, PUP, 1999.

GORPHE (F.),

- *Le principe de la bonne foi*, th, Paris, Dalloz, 1928.

GOUNOT (E.),

- *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Rousseau, 1912.

GOUT (O.),

- *Le juge et l'annulation du contrat*, PUAM, 1999.

GRATTON (L.-K.),

- *Les clauses de variation*, Dalloz, 2011.

GRYNBAUM (L.) ET NICOD (M.) (ss. la dir.),

- *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004.

GUELFUCCI-THIBIERGE (C.),

- *Nullité, restitutions et responsabilité*, LGDJ, 1992

HANNEQUART (Y.),

- *La portée du contrat*, Les nouvelles, Corpus Juris Belgici, Droit civil, t. IV, vol. II, Larcier, 1958.

HAURIOU (M.),

- *Précis de droit administratif et de droit public*, 6^{ème} éd., Sirey, 1907.

HEAS (F.),

- *Le reclassement du salarié en droit du travail*, LGDJ, 2000.

HELLERINGER (G.),

- *Les clauses du contrat, essai de typologie*, LGDJ, 2012.

HENOT (F.),

- *La renonciation du salarié*, th. Université de Picardie, 1996.

HESSELINK, (M. W),

- *The concept of good faith, Toward a European civil code, Third fully revised and expanded edition*, Kluwer Law International, 2004.

HOUTCIEFF (D.),

- *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, PUAM , 2001.

HUET (J.),

- *Responsabilité contractuelle et délictuelle, Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, th. dactyl. Paris II, 1978.

HUFTAU (Y.),

- *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, PUF, 1965.

JACQUES (P.),

- *Regards sur l'article 1135 du code civil*, Dalloz, 2005.

JALUZOT (B.),

- *La bonne foi dans les contrats, Etude comparative de droit français, allemand et japonais*, Dalloz, 2001.

JAPIOT (R.),

- *Des nullités en matière d'actes juridiques*, th. Dijon, 1909.

JEANSEN (E.),

- *L'articulation des sources du droit, essai en droit du travail*, Economica, 2008.

JOBARD BACHELLIER (M.N.), BACHELLIER (X.),

- *La technique de cassation*, 7^{ème} éd., Dalloz, 2010, p. 53.

JOSSERAND (L.),

- *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, éd. A. Rousseau, 1897.
- *De l'esprit des lois et de leur relativité. Théorie dite « de l'abus des droits »*, 2^{ème} éd., Dalloz, 1939.

KADNER GRAZIANO (T.),

- *Le contrat en droit privé européen, Exercices de comparaison*, 2^{ème} éd., Helbing Lichtenhahn, LGDJ, Bruylant, 2010.

KANT (E.),

- *Les fondements de la métaphysique des mœurs*, publié en 1785, Traduction de E. Barni, 1848.
- *Critique de la raison pratique*, publiée en 1788, Traduction de E. Barni, 1848.

KLEIN (J.),

- *Le point de départ de la prescription*, th. Paris II, 2010.

LAITHIER (Y. M.),

- *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, 2004.

LATINA (M.),

- *Essai sur la condition en droit des contrats*, LGDJ, 2009.

LE BRET (C.),

- *Traité de la souveraineté, livre I, Chap 9*, Paris, 1689.

LE GAC-PECH (S.),

- *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ, 2000.

LEGAL (A.) et BRETHER DE LA GRESSAYE (J.),

- *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, Sirey, 1938.

LESAGE (M.),

- *Les interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice (Contribution à l'étude du principe de séparation des pouvoirs)*, LGDJ, 1960.

LETTERON (R.),

- *Libertés publiques*, 9^{ème} éd., Dalloz, 2012.

LOCKE (J.),

- *Le second traité du gouvernement civil*, PUF, 1994.

LOKIEC (P.),

- *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004.

LONG (M.), WEIL (P.), BRAIBANT (G.), DELVOLVE (P.) ET GENEVOIS (B.),

- *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 16^{ème} éd., Dalloz, 2007.

LOUIT-MARTINOD (N.),

- *L'évolution contemporaine du droit des contrats de travail à durée limitée*, PUAM, 2003.

LYON-CAEN (A.),

- *Le droit du travail, une technique réversible*, Dalloz, 1995.

MACCORMICK (N.),

- *Raisonnement juridique et théorie du droit*, PUF, 1996.

MALAURIE (P.),

- *Les contrats contraires à l'ordre public*, th. Paris, éd. Matot-Braine, Reims, 1953.

MARTINON (A.),

- *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, Dalloz, 2005.

MARTY (R.),

- *De l'absence partielle de cause de l'obligation et de son rôle dans les contrats à titre onéreux*, th. Paris II, 1995.

MATHIEU-IZORCHE (M.-L.),

- *Le raisonnement juridique*, Thémis, PUF, 2001.

MAZEAUD (D.),

- *La notion de clause pénale*, LGDJ, 1992.

MAZEAUD (D.) FAUVARQUE-COSSON, (B), CHAINAIS C., (ss. la coord.) et TENENBAUM A. (ss. la dir.),

- *Projet de cadre commun de référence, Terminologie contractuelle commune, Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, Vol. 6, Société de législation comparée*, 2008.

MEKKI (M.),

- *L'intérêt général et le contrat*, LGDJ, 2004.

MEYER (N.),

- *L'ordre public en droit du travail*, LGDJ, 2006.

MILHAC (O.),

- *La notion de condition dans les actes à titre onéreux*, LGDJ, 2001.

MONTESQUIEU,

- *De l'esprit des lois, livre XI, chap. IV*, éd. Gallimard, 1995.

MORIN (M.-L.),

- *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, LGDJ, 1994.

MORVAN (P.),

- *Le principe de droit privé*, éd. Panthéon-Assas, 1999.

MOULY-GUILLEMAUD (C.),

- *Retour sur l'article 1135 du code civil, une nouvelle source du contenu contractuel*, LGDJ, 2006.

PAGE (H.), (de),

- *A propos du gouvernement des juges. L'équité en face du droit*, Sirey-Bruylant, 1931.

PANCRAZI-TIAN (M.-E.),

- *La protection judiciaire du lien contractuel*, PUAM, 1996.

PELISSIER (J.), LYON-CAEN (A.), JEAMMAUD (A.), DOCKES (E.),

- *Les grands arrêts du droit du travail*, 4^{ème} éd., Dalloz, 2008.

PELLE (S.),

- *La notion d'interdépendance contractuelle*, Dalloz, 2007.

PELLET (S.),

- *L'avenant au contrat*, IRJS Editions, 2010.

PENAUD (P.), AMGHAR (Y.-G.), BOURDAIS (J.-F.), DEUMIE (B.), DUPAYS (S.), LALOUE (F.), LEOST (H.), MOLEUX (M.), SCOTTON (C.),

- *Politiques sociales*, 2^{ème} éd., Presses de Sciences Po et Dalloz, 2013.

PENIN (O.),

- *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat*, LGDJ, 2012.

PERELMAN (C.),

- *Logique juridique, nouvelle rhétorique*, Dalloz, 1999.

PERES-DOURDOU (C.),

- *La règle supplétive*, LGDJ, 2004.

PERRIN (X.),

- *La conversion par réduction des actes et des personnes juridiques*, th. Besançon, 1911.

PESCATORE (P.),

- *La séparation des pouvoirs et l'office du juge de Montesquieu à Portalis*, Rapport présenté le 23 nov. 2004 à l'occasion du bicentenaire du code civil, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 62.

PICOD (Y.),

- *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ, 1989.

PIETTE (G.),

- *La correction du contrat*, PUAM, 2004.

RANOUIL (V.),

- *L'autonomie de la volonté, Naissance et évolution d'un concept*, PUF, 1980.

RIEG (A.),

- *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, LGDJ, 1961.

ROCHFELD (J.),

- *Cause et type de contrat*, LGDJ, 1999.
- *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2011.

RODIERE (P.),

- *La convention collective en droit international*, th. Paris I, 1977.

ROMAIN (J.-F.),

- *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé, Des atteintes à la bonne foi, en général et de la fraude, en particulier*, Bruylant, Bruxelles, 2000.

ROUHETTE (G.), DE LAMBERTERIE (I.), TALLON (D.), WITZ (C.),

- *Les principes du droit européen des contrats, Droit privé comparé et européen*, Société de législation comparée, 2003.

ROUILLER (N.),

- *Droit suisse des obligations et Principes du droit européen des contrats*, Ceditac 72, Lausanne, 2007.

SAINCTELETTE (C.),

- *De la responsabilité et de la garantie*, Bruxelles-Paris, Bruylant-Christophe, A. Chevalier-Marescq, 1884.

SALEILLES (R.),

- *Les accidents du travail et la responsabilité civile, Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*, éd. A. Rousseau, 1897.

SERRA (Y.),

- *La non-concurrence en matière commerciale, sociale et civile (Droit interne et communautaire)*, Dalloz, 1991.

SEUBE (J.-B.),

- *L'indivisibilité des actes juridiques*, Litec, 1999.

SIMLER (P.),

- *La nullité partielle des actes juridiques*, LGDJ, 1969.

STOFFEL-MUNCK (P.),

- *Regards sur la théorie de l'imprévision, vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, PUAM, 1994.
- *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, LGDJ, 2000.

SUPIOT (A.),

- *Le juge et le droit du travail*, th. Bordeaux I, 1979,
- *Critique du droit du travail*, PUF, 1994.

TAISNE (J.),

- *La notion de condition dans les actes juridiques*, th. Lille, 1977.

TERRE (F.),

- *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ, 1956.
- *Pour une réforme du droit des contrats*, Réflexions et propositions d'un groupe de travail sous l'impulsion de M. François Terré, président de l'Académie des Sciences morales et politiques, in *Pour une réforme du droit des contrats*, ss. la dir. de F. Terré, Dalloz, 2009.

TISSEYRE (S.),

- *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats*, PUAM, 2012.

TEYSSIE (B.),

- *Les groupes de contrat*, LGDJ, 1975.

VALORY (S.),

- *La potestativité dans les relations contractuelles*, PUAM, 1999.

VIRVILLE (M.) (de),

Pour un code du travail plus efficace, Rapport au Ministre des affaires sociales du travail et de la solidarité, La documentation française, 2004.

VOUIN (R.),

- *La bonne foi, notion et rôle actuels en droit privé français*, LGDJ, 1939.

WEBER (M.),

- *Sociologie du droit*, PUF, Quadrige, 2007.

IV - REPERTOIRES, FASCICULES

ALLIOT (J.-L.),

- J-Cl. Trav., *Fasc. 32-2, Indemnité de licenciement*, 2009.

BACACHE (M.),

- Rép. civ. Dalloz, *Indivisibilité*, 2009.

BUCHER (C.-E.),

- J-Cl. Concurrence Consommation, *Fasc. 111, Clause de non-concurrence – validité*, 2012.

CADIET (L.) ET LE TOURNEAU (P.),

- Rép. civ. Dalloz, *Abus de droit*, 2008.

CHALARON (Y.),

- J-Cl. Trav., *Fasc. 1-34, Négociation, Conventions et accords collectifs. Application*, 2000.
- J-Cl. Trav., *Fasc. 1-36, Négociation, Conventions et accords collectifs. Rapports avec les autres sources de droit*, 2000.

COURSIER (P.),

- J-Cl Trav., *Fasc. 19-66, Mobilité internationale - conflits de juridictions*, 2009.

DALLOZ (A.) et DALLOZ (Ar.) (par),

- Rép. Dalloz de législation, de doctrine et de jurisprudence, *Obligations*, t. 33^{ème}, 1860.

DELEBECQUE (P.),

- J-Cl Civil, *Art. 1146 à 1155, Fasc. 22, Régime de la réparation*, 2005.

LE TOURNEAU (P.),

- Rép. civ., Dalloz, *Bonne foi*, 2009.

MARTIN (G. J.),

- J-Cl Civil, *Art. 1126-1130, Fasc. 10, Contrats et obligations – objet du contrat*, 2009.

MEKKI (M.),

- J-Cl. Civil, *Art. 1191 à 2002, Fasc. 20, Mandat*, 2010.

NORMAND (J.),

- J-Cl, Proc. civile, *Fasc. 151, Principes directeurs du procès*, 2010,

PICOD (Y.),

- Rép. civ. Dalloz, *Nullité*, 2004.

PICOD (Y.), ROBINNE (F.),

- Rép. civ. Dalloz, *Dr. du trav., Concurrence*, 2009.

ROCHFELD (J.),

- Rép. civ. Dalloz, *Cause*, 2012.

SEUBE (J.-B.)

- J-Cl. Civ., *Art. 1217 à 1225, Fasc. Indivisibilité*, 2010.

V – ARTICLES, CHRONIQUES, CONCLUSIONS

ADAM (P.),

- *Sur la vie personnelle : cinquante ans après Despax, Regard sur quelques arrêts rendus en 2011*, RDT 2012, p. 100.

ALBIGES (C.),

- *L'équité dans le jugement*, in *L'équité dans le jugement*, ss. la dir. M.-L. Pavia, L'Harmattan, 2003.

ALFANDARI (E.),

- *Le contrôle des clauses pénales par le juge*, JCP G 1971, I, 2395.

AMRANI-MEKKI (S.),

- *Indivisibilité et ensemble contractuels, l'anéantissement en cascade des contrats*, Rép. Defr., 2002, art. 37505, p. 355.

ANCEL (P.),

- *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, RTD civ. 1999, p. 771,
- Et FAUVARQUE-CAUSSON (B.), WINTGEN (R.), *La théorie du fondement contractuel et son intérêt pour le droit français*, RDC 2006, p. 897.

ANDERMAN (S.),

- *Regards, La clause de non-concurrence*, RDT 2007, p. 674.

ANSELME-MARTIN (O.),

- *Étude critique du devoir d'exécuter les conventions de bonne foi*, LPA, 22 janv. 1997, n°10, p. 17.

ANTONMATTEI (P.-H.),

- *L'incidence des accords Aubry sur les contrats individuels de travail*, LPA, 2 sept. 1998, n°105, p. 33.
- *Bref retour sur la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation*, Mélanges C. Mouly, Litec, 1998, p. 3,
- *Les éléments du contrat de travail*, Dr. soc. 1999, p. 332.
- *Les clauses du contrat sous haute surveillance judiciaire*, Liaisons sociales magazine, nov. 2000, p. 74.
- *Avantage catégoriel d'origine conventionnelle et le principe d'égalité de traitement : évitons la tempête*, Dr. soc. 2009, p. 1169.

ASQUINAZI-BAILLEUX (D.),

- *Droit à l'emploi et dignité, Ethique, droit et dignité de la personne*, Mélanges C. Bolze, Economica, 1999, p. 123.

AUBERGER (M.),

- *Un autre regard sur François Gény et son œuvre*, RTD civ. 2010, p. 261.

AUBERT (J.-L.),

- Et BANDRAC (M.), BRETON (A.), CARBONNIER (J.), CORNU (G.), GOBERT (M.), TERRE (F.), TUNC (A.), ZENATI (F.), *La jurisprudence aujourd'hui, libres propos sur une institution controversée*, RTD civ. 1992, p. 337.

AUBERT-MONPEYSSEN (T.),

- *Principe « A travail égal, salaire égal » et politiques de gestion des rémunérations*, Dr. soc. 2005, p. 18.
- *Peut-on contourner le principe d'égalité de rémunération en jouant sur les sources ?*, JCP E 2006, 1909.
- *Principe « à travail égal, salaire égal »*, *Quels éléments objectifs justifient une différence de rémunération*, JCP S 2007, 1960.
- Et PELISSIER (J.), *L'égalité de traitement dans les conventions collectives : une jurisprudence au milieu du gué*, in 13 paradoxes en droit du travail, ss. la direction de P. Waquet, Lamy Axe Droit, 2012, p. 275.
- *Egalité : des exigences trop fortes*, RDT 2012, p. 129.

AUBRY (M.-C.),

- *Retour sur la caducité en matière contractuelle*, RTD civ. 2012, p. 625.

AUGUET (Y.),

- *La légitimité de la clause de non-concurrence en droit du travail*, LPA 24 juin 1998, n°75, p. 14.
- *Au nom de la cause (...), vive la généralisation du critère de proportionnalité !*, Dr. et pat. 2001, n°91, p. 33.

AUZERO (G.),

- *L'application du principe d'égalité de traitement dans l'entreprise*, Dr. soc. 2006, p. 822.
- Et CHONNIER (J.-M.), *Les conventions et accords collectifs de travail à l'épreuve de l'égalité de traitement*, Dr. soc. 2011, p. 52.
- *Avantages catégoriels, principe d'égalité et négociation collective*, RDT 2012, p. 269.

AYNES (L.),

- *Le devoir de renégocier*, RJ com. 1999, p. 11.
- *Motivation et justification*, RDC 2004, p. 555.

BACH (L.),

- *La jurisprudence est-elle oui ou non, une source du droit ?*, Mélanges Héron, 2008, LGDJ, Lextenso, p. 47.

BAILLOD (R.),

- *A propos des clauses réputées non écrites*, Mélanges L. Boyer, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 15.

BAILLY (P.),

- *Un accord ne peut exclure une catégorie professionnelle d'un avantage sans justification*, SSL 2009, n°1414, p. 13.

BANDRAC (M.),

- Et AUBERT (J.-L.), BRETON (A.), CARBONNIER (J.), CORNU (G.), GOBERT (M.), TERRE (F.), TUNC (A.), ZENATI (F.), *La jurisprudence aujourd'hui, libres propos sur une institution controversée*, RTD civ. 1992, p. 337.

BARA (P.),

- *L'obligation de reclassement en matière de licenciement économique : une obligation de « résultat atténuée »*, JSL 2005, n°162, p. 4.

BARTHELEMY (J.),

- *Nature juridique de l'accord interprofessionnel de mensualisation*, Dr. soc. 1992, p. 450.
- *Différenciation des avantages conventionnels entre cadres et non-cadres*, Cahiers du DRH, 2010, n°161/162, janv.-févr. 2010.
- *Modulation des horaires et contrat de travail*, Dr. soc. 2011, p. 151.

BATAILLE-NEVEJANS (N.),

- *La période d'essai instituée au cours des relations contractuelles*, Dr. soc. 2004, p. 335.

BATIFFOL (H.),

- *La crise du contrat et sa portée*, Arch. de Philo. du Droit, t. XIII, 1968, p. 13.

BECHILLON (D. de),

- *Le gouvernement des juges : une question à dissoudre*, D. 2002, Chron., p. 973.

BELIER (G.),

- *Quelques questions autour de la loi Robien*, Dr. soc. 1996, p. 1009.

BENABENT (A.),

- *La bonne foi*, Rapport Français, Travaux de l'association H. Capitant, tome XLIII, Litec, 1992, p. 291.

BENMAKHOLOUF (A.),

- Ccl. ss. Cass. soc. 28 févr. 2002, JCP G 2002, II, 10053.

BERAUD (J.-M.),

- *Les interactions entre le pouvoir unilatéral du chef d'entreprise et le contrat de travail*, Dr. ouvr. 1997, p. 529
- *Le principe d'égalité*, in Les rencontres de la chambre sociale de la Cour de cassation mars 2011, Dalloz, 2011, p. 57.

BERLIOZ-HOUIN (B.) et BERLIOZ (G.),

- *Le droit des contrats face à l'évolution économique*, Etudes offertes à R. Houin, Dalloz, Sirey, 1985, p. 22.

BINET (J.-R.),

- *De la fausse cause*, RTD civ. 2004, p. 655.

BISCHOFF (J.-M.),

- *La protection des engagements temporaires*, in La tendance à la stabilité du rapport contractuel, ss. la direction de F. Durand, LGDJ, 1960, p. 109.

BLAISE (H.),

- *La révision judiciaire des indemnités contractuelles de licenciement*, Dr. soc. 1980, p. 365.
- *Les droits individuels des salariés face à une réduction du temps de travail*, Dr. soc. 1985, p. 634.
- *Modification du contrat de travail : portée du contrôle exercé par la Cour de cassation*, RJS 1989, p. 67.
- *Une jurisprudence en pleine évolution : maladies et accidents non professionnels, inaptitude physique du salarié*, RJS 1992, p. 83
- *La responsabilité pécuniaire du salarié envers l'employeur*, RJS 1996, p. 68.

BLANC-JOUVAN (G.),

- *Accords individuels et accords collectifs en droit du travail*, JCP S 2007, 1265.

BLATMAN (M.),

- Et BOURGEOT (S.), *De l'obligation de sécurité de l'employeur au droit à la santé des salariés*, Dr. soc. 2006, p. 653.

BOCCARA (B.),

- *La réforme de la clause pénale : conditions et limites de l'intervention judiciaire*, JCP G 1975, I, 2742.

BOCQUILLON (F.),

- *Que reste-t-il du « principe de faveur » ?*, Dr. soc. 2001, p. 255.
- *De l'autorité du « principe de faveur »*, RJS 2002, p. 9.

BOLZINGER (J.-L.),

- Et HOAREAU (G.), MASSON (P.), *Avantages catégoriels : le point de vue de la CGT*, Dr. ouvr. 2011, p. 305.

BONNECHERE (M.),

- *L'ordre public en droit du travail ou la légitime résistance du droit du travail à la flexibilité*, Dr. ouvr. 1988, p. 171.

BORENFREUND (G.),

- *La résistance du salarié à l'accord collectif : l'exemple des accords dérogatoires*, Dr. soc. 1990, p. 626.
- *L'articulation du contrat de travail et des normes collectives*, Dr. ouvr. 1997, p. 514.
- Et SOURIAU (M.A.), *Négociation collective entre désillusion et illusions*, Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXIème siècle, Mélanges en l'honneur de J.-M. Verdier, Dalloz 2001, p. 181.

BOSSU (B.),

- *La loyauté*, in Les notions fondamentales du droit du travail, Ed. Panthéon-Assas, LGDJ, 2009, p. 185.

BOUAZIZ (P.),

- Et GOULET (I), *A propos de la modification du lieu de travail et de la clause de mobilité*, Dr. soc. 2005, p. 634.

BOUBLI (B.),

- *La mort de la clause pénale ou le déclin de l'autonomie de la volonté*, Journal des notaires, 1976, I, art. 53048, p. 945.
- *Liberté contractuelle et le droit du travail : De nouveaux espaces à la liberté contractuelle*, Cahiers de droit de l'entreprise 1995, n°2, p. 9.
- *Régime juridique des avantages acquis*, SSL 2001, suppl., n°1030, p. 12,
- *Le changement du lieu de travail*, SSL 2004, n°1180, p. 8,

BOUILLOUX (A.),

- *L'adaptabilité du contrat de travail*, Dr. ouvr. 1997, p. 487.

BOULANGER (J.),

- *Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence*, RTD civ. 1961, p. 417.

BOURGEOT (S.),

- et M. BLATMAN, *De l'obligation de sécurité de l'employeur au droit à la santé des salariés*, Dr. soc. 2006, p. 653.

BOUSEZ (F.),

- *La proportionnalité en droit du travail*, in Standards, principes et méthodes en droit du travail, Economica, 2011, p. 121.

BOUSSOUGOU (F.),

- *La nature juridique de la réduction applicable aux obligations excessives*, Etudes offertes au Doyen P. Simler, Dalloz, Litec, 2006, p. 531.

BRETHER DE LA GRESSAYE (J.),

- *Le pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise*, Dr. soc. 1960, p. 633.

BRETON (A.),

- Et AUBERT (J.-L.), BANDRAC (M.), CARBONNIER (J.), CORNU (G.), GOBERT (M.), TERRE (F.), TUNC (A.), ZENATI (F.), *La jurisprudence aujourd'hui, libres propos sur une institution controversée*, RTD civ. 1992, p. 337.

BRICE (A.),

- *Obligations de l'employeur au titre du reclassement du salarié inapte*, JCP S 2008, 1408.

BRINO (V.),

- *Regards, La clause de non-concurrence*, RDT 2007, p. 682.

BRUNET (A.),

- Et GHOZI (A.), *La jurisprudence de l'Assemblée plénière sur le prix du point de vue de la théorie du contrat*, D. 1998, jurispr. p. 1.

DE CAIGNY (P. de),

- *L'employeur seul juge du choix économique (Concl.)*, Dr. soc. 2001, p. 126.

CAMERLYNCK (G.-H.)

- *L'autonomie du droit du travail*, D. 1956, Chron. p. 23.
- *La renonciation du salarié*, Dr. soc. 1960, p. 628.

CANUT (F.),

- *Clause de non-concurrence illicite et responsabilité civile de l'employeur*, JCP S 2006, 1575.
- *Le secteur géographique*, Dr. soc. 2011, p. 926.
- *Stipulation d'une clause de non-concurrence nulle et indemnisation du salarié*, Dr. ouvr. 2011, p. 209.
- *Sanction d'une clause de non-concurrence excessive : vers une évolution de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation*, Dr. ouvr. 2012, p. 12.
- *Conditions d'ouverture de l'obligation de non-concurrence et droit à indemnisation : quelle sanction en cas de dissociation ?*, SSL 2012, n°1550, p. 136.

CARBONNIER (J.),

- Et AUBERT (J.-L.), BANDRAC (M.), BRETON (A.), CORNU (G.), GOBERT (M.), TERRE (F.), TUNC (A.), ZENATI (F.), *La jurisprudence aujourd'hui, libres propos sur une institution controversée*, RTD civ. 1992, p. 337.

CARSIN (X.),

- *Interdiction de la période d'essai stipulée en cours de relation contractuelle et régime de la période probatoire*, JCP S 2005, 1369.
- *La convention collective source de sujétions pour le salarié*, JCP S 2007, 1015.

CATALA (N.),

- Et SOYER (J.-C.), *La loi du 6 décembre 1976 relative au développement de la prévention des accidents du travail*, JCP G 1977, I, 2268.

CEDRAS (J.),

- *L'obligation de négocier*, RTD com. 1985, p. 285.

CESARO (J.-F.),

- *Le principe à travail égal, salaire égal*, in Les principes dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation, Dalloz, 2008, p. 95.
- *Catégories professionnelles et sanction in medio du principe jurisprudentiel d'égalité*, RJS 2011, p. 747.
- Et LAGESSE (P.), *De l'égalité liberté, à l'égalité justifiée*, L'égalité en droit social, ss. la dir. de J.-F. Cesaro, LexisNexis, 2012, p. 3.

CHABAS (F.),

- *La réforme de la clause pénale*, D. 1976, Chron. p. 229.

CHALARON (Y.),

- *L'application de la disposition la plus favorable*, Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à G. Lyon-Caen, Dalloz, 1989, p. 243.

CHAMPEAUX (F.),

- *La jurisprudence sur l'égalité de traitement ou la fin des catégories professionnelles*, SSL 2009, n°1414, p. 11.

CHAUVY (Y.),

- *Portée de l'avis médical d'inaptitude totale dans la justification d'impossibilité de reclassement du salarié victime d'accident du travail* (Concl.), Dr. soc. 1991, p. 663.
- *Le refus d'une modification non substantielle du contrat de travail : licenciement par l'employeur et imputabilité de la rupture au salarié* (Concl.), Dr. soc. 1992, p. 818.

CHAZAL (J.-P.),

- *Les nouveaux devoirs des contractants, Est-on allé trop loin ?*, in La nouvelle crise du contrat, Dalloz, 2003, p. 99.
- *Tout n'est-il pas contractuel dans le contrat ?*, RDC 2004, p. 237.

CHEVILLARD (A.),

- *La notion de disposition plus favorable*, Dr. soc. 1993, p. 363.

CHIREZ (A.),

- *La clause de non-concurrence doit enfin être indemnisée*, SSL 22 juill. 2002, n°1085, p. 9.

CHOISEZ (S.),

- *La contrepartie financière de la clause de non-concurrence d'un contrat de travail*, Dr. soc. 1993, p. 662

CHONNIER (J.-M.),

- Et AUZERO (G.), *Les conventions et accords collectifs de travail à l'épreuve de l'égalité de traitement*, Dr. soc. 2011, p. 52.

CLAY (T.),

- *L'arbitrage en droit du travail : quel avenir après le rapport Barthélémy-Cette ?*, Dr. soc. 2010, p. 930.

COLLINS (H.),

- *Regards, Droit des contrats et droit du travail*, RDT 2007, p. 342.

CORNU (G.),

- Et AUBERT (J.-L.), BANDRAC (M.), BRETON (A.), CARBONNIER (J.), GOBERT (M.), TERRE (F.), TUNC (A.), ZENATI (F.), *La jurisprudence aujourd'hui, libres propos sur une institution controversée*, RTD civ. 1992, p. 337.

CORRIGNAN-CARSIN (D.),

- *La loi du 3 janvier 1979 relative au contrat de travail à durée déterminée*, D. 1979, Chron., p. 238.
- *La protection de l'emploi des salariés victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle*, D. 1981, Chron. p. 255, spéc. n°30, p. 264.
- *Validité de la clause de non-concurrence et protection des intérêts légitimes de l'employeur*, Dr. soc. 1992, p. 967.
- *Loyauté et droit du travail*, Mélanges en l'honneur de Henry Blaise, *Economica*, 1995, p. 125.

COTTEREAU (V.),

- *La clause réputée non écrite*, JCP G 1993, I, 3691, n°15.

COTTIN (J.-B.),

- *La logique de l'égalité jurisprudentielle*, in *L'égalité en droit social*, ss. la dir. de J.-F. Cesaro, LexisNexis, 2012, p. 41.

COURET (A.),

- *La notion juridique de conversion*, Mélanges P. Vigreux t. 1, Collection Travaux et recherches de l'IPA, 1981, p. 220.

COURSIER (P.),

- *De l'égalité de traitement des régimes de prévoyance catégoriels*, JCP S 2013, 1144.

COUTURIER (G.),

- *Les techniques civilistes et le droit du travail*, D. 1975, Chron. p. 151.
- Et ROZES (L.), *Remarques sur l'ordre public en droit du travail*, Dr. soc. 1977, p. 311.
- *L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve*, Etudes offertes à J. Flour, Defrénois, 1979, p. 95.
- *Responsabilité civile et relations individuelles de travail*, Dr. soc. 1988, p. 407.
- *Les clauses « couperet », encore...*, Dr. soc. 1995, p. 231.
- *Les relations entre employeurs et salariés en droit français*, in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, ss. la Dir. J. Ghestin et M. Fontaine, LGDJ, 1996.
- *Qui touche au salaire, touche au contrat*, Liaisons sociales, Le mensuel, avril 1998, p. 82.
- *La rémunération élément du contrat de travail*, Dr. soc. 1998, p. 523.
- *Pot pourri autour des modifications du contrat de travail*, Dr. soc. 1998, p. 878.
- *Vers un droit du reclassement*, Dr. soc. 1999, p. 497.
- *Négociation d'établissement et discriminations entre les salariés*, Dr. soc. 2000, p. 185.
- *La théorie des nullités dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation*, Le contrat au début du XXI^e siècle, Etudes J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 273.
- *Les offres de reclassement*, Dr. soc. 2006, p. 1151.

CRISTAU (A.),

- *Le juge ne peut contrôler le choix de l'employeur entre plusieurs solutions de réorganisation de l'entreprise*, Dr. soc. 2001, p. 133.

DANIEL (J.),

- *La logique de l'égalité jurisprudentielle*, in L'égalité en droit social, ss. la dir. de J.-F. Cesaro, LexisNexis, 2012, p. 78.

DEL SOL (M.),

- *L'obligation prétorienne de reclassement en matière de licenciement économique : esquisse d'un régime juridique*, JCP E 1995, 498.
- *Variations jurisprudentielles sur le lieu de travail*, JCP S 2006, 1663.

DEPREZ (J.),

- *Rapport sur les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial français*, Travaux Association H. Capitant, t. XVII, Dalloz, 1965, p. 28.
- *Les clauses pénales dans les relations de travail*, BS Lefèbvre 7/85, n°17.
- *Un remède incertain à la précarité des avantages acquis : l'incorporation dans le contrat de travail*, Dr. soc. 1986, p. 906.
- *Relation internationale de travail et compétence juridictionnelle dans les derniers développements de jurisprudence*, RJS 1991, p. 618.

DEROUIN (P.),

- *Pour une analyse fonctionnelle de la condition*, RTD civ. 1978, p. 1.

DESPAX (M.),

- *L'acceptation tacite par le salarié de modifications aux conditions de travail unilatéralement convenues avec l'employeur*, Mélanges G. Marty, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 448.

DIDIER (P.),

- *Brèves notes sur le contrat-organisation*, Mélanges en l'honneur de F. Terré, Dalloz, 1999, p.635.

DOCKES (E.),

- *L'avantage individuel acquis*, Dr. soc. 1993, p. 826
- *La réciprocité des dispositions dans la convention collective*, Dr ouvr. 1997, p. 503.
- *La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail*, Dr. soc. 1997, p.140.
- *La consécration par le contrat de travail d'un usage d'entreprise permet-elle au salarié d'en conserver le bénéfice malgré sa dénonciation ?*, D. 1993, p. 264.
- *Consécration de la nature contractuelle du salaire*, RJS 1998, p. 168.
- *De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur*, Analyse juridique et valeurs en droit social, Etudes offertes à J. Pélissier, Dalloz, 2004, p. 203.

DUMORTIER (G.),

- *Sur le contrôle administratif des licenciements pour motif personnel non disciplinaire des représentants du personnel*, RDT 2011, p. 99.

DUPEYROUX (O.),

- *La doctrine française et le problème juridique de la source de droit*, Mélanges Marty, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978.
- *A propos de l'arrêt Société Générale*, Dr. soc. 1996, p. 1067.

DUPLAT (J.),

- *La moralisation de la période d'essai* (Avis), SSL 2005, n°1210, p. 5.
- *Mission temporaire en dehors du secteur géographique*, SSL 2003, n°1107, p. 8.
- *Sur la prise en charge par l'employeur des frais de justice* (Avis), SSL 2006, 6 nov. 2006, n°1281, p. 13.
- « *A travail égal, salaire égal* », en présence d'accords de substitution (Avis), SSL 2007, n°1334, p. 11.
- *Mise à la retraite et discrimination* (Avis), RJS 2007, p. 223.

DURAND (P.),

- *Aux frontières du contrat et de l'institution, La relation de travail*, JCP E, 1944, I, 387.
- *Le particularisme du droit du travail*, Dr. soc. 1945, p. 298.
- *Rapport sur la notion de l'entreprise*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. 3, 1947, p. 45.

ESCANDE-VARNIOL (M.-C.),

- *La sophistication des clauses du contrat de travail*, Dr. ouvr. 1997, p. 478.
- *La Cour de cassation et l'intérêt de l'entreprise*, RJS 2000, p. 260.
- *Mise en œuvre d'une clause de mobilité géographique, les écueils à éviter*, D. 2009, p.1799.

ÉVADE, (J.-L.),

- *La réduction des clauses pénales excessives*, Gaz. Pal. 1976, 2, Doctr., p. 449.

EYMARD-DIVERNAY, (F).

- *Le lien durable d'emploi : des accommodements difficiles avec le marché*, Dr. soc. 1988, p. 544.

FABRE (A.),

- *Attribution d'heures supplémentaires et d'astreintes : principe d'égalité, où es-tu ?*, SSL. 2012, n°1650, p. 11.

FABRE-MAGNAN (M.),

- *L'obligation de motivation en droit des contrats*, Etudes J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 301.
- *Le forçage du consentement du salarié*, Dr. ouvr. 2012, p. 459.

FANTONI-QUINTON (S.),

- Et P.-Y. VERKINDT, *Obligation de résultat en matière de santé au travail : à l'impossible, l'employeur est tenu ?*, Dr. soc. 2013, p. 229.

FAUVARQUE-CAUSSON (B.),

- *Le changement de circonstances*, RDC 2004, p. 67, spéc. p. 73.
- Et « *Les arrêts Paragon Finance* » et « *Rice v. Great Yarmouth Borough Council* », RDC 2004, p. 483.
- Et ANCEL (P.), WINTGEN (R.), *La théorie du fondement contractuel et son intérêt pour le droit français*, RDC 2006, p. 897.

FAVENNEC-HERY (F.),

- *Vie privée dans l'entreprise et à domicile*, RJS 2001, p. 940.
- *Tempête sur la clause de non-concurrence*, SSL 21 oct. 2002, n°1094, p. 6.
- *Modification du contrat de travail : le glissement de l'objectif vers le subjectif*, RJS 2003, p. 459.
- *La sécurisation des parcours professionnels*, Dr. soc. 2007, p. 1105.
- *Le groupe de reclassement*, Dr. soc. 2010, p. 987.
- *Une mort annoncée des accords collectifs d'annualisation du temps de travail*, SSL 2010, n°1464, p. 10.

FIESCHI-VIVET (P.),

- *Clause de non-réembauchage et indemnité compensatrice*, D. 1976, Chron. p.147.

FLORES (P.),

- *Modulation du temps de travail et modification du contrat de travail*, SSL 2010, n°1472, p.12.

FOUCHARD (P.),

- *La laborieuse réforme de la clause compromissoire par la loi du 15 mai 2001*, Rev. arb. 2001, p. 412.

FRANCK (P.),

- *A propos du départ en retraite des journalistes* (Concl.), Dr. soc. 1986, p. 460.
- *A propos du licenciement pour incapacité physique du salarié : les devoirs de l'employeur au regard de l'article L. 241-10-1* (Concl.), Dr. soc. 1987, p. 432.

FRISON-ROCHE (M.-A.),

- *L'indétermination du prix*, RTD civ. 1992, p. 277.

FROSSARD (S.),

- *Les objets soustraits au pouvoir*, SSL 2008, Suppl. 1340, p. 47.

FROUIN (J.-Y.),

- *La protection de l'emploi des salariés victimes d'une maladie ou d'un accident*, Etude publiée dans le rapport d'activité 1994 de la Cour de cassation et actualisée par l'auteur, RJS 1995, p. 773.
- *Licéité et existence de l'essai*, CSBP 1995, p. 239.
- *Période d'essai, période probatoire et changement d'emploi, De la validité d'une période d'essai en cours de contrat*, RJS 2005, p. 423.
- *Les ruptures à l'initiative du salarié et le droit de la rupture du contrat de travail*, JCP S 2008, 1407.
- *Manifestation et instruments de la construction prétorienne du droit du travail*, JCP S 2009, 1501.
- *Protection de la personne du salarié, intérêt de l'entreprise et construction prétorienne du droit du travail*, JCP S 2010, 1087.

GARDIN (A.),

- *Le changement temporaire du lieu de travail du salarié*, SSL 2000, n°1460, p. 6 et n°1461, p. 5.

GATINEAU (J.-J.),

- *L'égalité devant les juges*, in L'égalité en droit social, ss. la dir. de J.-F. Cesaro, LexisNexis, p. 26.

GAUDEMET (Y.),

- *Méthodes du juge*, Dictionnaire de la culture juridique, PUF, Quadrige, 2003, p. 1018.

GAUDIN (L.),

- *La novation en droit du travail, une notion en quête d'utilité*, RDT 2008, p. 162.

GAUDU (F.),

- *Fidélité et rupture*, Dr. soc. 1991, p. 419
- *Le licenciement pour perte de confiance*, Dr social, 1992 p. 32.
- *L'ordre public en droit du travail*, Etudes offertes à J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 367.
- *L'exigence de motivation en droit du travail*, RDC 2004, p. 566.

GAURIAU (B.),

- *Clause pénale et clause de garantie d'emploi*, Dr. soc. 2008, p. 704.

GAUTIER (P.-Y.),

- *Les interactions du droit civil et du droit du travail*, in Les sources du droit du travail, PUF, 1998, p. 129.

GAVALDA (N.),

- *Les critères de validité des clauses de non-concurrence en droit du travail*, Dr. soc. 1999, p. 582.

GEA (F.),

- *Licenciement pour motif économique : l'obligation générale de reclassement. Une manifestation du « principe de l'ultime remède »*, RJS 2000, p. 511.
- *Propositions indécentes en matière de reclassement*, SSL 2009, n°1420, p. 2.

GELINEAU-LARRIVET (G.),

- *Quelques observations sur le respect des engagements en matière d'emploi*, Dr. soc. 1998, p. 380.

GENICON (T.),

- *Théorie de l'imprévision ... ou de l'imprévoyance*, D. 2010, p. 2485.

GHESTIN (J.),

- *L'indétermination du prix de vente et la condition potestative*, D. 1973, Chron., p. 296.
- *La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 du Code civil*, Etudes Weill, Dalloz-Litec, 1983, p. 243.
- *Existe-t-il en droit positif français un principe général de prohibition des contrats perpétuels ?* Mélanges D. Tallon, Société de législation comparée, 1999, p. 251.
- *L'absence de cause et la contrepartie propre à une obligation résultant d'une clause d'un contrat*, Etudes offertes à J. Béguin, Litec, 2005.

GHOZI (A.),

- Et BRUNET (A.), *La jurisprudence de l'Assemblée plénière sur le prix du point de vue de la théorie du contrat*, D. 1998, jurisp. p. 1.

GJIDARA (S.),

- *Le déclin de la potestativité dans le droit des contrats : le glissement jurisprudentiel de l'article 1174 à 1178*, LPA 22 juin 2000, n°124, p. 4.

GOBERT (M.),

- Et AUBERT (J.-L.), BANDRAC (M.), BRETON (A.), CARBONNIER (J.), CORNU (G.),
- TERRE (F.), TUNC (A.), ZENATI (F.), *La jurisprudence aujourd'hui, libres propos sur une institution controversée*, RTD civ. 1992, p. 337.

GOGOS-GINTRAND (A.),

- *L'égalité de traitement des salariés ou l'éternelle question de la légitimité des différences*, Dr. soc. 2012, p. 804.

GOMY (M.),

- *L'autonomie de la clause de non-concurrence post-contractuelle en droit du travail*, Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux, Mélanges en l'honneur de Y. Serra, Dalloz, 2006, p. 199.

GOSSELIN (P.),

- *Le temps de travail*, jurisprudence récente de la chambre sociale de la Cour de cassation, Dr. soc. 2010, p. 374.

GOUBEAUX (G.),

- *Remarques sur la condition suspensive stipulée dans l'intérêt exclusif de l'une des parties*, Rép. Defr. 1979, art. 31987, p. 753.

GOULET (I),

- et BOUAZIZ (P.), *A propos de la modification du lieu de travail et de la clause de mobilité*, Dr. soc. 2005, p. 634.

GRATTON (L.),

- *La volonté du salarié*, in *Volonté du salarié et droit fondamentaux*, Dalloz, 2012, p. 183.

GRAULICH (L.),

- *A propos du gouvernement des juges*, RTD civ., 1932, p. 84.

GUELFUCCI-THIBIERGE (C.),

- *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, RTD civ. 1997, p. 357.

HALPERIN (J.-L.),

- *La naissance de l'obligation de sécurité*, Gaz. Pal. 1997, 23 sept. 1997, n° spéc., p. 1176.

HAMON (F.),

- *Quelques réflexions sur la théorie réaliste de l'interprétation*, Mélanges M. Troper, 2006, p. 487.

HANNELAIS (J.),

- *Egalité salariale : principes et actualité*, JSL 2005, n°173-2, p. 7.

HANNOUN (C.),

- *Remarques sur la prescription de l'action en nullité en droit des sociétés*, Rev. des sociétés, 1991, p. 45.

HEAS (F.),

- *Discrimination et admission de différences de traitement entre salariés*, JCP S 2007, 1179.

HEBRAUD (P.),

- *Le juge et la jurisprudence*, Mélanges Couzinet, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 329.

HENSSLER (M.),

- *Regards, La modification du contrat de travail*, RDT 2009, p. 261.

HOAREAU (G.),

- Et BOLZINGER (J.-L.), MASSON (P.), *Avantages catégoriels : le point de vue de la CGT*, Dr. ouvr. 2011, p. 305.

HOLLEAUX (B.),

- *La modernisation sociale à l'épreuve du Conseil constitutionnel*, SSL 2002, n°1062, p. 6.

HUSSON (L.),

- *Examen critique des assises doctrinales de la méthode de l'exégèse*, RTD civ. 1976, p. 431.

JAMIN (C.),

- *Révision et intangibilité du contrat*, Dr. et pat., 1998, p. 46.
- *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel*, Mélanges Ghestin, LGDJ, 2001, p. 441.
- *Clause de non-concurrence et contrat de franchise*, D. 2003, Chron., p. 2878.

JARROSSON (C.),

- *Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation*, Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels, PUAM, 1990, p. 141.
- *La clause compromissoire*, Rev. arb. 1992, p. 259.
- *Le nouvel essor de la clause compromissoire après la loi du 15 mai 2001*, JCP G 2001, I, 333, n°24.

JEAMMAUD (A.),

- *Flexibilité : le procès du droit du travail*, in Flexibilité du droit du travail, objectif ou réalité, éd. législatives et administratives, 1986, p. 23.
- *La renonciation du salarié*, Dr. ouvr. 1997, p. 535.
- *Le principe de faveur. Enquête sur une règle émergente*, Dr. soc. 1999, p. 115.
- *Enquête sur une règle émergente*, Dr. soc. 1999, n°9, p. 119.
- Et LE FRIAND (M.) *Du silence de l'arrêt SAT sur le droit à l'emploi*, Dr. soc. 2001, p. 417.
- *L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail, A propos de l'arrêt Labanne*, Dr. soc. 2001, p. 227.
- *Du principe d'égalité de traitement des salariés*, Dr. soc. 2004, p. 694.
- *Le contrat de travail, une puissance moyenne*, Etudes offertes à J. Pélissier, Dalloz, 2004, p. 299.
- *Consentir*, in La volonté du salarié, ss. la dir. de Tatiana Sachs, Dalloz, 2012, p. 65,

JEANSEN (E.),

- Et PAGNERRE (Y.), *Les avantages catégoriels contenus dans les accords collectifs, une espèce en voie d'extinction*, JCP S 2012, 1338.

JEOL (M.),

- *Indétermination du prix dans les contrats de longue durée : de la nullité à la responsabilité contractuelle (un revirement radical de la Cour de cassation)*, D. 1996, jurisp. p. 13.

JESTAZ (P.),

- *La jurisprudence, Réflexion sur un malentendu*, D. 1987, Chron. p. 11.

JOHANSSON (A.),

- *Les obligations conventionnelles face au silence du contrat de travail*, JCP S 2006, 1304.

JOSSERAND (L.),

- *Le contrat dirigé*, D. 1933, Chron., p. 89.
- *Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats*, RTD civ. 1937, p. 1.

KARAQUILLO (J.P.),

- *La protection du salarié partie à un contrat à durée déterminée lors d'actions en rupture anticipée ou en requalification*, D. 1997, Chron., p. 345.

KATZ (T.),

- *La détermination de la rémunération variable : la part de l'unilatéral, du négocié et du juge*, Dr. ouvr. 2005, p. 151.

KAUSE (R.),

- Et REMY (P.), *Regards, Droit des contrats et droit du travail*, RDT 2007, p. 475.

KERBOUCH (J.-Y.),

- *Clause d'interdiction de concurrence et contrepartie financière*, RJS 2003, p. 3.

KESSLER (F.),

- Et LHERNOULD (J.-P.), *L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale*, RJS 2002, p. 990.

KITAMURA (I),

- ET MORITA (H.), OMURA (A.), *Rapport Japonais, La bonne foi*, Travaux de l'association H. Capitant, t. XLIII, Litec, 1992, p. 302.

KULLMANN (J.),

- *Remarques sur les clauses réputées non écrites*, D. 1993, Chron. p. 59.

LAGARDE (X.),

- *Prix et salaire, Le contrat au début du siècle*, Mélanges en l'honneur de J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 527,
- *Aspects civilistes des relations individuelles de travail*, RTD civ. 2002, p. 435.

LAGESSE (P.),

- Et CESARO (J.-F.), Et LAGESSE (P.), *De l'égalité liberté, à l'égalité justifiée*, L'égalité en droit social, ss. la dir. de J.-F. Cesaro, LexisNexis, 2012, p. 3.

LAHERRE (E.),

- *Le juge et le principe « à travail égal, salaire égal »*, SSL 2005, 1222, p. 6.

LAITHIER (Y.-M.),

- *L'incidence de la crise économique sur le contrat dans les droits de common law*, RDC 2010, p. 407.

LALOU (M.),

- *La révision des contrats par le juge en droit français*, in Rapport général, La révision des contrats par le juge, Travaux de la semaine internationale de droit, Paris, Sirey, 1937, p. 45.

LAMBERT-FAIVRE (Y.),

- *Fondement et régime de l'obligation de sécurité*, D. 1994, Chron. p. 81.

LANGLOIS (P.),

- *Contrat individuel et convention collective : un nouveau cas de représentation*, Dr. soc. 1975, p. 283
- *La Cour de cassation et le respect de la loi en droit du travail*, D. 1997, Chron., p. 45.
- *Le sort des avantages résultant d'un usage dénoncé*, Dr. soc. 1999, p. 125.
- *Le juge et l'employeur*, Dr. soc. 2003, p. 283.

LANQUETIN (M.-T.),

- *Discriminations : la loi d'adaptation au droit communautaire du 27 mai 2008*, Dr. soc. 2008, p. 778.

LARDY-PELISSIER (B.),

- *L'obligation de reclassement*, D. 1998, Chron., p. 399.
- *L'information du salarié*, Etudes offertes à J. Pélissier, Dalloz, 2004, p. 33.
- *Au nom de l'intérêt de l'entreprise*, Dr. ouvr. 2010, p. 356.

LAROQUE (J.),

- *Réflexions sur la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation*, Etudes G.-H. Camerlynck, Dalloz, 1978, p. 28.

LARROUMET (C.),

Obligation essentielle et clause limitative de responsabilité, D. 1997, Chron, p. 145.

LASBORDES (V.),

- *Libres propos sur la fixation des honoraires de l'avocat : de l'utilité de la convention préalable d'honoraires*, D. 2001, Chron., p. 1893.

LAUDE (A.),

- et MESTRE (J.), *L'interprétation « active » du contrat par le juge*, in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p. 9.

LE FRIAND (M.)

- Et JEAMMAUD, *Du silence de l'arrêt SAT sur le droit à l'emploi*, Dr. soc. 2001, p. 417.

LECUYER (H.),

- *Le contrat acte de prévision*, Mélanges en l'honneur de F. Terré, Dalloz 1999, p. 643 s., spéc. p. 656.
- *La modification unilatérale du contrat*, in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, ss. la direction de C. Jamin et D. Mazeaud, Etudes juridiques, vol. 9, Economica, 1999, p. 48.

LEMOINE (E.),

- *Les principes civilistes dans le contrat de travail*, LPA 15 juin 2001, p. 8.

LEQUETTE (Y.),

- *Bilan des solidarismes contractuels*, Mélanges P. Didier, éd. Economica, 2008, p. 247.
- *De l'efficacité des clauses de hardship*, Mélanges C. Larroumet, Economica, 2010, p. 267.

LEVENEUR (L.),

- *Le forçage du contrat*, Dr. et pat. 1998, n°58, p. 69.

LEVY (J.-P.),

- *Après le « tournant » financier de fin 1958. La monnaie, les obligations et les paiements*, JCP G, 1959, I, 1472, n°36.

LHERNOULD (J.-P.),

- Et KESSLER (F.), *L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale*, RJS 2002, p. 990,
- *Clauses de non-concurrence, un an de jurisprudence de la Cour de cassation*, RJS 2012, p.171.

LIBCHABER (R.),

- *R. Libchaber, Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés*, Rev. des sociétés, 1995, p. 437.
- *Les articles 4 et 5 du code civil, ou les devoirs contradictoires du juge civil, in le titre préliminaire du code civil*, ss. La direction de G. Fauré et G. Koubi, Etudes juridiques, Economica, 2003, p. 143.
- *Réflexions sur les effets du contrat*, Mélanges Aubert, 2005, LGDJ, p. 21.

LINDON (R.),

- *Validité de la clause de non-concurrence dans les contrats de louage de services*, JCP G 1960, I, 1593.

LOISEAU (G.),

- *Le retour du licenciement disciplinaire pour un fait tiré de la vie personnelle*, Paroles d'experts, Décideurs, oct. 2012, p. 10.

LOKIEC (P.),

- *La modification du contrat de travail, Les leçons du droit anglais*, RDT 2006, p. 76.
- Et ROBIN-OLIVIER (S.), *Approche comparative du droit de la non-discrimination*, Droits d'ici, droits d'ailleurs, RDT 2009, p. 58.
- *La mise en œuvre des clauses contractuelles, L'exemple de la clause de mobilité dans le contrat de travail*, D. 2009, p. 1429.

LOQUIN (E.),

- *Législation : les métamorphoses de la clause compromissoire*, RTD com. 2001, p. 642.

LOUSSOUARN (Y.),

- *La bonne foi*, Rapport de synthèse, Travaux de l'association H. Capitant, t. XLIII, Litec, 1992, p. 11.

LYON-CAEN, (A.),

- *Le droit et la gestion des compétences*, Dr. soc. 1992, p. 573.
- *De l'égalité de traitement en matière salariale*, Dr. soc. 1996, p. 1013.
- Et VACARIE, I, *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXIème siècle*, Mélanges en l'honneur de J.-M. Verdier, Dalloz, 2001, p. 421.
- *Une révolution dans le droit des accidents du travail*, Dr. soc. 2002, p. 445.
- *Une liaison dangereuse entre jurisprudence et théorie à propos de la modification du contrat de travail*, Etudes offertes à J. Pélessier, Dalloz, 2004, p. 357,
- *A travail égal, salaire égal, Une règle en quête de sens*, RDT 2006, p. 16.
- *La Cour de cassation, l'égalité de traitement et le droit du travail*, in Les rencontres de la chambre sociale de la Cour de cassation, Dalloz, 2011, p. 63.
- *Les conventions collectives de branche à l'épreuve de l'égalité entre salariés*, SSL 2011, n°1497, p. 8.

LYON-CAEN, (G.),

- *De l'évolution de la notion de bonne foi*, RTD civ. 1946, p. 75.
- *Les clauses restrictives de la liberté du travail (clause de non-concurrence ou de non-réembauchage)*, Dr. soc. 1963, p. 88.
- *Défense et illustration du contrat de travail*, Arch. de Philo. du Droit, t. XIII, Sirey, 1968, p. 59.
- *Négociation collective et ordre public*, Dr. soc. 1973, p. 89.
- *Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail*, RTD civ. 1974, p. 233.
- *La bataille truquée de la flexibilité*, Dr. soc. 1985, p. 801.
- *Les pochettes surprises de la chambre sociale : l'arrêt Aventis Pharma* : SSL 2004, n°1154, p. 6.

LYON-CAEN, (P.),

- *La solution du conflit de normes entre code du travail et statuts des entreprises publiques par l'application de la règle plus favorable aux salariés*, Dr. soc. 1996, p. 1049.

MARCON (A.),

- *Horaires de travail et modification du contrat, un nouveau mode d'emploi*, SSL 14 nov. 2011, n°1513, p. 10.

MARTIN (R.),

- *Le refoulement de la cause dans les contrats à titre onéreux*, JCP G 1983, I, 3100.
- *La réduction des honoraires de l'avocat par le pouvoir judiciaire*, JCP G 1999, I, 110.

MARTIN PUEBLA (E.),

- *La modification du contrat*, RDT 2009, p. 256.

MARTINON (A.),

- *Vers une harmonisation des jurisprudences sociale et commerciale ? A propos des conditions de validité de la clause de non-concurrence*, in Le code de commerce 1807-2007, Dalloz, p. 527.
- *L'articulation des conventions et accords collectifs et des contrats de travail*, in L'articulation des normes en droit du travail, ss. la dir. de TEYSSIE (B.), Economica, 2011, p. 29.

MARTY (M.),

- *Le rôle du juge dans l'interprétation des contrats*, Travaux de l'association H. Capitant, 1949, t. V, Dalloz, 1950, p. 84.

MASSON (P.),

- Et BOLZINGER (J.-L.), HOAREAU (G.), *Avantages catégoriels : le point de vue de la CGT*, Dr. ouvr. 2011, p. 305.

MASSUE, (H. de La)

- *Responsabilité contractuelle et délictuelle sous la notion d'abus de droit*, RTD civ. 1948, p. 27.

MATHIEU (B.),

- *La loi de modernisation sociale à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité*, Dr. ouvrier 2002, p. 44.
- *La promotion constitutionnelle de la liberté contractuelle en matière de droit du travail*, D. 2003, Chron. p. 638.

C. MATHIEU-GENIAUT (C.),

- *L'immunité disciplinaire de la vie personnelle du salarié en question*, Dr. soc. 2006, p. 848.

MAURY (J.),

- *La jurisprudence source du droit*, Mélanges Ripert, t. 1, LGDJ, 1950.

MAYER (P.),

- *Les clauses relatives à la compétence internationale insérées dans les contrats de travail*, Mélanges D. Holleaux, Litec, 1990, p. 263.

MAZEAUD (A.),

- *Les indemnités de rupture du contrat de travail en régime de communauté entre époux*, D. 1986, Chron. p. 238.
- *Rapport sur les discriminations en droit français dans la vie du travail*, Journées franco-belges 2001, Travaux de l'association Henri Capitant, t. LI, Société de législation comparée, 2004, p. 351.
- *La jurisprudence sociale créatrice de droit : regard sur la chambre sociale de la Cour de cassation*, Mélanges J. Pélissier, Dalloz, 2004, p. 383.
- *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.

MAZEAUD (D.),

- *Le régime de l'obligation de sécurité*, Gaz. Palais 1997, 23 sept. 1997, p. 1201.
- *Le principe de proportionnalité et la formation du contrat*, LPA 30 sept. 1998, n°117, p.12.
- *Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ?*, Mélanges F. Terré, Dalloz, 1999, p. 603.
- *Les groupes de contrats*, LPA, 5 mai 2000, n°90, p. 64.
- *La cause*, in 1804 – 2004. Le code civil. Un passé, un présent, un avenir, Dalloz, 2004, p.451.
- *Le juge et le contrat, Variations optimistes sur un couple « illégitime »*, Mélanges J.-L. Aubert, Dalloz, 2005, p. 235.
- *La révision du contrat*, LPA, 30 juin 2005, n°129.
- *L'arrêt Canal « moins » ?*, D. 2010, p. 2481.

MEDA (D.),

- *Travail et politique sociale*, Dr. soc. 1994, p. 334.

MEKKI (M.)

- *Hardship et révision des contrats, 1. Quelle méthode au service d'une harmonisation entre les droits*, JCP G 2010, 1219.

MENEZES-CORDEIRO (A.),

- *Rapport portugais, La bonne foi*, Travaux de l'association H. Capitant, tome XLIII, Litec, 1992, p. 337.

MESTRE (J.),

- *De la notion de clause pénale et de ses limites*, RTD civ. 1985, p. 373.
- *D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration*, RTD civ. 1986, p. 100,
- Et LAUDE (A.), *L'interprétation « active » du contrat par le juge*, in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p. 9.

MINET (C.),

- *Présomption et preuve de la discrimination en droit du travail*, JCP E 2003, p. 894.

MOLFESSIS (N.),

- *Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat*, LPA., 30 sept. 1998, n°117, p.21.
- *La réécriture de la loi relative au PACS par le Conseil constitutionnel*, JCP G 2000, I, 210.
- *La Cour de cassation face à la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence*, D. 2009, p. 2567.

MORAND (M.),

- *Le chômage partiel ne modifie plus le contrat de travail*, Dr. du trav., oct. 1996, p. 3
- *Autour des conditions de travail*, JCP E 1999, com., p. 1620,
- *Les clauses de stabilité contractuelle*, TPS nov. 2001, p. 5.
- *La place de l'écrit dans la détermination du champ contractuel*, SSL 2003, n°1127, p.6.
- *La modulation des horaires modifie le contrat de travail*, JCP S 2010, 1466.
- *L'accord d'aménagement du temps de travail, Loi n°2012-387 du 22 mars 2012, art. 45*, JCP S 2012, 1145.

MORIN (A.),

- *La convergence des jurisprudences de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat*, Dr. soc. 2008, p. 546.

MORITA (H.),

- ET KITAMURA (I), OMURA (A.), *Rapport Japonais, La bonne foi*, Travaux de l'association H. Capitant, t. XLIII, Litec, 1992, p. 302.

MORVAN (P.),

- *Les clauses relatives aux contreparties financières de l'activité du salarié*, in *La négociation du contrat de travail*, ss. la dir. de Bernard Teyssié, Dalloz 2004, p. 45.
- *Securitas omnia corrumpit ou le principe selon lequel il incombe à l'employeur de protéger la sécurité et la santé des travailleurs*, Dr. soc. 2007 p. 674.
- *La détermination de la rémunération variable*, JCP S 2008, 1180,
- *La révision de la rémunération variable*, JCP S 2008, 1198.
- *Plan de départs volontaires et obligation de reclassement dans le groupe*, JCP S 2010, 1505.

MOULY (J.),

- *Les modifications disciplinaires du contrat de travail, Chronique d'humeur à propos d'un revirement*, D. 1999, p. 359.
- *Les clauses d'indivisibilité entre contrats de travail : une application malencontreuse de l'article L. 120-2 du code du travail*, D. 2006, jurisp., p. 344.
- *Le licenciement du salarié pour des faits relevant de sa vie personnelle : le retour discret de la perte de confiance*, Dr. soc. 2006, p. 839.

MOURY (J.),

De l'indivisibilité entre les obligations et entre les contrats, RTD civ. 1994, p. 256.

NAJJAR (I),

- *La notion d'ensemble contractuel*, Mélanges offerts à A. Decocq, Litec, 2004, p. 509.

NIBOYET (J.-P.),

- *La révision des contrats par le juge*, in Rapport général, La révision des contrats par le juge, Travaux de la semaine internationale de droit, Paris, Sirey, 1937, p. 1.

OLIVIER (J.-M.),

- *Les conflits de sources en droit du travail interne*, in Les sources du droit du travail, ss. La direction de TEYSSIE (B.), PUF, 1998, p. 195.
- *Arbitrage et droit du travail*, Dr. et pat., 2002, n°104, p. 52.
- *L'affaire Flodor, suite et presque fin*, JCP S 2010, 1225.

OMURA (A.),

- ET KITAMURA (I), MORITA (H.), *Rapport Japonais, La bonne foi*, Travaux de l'association H. Capitant, t. XLIII, Litec, 1992, p. 302.

OPPETIT (B.),

- *L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de hardship*, JDI, Clunet, 1974, p. 794.

PAGNERRE (Y.),

- *Harcèlement entre salariées et responsabilité sans faute de l'employeur*, JCP S 2011, 1565.
- *L'acte*, in La sanction en droit du travail, éd. Panthéon-Assas, LGDJ Diffuseur, 2012, p. 157.
- Et JEANSEN (E.), *Les avantages catégoriels contenus dans les accords collectifs, une espèce en voie d'extinction*, JCP S 2012, 1338.

PAISANT (G.),

- *Dix ans d'application de la réforme des articles 1152 et 1231 du code civil relative à la clause pénale*, RTD civ. 1985, p. 647
- *Les clauses pénales sont-elles encore licites dans les contrats de bail et de travail ?*, JCP G 1986, I, 3238.

PASQUALINI (F.),

- *La révision des clauses pénales*, Rép. Defr. 1995, art. 36106, p. 769.

PASQUIER (T.),

- *Réviser les objectifs salariaux*, RDT 2013, p. 82.

PECAUT-RIVOLIER (L),

- *Donner l'information : les obligations du salarié*, Dr. soc. 2013, p. 103.

PELISSIER (J.),

- *La liberté du travail*, Dr. soc. 1990, p. 19.
- *Effets d'une clause contractuelle de reprise d'ancienneté sur le calcul de l'indemnité de licenciement*, Dr. soc. 1995, p. 480.
- *La loi dite « des 35 heures » constats et perspectives*, Dr. soc. 1998, p. 793.
- *Droit des conventions collectives, évolutions et transformations*, Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXIème siècle, Mélanges en l'honneur de J.-M. Verdier, Dalloz, 2001, p. 95.
- *Difficultés et dangers de l'élaboration d'une théorie jurisprudentielle : l'exemple de la distinction entre la modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail*, Mélanges offerts à P. Couvrat, PUF, 2001, p. 101.
- *Existe-t-il un principe de faveur en droit du travail*, Mélanges dédiés à M. Despax, Presse de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2002, p. 389.
- *Clauses informatives et clauses contractuelles du contrat de travail*, RJS 2004, p. 3.
- Et AUBERT-MONPEYSSSEN (T.), *L'égalité de traitement dans les conventions collectives : une jurisprudence au milieu du gué*, in 13 paradoxes en droit du travail, ss. la direction de P. Waquet, Lamy Axe Droit, 2012, p. 275.

PELLE (S.),

- *La réception des correctifs d'équité par le droit*, D. 2011, p. 1230.

PERU-PIROTTE (L.),

- *La lutte contre les discriminations, loi n°2008-496 du 27 mai 2008*, JCP S 2008, 1314.

PETIT (F.),

- *Sur les clauses de garantie d'emploi*, Dr. soc. 2000, p. 80.

PICOD (Y),

- *L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat*, JCP G 1988, I, 3318.

PIGNARRE (G.),

- *L'obligation de sécurité patronale, entre incertitudes et nécessité*, RDT 2006, p. 155.
- *La contrepartie financière de la clause de non-concurrence et droit des obligations : jeux d'influence*, RDT 2009, p. 151.

PIZZIO-DELAPORTE (C.),

- *La clause de non-concurrence : jurisprudence récente*, Dr. soc. 1996, p. 145.

POIRIER (M.),

- *Egalité de traitement et différence de statut*, Dr. ouvr. 2009, p. 425.

POSEZ (A.),

- *La théorie de nullités*, RTD civ. 2011, p. 647.

PRETOT (X.),

- *La conformité à la Constitution de la loi relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion*, Dr. soc. 1989, p. 701.
- *Le Conseil constitutionnel et la loi de modernisation sociale, d'une annulation et de quelques réserves d'interprétation...*, Dr. soc. 2002, p. 244.

QUETANT (G.-P.),

- *La clause de dédit-formation est-elle révisable par le juge ?* Cahiers du DRH, 2001, n°42.

RADE (C.),

- *L'appréciation de la notion de disposition plus favorable*, Dr. soc. 2000, p. 381.
- *Haro sur le contrat*, A propos de la prohibition des clauses de variation dans le contrat de travail, Dr. soc. 2001, p. 514.
- *La figure du contrat dans le rapport de travail*, Dr. soc. 2001, p. 802.
- *L'ordre public social et la renonciation du salarié*, Dr. soc. 2002, p. 931.
- *Le solidarisme contractuel en droit du travail : mythe ou réalité ?*, in *Le solidarisme contractuel*, sous la direction de L. Grynbaum et M. Nicod, éd. Economica, 2004, p. 75.
- *Propos rapportés, L'actualité de la mobilité géographique des salariés*, Lexbase Hebdo, éd. soc., n°168, 19 mai 2005.
- *Harcèlement moral et responsabilités au sein de l'entreprise : l'obscur éclaircissement*, Dr. soc. 2006, p. 826.
- *Justification des inégalités salariales et maintien des avantages individuels acquis*, Dr. soc. 2007, p. 1122.
- *Le principe d'égalité de traitement, nouveau principe fondamental du droit du travail*, Dr. soc. 2008, p. 981
- *La chambre sociale de la Cour de cassation et la modulation dans le temps des effets des revirements de jurisprudence*, Dr. soc. 2010, p. 1150.
- *La Cour de cassation et les différences catégorielles : le retour en grâce des cadres*, Lexbase, Hebdo, éd. soc., n°481, 12 avril 2012.
- *Le juge et la contrepartie financière de la clause de non-concurrence*, Dr. soc. 2012, p.784.

RAY (J.-E).

- *Fidélité et exécution du contrat de travail*, Dr. soc. 1991, p. 377.
- *Les astreintes, un temps du troisième type*, Dr. soc. 1999, p. 250.
- *La légitime censure des télé-travaux forcés*, Dr. soc. 2001, p. 1039.
- *Changements d'horaires (A propos de quelques arrêts récents)*, Dr. soc. 2001, p. 7.
- *A travail inégal, salaire inégal*, Dr. soc. 2011, p. 42.
- *L'égalité de traitement*, in *Les rencontres de la chambre sociale de la Cour de cassation*, Dalloz, 2011, pp. 75 à 77.

REMY (P.),

- Et KAUSE (R.), *Regards, Droit des contrats et droit du travail*, RDT 2007, p. 475.
- Et ZUMFELDE (M.), *Regards, La clause de non-concurrence*, RDT 2007, p. 678.

REMY (Ph.),

- *Eloge de l'exégèse*, Rev. Droits, 1985, p. 115.
- *La part faite au juge*, Rev. Pouvoirs n°107, sept. 2003, p. 22.

RENAUX-PERSONNIC (V.),

- *De la contractualisation obligatoire à la décontractualisation possible des objectifs*, RJS 2001, p. 99.

REVET (T.),

- *La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat*, in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, ss. la direction de C. Jamin et D. Mazeaud, Etudes juridiques, vol. 9, Economica, 1999, p. 31.
- *La liberté du travail*, in *Libertés et droits fondamentaux*, ss. la dir. de R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, T. Revet, 11^{ème} éd., Dalloz, 2005, n°933, p. 721.
- *La législation*, Mélanges Malaurie, Defrénois, 2005, p. 377.

REYNES (B),

- *La renonciation à la clause de non-concurrence, la portée du revirement jurisprudentiel de 2002*, D. 2004, Chron., p. 1543.

RICHARD DE LA TOUR (J.),

- *Le libre choix du domicile du salarié et le contrat de travail*, RJS 1999, p. 94.

RIZZIO (F.),

- *Regards sur la prohibition des engagements perpétuels*, Droit et patrimoine, janv. 2000 p. 60.

ROBIN-OLIVIER (S.),

- et LOKIEC (P.), *Approche comparative du droit de la non-discrimination*, Droits d'ici, droits d'ailleurs, RDT 2009, p. 58.

ROUMIER (W.),

- *Bonne foi et loyauté dans le contrat de travail : débat sémantique ou réalité juridique ?*, TPS 2003, Chron. n°3, févr. 2003, p. 4.

ROY-LOUSTAUNAU (C.),

- *Réflexions sur le rôle du juge dans la requalification-sanction du contrat de travail à durée déterminée après la loi du 12 juillet 1990*, JCP E 1991, 101.

ROZES (L.)

- Et COUTURIER (G.), *Remarques sur l'ordre public en droit du travail*, Dr. soc. 1977, p. 311.

SALUDEN (M.),

- *L'étendue du contrôle exercé par la Cour de cassation sur les juges du fond en matière de clause pénale*, Gaz. Pal. 1984, 1, Doctr., p. 262.

SANZ (S.),

- *La consécration du pouvoir judiciaire par la loi du 9 juillet 1975 et ses incidences sur la théorie générale de la clause pénale*, RTD civ. 1977, p. 268.

SARAMITO (F.),

- *Une décision décevante du Conseil constitutionnel*, Dr. ouvr. 2002, p. 41.

SARGOS (P.),

- *L'évolution du concept de sécurité au travail et ses conséquences en matière de responsabilité*, JCP G 2003, I, 104.
- *L'homme n'est pas une île*, Dr. soc. 2004, p. 89.

SAUZET (M.),

- *De la responsabilité des patrons vis-à-vis des ouvriers dans les accidents industriels*, Rev. crit. lég. jur. 1883, p. 596.

SAVATIER (J.),

- *La modification unilatérale du contrat de travail*, Dr. soc. 1981, p. 219.
- *La réduction du salaire : inexécution ou modification unilatérale du contrat de travail ?*, Dr. soc. 1986, p. 867.
- *La révocation des avantages résultant des usages de l'entreprise*, Dr. soc. 1986, p. 890.
- *Modification unilatérale du contrat de travail et respect des engagements contractuels*, Dr. soc. 1988, p. 135.
- *Réflexions sur les indemnités de licenciement*, Dr. soc. 1989, p. 125.
- *La liberté dans le travail*, Dr. soc. 1990, p. 49.
- *Les garanties contractuelles de stabilité d'emploi*, Dr. soc. 1991, p. 413.
- *Les contrats de travail conclus avec un couple de travailleurs*, Dr. soc. 1994, p. 237.
- *La nullité de la reconnaissance par un salarié de sa responsabilité civile envers l'employeur en l'absence de faute lourde*, Dr. soc. 1995, p. 651.
- *Portée de l'immunité disciplinaire du salarié pour les actes de sa vie personnelle*, Dr. soc. 2003, p. 625.
- *L'obligation de reclassement d'un salarié déclaré inapte à tout emploi dans l'entreprise*, Dr. soc. 2005, p. 31.
- *La protection contre le tabagisme sur le lieu de travail*, Dr. soc. 2005, p. 971.
- *La reprise du travail sans visite de reprise par le médecin du travail*, Dr. soc. 2006, p.514.

SAVAUX (E.),

- *L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision*, RDC 2010, p.1057.

SCHOETTL (J.-E.),

- *La loi de modernisation sociale devant le Conseil constitutionnel*, LPA 21 janv. 2002, p. 3.
- *La loi « Fillon I » devant le Conseil constitutionnel*, LPA 2003, n°14, p. 11.

SERIAUX (A.),

- *Le juge au miroir, L'article 5 du code civil et l'ordre juridictionnel français contemporain*, Mélanges Mouly, Litec, 1998, p. 171.

SERINET (Y.-M.),

- *Le juge et l'illicéité du contrat*, in *Le renouveau des sanctions contractuelles*, ss. la dir. de F. Collart-Dutilleul et C. Coulon, Etudes juridiques, vol. 28, Economica, 2007, p. 85.

SERIZAY (B.),

- *L'égalitarisme ou la régression sociale en marche*, SSL 2011, n°1497, p. 12.

SERRA (Y.),

- *La qualification professionnelle du salarié, élément déterminant de la validité de la clause de non-concurrence en droit du travail*, D. 1996, Chron. p. 245.
- *Les fondements et le régime de l'obligation de non-concurrence*, RTD com. 1998, p. 7,
- *Tsunami sur la clause de non-concurrence en droit du travail*, D. 2002, jurispr., p. 2491.

SERRET (J.-J.),

- *Le droit commun des obligations et la concurrence d'un ancien salarié*, Dr. soc. 1994, p.759.

SINAY (H.),

- *La résurgence des arrêts de règlement*, D. 1958, Chron. p. 85.

SOURIAC (M.-A.),

- Et BOREUNFREUND, *Négociation collective entre désillusion et illusions*, Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXIème siècle, Mélanges en l'honneur de J.-M. Verdier, Dalloz 2001, p. 181.

SOYER (J.-C.),

- Et CATALA (N.), *La loi du 6 décembre 1976 relative au développement de la prévention des accidents du travail*, JCP G 1977, I, 2268.

STOFFEL-MUNCK (P.),

- *Le juge et la stabilité du contrat*, in le renouveau des sanctions contractuelles, ss. la direction de F. Collart-Dutilleul et C. Coulon, Etudes juridiques, vol. 28, Economica, 2007, p. 121.

STULZ (V.),

- *La clause de non-concurrence*, LPA 2003, n°213, p. 9.

SUPIOT (A.)

- *Pourquoi un droit du travail ?*, Dr. soc. 1990, p. 485.

TALLON (D.),

- *La révision pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé*, Mélanges Sayag, 1997, p. 403.

TAURAN (T.),

- *La clause de garantie d'emploi dans les contrats de travail*, JCP S 2006, 1492.

TEISSIER (A.),

- *Loyauté et contrat de travail : contre quelques idées reçues*, SSL 30 mai 2005, n°1217, p. 5.
- *La clause de non-concurrence en droit du travail : loyauté renforcée ou forcée ?*, JCP S 2005, 1085.

TERRE (F.),

- *Réflexions sur un couple instable : égalité et équité*, Arch. de Philo. du Droit, t. 51, Dalloz, 2008, p. 25.
- Et AUBERT (J.-L.), BANDRAC (M.), BRETON (A.), CARBONNIER (J.), CORNU (G.), GOBERT (M.), TUNC (A.), ZENATI (F.), *La jurisprudence aujourd'hui, libres propos sur une institution controversée*, RTD civ. 1992, p. 337.

TESTU (F.X.),

- *Le juge et le contrat d'adhésion*, JCP G, 1993, 3673.

TETARD (C.),

- *Réflexions sur le régime de la renonciation à la clause de non-concurrence*, JCP S 2006, 1885.

TEYSSIE (B.),

- *Réflexions sur les conséquences de la nullité d'une clause d'un contrat*, D. 1976, Chron. p. 281.
- *La protection des salariés victimes d'accident du travail ou de maladies professionnelles*, JCP G 1982, I, 3060.
- *La modification du contrat de travail, instrument de gestion de l'entreprise*, Dr. soc. 1986, p. 852, spéc. p. 855.
- *Liberté, égalité*, TPS, mars 2002, p. 3.
- *L'intérêt de l'entreprise, aspects de droit du travail*, D. 2004, Chron. p. 1680.
- *Corpus Juris*, in Le discours et le code, Portalis, deux siècles après le code Napoléon, Litec, 2004, p. 45.

THIEBAULT (H.),

- *L'employeur et le juge*, Dr. soc. 1997, p. 133.

THOMAS (C.),

- *Accords de réduction du temps de travail « Loi Aubry I »*, RJS 2003, p. 371.

THOMASSET (C.),

- Epilogue : l'actualité de François Génay et son œuvre, RTD civ. 2010, p. 279.

THUILLIER (H.),

- *Contribution à la théorie des sources en droit du travail, I. La réception des sources, un ordre statutaire ?*, JCP 1974, I, 2649.

TOURNAFOND (O.),

- *Considérations sur les nouveaux arrêts de règlement*, Mélanges Jestaz, Dalloz, 2006.

TOURNAUX (S.),

- *La différenciation réaffirmée de la clause de mobilité et de la clause d'obligation de résidence*, Lexbase, Hebdo, éd. soc., 31 mai 2007, n°362.
- *Le déclin de la finalité de la période d'essai*, Dr. soc. 2012, p. 788.
- *L'intensité de l'obligation de sécurité de l'employeur : un traitement aux effets mal mesurés*, Dr. ouvr. 2012, p. 571.
- *Un pas vers l'indemnisation généralisée au titre de l'utilisation du domicile à des fins professionnelles*, Dr. soc. 2013, p. 353.

TROPER (M.),

- *Interprétation, Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Quadriga, 2003.

TUNC (A.),

- Et AUBERT (J.-L.), BANDRAC (M.), BRETON (A.), CARBONNIER (J.), CORNU (G.), GOBERT (M.), TERRE (F.), ZENATI (F.), *La jurisprudence aujourd'hui, libres propos sur une institution controversée*, RTD civ. 1992, p. 337.

VACARIE (I.),

- *La renonciation du salarié*, Dr. soc. 1990, p. 757.
- Et LYON-CAEN (G.), *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXIème siècle*, Mélanges en l'honneur de J.-M. Verdier, Dalloz, 2001, p. 421.

VACHET (G.),

- *Une nouvelle définition de la faute inexcusable*, TPS 2002, n°5, chron. n°8.

VAN DE WYNCKELE (A.),

- *Le régime du changement de contrat de travail au sein d'une même relation de travail*, JCP S 2006, 1064.

VATINET (R.),

- *Les principes mis en œuvre par la jurisprudence relative aux clauses de non-concurrence en droit du travail*, Dr. soc. 1998, p. 534.
- *En marge des « affaires de l'amiante » : l'obligation de sécurité du salarié*, Dr. soc. 2002, p. 533.
- *Les conditions de validité des clauses de non-concurrence : l'imbroglio*, Dr. soc. 2002, p.949.
- *L'ordre public*, in Les notions fondamentales en droit du travail, ss. la dir. de TEYSSIE (B.), LGDJ Diffuseur, éd. Panthéon-Assas, 2009, p. 89.
- *Les méthodes de raisonnement juridique en droit du travail*, in Standards, principes et méthodes en droit du travail, ss. la dir. de TEYSSIE (B.), Economica, 2011, p. 207.

VERICEL (M.),

- *La contractualisation des avantages nés de normes d'entreprise atypiques*, Dr. soc. 2000, p. 833.
- *Effets de la référence du contrat de travail aux dispositions du règlement intérieur*, Dr. soc. 2004, p. 834.

VERKINDT (P.-Y.),

- *Le contrat de travail, Modèle ou anti-modèle du droit civil des contrats ?*, in La nouvelle crise du contrat, ss. la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Dalloz, 2003.
- *Les obligations de sécurité du chef d'entreprise : aspects de droit civil*, SSL 2006, n°1286, suppl., p. 24.
- *L'obligation de sécurité de résultat ... encore et toujours !*, Cah. Dr. de l'entr. n°1, janv. 2011, dossier 5.
- *L'égalité, une affaire de mesure*, in 13 paradoxes en droit du travail, ss. la dir. de P. Waquet, Lamy Axe Droit, 2012, p. 271.
- Et FANTONI-QUINTON (S.), *Obligation de résultat en matière de santé au travail : à l'impossible, l'employeur est tenu ?*, Dr. soc. 2013, p. 229.

VIGNEAU (C.),

- *L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail*, Dr. soc. 2004, p. 706.

VINCENT (D.),

- *La promesse faite par un salarié d'être fidèle à son employeur après son départ est-elle licite ?*, Dr. soc. 1997, p. 152.

VINEY (G.),

- *Cessation de l'illicite et responsabilité civile*, Mélanges Goubeaux, Dalloz, LGDJ, Lextenso, 2009, p. 547.

WALTON (M. J. P.),

- *Clause et « consideration » dans le droit anglais des obligations*, RTD civ. 1919, p. 469.

WAQUET (P.),

- *La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail*, RJS 1996, p. 791.
- *Les arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation*, Dr. soc. 1998, p. 62.
- *Droit disciplinaire et modification du contrat de travail*, Dr. soc. 1998, p. 803.
- *Tableau de la jurisprudence sur le contrôle de la modification du contrat de travail*, Dr. soc. 1999, p. 566.
- *La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail*, RJS 1996, p. 791.
- *Le renouveau du contrat de travail*, RJS 1999, p. 383.
- *Les libertés dans l'entreprise*, RJS 2000, p. 335.
- *Le pouvoir de direction et les libertés du salarié*, Dr. soc. 2000, p. 1051.
- *Quelques réflexions sur l'arrêt SAT en particulier et sur le licenciement économique en général*, RJS 2001, p. 567.
- *Les objectifs*, Dr. soc. 2001, p. 120.
- *Le « trouble objectif dans l'entreprise » : une notion à redéfinir*, RDT 2006, p. 306
- *Retour sur l'arrêt Ponsolle*, RDT 2008, p. 22.

WILLEY (M.),

- *Métamorphoses de l'obligation*, Arch. de Philo. du Droit, t. XV, Philosophie du droit anglaise et américaine et divers essais, Sirey, 1970, p. 287.

WINTGEN (R.),

- et ANCEL (P.), FAUVARQUE-CAUSSON (B.), *La théorie du fondement contractuel et son intérêt pour le droit français*, RDC 2006, p. 897.

ZAKI (M. S.),

- *Définir l'équité*, Arch. de Philo. du Droit, t. 35, Sirey, 1990, p. 87.

ZENATI (F.),

- Et AUBERT (J.-L.), BANDRAC (M.), BRETON (A.), CARBONNIER (J.), CORNU (G.), GOBERT (M.), TERRE (F.), TUNC (A.), *La jurisprudence aujourd'hui, libres propos sur une institution controversée*, RTD civ. 1992, p. 337.

ZIENTARA-LOGEAIS (S.),

- *L'égalité de rémunération entre hommes et femmes : une avancée significative* (Avis), Dr. soc. 2010, p. 1076.

ZUMFELDE (M.),

- et REMY (P.), *La clause de non-concurrence, Droits d'ici, droits d'ailleurs, Regards, La clause de non-concurrence*, RDT 2007, p. 678.

VI – NOTES ET OBSERVATIONS

ADAM (P.),

- Note ss. Cass. soc. 21 juin 2006, RDT 2006, p. 245.
- Note ss. Cass. soc. 11 mars 2008, Dr. ouvr. 2008, p. 489.
- Note ss. CE 15 déc. 2010, RDT 2011, p. 116.

ADOM (J. K.),

- Note ss. Cass. soc. 12 juill. 2005, JCP S 2005, 1333.

ALAPHILIPPE (P.),

- Note ss. Cass. soc. 16 déc. 1998, D. 2000, jurisp., p. 30.

ALLENDE (M.) (d'),

- Note ss. Cass. soc. 4 févr. 2009, JCP S 2009, 1198.
- Note ss. Cass. soc. 12 janv. 2011, JCP S 2011, 1168.
- Note ss. Cass. soc. 8 juin 2011, JCP S 2011, 1451.

ALLIX (D.),

- Note ss. Cass. soc. 10 nov. 2009, JCP S 2010, 1044.

AMAURGER-LATTES (M.-C.),

- Note ss. Cass. soc. 27 juin 2002, D. 2002, som. p. 3115.

AMIEL-DONAT (J.),

- Note ss. Cass. soc. 13 oct. 1988, JCP E 1989, II, 15474.
- Note ss. Cass. soc. 14 mai 1992, JCP 1992, II, 21889.

AMMAR (D.),

- Note ss. Cass. soc. 4 mai 1999, JCP G 2000, II, 10337.

AMRANI-MEKKI (S.),

- Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 4 avr. 2006, D. 2006, p. 2638.

AMZALAC (V.),

- Obs. ss. CA Paris 19 juin 1971, Gaz. Pal. 1971, 2, p. 636.

ANTONMATTEI (P.-H.),

- Note ss. Cass. soc. 16 juin 1988, JCP E 1988, II, 15356.
- Obs. ss. Cass. soc. 9 mars 1999, Dr. soc. 1999, p. 630.
- Obs. ss. Cass. soc. 18 mars 2003, Dr. et pat., 2003, n°116, p. 105.
- Obs. Ss. Cass. soc. 1er juill. 2009, Dr. soc. 2009, p. 1169.

ARSÉGUEL (A.),

- Et FADEUILHE (P.), note ss. Cass. soc. 24 oct. 1995, JCP G 1996, II, 22954.

ASQUINAZI-BAILLEUX (D.),

- Note ss. Cass. soc. 13 juill. 2010, JCP S 2010, 1410.
- Note ss. Cass. soc. 1^{er} févr. 2012, JCP S 2012, 1151.

AUBERT (J.-L.),

- Obs. ss. Cass. civ. 3^{ème}, 21 janv. 1971, Rép. Defr. 1971, art. 29861, p. 508.
- Obs. ss. Cass. com., 28 avr. 1980, Rép. Defr. 1980, art. 32494, p. 1477.
- Obs. ss. Cass. civ. 3^{ème}, 7 juin 1983, Rép. Defr. 1984, art. 33326, n°48, p. 805.
- Obs. ss. Cass. soc., 26 mai 1988, Rép. Defr. 1989, art. 34470, n°13, p. 358.
- Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 12 juill. 1989, D. 1991, som. p. 320.
- Obs. ss. Cass. com. 16 juill. 1991, Rép. Defr. 1992, art. 35212, p. 329.
- Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 4 avr. 2006, Rép. Defr., 2006, art. 38431, p. 1197.
- Obs. ss. Cass. com. 28 oct. 1983, Rép. Defr. 1984, art. 33230, n°9, p. 294.

AUBERT-MONPEYSSEN (T.),

- Note ss. Cass. soc. 21 janv. 2009, RDT 2009, p. 321.
- Note ss. Cass. soc. 30 avr. 2009, RDT 2009, p. 516.
- Note ss. Cass. soc. 6 juill. 2010, RDT 2010, p. 723.

AUBONNET (F.),

- ET GAMET (L.), note ss. Cass. soc. 23 sept. 2009, SSL 2009, n°1416, p. 12.

AUGUET (Y.),

- Note ss. Cass. soc. 10 févr. 1998, D. 1999, som. p. 102.

AUZERO (G.),

- Note ss. Cass. soc. 12 juill. 2005, JCP E 2005, 1711.
- Note ss. Cass. soc., 12 juill. 2006, RDT 2006, p. 311.
- Note ss. Cass. soc. 7 mars 2007, RDT 2007, p. 308.
- Note ss. Cass. soc. 23 oct. 2007, RDT 2007, p. 719.
- Note ss. Cass. soc. 4 mars 2008, RDT 2008, p. 306.
- Note ss. Cass. soc. 14 oct. 2008, RDT 2008, p. 731.
- Note ss. Cass. soc. 23 sept. 2009, RDT 2009, p. 647.
- Note ss. Cass. soc. 15 déc. 2010, RDT 2011, p. 108.
- Note ss. Cass. com. 15 mars 2011, RDT 2011, p. 306.

AVENA-ROBARDET (V.),

- Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 6 mars 2001, D. 2001, jurisp., p. 1172.

AYNÈS (L.),

- Note ss. Cass. Ass. Plén. 1er déc. 1995, D. 1995, jurisp. p. 20.
- Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 1er juill. 1997, Rép. Defr. 1997, art. 36681, p. 1251.
- Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 6 mars 2001, D. 2001, som. p. 3239.

BABIN (M.),

- Note ss. Cass. civ. 2^{ème}, 8 nov. 2007, JCP S 2008, 1038.

BAILLY (P.),

- Note ss. Cass. soc. 1^{er} juill. 2009, SSL 2009, n°1414, p. 13.

BAKOUCHE (D.),

- Note ss. Cass. 3^{ème} civ. 20 déc. 2006, JCP G 2007, II, 10024.

BARÈGE (A.),

- Note ss. Cass. soc. 5 déc. 2007, JCP S 2008, 1233.
- Note ss. Cass. soc. 30 nov. 2010, JCP S 2011, 1140.
- Note ss. Cass. soc. 16 mars 2011, JCP S 2011, 1326.
- Et BOSSU (B.), note ss. Cass. ch. mixte, 18 mai 2007, JCP S 2007, 1538.

BARTHÉLÉMY (J.),

- Note ss. Cass. soc. 15 févr. 1995, Dr. soc. 1995, p. 399.
- Note ss. Cass. soc. 17 janv. 1996, Dr. soc. 1996, p. 643.
- Note ss. Cass. soc. 13 nov. 1996, JCP E 1997, II, 911.
- Note ss. Cass. soc. 10 mars 1998, Dr. soc. 1998, p. 492.
- Note ss. Cass. soc. 12 juill. 2005, Dr. soc. 2005, p. 1037.

BATAILLE-NEVEJANS (N.),

- Note ss. Cass. soc. 30 mars 2005, JCP G 2005, II, 10084.

BÉAL (S.),

- Note ss. Cass. soc. 21 janv. 2004, JCP E 2004, 447.
- Note ss. Cass. soc. 23 févr. 2005, JCP E 2005, 566.
- ET FERREIRA (A.), note ss. Cass. soc. 30 nov. 2005, JCP S 2005, 1436.
- Note ss. Cass. soc. 7 juin 2006, JCP E 2006, 2443, p. 1696.
- ET TERRENOIRE (C.), note ss. Cass. soc. 21 déc. 2006, JCP E 2007, 1288.
- ET DODET (A.-L.), note ss. Cass. soc. 24 janv. 2007, JCP S 2007, 1243.
- Note ss. Cass. soc. 30 janv. 2008, JCP E 2008, 1878, p. 37.
- ET FERREIRA (A.), note ss. Cass. soc. 3 févr. 2010, JCP S 2010, 1431.

BENABENT (A.),

- Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 18 nov. 1997, Rép. Defr. 1998, art. 36765, n°41, p. 405.

BENTO DE CARVALHO (L),

- Note ss. Cass. soc. 17 nov. 2010, RDT 2011, p. 111.

BERAUD (J.-M.),

- Note ss. Cass. soc. 16 juill. 1987, D. 1988, som. p. 97.

BEUDANT (C.),

- Note ss. Cass. ch. req. 5 mai 1879, note D. 1880, I, p. 145.

BEYNEIX (I.),

- Note ss. Cass. soc. 11 janv. 2006, JCP S 2006, 1102.
- Note ss. Cass. soc. 15 nov. 2006, JCP S 2007, 1057.
- Note ss. Cass. soc. 8 avril 2010, JCP S 2010, 1288.
- Note ss. Cass. soc. 23 juin 2010, JCP S 2010, 1540.
- Note ss. Cass. soc. 12 janv. 2011, JCP S 2011, 1042.
- Note ss. Cass. soc. 22 juin 2011, JCP S 2011, 1425.
- Note ss. Cass. soc. 28 sept. 2011, JCP S 2012, 1004.
- Note ss. Cass. soc. 25 janv. 2012, JCP S 2012, 1208.

BIGOT (J.),

- Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 19 déc. 1990, JCP G 1991, II, 21656.

BILLIAU (M.),

- Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 10 oct. 1995, JCP G 1996, I, 3914, n°9.

BISIÈRE (P.),

- Note ss. CA Paris 9 févr. 1962, JCP G 1962, II, 12880.

BLAISE (H.),

- Note ss. Cass. soc. 18 juin 1996, Dr. soc. 1996, p. 978.

BOFFA (R.),

- Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 4 avr. 2006 : D. 2006, p. 2656.

BONNECHÈRE (M.),

- Note ss. Cass. soc. 7 avril 1987, Dr. ouvr. 1987, p. 327.

BORGHETTI (J.-S.),

- Obs. ss. Cass. soc. 4 mars 2008, Cass. soc. 28 mai 2008, Cass. civ. 1^{ère}, 19 juin 2008, RDC 2008, p. 1158.
- Obs. ss. Cass. civ. 3^{ème}, 24 sept. 2008, RDC 2009, p. 88.

BOSSU (B.),

- Note ss. Cass. soc. 15 mars 2006, JCP S 2006, 1329.
- Note ss. Cass. soc. 4 avril 2006, JCP S 2006, 1426.
- Note ss. Cass. soc. 3 mai 2006, JCP S 2006, 1666.
- Note ss. Cass. soc. 10 mai 2006, JCP S 2006, 1727.
- Note ss. Cass. soc. 7 juin 2006, JCP S 2006, 1917.
- Note ss. Cass. soc. 21 sept. 2006, JCP S 2007, 1038.
- Note ss. Cass. soc. 21 déc. 2006, JCP S 2007, 1244.
- Et BAREGE (A.), note ss. Cass. ch. mixte, 18 mai 2007, JCP S 2007, 1538.
- Note ss. Cass. soc. 17 juill. 2007, JCP S 2007, 1955.
- Note ss. Cass. soc. 14 nov. 2007, JCP S 2008, 1097.
- Note ss. Cass. soc. 14 oct. 2008, JCP S 2008, 1668.
- Note ss. Cass. soc. 23 sept. 2009, JCP S 2010.
- Note ss. Cass. soc. 14 oct. 2009, JCP S 2010, 1102.
- Note ss. Cass. soc. 9 déc. 2009, JCP S 2010, 1230.
- Note ss. Cass. soc. 7 avril 2010, RDT 2010, p. 517.
- Note ss. Cass. soc. 19 oct. 2011, JCP S 2012, 1042.
- Note ss. Cass. soc. 13 juin 2012, JCP S 2012, 1397.
- Note ss. Cass. soc. 12 déc. 2012, JCP S 1123.

BOUBLI (B.),

- Note ss. Cass. soc. 11 janv. 2000, Gaz Pal., som., sept. oct., p. 2284.
- Note ss. Cass. soc. 21 janv. 2004, Gaz. Pal, mars-avril 2004, p. 1426.

BOUCHE (N.),

- Et BOURRIER (C.), note ss. Cass. soc. 13 janv. 1998, D. 1999, jurisp. p. 161.

BOUCHERET (A.),

- Note ss. Cass. soc. 26 sept. 2012, JSL 2012, n°332, p. 19.

BOUILLOUX (A.),

- Note ss. Cass. soc. 1^{er} févr. 1995, D 1995, som. p. 362.

BOULMIER (D.),

- Note ss. Cass. soc. 20 oct. 1998, JCP E 1998, pan., p. 2028.
- Note ss. Cass. soc. 4 avril 2012, JCP S 2012, 1330.
- Note ss. Cass. soc. 4 avril 2012, JCP S 2012.
- Note ss. Cass. soc. 4 avril 2012, JCP S 2012.

BOURRIER (C.),

- ET BOUCHE (N.), note ss. Cass. soc. 13 janv. 1998, D. 1999, jurisp. p. 161.

BOUSEZ (F.),

- Note ss. Cass. soc. 26 mai 1998, JCP E 1999, p. 126.
- Note ss. Cass. soc. 27 juin 2002, JCP G 2003, I, 130.

BOUTONNET (M.),

- Note ss. CA Nancy 26 sept. 2007, D. 2008, p. 1120.

BRETHER DE LA GRESSAYE (J.),

- Note ss. Cass. soc. 27 nov. 1958, JCP G 1959, II, 11143.

BRISSY (S.),

- Note ss. Cass. soc. 26 sept. 2007, JCP S 2007, 1854.

BUGADA (A.),

- Note ss. Cass. soc. 29 juin 2005, D. 2005 jurisp., p. 2565.
- Note ss. Cass. soc. 1er juill. 2008, JCP S 2008, 1435.

BUREAU (D.),

- Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 5 janv. 1999, Rev. cr. DIP 1999, p. 546.

BUREAU (D.),

- Et MOLFESSIS (N.), note ss. Cass. Ass. Plén., 1^{er} déc. 1995, LPA 27 déc. 1995, n°155, p.11.

CABRILLAC (M.),

- Et TEYSSIE (B.), obs. ss. Cass. com. 6 avril 1993, RTD com. 1993, p. 548.

CADIET (L.),

- Note ss. Cass. soc. 4 déc. 1996, JCP 1997, I, 4064, n°11.

CAILLÉ (P.),

- Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 11 juillet 2006, JCP G 2006, II, 10182.

CAILLOUX-MEURICE (L.),

- Note ss. Cass. soc. 16 mai 2012, JCP S 2012,1309.

CALBIAC (J. de),

- Et JEAN-MARIE (N.), note ss. Cass. soc. 11 janv. 2012, JCP S 2012, 1156.

CALVO (J.),

- Obs. ss. Cass. com. 30 nov. 1983, Gaz. Pal. 1984, 2, jurisp., p. 675.

CAMERLYNCK (G.H.),

- Note ss. Cass. soc. 20 mars 1963, JCP G 1963, II, 13357.

CANUT (F.),

- Note ss. Cass. soc. 28 sept. 2011, SSL 2011, n°1512, p. 10.
- Note ss. Cass. soc. 25 janv. 2012, SSL 2012, n°1550, p. 136.

CAPITANT (H.),

- Note ss. Cass. civ. 12 déc. 1921, D. 1922, I, p. 153.

CARBONNIER (J.),

- Obs. ss. Cass. soc. 18 oct. 1952, RTD civ. 1952, p. 124.
- Obs. ss. Cass. soc. 27 nov. 1958, RTD civ. 1959, p. 753.

CARTOU (L.),

- Note ss. CJCE 28 janv. 1986, D. 1986, som. p. 273.

CARVAL (S.),

- Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère} 11 juin 2009, RDC 2009, p. 1371.

CAVALLINI (J.),

- Note ss. CJUE 12 octobre 2010, JCP S 2010, 1480.

CESARO (J.-F.),

- Note ss. Cass. soc. 29 mars 1995, JCP G 1995, I, 3899..
- Note ss. Cass. soc. 1er juin 2005, JCP S 2005, 1052.
- Note ss. Cass. soc. 28 juin 2005, JCP S 2005, 1245.
- Note ss. Cass. soc. 23 nov. 2005, JCP S 2006, 1043.
- Note ss. Cass. soc. 1er déc. 2005, JCP S 2006, 1071.
- Note ss. Cass. soc. 3 mai 2006, JCP S 2006, 1496.
- Note ss. Cass. soc. 28 nov. 2006, JCP S 2007, 1079.
- Note ss. Cass. soc. 11 juill. 2007, JCP S 2007, 1910.
- Note ss. Cass. soc. 30 janv. 2008, JCP S 2008, 1274.
- Note ss. Cass. soc. 10 juin 2008, JCP S 2008, 1466.
- Note ss. Cass. soc. 21 janv. 2009, JCP S 2009, 1151.
- Note ss. Cass. soc. 28 oct. 2009, JCP S 2010, 1008.
- Note ss. Cass. soc. 28 sept. 2010, JCP S 2011, 1097.
- Note ss. Cass. soc. 12 oct. 2011, JCP S 2012, 1005.
- Note ss. Cass. soc. 23 mars 2011, JCP S 2011, 1243.

CHABAS (F.),

- Obs. ss. Cass. com. 30 juin 1980, RTD civ. 1980, p. 142.
- Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 23 févr. 1982, RTD civ. 1982, p. 603.
- Obs. Cass. civ. 1^{ère}, 9 févr. 1983, Gaz. Pal. 1984, 1, p. 182.
- Obs. Cass. civ. 1^{ère}, 12 juill. 1989, Gaz. Pal. 1991, 1, jurisp., p. 374.

CHAMPEAUX (F.),

- Note ss. Cass. soc. 6 févr. 2001, SSL 19 févr. 2001, n°1016, p. 10.
- Note ss. Cass. soc. 10 mars 2004, SSL 5 mars 2004, n°1163, p. 9.
- Note ss. Cass. soc. 12 mai 2004, SSL 2004, n°1171, p. 12.
- Note ss. Cass. soc. 7 juill. 2004, SSL 19 juill. 2004, n°1178, p. 12.
- Note ss. Cass. soc. 29 juin 2005, SSL, 11 juill. 2005, n°1223, p. 12.
- Note ss. Cass. soc. 14 oct. 2008, SSL 3 nov. 2008, n°1373, p. 11.

CHAUCHARD (J.-P.),

- Note Cass. Ass. plén. 18 mars 1988, Bull. AP, D. 1988, jurisp., p. 221.

CHAUMETTE (P.),

- Note ss. Cass. soc. 7 avril 1987, JCP E 1987, II, 14981, p. 396.
- Obs. ss. Cass. civ. 2^{ème}, 8 nov. 2007, Dr. soc. 2008, p. 258.
- Obs. ss. Cass. soc. 29 sept. 2010, Dr. soc. 2010, p. 212.

CHAUVEL (P.)

- Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 14 déc. 2004, Dr. et pat. mai 2005, n°137, p. 98.

CHAZAL (J.-P.),

- Note ss. CA Paris, 5ème ch. B, 11 févr. 1999, JCP G, II, 10244.
- Obs. ss. Cass. soc. 3 juin 2003, RDC 2004, p. 237.

CHEVALLIER (J.),

- Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 7 avril 1967, RTD civ. 1968, n°4, p. 146.

CHIREZ (F.),

- Note ss. Cass. soc. 10 juill. 2002, SSL 22 juill. 2002, n°1085, p. 9.
- Note ss. Cass. soc. 8 avril 2009, Dr. ouvr. 2010, p. 17.
- Note ss. Cass. soc. 9 janv. 2013, CSBP 2013, n°249, A18.

CHORIN (J.),

- Note ss. Cass. soc. 17 juill. 1996, JCP G 1997, II, 27798.

CLAY (T.),

- Note ss. Cass. soc. 28 juin 2005, D. 2005 pan., p. 3052.

COHEN (D.),

- Obs. ss. CA Versailles 29 oct. 1990, Rev. arb. 1992, p. 483.
- Note ss. Cass. com. 22 oct. 1996, JCP G. 1997, II, 22881.

COLIN (T.),

- Note ss. Cass. soc. 30 sept. 2003, D. 2004, som. p. 378.

COLLART DUTILLEUL (F.),

- Obs. ss. Cass. civ. 3^{ème}, 30 avril 2002, RDC 2003, p. 99.

COLONNA (J.)

- Note ss. Cass. soc. 16 mars 2004, JCP E 2004, 1394.

CONSTANTIN (A.),

- Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 31 mai 2007, JCP G 2007, I, 195.

CORNU (G.),

- Obs. ss. Cass. com. 24 mars 1965, RTD civ. 1965, p. 821.
- Obs. ss. CA Rennes 17 avril 1969, RTD civ. 1971, p. 172.
- Obs. Cass. civ. 3^{ème}, 15 févr. 1972, RTD civ. 1972, p. 616.
- Obs. ss. CA Douai, 10 mars 1976, RTD civ. 1977, p. 338.
- Obs. ss. Cass. civ. 3^{ème}, 2 oct. 1974, RTD. civ. 1975, p. 130.

CORRIGNAN-CARSIN (D.),

- Obs. ss. Cass. soc. 14 mai 1992, Dr. soc. 1992, p. 967.
- Note ss. Cass. Ass. Plén. 6 nov. 1998, JCP E 1999, p. 133.
- Note ss. Cass. soc. 22 févr. 2000, JCP G 2000, II, 10321.
- Obs. ss. Cass. soc. 25 avril 2001, Dr. soc. 2001, p. 756.
- Note ss. Cass. soc. 28 mai 2002, JCP G 2002, II, n°1047.
- Note ss. Cass. soc. 28 mai 2002, JCP E 2002, 1469, p. 1630.
- Note ss. Cass. soc. 10 juill. 2002, JCP E 2002, 1511.
- Note ss. Cass. soc. 22 janv. 2003, JCP G 2003, II, 10080.
- Note ss. Cass. soc. 2 déc. 2003, JCP G 2004, II, 10025.
- Note ss. Cass. soc. 23 févr. 2005, JCP E 2005, 1069.
- Note ss. Cass. soc. 23 févr. 2005, JCP G 2005, II, 10076.
- Note ss. Cass. soc. 15 nov. 2006, JCP G 2007, II, 10039.
- Note ss. Cass. soc. 7 mars 2007, JCP G 2007, II, 10077.
- Note ss. Cass. soc. 27 mars 2007, JCP G 2007, II, 10093.
- Note ss. Cass. soc. 1^{er} juill. 2008, JCP S 2008, 2148.
- Note ss. Cass. soc. 14 oct. 2008, JCP G 2008, II, 10201.
- Note ss. Cass. soc. 5 mai 2010, JCP S 2010, 1298.
- Note ss. Cass. soc. 3 mai 2011, JCP S 2011, 1311.

COURET (A.),

- Obs. Ss. CA Paris 25 janv. 1995, Bull. Joly 1995, p. 413.

COURET (B.),

- Et B. DONDERO (B.), note ss. Cass. com. 15 mars 2011 : JCP E 2011, 1409.

COURSIER (P.),

- Note ss. Cass. soc. 16 fév. 1999, JCP E 1999, p. 1685.
- Note ss. Cass. soc. 28 févr. 2002 JCP E 2002, Act 68.

COUTURIER (G.),

- Obs. ss. Cass. soc. 19 nov. 1996, Dr. soc. 1997, p. 95.
- Obs. ss. Cass. soc. 8 janv. 1997, Dr. soc. 1997, p. 323.
- Obs. ss. Cass. soc. 19 févr. 1997, Dr. soc. 1997, p. 432.
- Obs. ss. Cass. soc. 23 avril 1997, Dr. soc. 1997, p. 641.
- Obs. ss. Cass. soc. 24 oct. 2000, Dr. soc. 2001, p. 27.
- Obs. ss. Cass. soc. 28 mai 2002, Dr. soc. 2002, p. 783.
- Obs. ss. Cass. soc. 10 mars 2004, Dr. soc. 2004, p. 556.
- Obs. ss. Cass. soc. 7 avril 2004, Dr. soc. 2004, p. 670.
- Obs. ss. Cass. soc. 13 janv. 2010, Dr. soc. 2010, p. 474.
- Obs. ss. Cass. soc. 24 juin 2008, Dr. soc. 2009, p. 116.

CRIONNET (M.),

- Note ss. Cass. soc. 9 juill. 1978, D. 1978, jurisp., p. 338.
- Note ss. Cass. soc. 8 janv. 1997, D. 1997, jurisp., p. 332.

DAGORNE-LABBÉ (Y.),

- Note ss. Cass. com. 5 avril 1994, JCP G 1995, II, 22384.
- Note ss. Cass. civ. 3^{ème}, 24 sept. 2008, JCP G 2009, II, 10016.

DANIEL (J.),

- Note ss. Cass. soc. 8 juin 2011, JCP S 2011, 1579.
- Note ss. Cass. soc. 8 juin 2011, JCP S 2011, 1321.
- Note ss. Cass. soc. 16 févr. 2012, JCP S 2012, 1147.

DARMAISIN (S.),

- Note ss. Cass. soc. 31 mai 2005, JCP S 2005, 1053.

DAUXERRE (L.),

- Note ss. Cass. soc. 17 nov. 2010, JCP S 2010, 1551.
- Note ss. Cass. soc. 10 oct. 2012, JCP S 2012, 1530.

DEDESSUS-LE MOUSTIER (G.),

- Note ss. Cass. soc. 6 juill. 2010, JCP G 2010, Act., 850.
- Note ss. Cass. soc. 12 déc. 2012, JCP G 2013, n°1-2, p. 35.

DEDESSUS-LE- MOUSTIER (N.),

- Note ss. Cass. soc. 3 févr. 2010 JCP G 2010, p. 414.

DÉFOSSEZ (M.),

- Note ss. Cass. soc. 14 mai 1987, JCP E 1988, II, 15129.
- Note ss. Cass. soc. 25 févr. 1992, D. 1992, jurisp. p. 390.
- Note ss. Cass. soc. 17 oct. 1996, D. 1997, p. 179.

DEJEAN DE LA BÂTIE (A.),

- Note ss. Cass. civ. 2^{ème}, 8 juill. 2004, SSL 4 oct. 2004, n°1184, p. 12.

DEL SOL (M.),

- Note ss. Cass. soc. 17 oct. 2000, JCP E 2001, n°6, p. 280.
- Note ss. Cass. soc. 15 déc. 2006, JCP S 2007, 1136.

DELEBECQUE (P.),

- Obs. ss. Cass. Ass. Plén. 1^{er} déc. 1995, Rép. Defr. 1996, art. 36354, n°57, p. 747.
- Obs. ss. Cass. com. 9 juill. 1996, Rép. Defr. 1996, art. 36434, n°145, p. 1363.
- Note ss. Cass. com. 22 oct. 1996, D. 1997, som., p. 7.
- Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 5 mai 1998, Rép. Defr. 1998, art. 36860, obs. P. Delebecque.

DELPECH (X.),

- Cass. com. 5 juin 2007, D. 2007, p. 1723.

DEPREZ (J.),

- Note ss. Cass. soc. 22 janv. 1992, JCP E 1993, II, 401.

DESBARAT (I.),

- Note ss. Cass. soc. 20 oct. 1998, D. 1999, som., p. 174.
- Note ss. Cass. soc. 16 déc. 1998, D. 1999, som. p. 182.

DESBARRATS (I.),

- Note ss. Cass. soc. 21 déc. 2006, RDT 2007, p. 238.

DEUMIER (P.),

- Note ss. Cass. Ass. Plén. 21 déc. 2006, RTD civ. 2007, p. 72.
- Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 11 juin 2009, RTD civ. 2009, p. 495.

DOCKÈS (E.),

- Note ss. Cass. soc. 21 sept. 2006, RDT 2006, p. 314, note E. Dockès.

DONDERO (B.),

- Et COURET (B.), note ss. Cass. com. 15 mars 2011, JCP E 2011, 1409.

DRAI (L.),

- Note ss. Cass. soc. 4 juill. 2007, JCP S 2007, 1759.
- Note ss. Cass. soc. 11 févr. 2009, JCP S 2009, 1214.
- Note ss. Cass. soc. 25 mars 2009, JCP S 2009, 1282.

DREYER (E.),

- Note ss. Cass. Ass. Plén. 21 déc. 2006, JCP G 2007, II, 10040.

DUBARRY (J.-C.),

- Et LOQUIN (E.), obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 21 mai 1997, RTD com. 1998, p. 330.

DUMONT (F.),

- Note ss. Cass. soc. 24 juin 2008, JCP S 2008, 1522.
- Note ss. Cass. soc., 31 mars 2009, JCP S 2009, 1296.
- Note ss. Cass. soc. 31 mai 2012, JCP S 2012, 1356.

DUPOUEY-DEHAN (C.),

- Note ss. Cass. soc. 16 janv. 2008, D. 2008, pan., p. 2308.

DUQUENNE (F.),

- Obs. ss. Cass. soc. 26 sept. 2002, Dr. soc. 2002, p. 1138.
- Note ss. Cass. soc. 5 oct. 1999, JCP G 2000, II, 10283.
- Note ss. Cass. ass. plén., 8 déc. 2000, JCP E 2001, p. 426.
- Obs. ss. Cass. soc. 25 juin 2002, Dr. soc. 2002, p. 1017.
- Note ss. Cass. soc. 21 déc. 2006, JCP E 2007, 1241.

DURAND (P.),

- Obs. ss. Cass. soc. 16 juin 1945, Dr. soc. 1946, p. 427.

DURRY (G.),

- Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} déc. 1969, RTD civ. 1970, p. 776.

ESCANDE-VARNIOL (M.-C.),

- Note ss. Cass. soc. 16 déc. 1997, JCP G 1998, II, 10101.
- Note ss. Cass. soc. 22 janv. 2003, D. 2003, som., p. 1659.
- Note ss. Cass. soc. 21 janv. 2004, D. 2004, som. p. 2187.

ESMEIN (A.),

- Note ss. Cass. civ. 18 juin 1896, S. 1897, 1, 17.

EVERAERT-DUMONT (D.),

- Note ss. Cass. soc. 20 févr. 2008, JCP S 2008, 1305.
- Note ss. Cass. soc. 29 juin 2011, JCP S 2011, 1465.

FABRE-MAGNAN (M.),

- Note ss. Cass. com. 22 oct. 1996, JCP G 1997, I, 4002, n°1.

FAGES (B.),

- Et MESTRE (J.), obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 16 oct. 2001, RTD civ. 2002, p. 97.
- Et MESTRE (J.), obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 11 mars 2003 RTD civ. 2003, p. 287.
- Et MESTRE (J.), obs. ss. CA Angers 27 janv. 2004, RTD civ. 2006, p. 112 obs.
- Obs. ss. Cass. com. 5 juin 2007, RTD civ. 2007, p. 569.
- Obs. ss. Cass. civ. 3^{ème}, 24 sept. 2008, RTD civ. 2008, p. 675.
- Obs. ss. Cass. com. 29 juin 2010, RTD civ. 2010, p. 782.
- Obs. ss. Cass. com. 15 mars 2011, RTD civ. 2011, p. 348.

FARDOUX (O.),

- Note ss. Cass. soc. 4 mars 2008, JCP S 2008, 1319.
- Note ss. Cass. soc. 1er juill. 2008, JCP S 2008, 1508.

FATREZ (M.),

- Note ss. Cass. soc. 28 sept. 2011, CSBP 2011, n°236.

FAUVARQUE-COSSON (B.)

- Note ss. Cass. civ. 3^{ème}, 12 janv. 2005, D. 2005, p. 2847.

FAVARIO (T.),

- Note Cass. com. 29 juin 2010, JCP G 2010, 1056.

FAVENNEC-HERY (F.),

- Note ss. Cass. soc. 29 juin 2005, JCP S 2005, 1154.
- Obs. ss. Cass. soc. 7 juin 2006, Dr. soc. 2006, p. 926.
- Note ss. Cass. soc. 13 janv. 2009, JCP S 2009, 1096 .
- Note ss. Cass. soc. 28 sept. 2010, SSL 2010, n°1464, p. 10.
- Obs. ss. Cass. soc. 30 nov. 2010, Dr. soc. 2011, p. 215.

FERREIRA (A.),

- Et BEAL (S.), note ss. Cass. soc. 30 nov. 2005, JCP S 2005, 1436.
- Et BEAL (S.), note ss. Cass. soc. 3 févr. 2010, JCP S 2010, 1431.

FERRIER (D.),

- Note ss. Cass. com. 14 nov. 1995, D. 1997, som. p. 59.

FEUILLOLEY,

- Note ss. Cass. req. 12 déc. 1911, DP. 1913, 1, p. 129.

FIESCHI-VIVET (P.),

- Note ss. Cass. soc. 13 oct. 1988, D. 1989, som. p. 165.

FILLION-DUFOULEUR (B.),

- Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 10 oct. 1995, D. 1996, p. 486.

FLORES (P.),

- Note ss. Cass. soc. 28 sept. 2010, SSL 2010, n°1472, p. 12.

FONTBRESSIN (P.) (de),

- Note ss. Cass. Ass. Plén. 1er déc. 1995, Gaz. Pal. 9 déc. 1995, p. 626.

FOREST (G.),

- Note ss. Cass. civ. 3^{ème}, 24 sept. 2008, D. 2008, p. 2497.

FOUCHARD (P.),

- Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 5 janv. 1999, Rev. arb. 1999, p. 260.
- Obs. ss. CA Paris 16 mars 1984, Rev. arb. 1986, p. 434.

FRANÇOIS (L.),

- Note ss. Cass. soc. 28 mai 2002, LPA. 12 sept. 2002, p. 12.

FROSSARD (J.),

- Note ss. Cass. soc. 25 janv. 1984, D. 1985, IR, 246.

FROSSARD (S.),

- Note ss. Cass. soc. 4 févr. 2003, D. 2003, som. p. 1658.
- Note ss. Cass. soc. 27 mars 2007, RDT 2007, p. 459.
- Note ss. Cass. soc. 28 sept. 2010, D. 2011, p. 219.
- Note ss. Cass. soc. 4 mai 1999, D. 2000, som. p. 86.

FROUIN (J.-Y.),

- Note ss. Cass. soc. 11 janv. 2006, JCP S 2006, 1157.
- Note ss. Cass. soc. 25 janv. 2006, JCP S 2006, 1261.
- Note ss. Cass. soc. 24 juin 2008, RDT 2008, p. 598.
- Note ss. Cass. soc. 3 févr. 2010, RDT 2010, p. 226.

GAILLARD (E.),

- Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 20 déc. 1993, JDI 1994, p. 432.
- Obs. ss. Cass. 1^{ère} civ. 21 mai 1997, Rev. arb. 1997, p. 537.

GAMET (L.),

- Et AUBONNET (F.), note ss. Cass. soc. 23 sept. 2009, SSL 2009, n°1416, p. 12.

GARDIN (A.),

- Note ss. Cass. soc. 23 sept. 2009, RDT 2010, p. 37.
- Note ss. Cass. soc. 23 mars 2011, Dr. ouvr. 2011, p. 368.
- Note ss. Cass. soc. 28 févr. 2012, Dr. ouvr. 2012, p. 508.

GATUMEL (D.),

- Note ss. Cass. soc. 19 févr. 1992, JCP E 1992, 162, n° 8.
- Note ss. Cass. soc. 25 févr. 1992, JCP G 1992, I, 3610, n°8.

GAUDEMET-TALLON (H.),

- Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 20 déc. 1993, Rev. arb. 1994, p. 116.

GAUDON (L.),

- Obs. ss. Cass. com. 15 mars 2011, Rev. des sociétés 2011, p. 620.

GAURIAU (B.),

- Obs. ss. Cass. soc. 10 mai 1999, Dr. soc. 1999, p. 736.
- Obs. ss. Cass. soc. 6 févr. 2001, Dr. soc. 2001, p. 439.
- Obs. ss. Cass. soc. 7 juill. 2004, Dr. soc. 2004, p. 1039.
- Obs. ss. Cass. soc. 13 juill. 2004, Dr. soc. 2004, p. 1026.
- Obs. ss. Cass. soc. 30 nov. 2011, Dr. soc. 2011, p. 309.

GAURY (C.),

- Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 4 févr. 1975, D. 1975, p. 405.

GAUTIER (P.-Y.),

- Obs. ss. Cass. soc. 18 mars 1992, RTD civ. 1992, p. 590.
- Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 18 nov. 1997, RTD civ. 1998, p. 402.
- Obs. ss. Cass. civ. 2^{ème}, 18 sept. 2003, RTD civ. 2004, p. 114.

GAVALDA (C.),

- Note ss. Cass. com. 6 avril 1993, D. 1993, p. 310.

GAY (L.),

- Note ss. Conseil const. du 12 janv. 2002, D. 2003, p. 1129.

GÉA (F.),

- Note ss. Cass. soc. 13 janv. 2010, RDT 2010, p. 230.

GENICON (T.),

- Obs. ss. Cass. soc. 8 avril 2010, RDC 2010, p. 1199.
- Note ss. Cass. com. 29 juin 2010, D. 2010, p. 2484.
- Obs. ss. Cass. soc. 15 déc. 2010, RDC 2011, p. 804.
- Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 17 févr. 2011, RDC 2011, p. 832.
- Obs. ss. Cass. com. 20 sept. 2011, RDC 2012, p. 408.

GHESTIN (J.),

- Note ss. Cass. civ. 3^{ème}, 24 juin 1971, JCP G 1972, II, 17191.
- Note ss. Cass. 3^{ème} civ., 15 févr. 1972, 1973, p. 417.
- Notes, ss. Cass. com. 7 janv. 1975, JCP G 1975, II, 18167.
- Note ss. CA Paris, 2 mai 1986, JCP G 1986, II, 20622.
- Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 31 mai 2007, D. 2007, p. 2574.

GIBOULOT (A.),

- Note ss. Cass. civ. 6 mars 1876, D. 1876, 1, p. 193.

GILLIER (H.),

- Et PANSIER (F. J.), note ss. Cass. soc. 12 juill. 2005, CSBP 2005, n°176, A 4, p.11.

GOMY (M.),

- Note ss. Cass. soc. 29 avril 2003, D. 2004, som. p. 1161.

GOUBEAUX (G.),

- Note ss. CA Paris, 15 mars 1974, JCP G 1974, II, 17786.

GRIGNON (P.),

- Note ss. Cass. soc. 8 avril 2010, JCP E 2010, 1656, n°12.

GROSSER (P.),

- Note ss. Cass. soc. 11 janv. 2006, JCP S 2006, 1418.

GUIOMARD (F.),

- Note ss. Cass. soc. 10 mai 2006, RDT, 2006, p. 7.
- Note ss. Cass. soc. 5 déc. 2007, RDT, 2008, p. 7

HALLER (M-C.),

- Note ss. Cass. soc. 12 févr. 2002, JSL 2002, n°97, p. 19.
- Note ss. Cass. soc. 12 févr. 2002, SSL 21 oct. 2002, n°1068, p. 13.
- Note ss. Cass. soc. 27 juin 2002, JSL 2002, n°108, p. 14.
- Note ss. Cass. soc. 4 févr. 2004, JSL 2004, n°143, p. 10.
- Note ss. Cass. soc. 15 nov. 2006, JSL 2006, n°201, p. 1.
- Note ss. Cass. soc. 23 oct. 2007, JSL 2007, n°222, p. 11.
- Note ss. Cass. soc. 16 janv. 2008, JSL 2008, 11 févr. 2008, n°227, p. 26.

HALLOPEAU (M.),

- Et P. KLEIN (P.), Note ss. Cass. soc. 13 mars 2013, JCP S 2013, 1445.

HAMOUDI (K.),

- Note ss. Cass. soc. 8 juin 2011, Dr. ouvr. 2011, p. 621.

HAUSER (J.),

- Obs. ss. Cass. soc. 12 janv. 1999, RTD civ. 1999, p. 358.

HAUTEFORT (M.),

- Note ss. Cass. soc. 3 juin 2003, JSL 2003, n°127, p. 9.
- Note ss. Cass. soc. 24 janv. 2007, JSL 2007, n° 206, p. 10.
- Note ss. Cass. soc. 1^{er} juill. 2009, JSL 2009, n°260, p. 7.
- Note ss. Cass. soc. 7 avril 2010, JSL 2010, n°278, p. 8.

HEAS (F.),

- Note ss. Cass. soc. 31 mai 2012, RDT 2012, p. 490.
- Note ss. Cass. soc. 10 mars 2004, Dr. ouvr. 2004, p. 541.

HEUZÉ (V.),

- Obs. ss. Cass. 1^{ère} civ. 21 mai 1997, Rev. cr. DIP 1998, p. 87.

HONORAT (J.),

- Obs. ss. Cass. com. 27 mars 1990, Rép. Defr. art. 35041, n°2, p. 610.

JACOTOT (D.),

- Note ss. Cass. soc. 14 oct. 2008, JCP G 2008, II, 10202.
- Note ss. Cass. soc. 26 sept. 2012, JCP S 2012, 1509.

JAMIN (C.),

- Note ss. Cass. com. 6 mai 1997, D. 1997, p. 588.
- Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 2 déc. 1997, JCP 1998, I, 129.
- Note ss. Cass. com. 24 nov. 1998, JCP G 1999, I, 143, n°6.

JARROSSON (C.),

- Obs. ss. CA Paris 12 nov. 1998, Rev. arb. 1999, p. 374.

JAULT (F.),

- Obs. ss. Cass. soc. 16 fév. 1999, Rev. cr. DIP 1999, p. 745.
- Obs. ss. Cass. soc. 18 sept. 2002, LPA 25 mars 2003, n°60, p. 13.
- Obs. ss. Cass. soc. 21 janv. 2004, Rev. cr. DIP 2004, p. 649.

JEAMMEAUD (A.),

- Note ss. Cass. soc. 10 mai 2006, D. 2007, pan. p. 179.

JEAN-MARIE (N),

- Et J. DE CALBIAC (N.), note ss. Cass. soc. 11 janv. 2012, JCP S 2012, 1156.

JEANSEN (E.),

- Note ss. Cass. soc. 1^{er} juill. 2009, JCP S 2009, 1451.

JOURDAIN (P.),

- Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 16 févr. 1988, RTD civ. 1988, p. 767.
- Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 17 déc. 1996, RTD civ. 1997, p. 433
- Obs. ss. Cass. com. 24 mars 1998, RTD civ. 1999, p. 116.

KAMDEM (J.-F.),

- Note ss. Cass. com. 20 mai 1997, JCP G 1998, II, 10125.

KARAQUILLO (J.-P.),

- Obs. ss. Cass. soc. 16 déc. 1998, Dr. soc. 1999, p. 397.

KELLER (M.),

- Note ss. Cass. soc. 5 avril 1995, D. 1995, jurisp., p. 503.

KEMEL (S.),

- Note ss. Cass. soc. 21 janv. 2009, CSBP 2009, n° 210, p. 123.

KERBOUC'H (J.-Y.),

- Note ss. Cass. soc. 30 sept. 2010, JCP S 2010, 1501.

KESSLER (F.),

- Note ss. Cass. soc. 6 juill. 1994, Dr. ouvr. 1995, p. 555.

KHODRI (F.),

- Note ss. Cass. soc. 1^{er} juill. 2009, D. 2010, pan., p. 345.
- Note ss. Cass. com. 15 mars 2011, JCP G 2011, p. 692.

KLEIN (P.),

- Et M. HALLOPEAU, note ss. Cass. soc. 13 mars 2013, JCP S 2013, 1445.

KOBINA GABA (H.),

- Note ss. Cass. soc. 28 févr. 2002, D. 2002 jurisp., p. 2079.
- Note ss. Cass. soc. 23 févr. 2005, D. 2005, p. 1678.
- Note ss. Cass. soc. 30 sept. 2005, D. 2006, jurisp., p. 973.
- Note ss. Cass. soc. 21 sept. 2006, D. 2006, jurisp., p. 2901.
- Note ss. Cass. soc. 21 sept. 2006, D. 2006, jurisp., p. 2901.

LABARTHE (F.),

- Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 3 juill. 1996, JCP G 1997, I, 4015.
- Note ss. Cass. civ. 3^{ème}, 29 janv. 2003, JCP G 2003, I, 186, p. 2235.

LABBÉ (J.-E.),

- Note ss. Cass. civ. 16 juin 1896, S. 1885, 4, p. 25.

LABORDE (J.-P.),

- Obs. ss. Cass. soc. 5 oct. 1999, Dr. soc. 2000, p. 112.

LAGARDE (X.),

- Note ss. Cass. Ass. Plén. 21 déc. 2006, JCP G 2007, II 10111.

LAHALLE (T.),

- Note ss. Cass. soc. 14 juin 2006, JCP S 2006, 1730.

LAITHIER (Y.-M.),

- Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 31 mai 2007, RDC 2007, p. 1103.
- Obs. ss. Cass. civ. 3^{ème}, 26 janv. 2011, RDC 2011, p. 817.

LALOU (H.),

- Note ss. Trib. de com. de Corbeil, 8 mars 1935, D. 1936, II, p. 14.

LAMOUREUX (M.),

- Note ss. CA Nancy 26 sept. 2007, JCP G 2008, II, 10091.

LANQUETIN (M.-T.),

- Obs. ss. Cass. soc. 26 juin 2008, Dr. soc. 2008, p. 1129.

LARDY-PÉLISSIER (B.),

- Obs. ss. Cass. soc. 21 janv. 2004, Dr. ouvr. 2004, p. 222.
- Note ss. Cass. soc. 28 mars 2006, D. 2006, pan., p. 2004.
- Note ss. Cass. soc. 23 janv. 2008, RDT 2008, p. 175.
- Obs. ss. Cass. soc. 3 févr. 2010, Dr. ouvr. 2010, p. 359.
- Note ss. Cass. soc. 9 déc. 2009, RDT 2010, p. 164.

LARROUMET (C.),

- Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 4 févr. 1975, JCP G 1975, II, 18100.
- Et CABRILLAC (R.), obs. ss. Cass. com. 6 avril 1993, RTD com. 1993, p. 548.

LAULIER (R.),

- Note ss. Cass. soc. 3 févr. 2010, Gaz. Pal. 29 avril 2010, n°119, p. 9.

LAULOM (S.),

- Note ss. Cass. soc. 26 juin 2008, RDT 2008, p. 747.

LE BERRE ET F. CHAUTARD (L.),

- Note ss. Cass. soc. 3 juin, JCP E 2003, 1247.

LE GAC-PECH (S.),

- Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 6 juin 2012, Gaz. Pal. 1er et 2 août 2012, p. 5.

LE NABASQUE (H.),

- Note ss. Cass. com. 6 mai 1997, D. 1998, som. p. 136.

LEBORGNE-INGELAERE (C.),

- Note ss. Cass. soc. 21 juin 2006, JCP S 2006, 1566.
- Note ss. Cass. soc. 3 févr. 2010, JCP S 2010, 1125.
- Note ss. Cass. soc. 19 oct. 2011, JCP S 2011, 1569.
- Note ss. Cass. soc. 11 janv. 2012, JCP S 2012, 1283.
- Note ss. Cass. soc. 6 juin 2012, JCP S 2012, 1418.

LEFRANC-HAMONIAUX (C.),

- Note ss. Cass. soc. 7 mars 2007, D. 2007, p. 1708.
- Note ss. Cass. soc. 3 nov. 2011, JCP G 2011, 1285.
- Note ss. Cass. soc. 4 mai 1999, JCP E 2000, p. 809.

LEFRANCOIS (F.),

- Note ss. Cass. soc. 4 févr. 2004, SSL 8 mars 2004, n°1159, p. 14.

LEREBOURS-PIGEONNIÈRE (P.),

- Note ss. Cass. civ. 16 juill. 1946, D. 1947, p. 473.

LEVENEUR (L.),

- Obs. ss. Cass. Ass. Plén. 1er déc. 1995, Contrats, conc. consom. 1996, n°5.
- Obs. ss. Cass. com. 9 juill. 1996, Contrats, conc. consom. 1996, n°182.
- Obs. ss. Cass. com. 22 oct. 1996, Cont. conc. consom. 1997, n°24.
- Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 21 mai 1997, Contrats, conc. consom. oct. 1997, p. 7.
- Cass. com. 16 déc. 1997, Contrats, conc. consom. 1998, com. 39.
- Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 5 mai 1998, Cont. conc. consom. 1998, n°111.
- Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 7 juill. 1998, Cont. conc. consom. 1998, n°159.
- Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 6 mars 2001, Contrats, conc. consom. 2001, n°103.
- Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 12 juill. 2001, JCP E 2002, 459.
- Obs. ss. Cass. com. 4 juin 2002, Contrats, conc. consom. 2002, n°153.
- Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 14 déc. 2004, Contrats, conc. consom. 2005, n°64.
- Obs. ss. Cass. civ. 3^{ème}, 26 janv. 2011, Contrats, conc. consom. 2011, com. 87.

LEVINET (M.),

- Note ss. CEDH 23 sept. 2010, JCP G 2010, act. 1006.

LÉVY (A.),

- Note ss. Cass. soc. 23 nov. 2005, SSL 2006, n°1242, p. 10.

LEVY (J.-P.),

- Note ss. Cass. civ. 3^{ème}, 13 févr. 1969, JCP E 1969, II, 15492.
- Note ss. Cass. civ. 3^{ème}, 22 oct. 1970, JCP 1971, II, 16636 bis.
- Note ss. Cass. civ. 3^{ème}, 15 févr. 1972, JCP G 1972, II, 17094.

LHERNOULD (J.-P.),

- Note ss. Cass. soc. 26 janv. 2011, JSL 2011, n°295, p. 7.
- Note ss. Cass. soc. 8 juin 2011, JSL 2011, n°304, p. 13.

LIBCHABER (R.),

- Note ss. Cass. com. 24 mars 1998, D. 1999, som. p. 113.
- Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 16 oct. 2001, Rép. Defr. 2002, art. 37496, p. 251.

LICARI (F.-X.),

- Note ss. Cass. com. 4 juin 2002, JCP G 2003, II, 10164.

LINDON (R.),

- Note ss. Cass. soc. 27 nov. 1958, D. 1959, p. 20.

LOISEAU (G.),

- Note ss. Cass. soc. 27 févr. 2001, JCP G 2001, I, 330.
- Note ss. Cass. soc. 24 janv. 2007, D. 2007, jurisp., p.1480.
- Obs. ss. Cass. soc. 23 sept. 2009, Dr. soc. 2010, p. 114.
- Note ss. Cass. soc. 7 avril 2010, JCP S 2010, 1218.
- Note ss. Cass. soc. 15 déc. 2010, JCP 2011, 19, 566.
- Note ss. Cass. soc. 28 févr. 2012, JCP S 2012, 1244.

LOKIEC (P.),

- Note ss. Cass. soc. 30 mai 2000, D. 2001, som. p. 738.
- Note ss. Cass. soc. 1^{er} juin 2005, JCP G 2005, II, 10092.
- Obs. ss. Cass. soc. 3 nov. 2011, D. 2012, p. 67.
- Note ss. Cass. soc. 9 nov. 2011, JCP G 2012, 57, p. 94.

LOQUIN (E.),

- Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 20 déc. 1993, JDI 1994, p. 690.
- Obs. ss. CA Paris 11 mars 1994, RTD com. 1994, p. 700.
- Et DUBARRY (J.-C.), obs. ss. Cass. 1^{ère} civ., 21 mai 1997, RTD com. 1998, p. 330.
- Obs. Ss. Cass. civ. 1^{ère}, 5 janv. 1999, RTD com. 1999, p. 380.

LOUSSOUARN (Y.),

- Obs. ss. Cass. civ. 3^{ème}, 13 févr. 1969, RTD civ. 1971, p. 627.
- Obs. ss. Cass. civ. 3^{ème}, 21 janv. 1971, RTD civ. 1971, p. 632.
- Note ss. Cass. com. 11 oct. 1978, JCP 1979, II, n°19034.

LYON-CAEN (A.),

- Note ss. Cass. soc. 23 janv. 1985, D. 1985, IR, p. 455.
- Note ss. Cass. soc. 7 mai 1987, D. 1988, som. p. 314.
- Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 8 mars 1988, D. 1988, som. p. 314.
- Note ss. Cass. soc. 25 févr. 1992, D. 1992, som. p. 294.

LYON-CAEN (G.),

- Note ss. Cass. soc. 8 mai 1967, D. 1967, jurisp, p. 690.
- Note ss. Cass. ch. mixte 28 juin 1974, JCP G 1974, II, 17881.
- Note ss. Cass. soc. 18 déc. 1979, JCP G II 1980, 19432.
- Note ss. Cass. soc. 21 janv. 2004, SSL 2 févr. 2004, n° 1154.

MAHARSI (Y.),

- Et PANSIER (F.-J.), note ss. Cass. soc. 21 sept. 2006, CSBP 2007, n°186, A 5, p.11.

MAILLARD-DIERSTEIN (G.),

- Note ss. Cass. soc. 27 févr. 2001, JSL 2001, n°78, p. 18.

MALAUURIE (P.),

- Note ss. CA Poitiers 18 déc. 1953, D. 1954, p. 519.
- Obs. ss. Cass. 3^{ème} civ., 15 févr. 1972, Rép. Defr. 1973, art. 30290.
- Note ss. Cass. com. 7 janv. 1975, D. 1975, p. 516.

MALAUURIE-VIGNAL (M.),

- Obs. ss. Cass. soc. 10 juill. 2002, Contrats, conc. consom. 2002, n°141.

MARCON (A.),

- Note ss. Cass. soc. 3 nov. 2011, SSL 14 nov. 2011, n°1513, p. 10.
- Note ss. Cass. soc. 27 mars 2012, SSL 2012, n°1535, p. 11.

MARTIN-CUENOT (S.),

- Obs. ss. Cass. soc. 16 janv. 2008, Lexbase, Hebo, éd. soc., n°190, 30 janv. 2008.

MARTINON (A.),

- Note ss. Cass. soc. 23 sept. 2009, JCP S 2009, 1503.
- Note ss. Cass. soc. 18 nov. 2009, JCP S 2010, 1113.
- Note ss. Cass. soc. 12 mai 2010, JCP S 2010, 1356.

MATHIEU (B.),

- Note ss. Cons. Const. du 12 janv. 2002, LPA 24 sept. 2002, p. 15.

MAYER (P.),

- Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 20 déc. 1993, Rev. cr. DIP 1994, p. 663.

MAZARS (M.-F.),

- Obs. (entretien avec) ss. Cass. soc. 14 oct. 2008, p. 13.

MAZEAUD (A.),

- Obs. ss. Cass. soc. 2 févr. 1999, Dr. soc. 1999, p. 419.
- Obs. ss. Cass. soc. 15 juin 1999, Dr. soc. 1999, p. 842.
- Obs. Cass. soc. 10 mai 2001, Dr. soc. 2001, p. 888.
- Obs. ss. Cass. soc. 5 mai 2004, Dr. soc. 2004, p. 793.
- Obs. ss. Cass. soc. 26 janv. 2011, Dr. soc. 2011, p. 465.

MAZEAUD (D.),

- Note ss. Cass. com. 16 juill. 1991, D. 1992, p. 365.
- Obs. ss. Cass. civ. 3^{ème}, 12 janv. 1994, Rép. Defr. 1994, art. 35845, p. 804.
- Obs. ss. Cass. civ. 3^{ème}, 29 juin 1994, Rep. Defr. 1994, n°22, p. 1459.
- Obs. ss. Cass. soc. 5 juin 1996, Rép. Defr. 1997, art. 36591, p. 737.
- Obs. ss. Cass. com. 22 oct. 1996, Rép. Défr. 1997, p. 333.
- Obs. ss. Cass. com. 6 mai 1997, Rép. Defr. 1997, art. 36633, p. 977.
- Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} juill. 1997, D. 1998, som., p. 110.
- Obs. ss. Cass. com. 24 nov. 1998, Rép. Defr. 1999, art. 36953, p. 371.
- Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 11 mai 1999, Rép. Defr. 1999, art. 37041, p. 992.
- Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 16 oct. 2001, D. 2002, p. 2839.
- Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 11 mars 2003, RDC 2003, p. 39.
- Obs. ss. Cass. com. 3 juin 2003, RDC 2004, p. 932.
- Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 12 mai 2004, RDC 2004, p. 925.
- Obs. ss. Cass. 3^{ème} civ., 12 janv. 2005, RDC 2005, p. 1018.
- Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 4 avr. 2006, RDC 2006, p. 700.
- Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 4 avr. 2006, RTD civ. 2006, p. 700.
- Note ss. Cass. com. 3 octobre 2006, D. 2007, p. 765.
- Obs. ss. Cass. civ. 3^{ème}, 24 sept. 2008, RDC 2009, p. 60.
- Obs. ss. Cass. com. 9 juin 2009, RDC 2009, p. 1345.
- Note ss. Cass. com. 29 juin 2010, D. 2010, p. 2481.

MEKKI (M.),

- Note ss. Cass. soc. 11 mai 2005, JCP G 2005, II, 10177.

MESTRE (J.),

- Obs. ss. Cass. civ. 3^{ème}, 7 juin 1983, RTD civ. 1984, p. 713.
- Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 21 mars 1984, RTD civ. 1985, p. 381.
- Obs. ss. Cass. com. 2 oct. 1984, RTD civ. 1985, p. 573.
- Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 16 janv. 1985, RTD civ. 1986, p. 103.
- Obs. ss. Cass. civ. 3^{ème}, 18 juill. 1985, RTD civ. 1986, p. 599.
- Obs. ss. Cass. soc. 9 oct. 1985, RTD civ. 1986, p. 343.
- Obs. ss. Cass. com. 24 juin 1986, RTD civ. 1987, p. 94.
- Obs. ss. Cass. soc. 14 mai 1987, RTD civ. 1988, p. 531.
- Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 12 juill. 1989, RTD civ. 1990, p. 468.
- Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 22 nov. 1989, RTD civ. 1991, p. 333.
- Obs. ss. Cass. com. 27 mars 1990, RTD civ. 1991, p. 112.
- Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 19 déc. 1990, RTD civ. 1991, p. 325.
- Obs. ss. Cass. com. 3 nov. 1992, RTD civ. 1993, p. 124.
- Obs. ss. Cass. com. 4 janv. 1994, RTD civ. 1994, p. 349.
- Obs. ss. Cass. civ. 3^{ème}, 12 janv. 1994, RTD civ. 1994, p. 605.
- Obs. ss. CA Paris 25 janv. 1995, RTD civ. 1996, p. 158.
- Obs. ss. Cass. Ass. Plén. 1er déc. 1995, RTD civ. 1996, p. 153.
- Obs. ss. Cass. com. 6 mai 1997, RTD civ. 1997, p. 936.
- Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 28 juin 1998, RTD civ. 1989, p. 527.
- Obs. ss. Cass. com. 24 nov. 1998, RTD civ. 1999, p. 98.
- Obs. ss. Cons. Const. 9 nov. 1999, RTD civ. 2000, p. 109.
- ET FAGES (B.), obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 16 oct. 2001 RTD civ. 2002, p. 97.
- ET FAGES (B.), obs. Cass. civ. 1^{ère}, 11 mars 2003 RTD civ. 2003, p. 287.
- ET FAGES (B.), obs. ss. CA Angers 27 janv. 2004, RTD civ. 2006, p. 112.
- Obs. ss. Cass. soc. 21 sept. 2006, RTD civ. 2007, p. 114.

MEYER (F.),

- Note ss. Cass. soc. 28 févr. 2002, Dr. ouvr. 2002, p. 166.

MEYRAT (I.),

- Note ss. Cass. soc. 20 févr. 2008, RDT 2008, p. 648.

MIHURA (J.),

- Note ss. Cass. ch. réunies, 15 juill. 1941, JCP G 1941, II, 1705.

MILLET (F.),

- Note ss. Cass. soc. 20 oct. 1998, JCP G 1999, II, 10206.

MILLET (S.),

- Note ss. Cass. soc. 4 juill. 2007, SSL 2007, n°1324, p. 13.

MINÉ (M.),

- Note ss. Cass. soc. 21 juin 2006, D. 2006, jurispr., p. 2831.

MOLFESSIS (N.),

- Et BUREAU (D.), note ss. Cass. Ass. Plén., 1^{er} déc. 1995, LPA 27 déc. 1995, n°155, p. 11
- Obs. ss. Cass. soc. 4 déc. 1996, RTD civ. 1998, p. 221.

MORAND (M.),

- Note ss. Cass. soc. 13 juill. 2010, JCP S 2010, 1365.
- Note ss. Cass. soc. 28 sept. 2010, JCP S 2010, 1466.
- Note ss. Cass. soc. 10 oct. 2012, JCP 2012, 1494.

MOREAU (M-A.),

- Obs. ss. Cass. soc. 16 fév. 1999, Dr. soc. 1999, p. 632.

MORVAN (P.),

- Note ss. Cass. soc. 10 juill. 2002, JCP G 2003, I, 130.
- Note ss. Cass. ass. plén. 24 juin 2005, JCP S 2005, 1056.
- Note ss. Cass. Ass. Plén. 21 déc. 2006, D. 2007, p. 835.
- Note ss. Cass. soc. 10 avril 2008, JCP S 2008, 1436.
- Note ss. Cass. soc. 8 avril 2009, JCP S 2009, 1339.
- Note ss. Cass. soc. 14 oct. 2009, JCP S 2009, 1594.
- Note ss. Cass. soc. 2 mars 2011, JCP S 2011, 1196.

MOTULSKY (H.),

- Note ss. Cass. civ. 2^{ème}, 20 juin 1957, JCP G 1958, 10773.

MOULINIER (A.),

- Note ss. Cass. soc. 18 oct. 2006, RDT 2006, p. 282.

MOULY (J.),

- Note ss. Cass. soc. 26 févr. 1988, D. 1989, p. 202.
- Note ss. CA Bourges 26 févr. 1988, D. 1989, jurisp., p. 202.
- Note ss. Cass. soc. 28 juin 1989, D. 1990, jurisp., p. 297.
- Note ss. CA Limoges 17 déc. 1990, D. 1991, jurisp., p. 596.
- Note ss. Cass. soc. 18 mars 1992, JCP G 1992, II, 21953
- Note ss. Cass. soc. 27 mai 1992, JCP E 1992, 379.
- Note ss. Cass. soc. 17 févr. 1993, D. 1993, jurisp., p. 618.
- Note ss. Cass. soc. 5 juill. 1995, D. 1996, jurisp., p. 280.
- Note ss. Cass. soc. 25 févr. 1997, D. 1997, jurisp., p. 428.
- Note ss. Cass. soc. 18 nov. 1998, D. 1999, jurisp., p. 443.
- Note ss. Cass. soc. 16 déc. 1998, JCP E 1999, p. 1298.
- Note ss. Cass. soc. 27 oct. 1998, D. 1999, p. 186.
- Obs. ss. Cass. soc. 11 juill. 2000, Dr. soc. 2000, p. 1141.
- Note ss. Cass. soc. 17 oct. 2000 D. 2001, jurisp., p. 2061.
- Obs. ss. Cass. soc. 9 janv. 2001, Dr. soc. 2001, p. 441.
- Obs. ss. CA Limoges 23 avril 2002, Dr. soc. 2002, p. 1152.
- Obs. ss. Cass. soc. 17 sept. 2003, Dr. soc. 2003, p. 1132.
- Obs. ss. Cass. soc. 23 févr. 2005, Dr. soc. 2005, p. 576.
- Obs. ss. Cass. soc. 30 mars 2005, Dr. soc. 2005, p. 810.
- Note ss. Cass. soc. 12 juill. 2005, D. 2006, jurisp., p. 344.
- Obs. ss. Cass. soc. 11 janv. 2006, Dr. soc. 2006, p. 465.
- Note ss. Cass. soc. 28 mars 2006, JCP G 2006, II, 10209.
- Note ss. Cass. soc. 18 oct. 2006, D. 2007, jurisp., p. 695.
- Note ss. Cass. soc. 24 janv. 2007, JCP G 2007, II, 10110.
- Obs. ss. Cass. soc. 7 mars 2007, Dr. soc. 2007, p. 657.
- Note ss. Cass. ch. mixte, 18 mai 2007, D. 2007, p. 2137.
- Note ss. Cass. soc. 4 mars 2008, JCP G 2008, II, 10095.
- Note ss. Cass. soc. 3 févr. 2010, JCP G 2010, 321, p. 592.
- Obs. ss. Cass. soc. 23 juin 2010, Dr. soc. 2010, p. 1254.
- Obs. ss. Cass. soc. 13 juill. 2010, Dr. soc. 2010, p. 1118.
- Obs. ss. Cass. soc. 17 nov. 2010, Dr. soc. 2011, p. 335.
- Note ss. CE 15 déc. 2010, JCP G 2011, 353.
- Obs. ss. Cass. soc. 12 janv 2011, Dr. soc. 2011, p. 468.
- Note ss. Cass. soc. 9 mars 2011, JCP S 2011, 1230.
- Obs. ss. Cass. soc. 22 juin 2011, Dr. soc. 2011, p. 1121.
- Obs. ss. Cass. soc. 28 sept. 2011, Dr. soc. 2012, p. 92.
- Obs. ss. Cass. soc. 12 oct. 2011, Dr. soc. 2012, p. 198.
- Obs. ss. Cass. soc. 11 janv. 2012, Dr. soc. 2012, p. 321.

MOUSSY (P.),

- Note ss. Cass. soc. 10 juill. 1996, Dr. ouvr. 1996, p. 457.
- Note ss. Cass. soc. 30 sept. 1997, Dr. ouvr. 1998, p. 162.
- Note ss. Cass. soc. 12 janv. 1999, Dr. ouvr. 1999, p. 254.
- Et SARAMITO (F.), note ss. Cass. soc. 3 juin 2003, Dr. ouvr. 2003, p. 527.

MUNIER (P.),

- Note ss. Cass. soc. 9 mars 1999, CSBP 1999, n°111, S, 292.

NÉAU-LEDUC (C.),

- Obs. ss. Cass. soc. 30 avr. 2009, RDC 2009, p. 1504.

NIBOYET-HOEGY (M.-L.),

- Obs. ss. Cass. soc. 12 févr. 1985, Rev. cr. DIP 1986, p. 469.

OPPETIT (B.),

- Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 4 juill. 1972, JDI 1972, p. 843.

PAISANT (G.),

- Note ss. Cass. com. 2 oct. 1984, JCP 1985, II, 20433.
- Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 16 janv. 1985, JCP G 1986, II, 20661.
- Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 10 oct. 1995, JCP G 1996, II, 22580.

PANSIER (F.-J.),

- Note ss. Cass. soc. 30 mai 2000, CSBP 2000, n°124, A 046, p. 739.
- Note ss. Cass. soc. 2 juill. 2002, CSBP 2002, n°144, A 53, p. 443.
- Note ss. Cass. soc. 2 juill. 2002, CSBP 2002, n°144, A 53, p. 443.
- Note ss. Cass. soc. 4 févr. 2004, CSBP 2004, n°159, p. 170.
- Et GILLIER (H.), note ss. Cass. soc. 12 juill. 2005, CSBP 2005, n°176, A 4, p.11.
- ET MAHARSI (Y.), note ss. Cass. soc. 21 sept. 2006, CSBP 2007, n°186, A 5, p.11.
- Note ss. Cass. soc. 10 oct. 2012, CSBP 2012, A 99, n°246, p. 328.
- Note ss. Cass. soc. 25 janv. 2012, CSBP 2012, A23, n°239, p. 83.

PARLÉANI (L.),

- Note ss. Cass. soc. 22 mai 1986, JCP G 1986, I, 20714.
- Note ss. Cass. soc. 22 mai 1986, JCP E 1986, II, 14808.

PASQUIER (T.),

- Note ss. Cass. soc. 13 janv. 2009, D. 2009, p. 1931.

PELISSIER (J.),

- Note ss. Cass. soc. 4 mars 1981, D. 1982, IR, 80.
- Note ss. Cass. soc. 29 nov. 1990, D. 1991, I, 190.
- Note ss. Cass. soc. 10 juill. 2002, et 18 sept. 2002, D. 2002, som. p. 3111.
- Note ss. Cass. soc. 30 mars 2005, D. 2005, pan., p. 2501.
- Note ss. Cass. soc. 7 juin 2006, RDT 2006, p. 313.
- Note ss. Cass. soc. 1^{er} juill. 2008, RDT 2008, p. 592.
- Note ss. Cass. soc. 26 janv. 2011, RDT 2011, p. 175.

PELLERIN (J.),

- Obs. ss. CA Paris 11 mars 1994, Rev. arb. 1996, p. 139.

PENNEAU (J.),

- Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 11 mai 1999, D. 1999, som. p. 385.
- Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 3 avr. 2001, D. 2001, som. p. 3087.

PERRIN (L.),

- Note ss. Cass. soc. 14 oct. 2008, D. 2008, p. 2672.
- Note ss. Cass. soc. 8 avril 2010, D. 2010, p. 1085.

PETIT (D.),

- Note ss. Cass. soc. 23 nov. 2005, Dr. ouvr. 2006, p. 100.

PETIT (F.),

- Note ss. Cass. soc. 10 juill. 2002, JCP G 2002, II, 10162.
- Note ss. Cass. soc. 21 juin 2006, JCP G 2006, II, 10166,

PIC (P.),

- Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 6 juill. 1931, D.P. 1931, I, p. 121.

PICCA (G.),

- Note ss. Cass. soc. 5 avril 1995, JCP E 1995, II, 709.
- Note ss. Cass. soc. 5 avril 1995, JCP E 1995, II, 709.
- Note ss. Cass. soc. 3 juin 2003, LPA 2003, n°199, p. 6.

PICOD (Y.),

- Note ss. Cass. soc. 1^{er} mars 1995, D. 1996, som. p. 254.
- Note ss. Cass. com. 15 mars 2011, D. 2011, p. 1261.

PIGNARRE (G.),

- Note ss. Cass. soc. 29 mars 1995, D. 1996, jurisp., p. 127.
- Note ss. Cass. soc. 15 mars 2006, RDT 2006, p. 35.
- Note ss. Cass. soc. 7 nov. 2007, RDT 2008, p. 31.
- Note ss. Cass. soc. 4 juin 2009, RDT 2009, p. 524.

PIQUET (S.),

- Note ss. Cass. com. 4 avr. 1995, D. 1996, jurisp. p. 141.

PLICHON (P.),

- Note ss. Cass. soc. 4 déc. 2012 : JCP S 2013, 1042.

POILLOT-PERUZZETO (S.),

- Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 5 janv. 1999, JDI 1999, p. 786.

POISSON (J.),

- Note ss. Cons. const. 25 juill.1989, Dr. soc. 1989, p. 621.

POULAIN (G.),

- Obs. ss. Cass. soc. 16 juill. 1987, Dr. soc. 1989, p. 366.

POUSSON (A.),

- Note ss. Cass. soc. 28 mai 2002, D. 2002 som. p. 3116.

PRÉTOT (X.),

- Obs. ss. Cass. soc. 11 avril 2002, TPS 2002, 236.
- Obs. ss. Cass. soc. 28 févr. 2002, TPS 2002, 116.
- Note ss. Cass. soc. 11 avril 2002, D. 2002, jurisp., p. 2696.
- Obs. ss. Cass. civ. 2^{ème}, 8 juill. 2004, Dr. soc. 2004, p. 1044.

PUIGELIER (C.),

- Note ss. Cass. soc. 16 juin 1998, D. 1999, jurisp. p. 125.
- Note ss. Cass. soc. 7 juill. 1998, JCP G 1998, II, 10196.
- Note ss. Cass. soc. 10 mai 1999, JCP E 2000, p. 88.
- Note ss. Cass. soc. 6 févr. 2001, JCP G 2001, II, 10576.
- Note ss. Cass. soc. 27 févr. 2001, JCP E 2001, p. 1391.
- Note ss. Cass. soc. 3 déc. 2002, JCP E 2003, 1076.
- Note ss. Cass. soc. 3 juin 2003, D. 2004, p. 89.
- Note ss. Cass. soc., 12 juill. 2006, JCP S 2006, 1725.
- Note ss. Cass. soc. 18 oct. 2006 : JCP E 2006, 2679.
- Note ss. Cass. soc. 15 déc. 2010 : JCP S 2011, 1104.
- Note ss. Cass. soc. 12 déc. 2012 : JCP S 2013, 1089.

QUENAUDON (R.) (de),

- Note ss. Cass. soc. 10 juill. 2007, RDT 2008, p. 108.

QUÉTANT (G.-P.),

- Note ss. Cass. Ass. Plén. 6 nov. 1998, LPA 28 juin 1999, p. 17.

RADE (C.),

- Note ss. Cass. soc. 11 oct. 1994, D. 1995, p. 442.
- Note ss. Cass. soc. 28 oct. 1997, D. 1998 jurisp. p. 219.
- Obs. ss. Cass. soc. 26 oct. 1999, Dr. soc. 2000, p. 214.
- Obs. ss. Cass. soc. 22 févr. 2000, Dr. soc. 2000, p. 439.
- Obs. ss. Cass. soc. 27 mars 2001, Dr. soc. 2001, p. 667.
- Obs. ss. Cass. soc. 5 juin 2001, Dr. soc. 2001, p. 886.
- Obs. ss. Cass. soc. 3 juill. 2001, Dr. soc. 2001, p. 1006.
- Obs. ss. Cass. soc. 17 juill. 2001, Dr. soc. 2001, p. 1017.
- Obs. ss. Cass. soc. 2 juill. 2002, Dr. soc. 2002, p. 998.
- Obs. ss. Cass. soc. 16 juin 2004, Lexbase Hebdo, éd. soc., n°126, 24 juin 2004.
- Obs. ss. Cass. soc. 13 juill. 2004, Lexbase Hebdo, éd. soc., n°131, 29 juill. 2004.
- Obs. ss. Cass. soc. 10 nov. 2004, Dr. soc. 2005, p. 216.
- Obs. ss. Cass. soc. 21 juin 2005, Dr. soc. 2005, p. 1047.
- Obs. ss. Cass. soc. 1^{er} juin 2005, Dr. soc. 2005, p. 1049.
- Obs. ss. Cass. soc. 1^{er} déc. 2005, Dr. soc. 2006, p. 224.
- Obs. ss. Cass. soc. 18 janv. 2006, Dr. soc. 2006, p. 449.
- Obs. ss. Cass. soc. 31 mai 2006 : RDC 2006, p. 1168.
- Obs. ss. Cass. soc. 12 juill. 2006, Dr. soc. 2006, obs. C. Radé.
- Obs. ss. Cass. soc. 28 nov. 2006, Dr. soc. 2007, p. 237.
- Note ss. Cass. soc. 24 janv. 2007, RDC 2007, p. 1220.
- Obs. ss. Cass. soc. 21 févr. 2007, Dr. soc. 2007, p. 647.
- Obs. ss. Cass. soc. 7 mars 2007, RDC 2007, p. 825.
- Obs. ss. Cass. soc. 15 mai 2007, Dr. soc. 2007, p. 896.
- Obs. ss. Cass. soc. 10 oct. 2007, RDC 2008, p. 390.
- Obs. ss. Cass. soc. 4 déc. 2007, Dr. soc. 2008, p. 244.
- Obs. ss. Cass. soc. 4 mars 2008, RDC 2008, p. 857.
- Obs. ss. Cass. soc. 24 sept. 2008, Dr. soc. 2008, p. 1271.
- Obs. ss. Cass. soc. 24 sept. 2008, RDC 2009, p. 172.
- Obs. ss. Cass. soc. 13 janv. 2009, Dr. soc. 2009, p. 611.
- Obs. ss. Cass. soc. 30 avr. 2009, Dr. soc. 2009, p. 1006.
- Obs. ss. Cass. soc. 1^{er} juill. 2009, Dr. soc. 2009, p. 1002.
- Obs. ss. Cass. soc. 3 févr. 2010, Dr. soc. 2010, p. 472.
- Obs. ss. Cass. soc. 24 mars 2010, Dr. soc. 2010, p. 583.
- Obs. ss. Cass. soc. 23 mars 2011, Dr. soc. 2011, p. 592.
- Obs. ss. Cass. soc. 23 mars 2011, Lexbase Hebdo, éd. soc., 7 avril 2011, n°435.
- Obs. ss. Cass. soc. 8 juin 2011, Dr. soc. 2011, p. 99.
- Obs. ss. Cass. soc. 8 juin 2011, Lexbase Hebdo, éd. soc., n°444, 16 juin 2011.
- Obs. ss. Cass. soc. 6 juin 2012, Lexbase Hebdo, éd. soc., n°490, 21 juin 2012.
- Obs. ss. Cass. soc. 13 juin 2012, Dr. soc. 2012, p. 850.
- Obs. ss. Cass. soc. 28 mars 2012, Dr. soc. 2012, p. 746.
- Obs. ss. Cass. soc. 12 déc. 2012, Lexbase Hebdo, éd. soc., n°511, 10 janv. 2013.

RAY (J.-E.),

- Obs. ss. Cass. soc. 30 sept. 1997, Dr. soc. 1997, p. 1094.
- Obs. ss. Cass. soc. 16 déc. 1998, Dr. soc. 1999, p. 254.
- Obs. ss. Cass. soc. 12 janv. 1999, Dr. soc. 1999, p. 288.
- Obs. ss. Cass. soc. 4 mai 1999, Dr. soc. 1999, p. 737.

REIGNÉ (P.),

- Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 3 juill. 1996, D. 1997, p. 500.

RÉROLLE (N.),

- Note ss. Cass. soc. 31 oct. 2000, JSL 2000, n°70-30, p. 25.
- Note ss. Cass. soc. 2 juill. 2002, JSL 2002, n°110, p. 12.

REYNÈS (B.),

- Note ss. Cass. soc. 28 mars 2006, D. 2006, pan., p. 2004.
- Note ss. Cass. soc. 20 févr. 2008, D. 2008, p. 2309.

ROCHFELD (J.),

- Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 16 oct. 2001, JCP G 2002, I, 134.
- Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 11 mars 2003, JCP 2003, I, 142.
- Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 16 oct. 2001, JCP G 2002, I, 134.

ROUAST (A.),

- Note ss. Cass. ch. réunies, 15 juill. 1941, D. 1941, jurisp., p. 117.

ROULET (V.),

- Note ss. Cass. soc. 23 sept. 2009, JCP S 2010, n°1077.
- Note ss. Cass. soc. 3 févr. 2010, JCP S 2010, 1148.

ROUSSEAU (M.),

- Note ss. Cass. soc. 19 nov. 1997, JCP G 1998, II, 10043.

ROY-LOUSTAUNAU (C.),

- Obs. ss. Cass. soc. 27 oct. 1998, Dr. soc. 1999, p. 293.
- Obs. ss. Cass. soc. 16 déc. 1998, Dr. soc. 1999, p. 285.
- Obs. ss. Cass. soc. 28 juin 2000, Dr. soc. 2000, p. 1011.

RUBELLIN-DEVICHI (J.),

- Obs. Cass. civ. 2^{ème}, 5 mai 1982, Rev. arb. 1983, p. 75.

SAINT-JOURS (Y.),

- Note ss. Cass. soc. 8 oct. 1987, D. 1988, jurip., p. 57.
- Note ss. Cass. soc. 10 juill. 1996, JCP G 1997, II, 22768.
- Note ss. Cass. soc. 11 avril 2002, D. 2002 jurisp. p. 2215.

SALEILLES (R.),

- Note ss. Cass. civ. 18 juin 1896 : D. 1897, 1, p. 433.

SALTZMANN (C.),

- Note ss. Cass. soc. 28 mars 2012, Dr. ouvr. 2012, p. 504.

SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ (S.),

- Note ss. Cass. soc. 28 juin 2005, JDI, 2006, p. 616.

SARAMITO (F.),

- Et MOUSSY (P.), note ss. Cass. soc. 3 juin 2003, Dr. ouvr. 2003, p. 527.

SARGOS (P.),

- Note ss. Cass. soc. 28 févr. 2006, JCP S 2006, 1278.

SARRUT (L.),

- Note ss. Cass. civ. 21 nov. 1911, D. 1913, I, p. 249.

SAVATIER (J.),

- Obs. ss. Cass. soc. 11 janv. 1962, Dr. soc. 1962, p. 290.
- Note ss. CA Paris 9 févr. 1962, D. 1963, p. 120.
- Obs. ss. Cass. soc. 20 mars 1963, Dr. soc. 1963, p. 419.
- Obs. ss. Cass. soc. 26 janv. 1978, Dr. soc. 1979, p. 287.
- Obs. ss. Cass. soc. 22 mai 1986, Dr. soc. 1987, p. 1.
- Obs. ss. Cass. soc. 13 févr. 1991, Dr. soc. 1991, p. 413.
- Note ss. Cass. soc. 8 avril 1992, JCP 1992 E, II, 360.
- Note ss. Cass. soc. 8 avril 1992, JCP E 1992, II, 360.
- Obs. ss. Cass. soc. 12 avril 1995, Dr. soc. 1995, p. 668.
- Obs. ss. Cass. soc. 17 juill. 1996, Dr. soc. 1996, p. 1054.
- Obs. ss. Cass. soc. 8 oct. 1996, Dr. soc. 1996, p. 1048.
- Obs. ss. Cass. soc. 19 nov. 1997, Dr. soc. 1998, p. 12.
- Obs. ss. Cass. soc. 18 déc. 1997, Dr. soc. 1998, p. 194.
- Obs. ss. Cass. soc. 13 janv. 1998, Dr. soc. 1998, p. 278.
- Obs. ss. Cass. soc. 7 avril 1998, Dr. soc. 1998, p. 623.
- Obs. Cass. Ass. Plén. 6 nov. 1998, Dr. soc. 1999, p. 94.
- Obs. ss. Cass. soc. 18 nov. 1998, Dr. soc. 1999, p. 192.
- Obs. ss. Cass. soc. 2 déc. 1998, Dr. soc. 1998, p. 305.
- Obs. ss. Cass. soc. 8 juin 1999, Dr. soc. 1999, p. 853.
- Obs. ss. Cass. soc. 14 juin 2000, Dr. soc. 2000, p. 1026.
- Obs. ss. Cass. soc. 17 oct. 2000, Dr. soc. 2000, p. 1147.
- Obs. ss. Cass. soc. 27 févr. 2001, Dr. soc. 2001, p. 553.
- Obs. ss. Cass. so. 21 mai 2002, Dr. soc. 2002, p. 902.
- Obs. ss. Cass. soc. 10 juill. 2002, Dr. soc. 2002, p. 1010.
- Obs. ss. Cass. soc. 18 mars 2003, Dr. soc. 2003, p. 770.
- Obs. ss. Cass. soc. 1^{er} avril 2003, Dr. soc. 2003, p. 771.
- Obs. ss. Cass. soc. 3 juin 2003, Dr. soc. 2003, p. 884.
- Obs. ss. Cass. soc. 2 déc. 2003, Dr. soc. 2004, p. 550.
- Obs. ss. Cass. soc. 13 avril 2005, Dr. soc. 2005, p. 819.
- Obs. ss. Cass. soc. 12 juill. 2005, Dr. soc. 2006, p. 1045.
- Obs. ss. Cass. soc. 30 sept. 2005, Dr. soc. 2006, p. 102.
- Obs. ss. Cass. soc. 31 mai 2006, Dr. soc. 2006, p. 924.

SAVATIER (R.),

- Note ss. Cass. civ. sect. soc. 24 avril et 16 mai 1952, D. 1952, p. 722.

SAVAUX (E.),

- Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 3 avr. 2001, Rép. Defr. 2001, art. 37399, n°18, p. 1048.
- Obs. ss. Cass. civ. 3^{ème}, 30 avril 2002, Rép. Defr. 2002, p. 1257.
- Obs. ss. Cass. com. 29 juin 2010, RDC, 2011, p. 34.

SEGUIN (L.),

- Note ss. Cass. soc. 16 déc. 1998, JSL 1999, n°29-45, p. 28.
- Note ss. Cass. soc. 14 nov. 2000, JSL 2000, n°70, p. 15.

DE SENGA (A.),

- Note ss. Cass. soc. 28 févr. 2006, Dr. ouvr. 2006, p. 408.

SÉRIAUX (A.),

- Note ss. Cass. soc. 17 avril 1991, JCP G 1991, II, 21724.
- Note ss. Cass. com. 22 oct. 1996, D. 1997, p. 121.

SERINET (Y.-M.),

- Note ss. Cass. soc. 18 oct. 2006, JCP G 2007, I, 139, n°2.
- Note ss. Cass. com. 5 juin 2007, D. 2007, JCP G 2007, II, 10184.

SERRA (Y.),

- Note ss. Cass. soc. 1^{er} déc. 1982, D. 1983, IR, p. 418.
- Note ss. Cass. soc. 4 juill. 1983, D. 1984, IR, p. 139.
- Note ss. Cass. soc. 9 oct. 1985, D. 1986, jurisp. p. 420.
- Note ss. CA Paris 2 sept. 1986, D. 1987, som. p. 269.
- Note ss. Cass. soc., 26 mai 1988, D. 1989, som. p. 265.
- Note ss. Cass. soc. 13 oct. 1988, D. 1989, jurisp., p. 122.
- Note ss. CA Paris 11 févr. 1991, D. 1992, som. p. 52.
- Note ss. Cass. soc. 14 mai 1992, D. 1992, som. p. 350.
- Note ss. Cass. com. 4 janv. 1994, D. 1995, jurisp., p. 205.
- Note ss. Cass. soc. 1^{er} mars 1995, D. 1996, som. p. 245.
- Note ss. Cass. soc. 18 déc. 1996, D. 1998, som., p. 215.
- Note ss. Cass. soc. 8 janv. 1997, D. 1997, som. p. 240.
- Note ss. Cass. com. 16 déc. 1997, D. 1998, som. p. 213.
- Note ss. Cass. soc. 7 avril 1998, D. 1999, som. p. 107.
- Note ss. Cass. soc. 10 juill. 2002, D. 2002, som. p. 2491.
- Note ss. Cass. soc. 18 sept. 2002 : D. 2002, p. 3229.
- Note ss. Cass. soc. 25 janv. 2012 : D. 2012, p. 2760.

SERRET (J.-J.),

- Note ss. Cass. soc. 25 févr. 1992, JCP G 1993, II, 430.
- Note ss. Cass. soc. 21 févr. 1996, JCP E 1996, II, 862.
- Note ss. Cass. soc. 22 oct. 1997, JCP E 1998, p. 1147.
- Note ss. Cass. soc. 3 févr. 1999, JCP G 1999, II, II, 10132.

SEUBE (J.-B.),

- Cass. com. 4 avr. 1995, JCP E 1996, 523, n°4.

SEVERIN (E.),

- Note ss. Cass. soc. 12 avril 2008, RDT 2008, p. 326.

STOFFEL-MUNCK (P.),

- Note ss. Cass. com. 29 juin 2010, Dr. et pat. 2011, n° 200, p. 68.

STOUFFLET (J.),

- Note ss. Cass. com. 6 avril 1993, JCP G 1993, II, 22062.
- Note ss. Cass. com. 9 juill. 1996, JCP G 1996, II, 22721.

STREBELLE (G.),

- Note ss. Cass. soc. 28 févr. 2002, JCP E 2002, 643.

TAQUET (F.),

- Note ss. Cass. soc. 16 fév. 1999, JCP E 1999, p. 748.
- Note ss. Cass. soc. 28 févr. 2002, JCP E 2002, 668.
- Note ss. Cass. soc. 28 mai 2002, JCP E 2002, pan. 1029.

TATÉ (D.),

- Note ss. Cass. soc. 10 juill. 2002, Dr. ouvr. 2002, p. 533.

TAURAN (T.),

- Note ss. Cass. civ. 2ème, 12 juill. 2007 : JCP S 2007, 1769.

TERRENOIRE (C.),

- Et BEAL (S.), note ss. Cass. soc. 21 déc. 2006 JCP E 2007, 1288.

TESTU (X.),

- Note ss. Cass. com. 27 mars 1990, D. 1991, p. 289.

TEYSSIÉ (B.),

- Note ss. Cass. soc. 10 déc. 1985, JCP E 1986, I, 15578, n°5.
- Note ss. Cass. soc. 24 avril 1986, JCP 1986 E, I, 15690, n°11.
- Et CABRILLAC (M.), obs. ss. Cass. com. 6 avril 1993, RTD com. 1993, p. 548.
- Note ss. Cass. soc. 17 juill. 1996, JCP G 1997, I, 4006, p. 109, n°1.
- Note ss. Cass. soc. 8 oct. 1996, JCP E 1997, I, 4006, p. 109.
- Note ss. Cass. soc. 26 mai 1998 : TPS 1998, com. 283.

THULLIER (B.),

- Note ss. Cass. soc. 10 juill. 2002, D. 2003, som. p. 1222.

TOUREIL (J.-E.),

- Note ss. Cass. soc. 6 juill. 2010, JSL 2010, n°285, p. 10.

TOURNAUX (S.),

- Note ss. Cass. soc. 3 nov. 2011, RDT 2012, p. 31.
- Note ss. Cass. soc. 11 janv. 2012, RDT 2012, p. 150.

TOURREIL (J.-E.),

- Note ss. Cass. soc. 10 mars 2004, JSL 2004, n°143, p. 12.
- Note ss. Cass. soc. 21 janv. 2009 JSL 2009, n°251, p. 19.
- Note ss. Cass. soc. 11 janv. 2012, JSL 2012, n°316, p. 14.
- Note ss. Cass. soc. 16 mai 2012, JSL 5 juill. 2012, n°325, p. 16.
- Note ss. Cass. soc. 12 déc. 2012, JSL 2013, n°336, p. 8.
- Note ss. Cass. soc. 23 janv. 2013, JSL 2013, n°339, p. 15.

TRICOIT (J.-P.),

- Note ss. Cass. soc. 29 sept. 2010, JCP S 2011, 1036.

VACHET (G.),

- Note ss. Cass. soc. 4 déc. 2007, JCP S 2008, 1191.

VARIN (C.),

- Note ss. Cass. soc. 28 févr. 2012, D. 2012, p. 744.

VATINET (R.),

- Note ss. Cass. soc. 7 juin 2006, JCP S 2006, 1580.
- Obs. ss. Cass. soc. 12 févr. 2002, Dr. soc. 2002, p. 468.
- Obs. ss. Cass. soc. 18 sept. 2002, Dr. soc. 2002, p. 1007.

VERICEL (M.),

- Note ss. Cass. soc. 3 juin 2003, JCP G 2003, II, 10165.
- Note ss. Cass. soc. 7 févr. 2007, JCP S 2007, p. 249.
- Note ss. Cass. soc. 23 sept. 2009, RDT 2009, p. 726.
- Note ss. Cass. soc. 3 févr. 2010, RDT 2010, p. 303.

VERKINDT (P.-Y.),

- Obs. ss. Cass. soc. 29 oct. 1996, TPS 1997, n°2, p. 10
- Obs. ss. Cass. soc. 30 sept. 1997, TPS 1997, com. 283.
- Obs. ss. Cass. soc. 17 déc. 1997, TPS 1998, com. 66.
- Obs. ss. Cass. soc. 7 juill. 1998, TPS 1998, com. 319.
- Note ss. Cass. soc. 16 déc. 1998, TPS 1999, com. 54.
- Note ss. Cass. soc. 14 nov. 2000, TPS 2001, com. n°2.
- Obs. ss. Cass. soc. 21 mai 2002, TPS 2002, com. n°249.
- Note ss. Cass. soc. 12 juill. 2005, JCP S 2005, n°1209.
- Note ss. Cass. soc. 19 oct. 2005, JCP S 2005, 1401.
- Note ss. Cass. soc. 2 nov. 2005, JCP S 2006, 1006.
- Note ss. Cass. soc. 14 déc. 2005, JCP S 2006, 1101.
- Note ss. Cass. soc. 25 janv. 2006, JCP S 2006, 1211.
- Note ss. Cass. soc. 28 mars 2006, JCP S 2006, 1381.
- Note ss. Cass. soc. 26 avril 2006, JCP S 2006, 1674.
- Note ss. Cass. soc. 20 sept. 2006, JCP S 2006, 1861.
- Note ss. Cass. soc. 7 nov. 2006, JCP S 2007, 1053.
- Note ss. Cass. soc. 15 nov. 2006, JCP S 2007, 1020.
- Note ss. Cass. soc. 23 oct. 2007, JCP S 2007, 1033.
- Note ss. Cass. soc. 4 déc. 2007, JCP S 2008, 1186.
- Note ss. Cass. soc. 6 oct. 2010, JCP S 2011, 1043.

VERMELLE (G.),

- Obs. ss. Cass. com. 23 sept. 1982, Rép. Defr. 1983, art. 33027, p. 401.

VIANDIER (A.),

- Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 3 juin 1986, JCP G 1987, II, 20791.

VINEY (G.),

- Note ss. Cass. civ. 3^{ème}, 29 juin 1994, JCP G 1994, I, 3809, n°20.
- Note ss. Cass. com. 5 juill. 1994, JCP G 1994, I, 3809, n°19.
- Note ss. Cass. com. 24 mars 1998, JCP G 1998, I, 185, n°13.
- Note ss. Cass. soc. 4 juin 2002, JCP G 2003, I, 152.

VIRASSAMY (G.),

- Note ss. Cass. com. 3 nov. 1992, JCP G 1993, II, 22164.

VRAY (H.),

- Note Cass. com. 4 janv. 2000, Gaz. Pal. 2000, 1, som. p. 1325.

WAQUET (P.),

- Obs. ss. Cass. soc. 26 janv. 2005, Dr. soc. 2005, p. 469.
- Note ss. Cass. soc. 23 oct. 2007, D. 2007, p. 3107.
- Obs. ss. Cass. soc. 20 oct. 1998, Dr. soc. 1998, p. 1045.
- Obs. ss. Cass. soc. 3 nov. 1999 : Dr. soc. 1999, p. 1101.
- Note ss. Cass. soc. 23 oct. 2007, D. 2007, p. 3107.

WILLMANN (C.),

- Note ss. Cass. com. 14 oct. 1997, D. 1999, p. 107.

YAMBA (G.),

- Note ss. Cass. soc. 24 oct. 1995, D. 1996, jurisp. p. 634.

Index

(L'index renvoie aux numéros des paragraphes)

Accord collectif, *V. Conflit de normes*

Bonne foi, *V. Obligation de discrétion, de non-concurrence, de probité, de réserve.*

- Devoir (de) : 182, 184, 223
- Morale contractuelle objective : 235
- Norme de comportement : 207, 253
- Obligation (de) : 181, 184
- Obligation *contractuelle* (de) : 38
- Obligations spécifiques : 185
- Suspension du contrat : 52

Changement des conditions de travail, *V. Modification du contrat de travail.*

Clause attributive de juridiction

- Conditions de validité (droit commun) : 297
- Contrat de travail international : 299 *s.*
- Nullité absolue : 421
- Prohibition (contrat de travail) : 298

Clause compromissoire

- Conditions de validité (droit commun) : 301
- Contrat de travail international : 302
- Inopposabilité, *V. ce mot*,
- Prohibition (contrat de travail) : 302

Clause couperet

- Nullité relative : 421, 422, 432, 434, *V. ce mot.*

Clause d'exclusivité

- Absence d'autonomie : 520
- Conditions de validité : 475, 503
- Liberté du travail, *V. ce mot.*

Clause d'indexation

- Prohibition : 289
- Substitution des juges : 880

Clause d'indivisibilité

- Droit commun : 306
- Contrat de travail : 307, 447 s.

Clause de dédit-formation

- Absence d'autonomie : 521
- Cause : 506, 521
- Clause pénale, *V. ce mot*,
- Conditions de validité : 496, 502, 505
- Frais de de formation : 507, 740
- Liberté du travail, *V. ce mot*,
- Réduction : 799

Clause de garantie d'emploi, *V. Clause pénale.*

Clause de mobilité

- Mise en œuvre : 133
- Validité, 620 :
 - o Conditions de validité : 319, 497, 656
 - o Contestation (de leur) : 654 s.
- Vie personnelle et familiale : 498, 499

Clause de non-concurrence

- Autonomie : 334, 486, 518
- Caractère accessoire : 487
- Cause :
 - o Subjective : 480
 - o Objective : 515, 523, 527, 528
- Conflit de normes, *V. ce mot*,
- Contrat synallagmatique : 525 s.
- Contrepartie financière
 - o Exigence : 511 s.,
 - o Dérisoire : 462, 528, 801
- Détermination de son étendue : 342
- En sommeil : 332 s.
- Exception d'inexécution : 529
- Liberté du travail, *V. ce mot*,
- Limitations : 502, 509, 510
- Nullité : 425, 455, 462, *V. aussi ce mot*,
- Protection des intérêts légitimes de l'entreprise : 468 s.
- Réduction : 798, 804
- Réputé non écrit, 417. *V. aussi Nullité*,
- Validité : 513

Clause de renégociation : 658 s.

- Obligation d'entrer en discussion : 660 s.
 - o Obligation synallagmatique : 661 s.
 - o Evènements déclencheurs : 662 s.
 - o Conditions potestatives (nullité) : 669
 - o Obligation unilatérale : 673
- Obligation définitive de renégociation : 678 s.
 - o Obligation d'émettre une proposition : 680 s,
 - o Obligation d'acceptation : 684 s.
 - o Intérêt de l'entreprise : 692, *V. ce mot.*
 - o Vie personnelle et familiale : 693

Clause de résidence

- Absence d'autonomie : 520.
- Conditions de validité : 476, 503

Clause de résiliation unilatérale

- Nullité : 305, *V. ce mot.*
- Prohibition : 304

Clause de variation, *V. Clause de variation de la rémunération,*

- Condition potestative : 323
- Identification : 313
- Prohibition : 312, 320 s., 655. *V. aussi Renonciation,*
- Objectifs : 618

Clause de variation de la rémunération

- Clause renvoyant à un accord ultérieur des parties : 886, 887. *V. aussi Clause de renégociation, Juge,*
- Eléments objectifs (fondée sur des) : 316
- Primes discrétionnaires : 318
- Prohibition : 316
- Validité : 619, 652
- Variation incidente de la rémunération : 317

Clause informative : 628

- Convention collective : 613
- Lieu : 626
- Régime de prévoyance ou de retraite : 614
- Règlement : 614

Clause pénale

- Caractère comminatoire : 713 s.
- Clause *contractuelle* : 706
- Clause d'indemnisation forfaitaire : 719, 747
- Clause de dédit-formation : 733 s. *V. ce mot*,
- Clause de garantie d'emploi : 721, 790
- Correction facultative : 768
- Indemnité contractuelle de licenciement : 722, 726 s.
- Obligation de motivation : 769.
- Rupture anticipée d'un contrat à durée déterminée
 - o A l'initiative de l'employeur : 714, 784, 788
 - o A l'initiative du salarié : 785, 789

Conflit de normes

- Avantage collectif : 381
- Avantage individuel : 380 s.
- Clause de non-concurrence : 385, 455 s. *V. aussi ce mot*,
- Méthode analytique : 356, 357, 359 s.
- Méthode globale : 358
- Nullité de la clause contractuelle : 455
- Préavis : 387 s.
- Silence du contrat : 365 s.
- Substitution de la clause conventionnelle : 450

Contrat

- Autonomie de la volonté : 11
- Contrat de bonne foi : 215, 219 s., *V. aussi Bonne foi*,
- Contrat de droit strict : 215.
- Interprétation de la volonté des parties : *V. Interprétation*,
- Rééquilibrage du contrat : 13, 14, 522, 813
- Volonté tacite : 165

Contrat de travail

- Éléments de qualification : 558
- Lien de subordination : 17
- Modification, *V. ce mot*,
- Novation : 922
- Nullité : 398, 403, 404, *V. ce mot*,
- Objet : 341 s., 563 s.

Convention collective, *V. Conflit de normes*.

Devoir de coopération : 193, 223

Discriminations : 823, 825, 870.

Équité : 211, 250.

Force obligatoire :

- Autonomie de la volonté : 11, *V. aussi Contrat*,
- Bonne foi (manquement à l'exigence de) : 182
- Clause de non-concurrence : 471, 536, 808. *V. aussi ce mot*,
- Révision pour imprévision : 11, 143 s.

Inaptitude *V. Obligation de reclassement*

Inopposabilité

Clause compromissoire : 440

Intérêt de l'entreprise

- Changement des conditions de travail : 645
- Clause de non-concurrence : 468, 807. *V. aussi ce mot*,
- Clause de renégociation : 671, 691

Interprétation

- Contrats de bonne foi : 221, 220,
- Cour de cassation : 6
- Exégèse : 7
- Interprétation de la volonté réelle des parties : 11, 13, 231 s., 793
- Interprétation objective : 232 s., 543 s.
- Libre recherche scientifique : 7

Juge : 5

- Arrêt de règlement : 3
- Clause pénale : 700 s.
- Contrôle de proportionnalité : 492 s. *V. aussi Liberté du travail*.
- Cour de cassation : 6, 20
- Fixation de la rémunération : 884, 886
 - o Contrepartie du temps nécessaire aux opérations d'habillage et de déshabillage : 903
 - o Dénonciation d'un usage ou d'un engagement unilatéral : 884
 - o Désaccord sur le montant de la rémunération variable : 886
 - o Objectifs déraisonnables : 906
- Forçage : 27
- Interprétation, *V. ce mot*
- Réduction : 795
- Requalification-interprétation : 909
- Requalification-validation : 933
- Révision judiciaire pour imprévision, *V. ce mot*.

Liberté d'entreprendre

Contenu : 17

Valeur constitutionnelle : 17

Liberté du travail

- Contenu : 17
- Contrôle de proportionnalité :
 - o Clause de dédit formation 502, 508
 - o Clause d'exclusivité 475.
 - o Clause de non-concurrence 469, 502, 509 s.
- Valeur constitutionnelle : 17

Licenciement pour motif économique : *V. Obligation de reclassement.*

Modification du contrat de travail

- Appréciation objective : 557, 593
- Approche collective : 635 s.
- Bouversement des horaires : 582, 589.
- Changement des conditions de travail : 553, 554
 - o Horaires : 571
 - o Refus : 588
 - o Tâches : 565
- Chômage partiel : 569
- Clause de variation, *V. ce mot,*
- Clause informative, *V. ce mot,*
- Contractualisation : 613, 615, 616
- Durée du travail : 570
- Intérêt de l'entreprise : 645, *V. ce mot,*
- Lieu : 567
- Modifications substantielles : 546, 547, 552
- Modulation : 585 s.
- Pouvoir de direction : 540
- Qualification : 564
- Recherche d'un accord avec le salarié : 602, 606
- Rémunération : 559, 576, *V. aussi ce mot,*
- Secteur géographique : 568
 - o Affectation occasionnelle (en dehors du) : 578
 - o Notion : 631 s.
- Statut collectif : 576, 577
- Temporaire : 578, 579
- Travail à domicile, *V. ce mot,*
- Vie personnelle et familiale (Atteinte) : 589, 643

Nullité

- Absolue : 419, 421 s.
- Confirmation : 428, 429
- Nul effet (de) : 407
- Partielle : 362, 418
- Plein droit (de) : 407
- Prescription : 430
- Protection (de) : 434
- Relative : 419, 430
- Réputé non écrit : 407 s., 417
- Totale : 362, 403 s.

Objet

- Détermination : 339, 340 s.
 - o Prestations : 342, 563 s.
 - o Salaire : 343 s., 899
- Sanction : 349

Obligation d'adaptation professionnelle *V. Obligation de reclassement.*

Obligation « d'adaptation à la vie personnelle et familiale du salarié » : 132 s.

Obligation contractuelle

- Accidentalita negotii : 276
- Définition : 259 s.
- Essentialia : 276
- Naturalia : 276

Obligation d'information : 61,

- Adhésion à une convention préretraite progressive : 64
- Exécution de bonne foi : 188
- Expatriation : 65
- Fondement jurisprudentiel : 65, 171, 271
- Obligation de coopération : 193
- Plan de sauvegarde de l'emploi : 62
- Régime de prévoyance : 63

Obligation de discrétion

Fondement : 170

Reconnaissance : 54, 55

Obligation de loyauté *V. Bonne foi.*

Obligation de non-concurrence : 54, 170, 270.

Obligation de probité : 43 s.

Vie personnelle et familiale : 44

Obligation de reclassement : 118

- Champ d'application : 125
- Exécution de bonne foi : 187
- Fondement jurisprudentiel : 174, 175, 272
- Inaptitude à tout emploi : 125, 178, 247.
- Licenciement pour inaptitude : 116, 121, 175, 247
- Licenciement pour motif économique : 117, 175
- Obligation d'adaptation : 119, 272
- Obligation de renégociation : 160, *V. aussi ce mot*,
- Périmètre : 126, 246
- Preuve : 128 s.
- Refus du reclassement : 161, 686, 687.
- Sanction : 127

Obligation de remboursement de frais

- Fondement jurisprudentiel : 59
- Objet : 241
- Reconnaissance : 59

Obligation de renégociation, 195,

- Fondement 277
- Obligation de reclassement, *V. ce mot*,
- Prise d'acte, *V. ce mot*.
- Qualification 257
- Révision judiciaire pour imprévision, *V. ce mot*,
- Stabilité contractuelle, *V. ce mot*.

Obligation de réserve : 54, 170

Obligation de sécurité

- Arrêts *amiante* : 77
- Bonne foi : 202
- Devoir : 86, 91
- Fondement jurisprudentiel : 172
- Force majeure : 108
- Harcèlement : 105, 109
- Indemnisation : 109
- Obligation contractuelle : 76 s.
- Obligation de prévention : 110
- Obligation de résultat : 99, 105 s.
- Prise d'acte, *V. ce mot*.

Ordre public 18, *V. aussi Nullité*,

- Social : 291
- Protection (de) : 403

Période d'essai

- Durée : 286
- Requalification en période probatoire : 925

Principe de faveur : 352

Conflit de normes, *V. ce mot.*

Principe d'égalité de traitement

- Affirmation (du) : 847, 848
- Justifications : 856 s
- « *Travail égal, salaire égal* » : 824
 - o Justifications : 841
 - o Périmètre de comparaison : 832 s.
 - o *Ponsolle* : 828
 - o Rappel de salaires : 867
 - o Sanction « du juste milieu » : 872

Prise d'acte

- Obligation de renégociation (manquement) : 681, *V. aussi ce mot,*
- Obligation de sécurité (manquement) : 82, 100, 108, *V. aussi ce mot,*
- Rémunération (modification unilatérale) : 559

Référé législatif : 4, 5

Renonciation

- Clause de variation : 655
- Prohibition générale : 292, 331

Réputé non écrit, *V. Nullité.*

Révision judiciaire pour imprévision

- Bonne foi : 200
- *Canal de Craponne* : 144
- *Gaz de Bordeaux* : 147
- Droit comparé : 148
- Force obligatoire, *V. ce mot,*
- Obligation de reclassement : 159 s. *V. aussi ce mot,*
- Obligation de renégociation : 155. *V. aussi ce mot,*
- Principes Unidroit et Principes du droit européen des contrats : 149

Solidarité contractuelle : 236

Stabilité contractuelle

- Fixation judiciaire de la rémunération : 900
- Objectif contractuel : 244
- Obligation de renégociation : 154, 162
- Requalification de la période d'essai : 935

T travail à domicile

- Clause : 522
- Contractualisation : 600
- Indemnisation : 522
- Modification : 569, 616
- Usage : 250

Pouvoir de direction : *V. Modification du contrat de travail*

Vie personnelle et familiale : *V. Clause de mobilité, Clause de résidence, Modification du contrat, Obligation « d'adaptation à la vie personnelle et familiale du salarié », Obligation de probité.*

Table des matières

Introduction	1
§ 1 : Le juge	2
A) Un pouvoir règlementaire prohibé	2
3. Les arrêts de règlement - 4. La prohibition des arrêts de règlement	
B) Un pouvoir d'interprétation consacré	3
5. Le juge, un interprète - 6. La Cour de cassation, garante de l'unité d'interprétation -	
7. Les méthodes d'interprétation - 8. Les méthodes de raisonnement - 9. Crainte et débordements	
§ 2 : Le juge et le contrat	9
10. Relecture	
A) La souveraineté de la volonté limitée	9
11. La souveraineté de la volonté - 12. Une souveraineté limitée	
B) L'intervention du juge favorisée	11
13. L'interprétation de la loi - 14. Droit comparé	
§ 3 : Le juge et le contrat de travail	13
A) Le particularisme du contrat de travail	14
17. Des éléments intrinsèques - 18. Des éléments extrinsèques	
B) Le particularisme de la jurisprudence de la chambre sociale	17
1) Une jurisprudence normative	
20. Un constat	
2) Une conséquence du particularisme du contrat de travail ?	
21. Juge et particularisme du contrat de travail - 22. Droit comparé	
PREMIERE PARTIE : L'ADAPTATION DU CONTRAT PAR LE JUGE	21
TITRE 1 : L'ADDITION	23
27. Le forçage du contrat, une notion péjorative - 28. L'addition d'obligations, une notion neutre	
CHAPITRE 1 : L'ADDITION, DES MANIFESTATIONS DIVERSES	25
SECTION 1 : DES OBLIGATIONS « A FIN DE COMPLEMENT »	25
§ 1 : Des obligations liées à la prestation de travail	25
31. Identification des obligations ajoutées au contrat de travail	

I) Des obligations salariales _____	25
32. La bonne foi, une exigence textuelle - 33. La bonne foi, une exigence jurisprudentielle	
A) La reconnaissance d'une obligation « contractuelle » de bonne foi _____	26
1) La bonne foi extérieure au contrat, une analyse doctrinale _____	26
36. L'article 1134, alinéa 3, dans l'ordre délictuel - 37. L'article 1134, alinéa 3, hors l'ordre contractuel	
2) La bonne foi contractuelle, une consécration justifiée _____	27
38. Une consécration jurisprudentielle - 39. Une solution fondée	
B) La signification de l'« obligation » jurisprudentielle de bonne foi _____	28
40. L'utilité de la prestation de travail recherchée	
1) Un comportement garantissant l'utilité de la prestation de travail _____	29
a) <i>Des agissements prohibés</i> _____	29
42. Agissements autorisés et prohibés	
i) La reconnaissance d'une obligation de probité _____	30
43. Une obligation consacrée - 44. Etendue - 45. Champ d'application - 46 - Différents critères envisagés - 47 L'utilité de la prestation, critère déterminant	
ii) L'obligation de probité, un devenir incertain _____	36
49. Une existence écartée - 50. Une mise à l'écart limitée	
b) <i>Des abstentions reprochées</i> _____	37
51. Suspension du contrat et absence de collaboration - 52. Suspension du contrat et obligation de loyauté	
2) Des obligations garantissant l'utilité de la prestation de travail _____	38
54. Des obligations de ne pas faire - L'utilité de la prestation de travail privilégiée _____	
II) Des obligations patronales _____	39
56. Un comportement dicté par le juge - 57. Des obligations dictées par le juge	
A) L'obligation de remboursement de frais _____	40
59. Une obligation fondée sur l'article 1135 - 60. L'exécution de la prestation de travail facilité	
B) Les obligations d'information _____	41
1) Des obligations variées _____	42
62. Plan de sauvegarde de l'emploi - 63. Régime de prévoyance - 64. Adhésion à une convention de préretraite progressive - 65. Protection sociale et expatriation	
2) Une obligation générale _____	43
66. La communication d'informations utiles - 67. La protection des droits du salarié	
§ 2 : Une obligation liée la personne du salarié _____	44
I) Une obligation contractuelle _____	45
A) La consécration de l'analyse contractuelle _____	45
1) Une analyse initialement rejetée _____	45
a) <i>L'analyse contractuelle, une thèse doctrinale</i> _____	45

<i>b) L'analyse délictuelle, une thèse jurisprudentielle</i>	46
74. Obligation de sécurité et contrat de travail - 75. Obligation de sécurité et contrat de transport	
2) Une consécration confirmée	47
<i>a) Une reconnaissance expresse</i>	47
77. Les arrêts amiante : la référence au contrat - 78. Un contexte spécifique - 79. Une nature contractuelle annoncée	
<i>b) Une reconnaissance implicite</i>	49
80. L'abandon de la référence au contrat de travail - 81. La position de la deuxième chambre civile - 82. La sanction de l'inexécution	
B) Le rejet de la thèse de la « dé-contractualisation »	51
1) La « dé-contractualisation », une analyse doctrinale	51
<i>a) Une obligation légale et un devoir, des obstacles avancés</i>	52
85. L'exigence de sécurité, une source légale - 86. L'exigence de sécurité, un devoir	
<i>b) La responsabilité contractuelle, une source d'inégalités</i>	53
87. La responsabilité contractuelle, source d'une disparité de traitement - 88. La responsabilité contractuelle écartée par une partie de la doctrine	
2) La « dé-contractualisation » une analyse peu convaincante	54
<i>a) Une obligation légale et un devoir, des obstacles surmontables</i>	54
90. Une obligation légale et contractuelle - 91. Un devoir et une obligation	
<i>b) La responsabilité contractuelle, une source apparente d'inégalités</i>	55
92. Obligation contractuelle, responsabilité contractuelle - 93. Le contrat de travail, source apparente d'une différence de traitement	
II) Une obligation de résultat	58
A) Des incertitudes	58
1) La distinction des obligations de moyens et de résultat	58
96. Les obligations de moyens - 97. Les obligations de résultat	
2) Une application source d'incohérences	59
<i>a) L'obligation de sécurité, une responsabilité subjective</i>	59
99. Les arrêts amiante, une véritable obligation de résultat - 100. L'extension de l'obligation, une responsabilité subjective	
<i>b) L'obligation de sécurité, une obligation de moyens</i>	61
101. L'obligation de moyens, une solution cohérente - 101. La présomption de faute, une solution envisageable.	
B) Des incohérences corrigées	62
1) Une véritable obligation de résultat	62
<i>a) Une solution consacrée</i>	62
105. Une solution annoncée - 106. Une solution confirmée - 107. Une solution cohérente	

<i>b) Une obligation de résultat renforcée</i>	64
108. La force majeure, une cause d'exonération écartée	
2) Le double aspect de l'obligation de sécurité	65
109. Une double indemnisation - 110. Une logique double	
SECTION 2 : DES OBLIGATIONS « A FIN DE REVISION »	67
§ 1 : Des obligations imposées	67
I) Des obligations à l'appui de la vie professionnelle du salarié	67
A) Une origine jurisprudentielle	67
116. Une obligation applicable en cas d'inaptitude - 117. Une obligation applicable en cas de licenciement pour motif économique - 118. L'obligation de reclassement, une condition du licenciement - 119. L'obligation d'adaptation, une "obligation continue"	
B) Un caractère jurisprudentiel persistant	71
1) Une source jurisprudentielle ponctuelle	71
121. L'inaptitude constatée à l'occasion d'examens périodiques	
2) Un régime jurisprudentiel	71
<i>a) Un régime juridique précisé par le juge</i>	72
124. Les conditions de mise en œuvre de l'obligation - 125. Le champ d'application de l'obligation - 126. Le périmètre de l'obligation - 127. La sanction de l'obligation	
<i>b) La nature juridique de l'obligation révélée par le juge</i>	74
128. Le régime de la preuve révélateur de la nature de l'obligation - 129. Une obligation de moyens renforcée	
II) Des obligations à l'appui de la vie personnelle du salarié	76
A) Une obligation envisagée	76
133. L'arrêt du 24 janvier 2007 - 134. Une obligation contestable	
B) Un droit de refus limité	79
1) Le refus, un droit consacré	79
136. Des raisons objectives susceptibles de justifier le refus - 137. L'absence de droit acquis à une mutation - 138. L'exercice du pouvoir de direction	
2) L'abus, une limite justifiée	80
139. Le refus encadré	
§ 2 : Des obligations contestées	80
I) La révision judiciaire, une solution prohibée	81
A) Une solution jurisprudentielle	81
1) Une solution ancienne	81
144. L'affaire du canal de Craponne - 145. Les justifications	
2) Une solution originale	82
<i>a) Une spécificité du juge judiciaire</i>	82
147. L'arrêt Gaz de Bordeaux	
<i>b) Une spécificité du droit français</i>	83
148. Droit comparé - 149. Les principes Unidroit et les principes de Droit européen des contrats	

B) Une solution assouplie	84
1) Un assouplissement consacré	84
<i>a) Une révision suggérée</i>	84
152. Un facteur de sécurité contractuelle - 153. Une application du principe de la force obligatoire - 154. Un facteur de stabilité contractuelle	
<i>b) Une interdiction nuancée</i>	85
155. La reconnaissance d'une obligation de renégociation	
2) Une révision projetée	86
156. Les projets de réforme - 157. Leur application au contrat de travail	
II) La révision contractuelle, une solution admise	87
A) Une obligation exclusive d'une révision judiciaire	87
160. La renégociation imposée par le juge - 161. La révision décidée par les parties	
B) Une obligation source de stabilité contractuelle	89
162. La poursuite du contrat rendue possible	
CHAPITRE 2 : L'ADDITION, DES FONDEMENTS DIVERS	91
165. La volonté tacite, un fondement artificiel - 166. Les articles 1134, alinéa 3, et 1135 du code civil, des fondements proposés	
SECTION 1 : LA BONNE FOI, UN FONDEMENT DISCUTE	92
§ 1 : La référence opérée à la bonne foi	92
I) Une référence ponctuelle	92
A) Fondement ponctuel des obligations « à fin de complément »	92
170. Obligations de non-concurrence, de réserve et de discrétion - 171. Obligation d'information - 172. Obligation de sécurité et de remboursement de frais	
B) Fondement ponctuel des obligations « à fin de révision »	94
1) L'obligation de reclassement, des fondements divers	94
174. Reclassement et licenciement économique - 175. Reclassement et licenciement pour inaptitude	
2) L'obligation de reclassement, une unité de fondement souhaitable	95
177. Régime et nature de l'obligation, une unité acquise - 178. Une unité de fondement, facteur de cohérence	
II) Une référence source de confusions	97
A) Devoir et obligation, des notions confondues	97
1) L'obligation de bonne foi, une référence contestable	97
181. Devoir et obligation, des notions distinctes - 182. L'exigence de bonne foi, un devoir	
2) L'obligation de bonne foi, une référence artificielle	100
184. L'obligation de bonne foi, dissimulatrice d'un devoir de bonne foi - 185. L'obligation de bonne foi, dissimulatrice d'obligations spécifiques	

B) Exécution déloyale et inexécution, une confusion manifeste _____	101
187. Exécution de bonne foi et inexécution de l'obligation de reclassement - 188. Exécution de bonne foi et inexécution de l'obligation d'information	
§ 2 : Les discussions suscitées par la bonne foi _____	103
I) Un fondement approuvé _____	103
A) Un fondement doctrinal _____	103
1) Fondement d'obligations « à fin de complément » _____	104
193. L'obligation d'information - 194. Les obligations de réserve, de discrétion et de non-concurrence	
2) Fondement d'obligations « à fin de révision » _____	105
195. L'obligation de renégociation - 196. L'article 1134, alinéa 3, fondement de l'obligation de reclassement	
B) Un fondement consacré _____	106
1) Fondement des obligations « à fin de complément » _____	106
198. Principes de droit européen des contrats et principes Unidroit - Le droit privé comparé	
2) Fondement des obligations « à fin de révision » _____	108
200. La bonne foi, fondement légal et jurisprudentiel de la révision pour imprévision	
II) Un fondement contesté _____	109
A) La bonne foi, un fondement critiqué de l'obligation de sécurité _____	109
202. La bonne foi, un fondement rejeté - 203. L'article 1135, un fondement préféré	
B) L'article 1134, un texte non créateur d'obligations _____	110
1) Une application limitée aux obligations expressément souscrites _____	110
205. Une thèse avancée - 206. Une thèse réfutée	
2) Une norme de comportement _____	110
207. Le comportement des contractants et l'article 1134, alinéa 3, du code civil - 208. Le contenu du contrat apprécié au regard de l'article 1135	
SECTION 2 : BONNE FOI ET EQUITE, DES FONDEMENTS JUSTIFIES _____	112
210. La bonne foi, source d'obligations - 211 L'équité, source d'obligations	
§ 1 : L'article 1134, alinéa 3, fondement originel _____	113
I) L'article 1134, alinéa 3, source d'un pouvoir d'interprétation _____	114
A) L'article 1134, alinéa 3, la généralisation des contrats de bonne foi _____	114
1) Contrats de droit strict et contrats de bonne foi _____	114
215. Les contrats de droit strict et de l'ancien droit romain - 216 - L'apparition des contrats de bonne foi	
2) L'abandon des contrats de droit strict _____	115
217. Un simple rappel - 218. Un rappel pertinent	
B) Les contrats de bonne foi, source d'un pouvoir d'interprétation _____	116

1) Les contrats de bonne foi, un élargissement des pouvoirs du juge _____	117
220. L'absence de pouvoir d'interprétation et contrats de droit strict - 221. L'existence d'un pouvoir d'interprétation et contrats de bonne foi	
2) Les contrats de bonne foi, source de devoirs et d'obligations ? _____	118
<i>a) Source de devoirs ?</i> _____	118
223. Les devoirs de bonne foi et de coopération - 224. Des devoirs inscrits à l'article 1134, alinéa 3	
<i>b) Source d'obligations ?</i> _____	120
225. Le devoir de bonne foi, source d'obligations	
II) L'article 1134, alinéa 3, guide du pouvoir d'interprétation _____	121
A) Une interprétation objective _____	121
1) La recherche de l'intention des parties, une analyse avancée _____	121
228. La recherche de l'intention des parties, une analyse soutenue - 229 La recherche de l'intention des parties, une analyse contestable	
2) La recherche de l'intention des parties, une analyse rejetée _____	122
<i>a) L'existence d'une règle d'interprétation contestée</i> _____	122
<i>b) L'existence d'une règle d'interprétation objective</i> _____	123
232. Interprétation subjective et objective, des règles distinctes - 233. Interprétation et exécution, des notions liées	
B) Une interprétation finalisée _____	125
1) Une morale contractuelle objective _____	126
235. La réalisation de l'objectif contractuel, source d'obligations - 236. La solidarité contractuelle, une source d'obligation illusoire - 237 Jugement de valeur et morale contractuelle objective	
2) Une morale contractuelle spécifique _____	128
<i>a) Des objectifs distincts</i> _____	128
239. La fourniture de la prestation de travail, but recherché par l'employeur - 240. L'exécution utile - 241 Une exécution paisible - 242. Le paiement d'une rémunération, but recherché par le salarié	
<i>b) Un objectif commun</i> _____	130
244. La stabilité, un objectif contractuel commun - 245. La stabilité, un objectif privilegié excessivement par le juge - 246. Le reclassement dans le groupe, une solution illusoire - 247. L'avis d'inaptitude à tout emploi, une solution contestable	
§ 2 : L'article 1135, fondement complémentaire _____	133
249. L'article 135, un fondement jurisprudentiel - 250. L'équité, un fondement jurisprudentiel	
I) La distinction contestable des articles 1134, alinéa 3, et 1135 du code civil _____	135
A) Quantité et qualité de l'exécution, une distinction critiquable _____	136
1) Quantité et qualité d'exécution, des notions liées _____	136
253. La qualité déterminante de la quantité - 254. La quantité déterminante de la qualité	

2) Le « qualitatif » et le « quantitatif », une distinction délicate _____	137
255. L'exécution déloyale, des hypothèses évidentes - 256. L'exécution déloyale, dissimulatrice d'une véritable obligation - 257. Des "actions" sources de diverses qualifications	
B) Comportements liés aux circonstances et obligations, une distinction préférable _____	139
1) Le critère de distinction _____	139
259. Le caractère déterminé de la prestation, un critère inutile - 260. La vocation générale de l'obligation, un critère pertinent	
2) L'intérêt de la distinction _____	140
262. La sanction retenue par le juge, une distinction inutile - 263. L'étendue des pouvoirs du juge, une distinction pertinente	
II) Le rapprochement préférable des articles 1134, alinéa 3 et 1135 _____	141
A) L'article 1135, un moyen redondant d'adaptation du contrat _____	141
1) Une analyse historique _____	142
266. Domat - 267. Les rédacteurs du code civil - 268. Les premiers interprètes du code civil	
2) Une analyse consacrée _____	144
270. L'obligation de non-concurrence du mandataire d'intérêt commun - 271. L'obligation d'information - 272. L'obligation d'adaptation et de reclassement	
B) L'article 1135, un moyen éclairant d'adaptation du contrat _____	145
1) L'ajout limité à la reconnaissance « des suites » _____	146
275. Des obligations contribuant à la réalisation de l'obligation principale - 277. Des obligations qui ne contredisent pas le contrat - 278. La référence aux suites, un éclairage sur la notion d'équité	
2) L'ajout conditionné à « la nature » de la convention _____	149
279. La nature "déséquilibrée" du contrat de travail, un élément insuffisant - 280. La finalité spécifique du contrat de travail, un élément déterminant	
TITRE 2 : LA SOUSTRACTION _____	155
CHAPITRE 1 : LA SOUSTRACTION DICTEE AU JUGE _____	155
284. L'application du code civil - L'application de normes spéciales	
SECTION 1 : LA PROLIXITE DES CAUSES DE SOUSTRACTION _____	156
286. Des normes internationales - 287. Des normes internes	
§ 1 : L'application de normes légales _____	157
I) Des normes spéciales _____	157
A) Des normes contraignantes _____	158
1) Des normes à « indérogeabilité » relative _____	158
291. L'ordre public social - 292. La renonciation prohibée - 293. Une consécration légale ponctuelle - 294. Une application jurisprudentielle récurrente	

2) Des règles de compétence impératives	161
<i>a) Les clauses attributives de juridiction</i>	161
i) Une prohibition légale	162
297. Des conditions de validité strictes en droit commun - 298. Une interdiction stricte en droit du travail	
ii) Une impérativité limitée	163
299. Des clauses condamnées - 300. Des clauses partiellement validées	
<i>b) Les clauses compromissaires</i>	165
301. Les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle - 303. Le contrat de travail	
B) Des décisions originales	168
1) La prohibition des clauses de résiliation unilatérale	168
304. Validité des clauses de résiliation anticipée en droit commun - 305. Nullité des clauses de résiliation anticipée en droit du travail	
2) La prohibition des clauses d'indivisibilité	170
306. Efficacité des clauses d'indivisibilité en droit commun des obligations -	
307. Inefficacité des clauses d'indivisibilité contenues dans un contrat de travail	
II) Des normes générales	173
A) L'article 1134, fondement de la prohibition des clauses de variation	174
1) L'article 1134, un fondement consacré	174
<i>a) Fondement de la nullité des clauses de variation</i>	174
312. La modification unilatérale prohibée par l'article 1134 - 313. L'identification des clauses autorisant une modification unilatérale	
<i>b) Fondement de l'édiction de conditions de validité</i>	177
315. La variation de la rémunération - 316. Le principe - 317. Une exception encadrée - 318. Une exception sans limites ? - 319. La variation de l'étendue de la clause	
2) L'article 1134, un fondement discuté	179
<i>a) L'article 1174, un fondement avancé</i>	180
322. L'article 1134, des interprétations contradictoires - 323. L'article 1174, la nullité des conditions potestatives	
<i>b) L'article 1174, des conditions d'application défailtantes</i>	182
325. Nullité de la condition potestative au pouvoir du débiteur - 326. Caractère accessoire de la condition potestative	
B) L'article 1134, fondement pertinent de la prohibition des clauses de variation	184
1) Une pertinence limitée	184
<i>a) La nullité justifiée des clauses de variation</i>	185
330. La révision anticipée, un accord douteux - 331. La révision anticipée, une renonciation prohibée	

<i>b) La nullité douteuse des clauses de non-concurrence en sommeil</i> _____	186
333. Une promesse unilatérale de contrat - 334. L'autonomie de la clause - 335. La validité de la clause au regard de l'article 1134 - 336. Une restriction de liberté injustifiée	
2) Un fondement à compléter ? _____	189
<i>a) La détermination de l'objet, un fondement envisageable</i> _____	190
i) L'article 1129 du code civil, une exigence de détermination _____	190
339. La détermination de la chose - 340. La déterminabilité de la quotité	
ii) L'article 1129 du code civil, un texte applicable _____	191
342. La prestation, une application souhaitable - 343. Le salaire, une application discutable - 344. Le prix, une application exclue - 345. Le salaire, une exigence de détermination	
<i>b) La détermination de l'objet, un fondement ignoré par le juge</i> _____	197
347. Un fondement retenu par certains juges du fond - 348. Un fondement source de difficultés - 349. Une sanction radicale - 350. Une décision incohérente	
§ 2 : L'application de normes conventionnelles _____	199
352. L'affirmation du principe de faveur	
I) L'identification des situations de concours _____	201
353. Des difficultés	
A) Coexistence de clauses contractuelles et conventionnelles _____	201
354. Des hypothèses diverses	
1) L'adoption d'une méthode analytique _____	202
<i>a) Un choix à opérer</i> _____	202
356. Méthode analytique et méthode globale - 357. La méthode analytique privilégiée par le juge	
<i>b) Un choix justifié</i> _____	203
358. Le caractère aléatoire de la méthode globale - 359. La méthode analytique fondée sur l'impérativité de la norme conventionnelle	
2) L'adaptation de la méthode analytique _____	205
<i>a) Le rejet d'une méthode strictement analytique</i> _____	205
361. Une comparaison par "ensemble d'avantages"- 362. Des situations de cumul limitées	
<i>b) Le rejet d'une comparaison « plus globale »</i> _____	207
363. La prise en considération des effets sur l'emploi - 364. Une prise en considération limitée aux conflits de succession	
B) Silence du contrat et obligations conventionnelles _____	209
365. Problématique	
1) La mise à l'écart du principe de faveur _____	209
<i>a) Une mise à l'écart justifiée</i> _____	210
367. L'absence de conflit de normes	

<i>b) Une mise à l'écart partiellement consacrée</i>	211
368. L'effacement du contrat postérieur à la norme conventionnelle - 369. La résistance du contrat antérieur à la norme conventionnelle	
2) Le recours au régime de la modification du contrat de travail	213
<i>a) L'accord du salarié, une exigence implicite</i>	213
371. L'information du salarié, révélatrice de son acceptation - 372. L'acceptation du salarié, condition d'application des obligations conventionnelles	
<i>b) L'accord du salarié, une exigence fondée</i>	214
373. La consécration d'une solution implicite - 374. La clarification de son régime	
II) L'identification de la disposition la plus favorable	215
A) Une appréciation fondée sur l'intérêt particulier du salarié	215
1) Une appréciation individualisée	215
377. Absence de prise en compte de l'intérêt collectif	
2) Une appréciation fondée sur le caractère individuel du contrat de travail	216
<i>a) Une appréciation fondée sur la source de l'avantage</i>	216
379. La source contractuelle, fondement d'une appréciation individuelle	
<i>b) Une appréciation fondée sur le caractère individuel de l'avantage</i>	217
380. Le caractère individuel ou collectif de l'avantage - 381. Avantage individuel et collectif, des définitions divergentes - 382. Les insuffisances de la distinction proposée	
B) Une appréciation exclusive de la préférence de l'intéressé	219
1) L'indifférence consacrée de la préférence	220
385. Le choix du juge - 386. Un choix justifié	
2) L'indifférence douteuse de la préférence	222
387. Le préavis de démission le plus court - 388. Le préavis de démission le plus long	
SECTION 2 : LA DIVERSITE DES FORMES DE SOUSTRACTION	223
§ 1 : La destruction de la clause contractuelle	223
I) L'étendue de la nullité limitée par le juge	224
392. Nullité totale ou partielle	
A) Une destruction partielle	225
393. Absence de dispositions légales concernant l'étendue de la nullité	
1) La volonté des parties, un critère insatisfaisant	226
<i>a) L'adoption du critère subjectif</i>	226
395. Un critère doctrinal - 396. Un critère jurisprudentiel	
<i>b) Les insuffisances du critère subjectif</i>	227
397. De larges pouvoirs reconnus au juge - 398. Des inconvénients liés à l'efficacité limitée de la nullité totale	

2) La spécificité de l'ordre public, un critère déterminant	228
<i>a) Le rejet d'un critère purement subjectif</i>	228
400. La prise en considération des exigences d'ordre public - 401. Un critère objectif proposé par une doctrine minoritaire - 402. Un critère mixte proposé par une doctrine majoritaire	
<i>b) L'application d'un critère purement objectif</i>	229
403. Rejet de la nullité totale du contrat de travail - 404 Un rejet justifié par l'existence d'une ordre public de protection	
B) Un régime unique	231
1) La diversité des formulations légales	231
<i>a) La distinction préconisée</i>	231
407. La distinction textuelle - 408. La distinction doctrinale - 409. Les conséquences sur le rôle du juge - 410. Les conséquences de la distinction sur l'étendue de la destruction	
<i>b) Une distinction contestée</i>	234
411. Une distinction niée par le législateur - 412. Des distinctions infondées - 413. Des distinctions artificielles	
2) L'unité de régime consacrée par le juge	235
<i>a) La confusion de la nullité et du réputé non écrit</i>	235
415. L'absence de distinction jurisprudentielle - 416. L'intention des parties, un élément indifférent	
<i>b) La distinction exceptionnelle de la nullité et du réputé non écrit</i>	236
417. La stipulation réputée non écrite - 418. Une nullité partielle	
II) L'exercice de l'action en nullité encadré par le juge	237
419. Distinction entre nullité relative et nullité absolue - 420. Les nuances de la distinction	
A) La nullité absolue écartée par le juge	239
411. Les clauses couperet - 423. La consécration de la nullité absolue - 424. L'abandon de la nullité absolue - 425. Une tendance jurisprudentielle	
B) Une nullité de protection consacrée par le juge	242
1) Une nullité distincte de la nullité relative	242
<i>a) La confirmation écartée</i>	242
428. La nullité relative, domaine de la confirmation - 429. L'ordre public de protection, obstacle à la confirmation	
<i>b) Le point de départ de la prescription différé</i>	244
430. Nullité relative - 431. Rappel de salaires - 432. Indemnité de licenciement - 433. L'autonomie des actions écartée	
2) Une nullité spécifique	246
434. Un régime hybride - 435. Un régime autonome	

§ 2 : La neutralisation de la clause contractuelle	248
437. L'effacement des effets juridiques de la clause	
I) La neutralisation explicite	248
A) L'inopposabilité consacrée	249
440. Des dispositions légales contrariées - 441. Les intérêts du salarié préservés	
B) L'inopposabilité injustifiée	250
443. L'inopposabilité, la protection des tiers - 444. La nullité, la protection du salarié	
II) La neutralisation implicite	252
A) La neutralisation exclusive de la substitution	252
447. La validité conditionnelle des clauses d'indivisibilité - 448. La validité artificielle des clauses d'indivisibilité	
B) La neutralisation conséquence de la substitution	253
1) La substitution de la clause conventionnelle	254
450. L'application immédiate de la clause conventionnelle - 451. L'absence de contractualisation de la clause conventionnelle	
2) La « mise en sommeil » de la clause contractuelle	255
a) <i>L'absence de destruction</i>	255
453. Une substitution provisoire - 454. Une substitution justifiée	
b) <i>Une destruction ponctuelle</i>	256
455. La destruction expresse - 456. Des tentatives d'explication - 457. L'absence d'autonomie de la disposition conventionnelle - L'inapplicabilité définitive des clauses - 459. La sanction d'une renonciation - 460. Une clarification nécessaire - 461. La neutralisation souhaitée - 462. La neutralisation limitée	
 CHAPITRE 2 : LA SOUSTRACTION AMENAGEE PAR LE JUGE	263
464. L'énonciation de conditions objectives de validité - 465. L'absence exceptionnelle de fondement textuel - 466. Les libertés fondamentales	
SECTION 1 : UN POUVOIR CREATEUR FONDE SUR UN CONTROLE DE PERTINENCE	264
§ 1 : La protection des intérêts légitimes de l'entreprise, une condition prétorienne	264
I) Une condition de validité des clauses de non-concurrence	265
A) Une exigence initialement rejetée	266
470. La protection des intérêts légitimes de l'entreprise, un élément initialement indifférent - 471. La force obligatoire du contrat, un principe initialement prépondérant	
B) Une exigence désormais acquise	266
472. La protection des intérêts légitimes de l'entreprise, une exigence effective - 473. Le caractère indispensable de la protection, une exigence formelle	
II) Une condition de validité étendue au-delà des clauses de non-concurrence	268
A) Les clauses d'exclusivité	268
B) Les clauses de résidence	269
476. Une condition consacrée - 477. Une consécration ponctuelle	

§ 2 : La protection des intérêts légitimes de l'entreprise, une condition légale	270
I) Une exigence conforme à l'article 1131 du code civil	270
479. Un fondement partiellement consacré	
A) Théorie moderne de la cause et contrôle de licéité du contrat	271
480. Cause "subjective" et "objective"	
B) Adaptation de la théorie moderne de la cause et contrôle de légitimité de la clause	271
1) Du contrôle de « licéité » au contrôle de « légitimité »	272
482. Le contrôle de licéité, une démarche apparemment nécessaire - 483. Le contrôle de licéité, une démarche inadaptée - 484. Le contrôle de légitimité, une démarche préférable	
2) Du contrôle du « contrat » au contrôle « la clause »	273
485. Cause du contrat ou cause de la clause - 486. Caractère autonome de la clause - 487. Caractère accessoire de la clause	
II) Une exigence conforme à l'article L. 1121-1 du code du travail	276
A) Des formulations différentes	276
B) Des conditions similaires	277
490. La condition de légitimité, traduction des dispositions légales - 491. La condition de légitimité, une redondance au regard des dispositions légales	
SECTION 2 : UN POUVOIR CREATEUR FONDE SUR UN CONTROLE DE PROPORTIONNALITE	279
492. Légitimité et proportionnalité, une double recherche imposée au juge - 493. Légitimité et proportionnalité des exigences liées - 494. Légitimité et proportionnalité, des exigences distinctes	
§ 1 : La proportionnalité, l'exigence d'une restriction mesurée	280
I) Champ d'application de l'exigence d'une restriction mesurée	281
495. Application de l'article L. 1121-1 - 496. Application envisageable de l'article L. 1121-1 - 497. Inapplication de l'article L. 1121-1 : les clauses de mobilité - 498. La liberté de choisir son domicile - 499. L'atteinte à la vie personnelle	
II) Significations de l'exigence d'une restriction mesurée	283
A) Une exigence exclusive de privation de liberté	284
501. Atteinte et privation, des notions distinctes - 502. Atteinte et privation des notions distinguées	
B) Une exigence source de limitations spécifiques	285
503. Les limitations légales - 504. Des limitations spécifiques	
1) Les clauses de dédit-formation	286
505. Diverses conditions de validité - 506. La cause de l'obligation du salarié - 507. La proportionnalité aux frais de formation - 508. Une restriction mesurée	
2) Les clauses de non-concurrence	287
509. Limitation spatiale et temporelle de la clause de non-concurrence - 510. Limitation quant à l'activité.	

§ 2 : La proportionnalité, étrangère à l'exigence d'une contrepartie financière	289
511. Une condition cantonnée aux clauses de non-concurrence	
I) La proportionnalité, fondement apparent de la contrepartie financière	290
A) L'article L. 1121-1, un fondement consacré	290
513. Une exigence relativement récente	
B) L'article L. 1121-1, un fondement contestable	291
514. Le prix de l'atteinte à une liberté	
II) La cause de l'obligation, fondement pertinent de la contrepartie financière	292
A) Une analyse fondée sur l'autonomie de la clause	292
1) L'autonomie, un préalable justifié	292
517. L'autonomie contestée - 518. L'autonomie justifiée - 519. Une autonomie limitée - 520. Clauses de résidence et d'exclusivité - 521. Clauses de dédit-formation - 522. Clauses de "travail à domicile"	
2) L'autonomie, un préalable insuffisant	296
523. Le caractère unilatéral de la clause - 524. Une cause extérieure au contrat	
B) Une analyse fondée sur le caractère synallagmatique de la clause	297
1) Le caractère synallagmatique, une solution consacrée	297
526. Une clause synallagmatique - 527. La contrepartie, cause de l'obligation de non-concurrence - 528. La référence à l'article 1131 du code civil - 529. L'exception d'inexécution - 530. Des incohérences	
2) Le caractère synallagmatique, un choix de politique juridique	301
531. La recherche d'un juste équilibre - 532. Une conception égalitaire	

DEUXIEME PARTIE : LA REFECTION DU CONTRAT PAR LE JUGE **307**

TITRE 1 : LE CONTRAT REBÂTI **309**

540. De la modification unilatérale au renouveau du contrat de travail - 541. Du renouveau à la refonte du contrat

CHAPITRE 1 : LA QUÊTE TRADITIONNELLE DE LA VOLONTE DES PARTIES **313**

SECTION 1 : UNE TENTATIVE « D'OBJECTIVATION » DE LA VOLONTE DES PARTIES **313**

§ 1 : La détermination d'un socle contractuel **313**

I) L'importance de la modification, un critère subjectif **313**

 A) Des incertitudes **314**

546. La recherche de l'intention des parties - 547. La diversité des solutions

 B) Des incohérences **315**

548. Des solutions divergentes - 549. Les conséquences d'une approche subjective

II) L'objet de la modification, un critère objectif _____	316
A) Le choix de la terminologie, un gage de cohérence _____	316
552. L'ancienne distinction - 553. Une nouvelle distinction annoncée - 554. Une nouvelle distinction justifiée	
B) Le contrôle de qualification, un gage de sécurité juridique _____	318
555. L'approche subjective, un contrôle restreint - 556. L'approche objective, un contrôle de qualification	
§ 2 : Une détermination liée à la définition du contrat _____	318
I) Les éléments de qualification du contrat _____	319
558. Les essentialia du contrat, des éléments contractuels - 559. Les essentialia du contrat, une valeur reconnue	
II) Les éléments de détermination de l'objet du contrat _____	320
A) Application de l'article 1129 à la prestation de travail _____	320
561. Le champ d'application de l'article 1129 - L'inapplication de l'alinéa 2 de l'article 1129	
B) Signification de l'application de l'article 1129 à la prestation de travail _____	321
1) La nature de la prestation de travail _____	322
564. La qualification, élément de détermination de la nature de la prestation - 565. Les tâches du salarié, modalités d'exécution de la prestation	
2) Le cadre « spatio-temporel » de la réalisation de la prestation de travail _____	323
a) <i>Le lieu</i> _____	323
567. Le lieu de travail - 568. Le secteur géographique - 569. Le travail à domicile	
b) <i>La durée du travail</i> _____	325
570. Un élément contractuel - 571. La répartition des horaires	
SECTION 2 : LES LIMITES DE « L'OBJECTIVATION » DE LA VOLONTE DES PARTIES _____	326
§ 1 : « L'objectivation », une source persistante d'incertitudes _____	326
I) Le « socle contractuel » et les « conditions de travail », une distinction floue _____	326
A) Des éléments « déqualifiés » _____	327
1) Le statut collectif, source de « déqualification » _____	327
576. Le statut collectif, source de "déqualification" de la rémunération - 577. Le statut collectif, source de "déqualification" de la durée du travail	
2) Le caractère provisoire de la mesure, source de « déqualification » _____	330
578. Des hypothèses de "déqualification" - 579. Des mesures provisoires	
B) Des éléments contractualisés _____	332
1) L'appréciation objective du bouleversement des horaires _____	332

a) <i>Un accord justifié</i> _____	332
582. Les changements d'horaires constitutifs de bouleversements - 583. Des changements non conformes aux prévisions des parties	
b) <i>Une exigence limitée</i> _____	333
585. La modulation, l'accord du salarié exigé par le juge - 586. La modulation, l'accord du salarié exclu par le législateur	
2) L'appréciation subjective du bouleversement des horaires _____	336
a) <i>Une analyse consacrée</i> _____	336
588. Une analyse initialement rejetée - 589. Une analyse récemment consacrée - 590. L'analyse subjective, une source de difficultés pratiques	
b) <i>Une analyse subsidiaire</i> _____	337
591. La persistance de l'analyse objective	
II) L'importance de la modification, un critère de distinction persistant _____	338
A) Un critère implicite _____	338
593. L'importance de la modification, un critère a priori abandonné - 594. L'importance de la modification, un critère utilisé	
B) Une approche collective _____	339
595. Une approche individuelle exclue - 596. Une approche collective retenue	
§ 2 : La quête de la volonté des parties, une recherche persistante _____	340
I) Le comportement, révélateur de l'intention des parties _____	340
A) Une volonté de contractualisation _____	340
1) L'autorisation implicite de l'employeur _____	340
600. L'autorisation d'effectuer la prestation de travail à domicile - 601. Une contractualisation "déduite des circonstances de fait"	
2) L'acceptation implicite du salarié _____	341
602. La contractualisation de primes de production - 603. Le comportement, un élément révélateur limité - 604. L'incidence de la rédaction de la proposition	
B) L'absence de volonté de contractualisation _____	342
1) La recherche d'un accord avec le salarié _____	343
606. Distinction - 607. L'arrêt Perrot, une solution critiquable - 608. L'arrêt Perrot, une solution abandonnée	
2) La remise de documents au salarié _____	344
609. Une solution constante - 610. Une solution logique	
II) Les stipulations contractuelles, expression de la volonté des parties _____	344
A) La contractualisation d'un élément non contractuel _____	345
1) La référence à une source préexistante au contrat _____	345
613. La référence, révélatrice d'une volonté de contractualisation - 614. La référence, révélatrice d'une volonté d'information	

2) La référence à une condition de travail _____	346
615. La référence, révélatrice d'une volonté d'information - 616. La référence révélatrice d'une volonté de contractualisation	
B) La variation d'un élément contractuel _____	347
1) La variation de la rémunération _____	347
618. La variation des objectifs autorisée - 619. La variation incidente de la rémunération admise	
2) La variation du lieu de travail _____	349
620. La variation du secteur géographique autorisée - 621. La modification unilatérale du secteur géographique admise.	
CHAPITRE 2 : LA QUÊTE ILLUSOIRE DE LA VOLONTE DES PARTIES _____	351
SECTION 1 : LA VOLONTE REELLE DES PARTIES NIEE _____	351
§ 1 : La « dé-contractualisation » d'éléments visés au contrat _____	351
I) Le non-respect manifeste de la volonté contractuelle _____	351
626. La mention du lieu, une valeur informative consacrée - 627. La mention du lieu, une volonté de contractualisation évidente	
II) Le non-respect apparent de la volonté contractuelle _____	353
628. La mention des normes préexistantes au contrat, une valeur informative justifiée - 629. La mention des normes préexistantes au contrat, une valeur contractuelle contestable	
§ 2 : La contractualisation d'un élément non visé au contrat _____	355
I) Le secteur géographique, une volonté contractuelle douteuse _____	355
631. Une notion floue - 632. Une notion définie a posteriori par le juge	
II) Le secteur géographique, une approche collective inadaptée _____	356
A) L'approche collective, des adaptations nécessaires _____	356
1) L'approche collective, une analyse consacrée _____	356
635. L'analyse objective, une approche collective - 636. La traduction de l'ensemble des volontés individuelles	
2) L'approche collective, une analyse source d'incohérences _____	358
637. Secteur géographique modifié et exécution de la prestation facilitée - 638. Secteur géographique inchangé et exécution de la prestation entravée	
B) L'approche collective, des adaptations nécessaires _____	358
1) L'intention réelle, attribut de l'approche subjective _____	359
640. Une approche défendue par la doctrine - 641. Une approche rejetée par le juge	
2) La vie personnelle, corollaire de l'approche objective _____	360
a) <i>Vie personnelle et changement des conditions de travail</i> _____	360
644. L'exercice du droit de muter le salarié et l'exigence de bonne foi - 645. Le droit de muter le salarié et l'abus - 646. L'abus, une appréciation à l'aune de la vie personnelle et familiale	

b) <i>Vie personnelle et modifications du contrat</i> _____	363
647. L'absence d'atteinte à la vie personnelle et familiale - 648. Un détournement de la finalité du droit de refus	
SECTION 2 : L'INTANGIBILITE DU CONTRAT ECARTEE _____	364
§ 1 : La validité contestable de certaines clauses de variation _____	364
I) Des solutions incohérentes _____	364
652. La validité des clauses de variation "incidente" de la rémunération - 653. La validité des clauses de mobilité	
II) Des solutions infondées _____	366
655. Les articles 6 et 1134, alinéa 2, du code civil, une vocation générale - 656. L'article 1129 du code civil, une vocation générale	
§ 2 : La qualification préférable de clauses de renégociation _____	367
658. Des clauses conformes aux articles 1134 et 1129 du code civil - 659. Une renégociation source d'une double obligation	
I) L'obligation d'entrer en discussion _____	369
A) Une obligation synallagmatique _____	369
1) Des évènements déclencheurs divers _____	369
662. Les clauses de hardship, l'exigence d'une rigueur injuste - 663. Les clauses de hardship, une variété de clauses de renégociation	
2) Des évènements exclusifs de la volonté arbitraire de l'une des parties _____	370
664. Le terme suspensif certain - 665. La condition suspensive	
a) <i>La prohibition des conditions potestatives</i> _____	371
666. Les dispositions légales - 667. L'analyse classique - 668. L'analyse moderne	
b) <i>La nullité de l'obligation de renégociation affectée d'une condition potestative</i> _____	372
669. Condition potestative et contrats synallagmatiques - 670. Condition suspensive et évènement indépendant de la volonté de l'employeur - 671. Condition suspensive et intérêt de l'entreprise - 672. Condition suspensive et abus	
B) Une obligation unilatérale _____	375
1) Le caractère synallagmatique de l'obligation, une solution contestable _____	375
674. L'entrée en renégociation des objectifs - 675. L'entrée en renégociation du lieu, de la qualification, et de la durée.	
2) La promesse unilatérale de négociation, une solution préférable _____	376
676. Une renégociation soumise à la volonté de l'employeur - 677. L'obligation d'entrer en discussion, une promesse unilatérale de négocier du salarié.	
II) L'obligation définitive de renégociation _____	377
A) L'obligation de formuler une proposition raisonnable _____	378
1) L'obligation d'émettre une proposition _____	378
680. L'absence de proposition, un manquement - 681. L'absence de proposition, un manquement sanctionné	

2) Le caractère raisonnable de la proposition	379
682. Le contenu d'une proposition raisonnable - 683. La sanction d'une proposition déraisonnable	
B) L'obligation d'accepter une proposition raisonnable	380
1) Une obligation de négociation renforcée	381
<i>a) Un renforcement justifié</i>	381
686. Une obligation niée par le juge - 687. Une obligation fondée sur la volonté expresse des parties	
<i>b) Une obligation sanctionnée</i>	383
688. Le refus constitutif d'une faute - Le refus de la proposition prévue par la clause de renégociation - 690. Le refus d'objectifs proposés par l'employeur	
2) Une obligation limitée	384
691. Un droit de refus exceptionnel - 692. L'intérêt de l'entreprise contrarié - 693. L'atteinte portée à la vie personnelle et familiale du salarié	
TITRE 2 : LE CONTRAT REECRIT	391
696. La réécriture exclusive de l'interprétation de la volonté - 697. L'alinéa 2 de l'article 1152 du code civil, fondement d'un pouvoir de correction. - 698. La réécriture exclusive de l'article 1152	
CHAPITRE 1 : LA REECRITURE FONDEE SUR L'ARTICLE 1152 DU CODE CIVIL	393
699. L'intangibilité, obstacle à la correction judiciaire - 700. La peine contractuelle, objet d'une correction exceptionnelle	
SECTION 1 : DES CONDITIONS D'APPLICATION LIMITEES	394
§ 1 : Une application limitée aux clauses pénales	394
I) La clause pénale, l'exigence d'un caractère forfaitaire et comminatoire	394
703. La double justification de la clause pénale	
A) Une indemnisation forfaitaire	395
1) Une évaluation contractuelle, forfaitaire et anticipée	395
<i>a) Une évaluation contractuelle</i>	396
706. Le contrat, source exclusive de la clause révisable - 707. Clause pénale conventionnelle et contrat visant la norme conventionnelle	
<i>b) Une évaluation des dommages-intérêts</i>	397
708. Une évaluation forfaitaire - 709. Une évaluation anticipée, détachée du préjudice subi	
2) L'indemnisation de l'inexécution d'une obligation contractuelle	398
710. L'inexécution d'une obligation, une exigence textuelle - 711. L'inexécution d'une obligation, condition de la correction judiciaire - 712. La contrepartie de l'exécution d'une obligation de ne pas faire, exclusive d'une correction judiciaire	
B) Un caractère comminatoire	400
713. Le caractère comminatoire, un élément de qualification	

1) Un élément essentiel _____	400
714. La contrainte, une condition de validité	
2) Un élément manquant _____	401
715. Un montant manifestement dérisoire - 716. Un montant inférieur à l'évaluation légale ou jurisprudentielle	
II) La clause « révisable », l'exigence contestable du caractère comminatoire _____	401
A) L'article 1152, un texte applicable aux clauses d'indemnisation forfaitaire _____	402
718. La contrainte, élément de qualification de la clause pénale - 719. La contrainte, une condition indifférente du caractère révisable de la clause	
B) L'article 1152, une application limitée ponctuellement aux clauses pénales _____	403
721. La clause de garantie d'emploi dépourvue de caractère comminatoire - 722. L'indemnité contractuelle de licenciement dépourvue de caractère comminatoire	
§ 2 : Une conception extensive de la notion de clause pénale _____	404
I) L'indemnité de licenciement, contrepartie apparente du droit de résiliation unilatérale _____	404
A) La qualification contestée de clause pénale _____	405
725. Le droit de résiliation unilatérale, un droit inhérent au contrat de travail	
B) La qualification justifiée de clause pénale _____	405
1) L'obligation de stabilité caractérisée _____	405
727. L'obligation de stabilité, une existence contestée - 728. L'obligation de stabilité caractérisée	
2) L'obligation de stabilité limitée _____	406
730. Absence de limitation de durée et illicéité apparente de l'obligation de stabilité - 731. Limitation des causes de licenciement et validité de l'obligation de stabilité	
II) La clause de dédit-formation, prix apparent de la rétractation _____	409
A) La qualification contestée de clause pénale _____	409
733. Clause de dédit-formation et clause pénale, une assimilation consacrée - 734. Clause de dédit et clause pénale, une distinction niée - 735. Clause de dédit et clause pénale, une distinction délicate	
B) La qualification justifiée de clause pénale _____	411
1) L'existence d'une obligation de stabilité _____	411
737. L'obligation de stabilité révélée - 738. L'obligation de stabilité, une licéité contestée - 739. Justification et proportionnalité, conditions de licéité de l'obligation de stabilité	
2) L'existence d'une indemnisation contractuelle _____	412
740. La disproportion aux frais de formation, exclusive d'une atteinte excessive - 741. Le remboursement des frais de formation, une indemnisation forfaitaire et anticipée - 742. La correction de l'indemnité de dédit-formation, une intervention souhaitable	

SECTION 2 : DES CONDITIONS D'INTERVENTION ENCADREES _____	414
743. Des pouvoirs étendus - 744. Des pouvoirs encadrés	
§ 1 : Le caractère « excessif ou dérisoire », une appréciation contrôlée _____	415
I) Le préjudice réel, une analyse insuffisante _____	415
746. Approche objective et subjective, une distinction doctrinale - 747. Clauses d'indemnisation forfaitaire et clauses pénales, une distinction préférable	
A) Les clauses d'indemnisation forfaitaire, une recherche suffisante _____	416
1) Le préjudice, élément de comparaison nécessaire _____	416
749. Une recherche conforme au caractère indemnitaire de la clause - 750. Une recherche fondée sur l'analyse d'éléments subjectifs	
2) La disproportion flagrante, condition de la correction _____	417
751. L'écart entre l'indemnisation et le préjudice, un élément insuffisant	
B) Les clauses pénales, une recherche insuffisante _____	418
752. L'appréciation de l'excès eu égard au caractère comminatoire de la clause -	
753. L'appréciation de l'excès eu égard au caractère préventif et punitif de la clause	
1) La mesure du caractère préventif _____	419
755. Conventions collectives et usages, des éléments de mesure objectifs - 756. La situation financière de l'entreprise, un élément subjectif	
2) La mesure du caractère répressif _____	420
758. L'ancienneté du salarié, élément d'appréciation du manquement de l'employeur - 759. Le comportement du salarié, élément d'appréciation du manquement de l'employeur	
II) L'atteinte au droit de résiliation unilatérale, une analyse contestable _____	422
762. L'obstacle au droit de résiliation unilatérale, une hypothèse de nullité de la clause -	
763. L'obstacle au droit de résiliation unilatérale, une incohérence	
§ 2 : La correction, un champ d'action limité _____	423
764. Une correction à la hausse ou à la baisse - 765. Une liberté limitée	
I) La correction, un choix motivé _____	424
A) La correction, une faculté _____	424
767. Une faculté contestée - 768. Une faculté consacrée	
B) La correction, une obligation de motivation _____	425
769. Une motivation exigée - 770. Une obligation limitée	
II) La correction, une ampleur bornée _____	426
A) Des limites tenant à l'importance du préjudice subi _____	426
772. L'adaptation de la clause au préjudice, une analyse contestable - 773. L'adaptation de la clause au préjudice, une analyse rejetée	
1) La fonction indemnitaire _____	427
774. Le préjudice, élément de délimitation de l'intervention judiciaire - 775. Le préjudice, un plancher - 776. Le préjudice, un plafond	

2) La fonction comminatoire	428
<i>a) Le montant de la peine</i>	428
778. Fonction comminatoire et intervention du juge - 779. Fonction comminatoire et indemnité inférieure au préjudice subi - 780. Cumul des indemnisations et suppression de la fonction indemnitaire de la clause	
<i>b) La nécessité de la peine</i>	431
781. La suppression de la peine en l'absence de préjudice, une solution contestable - 782. La fixation de peines artificielles, des solutions contestables	
B) Des limites tenant à l'ordre public social et au principe de faveur	432
1) Un pouvoir de correction écarté	432
784. La nullité ou l'inopposabilité de la clause - 785. La nullité révélée par l'importance du préjudice - 786. La substitution de l'indemnité légale ou conventionnelle	
2) Un pouvoir de correction circonscrit	434
788. L'article L. 1243-4, une limite d'ordre public - 789. L'article L. 1243-3, une limite d'ordre public - 790. L'indemnisation jurisprudentielle du non-respect d'une clause de garantie d'emploi, une limite inopérante	
CHAPITRE 2 : LA REECRITURE EXCLUSIVE DE L'ARTICLE 1152	437
SECTION 1 : UN POUVOIR DE CORRECTION	437
793. La correction fondée sur l'interprétation de la volonté - 794. La correction du contrat exclusive de la volonté	
§ 1 : L'excès, objet d'une correction « à la baisse »	438
795. La réduction, une alternative à la destruction	
I) La suppression de l'excès, un pouvoir limité	439
A) La disproportion corrigée	439
1) L'atteinte excessive, source d'un pouvoir de réduction	439
798. La réduction de la clause de non-concurrence, une solution acquise -	
799. La réduction de la clause de dédit-formation, une solution envisageable	
2) L'illicéité exclusive d'une atteinte excessive, source d'une nullité partielle	441
800. L'absence de justification de la clause, exclusive du pouvoir de réduction -	
801. La contrepartie financière dérisoire, exclusive du pouvoir de réduction	
B) La correction sollicitée	442
803. Le choix des juges, une solution abandonnée - 804. Le choix du salarié, une solution consacrée	
II) La suppression de l'excès, une sanction imparfaite	444
A) La réduction, une démarche salvatrice	444
1) La survie de la clause, protectrice de l'intérêt de l'entreprise	444
807. La nullité, une sanction attentatoire à l'intérêt de l'entreprise	

2) La survie de la clause, conforme à la volonté des parties	444
808. Une analyse avancée - 809. Une analyse artificielle	
B) La réduction, une démarche inadaptée	445
1) La réduction imposée, non protectrice des libertés	445
<i>a) La destruction, sanction classique de l'illicéité</i>	446
813. La réduction, sanction envisageable de la fausseté partielle de la cause -	
814. L'article 6 du code civil, fondement de la nullité des clauses excessives	
<i>b) La réduction, sanction attentatoire à la liberté du travail</i>	448
816. L'absence d'effet dissuasif - 817. Un moyen de sanction à l'encontre du salarié	
- 818. Une source d'incertitudes, constitutive d'une entrave à la liberté du travail	
2) La réduction choisie protectrice des libertés	449
819. Un effet dissuasif - 820. Un effet protecteur - 821. Un effet protecteur garanti par le juge	
§ 2 : L'inégalité de traitement, objet d'une correction « à la hausse »	451
823. La prohibition des discriminations, source légale d'une correction du contrat - 824. Le "principe à travail égal, salaire égal", une source prétorienne - 825. Le principe "à travail égal, salaire égal", source d'une correction du contrat.	
I) « A travail égal, salaire égal », une source jurisprudentielle	453
A) Un principe général	454
1) La généralité du principe consacrée par le juge	454
828. L'arrêt Ponsolle - 829. Le fruit d'une interprétation audacieuse - 830. La recherche d'une politique de rationalisation des rémunérations	
2) Les conditions d'application du principe dégagées par le juge	456
<i>a) Le périmètre de comparaison</i>	456
833. Une comparaison entre salariés d'une même entreprise - 834. UES et application du principe "à travail égal, salaire égal" - 835. Etablissements différents et application du principe "à travail égal, salaire égal" - 836. Un travail "égal" ou de "valeur égale" - 837. L'identité de fonctions, un critère rejeté - 838. Le faisceau d'indices, une approche préférable - 839. Le faisceau d'indices, une source de difficultés	
<i>b) Des justifications objectives et pertinentes</i>	462
841. La multiplicité des justifications, un constat - 842. La multiplicité des justifications, une solution justifiée - 843. La multiplicité des justifications, une incidence sur le périmètre d'application	
B) Une application du principe d'égalité de traitement	466
1) L'égalité de traitement, une consécration récente	466
<i>a) Un principe prétorien</i>	466
846. L'affirmation d'un principe dépourvu de fondement textuel - 847. L'apparition du principe - 848. La confirmation du principe - 849. La signification du principe - 850. L'identité de situation, une notion plus large que le "travail égal" - 851. Les justifications, une seconde étape qui subsiste	

<i>b) Un principe critiqué</i> _____	470
853. Des contestations multiples - 854. Un principe dépourvu d'assise textuelle - 855. Un principe affectant la liberté contractuelle et les dispositifs conventionnels existants - 856. Des ajustements nécessaires - 857. Les justifications envisageables - 858. Une multiplicité de justifications souhaitable - 859. Des exceptions	
2) L'égalité de traitement, une source de réécriture limitée _____	475
<i>a) L'égalité de traitement, une réécriture des sources collectives</i> _____	475
861. Les avantages collectifs, cible principale du principe - 862. Les avantages contractuels, cible indirecte du principe	
<i>b) A travail égal, salaire égal, une source persistante de réécriture du contrat</i> _____	476
863. L'articulation des principes - 864. La référence persistante au "travail égal, salaire égal"	
II) « A travail égal, salaire égal », source d'une correction judiciaire _____	477
A) Une correction dictée aux parties _____	477
1) Une correction des effets pour le passé _____	478
867. Le rappel de salaires, une réparation du préjudice subi - 868. Le rappel de salaires, un effacement du préjudice	
2) Une injonction de correction pour l'avenir _____	479
869. Une injonction implicite - 870. Une injonction expresse en matière de discrimination	
B) Une correction à la hausse _____	480
1) Une fixation raisonnable souhaitée _____	481
871. La correction à la hausse, une solution critiquée - 872. La fixation d'un "salaire moyen", une solution avancée	
2) L'efficacité de la sanction privilégiée _____	482
<i>a) La sanction du « juste milieu », des difficultés de mise en œuvre</i> _____	482
874. La présence à l'audience du salarié avantagé, une exigence - 875. Un fondement incertain	
- 876. Une cause de licenciement contestable	
<i>b) La sanction du « juste milieu », une sanction inefficace</i> _____	483
877. L'alignement vers le haut, un caractère contraignant - 878. La sanction du juste milieu, peu favorable au respect de la règle transgressée	
SECTION 2 : UN POUVOIR DE SUBSTITUTION _____	484
879. La substitution de la volonté du juge	
§ 1 : La volonté défaillante suppléée _____	484
880. Substitution judiciaire et droit commun des contrats - 881. Substitution judiciaire et contrat de travail	

I) Le désaccord pallié par le juge _____	485
A) Le salaire objet d'une détermination judiciaire _____	485
1) La dénonciation du montant de la rémunération _____	486
884. L'intervention du juge, un caractère subsidiaire - 885. L'intervention du juge, une "restauration" du contrat	
2) L'échec de la renégociation de la rémunération variable _____	487
a) <i>Le désaccord, condition de l'intervention judiciaire</i> _____	487
888. Le désaccord survenu lors de l'exécution - 889. Le désaccord contemporain de la formation du contrat	
b) <i>L'intention commune, guide de l'intervention judiciaire</i> _____	489
890. L'intention commune, un critère avancé - 891. L'intention commune, un artifice	
B) La détermination du salaire, un objectif de stabilité contractuelle _____	490
1) Une application de la jurisprudence relative aux honoraires ? _____	491
a) <i>La jurisprudence relative aux honoraires</i> _____	491
894. Fixation et révision des honoraires - 895. Fixation et révision du prix, des explications diverses	
b) <i>Un rapprochement limité</i> _____	493
897. Un rapprochement limité à la "fixation" - 898. Un rapprochement limité à la "rémunération variable" - 899. L'absence d'une véritable transposition	
2) Le choix du maintien du contrat _____	495
900. La volonté de maintenir le contrat - 901. Une solution pertinente	
II) Le désaccord prétexté par le juge _____	496
A) Le désaccord, prétexte à fixation _____	496
903. Habillage et déshabillage, la fixation judiciaire des contreparties - 904. Habillage et déshabillage, l'absence de désaccord - 905. Habillage et déshabillage, l'anticipation d'un désaccord éventuel	
B) Le désaccord, prétexte à correction _____	498
906. La correction d'objectifs déraisonnables - 907. Un contrôle apparent de l'équivalence des prestations - 908. Le choix d'une sanction adaptée	
§ 2 : La volonté illicite requalifiée _____	500
909. La requalification-interprétation du contrat - 910. La requalification des clauses du contrat	
I) L'illicéité de la volonté contractuelle _____	501
A) Période d'essai en cours de contrat, une stipulation illicite _____	501
1) Une stipulation invalidée _____	502
913. Validité de la période d'essai en cours de contrat, une solution avancée -	
914. Validité de la période d'essai en cours de contrat, une solution condamnée	
2) Une renonciation prohibée _____	503

916. La rédaction des dispositions relatives à la période d'essai - 917. La finalité de l'essai - 918. La prohibition de la renonciation du salarié	
B) Période d'essai, contrats successifs et novation, l'échec d'une tentative de sauvetage	505
1) Un « subterfuge » validé	505
920. De la succession à la novation du contrat - 921. La novation, un champ d'application réduit - 922. La novation, une technique incohérente en droit du travail	
2) Un « subterfuge » condamné	507
923. La condamnation de la période d'essai en cas de contrats successifs - 924. La notion de "contrats successifs".	
II) La « requalification-validation » de la volonté contractuelle	509
925. La requalification de la période d'essai	
A) La licéité douteuse de la période probatoire	510
926. Adaptation du salarié et période probatoire	
1) Une condition potestative, un obstacle surmontable	510
927. La condition potestative - 928. Un obstacle surmontable	
2) Une modification unilatérale, un obstacle dépassé	511
929. Une modification du contrat - 930. Une modification provisoire	
B) Le fondement obscur de la « requalification-validation »	512
931. L'article 12 du code de procédure civile	
1) La volonté des parties, un fondement artificiel	513
932. La requalification-interprétation, une illusion - 933. La conversion par réduction, une "requalification-validation" - 934. La volonté économique, un fondement avancé	
2) La recherche d'une solution adaptée, une démarche privilégiée	515
935. La nullité, une sanction inadaptée - La requalification, une solution pertinente - 937. La requalification, une extension souhaitable	
Conclusion	523
Bibliographie	525
Index	601
Table des matières	611

RESUME :

Selon l'article 5 du code civil, les juges ne peuvent « se prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ». L'article 1134, alinéa 1er, du même code pose le principe de la force obligatoire du contrat. Or, la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation est normative ; son immixtion dans le contrat de travail est patente. Déséquilibré, soumis à un ordre public spécifique, source d'un conflit de droits et de libertés, le contrat de travail présente certaines spécificités. Ces dernières paraissent guider l'action du juge.

L'adaptation du contrat constitue l'une des principales manifestations de son intervention. Elle se caractérise par l'enrichissement de l'accord de volontés ou, à l'inverse, par son amputation. De nombreuses obligations sont ajoutées au contrat. Si le fondement avancé par le juge varie, les articles 1134, alinéa 3 et 1135 du code civil justifient, en réalité, cette addition. La soustraction revêt diverses formes. Elle est parfois la source d'un pouvoir créateur ; celui-ci n'est pas toujours susceptible d'être rattaché à la protection des libertés et droits fondamentaux.

Au-delà, la réfection conduit le juge à rebâtir et réécrire le contrat. Ce dernier est rebâti sur le fondement de l'article 1134, alinéa 2, du code civil. La volonté des parties est objectivée ; leur volonté réelle n'est pas nécessairement respectée. La réécriture du contrat découle, notamment, de l'application de l'article 1152 du code civil. Mais elle s'étend au-delà de ce texte.

Originale et audacieuse, la relecture judiciaire du contrat de travail est liée au particularisme de cet accord.

Descripteurs : Juge - contrat de travail - bonne foi - nullité - ordre public social - principe de faveur – clauses - modification du contrat.

SUMMARY :

According to article 5 of the French civil code, the judges cannot « decide through the mean of general and statutory rules on the causes they are submitted with ». Article 1134 al.1 of the same civil code provides for the principle of the binding effect of the contract. Yet, the jurisprudence of the labor chamber of the French High Court (Cour de cassation) is normative ; its interference in the labor contract is obvious. Unbalanced, subject to a specific public order, source of conflict of rights and freedoms, the labor contract has certain particularities. These appear to guide the judge's action.

The adaptation of the contract is one of the principle manifestations of the judge's intervention. It is characterized by the improvement of the agreement of the wills or, on the contrary, by its amputation. Many obligations are added to the contract. If the reasons exposed by the judge vary, actually, article 1134 al.3 and article 1135 of the French civil code justify these additions. This subtraction has different forms. It is the source of a creative power ; such creative power is not always linked to the protection of freedoms and fundamental rights.

Besides, the rework leads the judge to the rebuilding and redrafting of the contract. Said contract is rebuilt in accordance with article 1134 al.2 of the French civil code. The willingness of the parties becomes objective ; their real willingness is not necessary complied with. The redrafting of the contract is the result of, in particular, article 1152 of the French civil code. However it can be extended beyond this article.

Original and audacious, the judicial way to read the labor contract is linked to the sense of the identity of such labor contract.

Keywords : Judge – labor contract – good faith - nullity – labor public order – favor principle - clauses – amendment of the contract.

Vu : le Président du Jury

Vu : les membres du Jury

Vu et permis d'imprimer : le Président de l'Université Panthéon-Assas (Paris II) Droit-
économie – sciences sociales

Guillaume LEYTE