

# Université Panthéon-Assas

école doctorale de Droit privé



Université Panthéon-Assas

## Les droits potestatifs dans le contrat de travail

**Camille LEFER**

Thèse de doctorat en droit privé  
soutenue en public le 1<sup>er</sup> juillet 2016

**Sous la direction de Monsieur Jean-Michel OLIVIER**

Membres du jury :

**Monsieur Julien ICARD (*Rapporteur*)**  
Professeur à l'Université de Valenciennes

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

**Monsieur Jean-Michel OLIVIER**  
Professeur à l'Université Panthéon-Assas Paris II

**Monsieur Thierry REVET**  
Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne Paris I

**Monsieur Sébastien TOURNAUX (*Rapporteur*)**  
Professeur à l'Université de Bordeaux

## ***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.

## **Remerciements**

Je remercie Monsieur le Professeur Jean-Michel Olivier d'avoir bien voulu accepter de diriger ma thèse. Pour son soutien, ses conseils, sa bienveillance, qu'il veuille bien trouver ici l'expression de ma plus sincère reconnaissance.

Je tiens également à remercier le Professeur Bernard Teyssié qui, en m'ouvrant les portes du Laboratoire de droit social de Paris II, m'a permis de bénéficier d'un fonds documentaire exceptionnel et de conditions de travail privilégiées.

\*\*\*

On dit que la thèse est un travail solitaire. C'est à la fois vrai et faux.

Ils sont nombreux ceux qu'il me faut remercier et sans qui je n'aurais pu mener à bien ce travail.

Que ce soit pour un geste, un sourire ou un encouragement,  
Pour les débats, les (re)lectures ou les notes de bas de page,  
Pour avoir été là, toujours ou quand il le fallait,  
Et pour avoir été patients (ou impatients !) au bon moment.

Je ne peux tous les nommer et pourtant je n'en oublie aucun.

Qu'il me soit néanmoins permis d'en citer quelques-uns : Cécile H., Hélène J.-R., Marie F. et Marie-Noëlle R.-K.

Et, pour les « jeunes » : Amélie B., Élodie B., Nicolas A., Samuel Van der L. et Simon R.

Merci encore à tous les membres du laboratoire de droit social, en particulier la salle A4 et la salle du fond.

Merci aussi au trio du Panthéon.

Une pensée pour « La Roche ».

Et enfin, mais surtout, merci à mes parents.

*À mes parents*

*À Oriane et Aliénor*

## **Résumé :**

Le droit potestatif permet à son titulaire de créer, modifier ou éteindre la situation juridique d'autrui. La relation de travail, quant à elle, est empreinte d'une logique de pouvoir(s). Comment intégrer dans ces conditions le concept de droit potestatif au contrat de travail ? Comment ce dernier réceptionne-t-il la potestativité ? À quel prix la figure du droit potestatif s'adapte-t-elle ?

Si les droits potestatifs sont acceptés dans le contrat de travail, ce n'est que de manière encadrée, dirigée, limitée. Les droits potestatifs sont alors contrôlés et sanctionnés par une jurisprudence qui entend en faire respecter l'esprit et les limites.

Mais, parce que le droit potestatif s'exerce au moyen d'un acte unilatéral, parce qu'il s'agit de la faculté d'imposer sa volonté à autrui, les intérêts du destinataire ne doivent-ils pas *a minima* être préservés ? L'objet du contrat de travail, la subordination du salarié, pose ainsi notamment la question de la place à accorder aux droits et libertés fondamentaux du salarié.

*Descripteurs : Bonne foi – contrat de travail – clauses – droit potestatif – droits et libertés fondamentaux – extinction du contrat – force obligatoire – modification du contrat – nullité – unilatéralisme – pouvoir*

## **Abstract:**

A potestative right allows his holder to create, modify or extinguish another's legal situation. The employment relation, as for it, is marked by a logic of power(s). How, in these conditions, does the concept of potestative right enter the employment contract? How does the latter receive the potestative right ? What sacrifices should be made by the potestative rights ?

If potestative rights are accepted in the employment contract, it is only in a framed, supervised and limited way. Potestative rights are then controlled and sanctioned by judges willing to enforce both its spirit and limits.

However, since the potestative right is applied through a unilateral act, because it concerns the ability to impose one's will upon others, shouldn't the interests of the recipient be preserved, at the very least? The object of the employment contract, the subordination of the employee, therefore leads towards the question of the place to be given to the employee's fundamental rights and freedoms.

*Keywords: Good faith – employment contract – clauses – Potestative right – fundamental rights and freedom – end of the contract – binding effect – modification of the contract – null and void – unilateralism – power*

---

## **Principales abréviations**

ANI	: Accord national interprofessionnel
<i>Adde</i>	: <i>Addendum</i> , ajouter
AJDA	: Actualité juridique : droit administratif.
AJPI	: L'Actualité juridique : Propriété immobilière (avant 1998)
Arch. phil. dr.	: Archives de philosophie du droit
Bull. civ.	: Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
CA	: Cour d'appel
CAA	: Cour administrative d'appel
Cah. soc.	: Les Cahiers sociaux (anciennement Cahiers sociaux du Barreau de Paris)
Cass. Ass. plén.	: Assemblée plénière de la Cour de Cassation
Cass. ch. mixte	: Chambre mixte de la Cour de cassation
Cass. civ., 1ère	: Première chambre civile de la Cour de cassation
Cass. civ., 2ème	: Deuxième chambre civile de la Cour de cassation
Cass. civ., 3ème	: Troisième chambre civile de la Cour de cassation
Cass. crim.	: Chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. Req.	: Chambre des requêtes de la Cour de cassation
Cass. soc.	: Chambre sociale de la Cour de cassation
CCC	: Contrats, concurrence et consommation
CE	: Conseil d'État
CEDH	: Cour européenne des droits de l'homme
Cepend.	: Cependant
Cf.	: <i>Confer</i> , se reporter à
Chron.	: Chronique
CJCE	: Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	: Cour de justice de l'Union européenne
CNRTL	: Centre national de ressources textuelles et lexicales
Comp.	: Comparer
Concl.	: Conclusion
CPH	: Conseil de prud'hommes
D.	: Recueil Dalloz
DH	: Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz
Dir.	: Sous la direction de
DP	: Recueil périodique et critique mensuel Dalloz
Dr. et Patr.	: Droit et patrimoine
Dr. et Soc.	: Revue Droit et société
Dr. ouvr.	: Droit ouvrier
Dr. soc.	: Droit social
éd.	: édition
égal.	: également

GAJC	: Grands arrêts de la jurisprudence civile
Gaz. Pal.	: Gazette du Palais
<i>Ibid.</i>	: <i>ibidem</i> , au même endroit
IR	: Informations rapides
J.-Cl.	: Juris-Classeur
JCP E.	: La semaine juridique, édition Entreprise et affaires
JCP G.	: La semaine juridique, édition Générale
JCP N.	: La semaine juridique, édition Notariale
JCP S.	: La semaine juridique, édition Sociale
JO	: Journal officiel
JOCE	: Journal officiel des Communautés européennes
JOUE	: Journal officiel de l'Union européenne
JSL	: Jurisprudence Sociale Lamy
Jur.	: Jurisprudence
<i>Loc. cit.</i>	: <i>Loco citato</i> , à l'endroit cité précédemment
LPA	: Les Petites Affiches
not.	: notamment
NCPC	: Nouveau Code de procédure civile
obs.	: observations
OIT	: Organisation internationale du travail
<i>Op. cit.</i>	: <i>Opus citatum</i> , œuvre précitée
préc.	: précité(e)
Rappr.	: rapprocher
RdA	: Revue de droit d'Assas
RDC	: Revue des contrats
RDLF	: Revue des droits et libertés fondamentaux
RDSS	: Revue de droit sanitaire et social
Rec.	: Recueil
Rep. Defrénois	: Répertoire Defrénois
Rep. dr. civ.	: Répertoire de droit civil
Rep. dr. tr.	: Répertoire de droit du travail
Rev. dr. pub.	: Revue de droit public
Rev. Lamy dr. aff.	: Revue Lamy de droit des affaires
Rev. Lamy dr. civ.	: Revue Lamy de droit civil
Rev. Lamy dr. sp.	: Revue Lamy de droit du sport
Rev. soc.	: Revue des sociétés
RIDC	: Revue internationale de droit comparé
RJS	: Revue de jurisprudence sociale
RPDS	: Revue pratique de droit social
RRJ	: Revue de recherche juridique, droit prospectif
RTD. civ.	: Revue trimestrielle de droit civil
RTD. com.	: Revue trimestrielle de droit commercial
RTD. Eur.	: Revue trimestrielle de droit européen
S.	: Recueil Sirey

---

s.	: suivant
Somm. comm.	: sommaire commenté
spéc.	: spécialement
SSL	: Semaine Sociale Lamy
suppl.	: supplément
th.	: thèse
TPS	: Revue Travail et protection sociale
V.	: voir

# **Sommaire**

(un plan détaillé figure à la fin de l'ouvrage)

## **Introduction**

## **PARTIE I. LA RÉCEPTION LIMITÉE DES DROITS POTESTATIFS DANS LE CONTRAT DE TRAVAIL**

### **Titre I. Les droits potestatifs de création**

Chapitre I. Le droit potestatif de création comme objet d'un engagement  
Chapitre II. Le droit potestatif de création comme droit adjoint au contrat de travail

### **Titre II. Les droits potestatifs de modification**

Chapitre I. Les limites matérielles de la volonté unilatérale de l'employeur  
Chapitre II. Les limites conceptuelles de la volonté unilatérale de l'employeur

### **Titre III. Les droits potestatifs d'extinction**

Chapitre I. Les droits purement potestatifs d'extinction  
Chapitre II. Les droits potestatifs altérés d'extinction

## **PARTIE II L'EXERCICE LIMITÉ DES DROITS POTESTATIFS DANS LE CONTRAT DE TRAVAIL**

### **Titre I. Les limites tirées de la nature du droit potestatif**

Chapitre I. Le contrôle de la régularité au fond de l'acte  
Chapitre II. La sanction des actes irréguliers au fond

### **Titre II. Les limites tirées de la considération du destinataire de l'acte**

Chapitre I. Le contrôle du comportement du bénéficiaire du droit  
Chapitre II. La protection des libertés et droits fondamentaux du salarié

## **Conclusion générale**

## Introduction

---

1. **Du latin...** L'adjectif « potestatif » provient du bas latin *potestativus*<sup>1</sup>, du latin *potestas*<sup>2</sup> issu de *posse*<sup>3</sup>, pouvoir. Mais le passage du terme *potestas* au substantif « pouvoir » ou à l'adjectif « potestatif » s'est fait, que ce soit dans le langage courant ou juridique, au détriment du lien initialement opéré entre *potestas* et légitimité. En effet, en latin archaïque<sup>4</sup>, *posse* et *potestas* signifient « pouvoir de X conféré par une entité externe de faire une action Y »<sup>5</sup>. Lorsque ce pouvoir est exercé sur autrui, il s'agit d'un « pouvoir institutionnel associé à une charge, limité dans le temps et conféré par l'extérieur à celui qui les détient »<sup>6</sup>. Autrement dit, la *potestas* est octroyée par une source extérieure, considérée comme légitime. Dans les disciplines scientifiques, en revanche, *potestas* perd la référence à une source externe pour désigner une puissance de fait, telle l'influence d'un astre, ou le pouvoir d'une plante<sup>7</sup>. *Potestas* se confond alors avec le terme de *potentia*, plus tardif<sup>8</sup> (latin classique<sup>9</sup>) lequel peut se traduire par « puissance de X exercée sur Z »<sup>10</sup> sans qu'il soit question de pouvoir « institutionnel ». À l'époque impériale<sup>11</sup>, *potentia* acquiert la définition de « capacité de faire quelque chose », ce qui la rapproche encore de *potestas*. Plus tard naîtront les dérivés *potentialis* (potentiel) et *potentialiter* (potentiellement, en puissance)<sup>12</sup>.

---

<sup>1</sup> CNRTL, V°Potestatif, étymologie.

<sup>2</sup> Dictionnaire Larousse, V°Potestatif, potestative.

<sup>3</sup> Possum, potes, posse, potui.

<sup>4</sup> Jusqu'au I<sup>er</sup> siècle av. J.-C.

<sup>5</sup> P. LECAUDÉ, « La notion de puissance : les équivalents latins du grec δύναμις [*dúnamis* 'dy.na.mis'] ». [En ligne] [http://www.paris-sorbonne.fr/IMG/pdf/Peggy\\_relecture\\_14-11-2013.pdf](http://www.paris-sorbonne.fr/IMG/pdf/Peggy_relecture_14-11-2013.pdf)

<sup>6</sup> P. LECAUDÉ, « La notion de puissance... », art. préc.

<sup>7</sup> P. LECAUDÉ, « La notion de puissance... », art. préc.

<sup>8</sup> P. LECAUDÉ, « La notion de puissance... », art. préc.

Le « pouvoir », la propriété des plantes, étaient désignés tant par le terme de « *potestas* » que de « *potentia* ». Cf. P. LECAUDÉ, « Δύναμις et *vis* dans les textes médicaux grecs et latins : deux représentations du pouvoir ? », [en ligne] [http://www.paris-sorbonne.fr/IMG/pdf/P\\_Lecaude.pdf](http://www.paris-sorbonne.fr/IMG/pdf/P_Lecaude.pdf)

<sup>9</sup> I<sup>er</sup> siècle av. J.-C. – I<sup>er</sup>/II<sup>ème</sup> siècle ap. J.-C.

<sup>10</sup> P. LECAUDÉ, « La notion de puissance... », art. préc.

<sup>11</sup> 27 avant J.-C. – 476 ap. J.-C.

<sup>12</sup> P. LECAUDÉ, « La notion de puissance... », art. préc.

Ainsi, à l'origine, si *potestas* et *potentia* peuvent tous deux signifier l'autorité (ou l'influence) que détient un individu sur un autre, seul le premier renvoie à un pouvoir attaché à une fonction, une institution<sup>13</sup>. La *potestas* n'était réservée qu'à certains individus autorisés<sup>14</sup> tels que les magistrats romains<sup>15</sup> ou le *pater familias*<sup>16</sup>. À ce titre, la *potestas* était porteuse de légitimité.

2. ... *au français*. En français, pouvoir et puissance retrouvent certains chevauchements que leurs racines *potestas* et *potentia* connaissaient. Ils ne sont pas, pour autant, toujours synonymes. Certaines formulations leur demeurent propres. On parle par exemple du « pouvoir exécutif », ou « législatif » ou « judiciaire ». La terminologie « en puissance » signifie une potentialité, la faculté d'être changé, mis en mouvement<sup>17</sup> (« montée en puissance », « corps en puissance »...). Les termes ne sont pas, ici, interchangeables. Mais compris comme possibilité (potentialité à produire des actes) ou capacité d'agir<sup>18</sup>, puissance et pouvoir se confondent. Les termes évoquent alors également la force, l'intensité d'un phénomène (vent), d'un produit (arme), d'une aptitude (imagination)<sup>19</sup>. Le pouvoir, comme la puissance, se mesure d'après l'influence d'une chose (argent), d'une personne ou d'une entité (État, firmes internationales, etc.). Toute relation sociale semble impliquer des rapports de force, et donc de pouvoir. Pour Weber, par exemple, « *le pouvoir est chaque chance d'imposer sa propre volonté au sein d'une relation sociale, même contre des résistances, peu*

<sup>13</sup> C. BRUNET, « L'expression du pouvoir dans la correspondance de Cyprien : étude sémantique des noms en « -tas » », Dialogues d'histoire ancienne, vol. 35, n°2, 2009 ; P. LECAUDÉ, « La notion de puissance... », art. préc.

<sup>14</sup> C. BRUNET, « L'expression du pouvoir dans la correspondance de Cyprien ... », art. préc.

<sup>15</sup> À Rome, la magistrature englobait une réalité assez différente de celle que l'on connaît aujourd'hui puisqu'un magistrat n'était pas seulement un juge mais disposait également de certains pouvoirs législatifs et exécutifs. On distinguait alors les magistratures permanentes conférées tous les ans (ex. : le consulat, la préture, l'édilité, la questure), les magistratures non permanentes prévues par la loi générale et nécessitant un acte spécial pour être effective (ex. : la dictature, le tribunat militaire, la censure), et les magistratures fixées par une loi spéciale en fonction de circonstances particulières (magistratures « nommées » comme le decemvirat législatif, dont nous avons un exemple avec l'édiction de la loi des XII tables en 451 av. J.-C. et le triumvirat, ou « innommées »). Voir Th. MOMMSEN, *Manuel des antiquités romaines*, Tome 1, *Le droit public romain*, Paris 1892, trad. P.-F. GIRARD, not. p. 23 et s.

<sup>16</sup> La toute-puissance du père s'exerçait aussi bien sur ses esclaves (*dominicapotestas*) que sur sa femme, ses enfants, ceux soumis à sa tutelle (*patriapotestas*). Et ce, quel que soit leur âge. Ainsi, le père de famille, pouvait, à son gré, reconnaître ou abandonner ses enfants, les vendre, refuser de les marier et même les mettre à mort dans les hypothèses les plus graves – le fameux « *vitae necisquepotestas* » – bien que la coutume voulût qu'il y ait plutôt, dans ce cas, réunion du conseil de famille.

<sup>17</sup> Cf. ARISTOTE, *Métaphysique*, D4, E12 et J1 & 3. La puissance passive est le principe du changement subi par un être passif ; la puissance active est le principe du changement que l'agent fait subir au patient.

<sup>18</sup> *Dictionnaire de Philosophie*, Larousse, 2003, V° Pouvoir, puissance.

<sup>19</sup> Les exemples sont tirés du dictionnaire Larousse, V° Puissance.

*importe sur quoi repose cette chance* »<sup>20</sup>. Deux termes sont à retenir : « imposer » et « volonté »<sup>21</sup>. L'autre obéit, acquiesce, se soumet, sans qu'il soit pour autant toujours nécessaire d'employer la force (du moins physique), quoiqu'elle puisse paraître le corollaire de nombre de « prises de pouvoir ».

**3. Le pouvoir recherché.** Les conquêtes jonchent l'Histoire du Monde, qu'elles soient le fruit d'un seul ou de plusieurs. Les Empires, les Royaumes, les Califats, tous veulent s'étendre, exposer au Monde leur puissance et leur grandeur. Il n'est qu'à citer l'Empire romain (117 ap. J.-C.), le Califat des Omeyyades (718), l'Empire mongol (1279), l'Empire de la dynastie Yuan (1310), de la dynastie Ming (1433), l'Empire Ottoman (XVI<sup>ème</sup> siècle), les Empires coloniaux (espagnol, français, britannique) pour voir qu'en tout temps et en tout lieu le désir d'expansion et de domination règne. Il est alors intéressant d'opérer une mise en parallèle avec le concept de « Volonté de puissance » dégagé par Nietzsche. Ce dernier considère que c'est « *l'impulsion vitale qui, de sa nature, aspire à une extension de puissance et par là-même souvent met en cause et sacrifie la conservation de soi* »<sup>22</sup>. La volonté de puissance est pour le philosophe, la volonté même de la vie<sup>23</sup>, recherchant à s'étendre mais, ce faisant, à même de s'autodétruire. Il n'est qu'à observer comment la littérature ou le cinéma reflètent, au niveau individuel, la soif du pouvoir et de puissance pour conclure que la chute est *a priori* inexorable. De « Macbeth »<sup>24</sup> à « Sa Majesté des Mouches »<sup>25</sup>, de « *Citizen Kane* »<sup>26</sup> à « *Star Wars* »<sup>27</sup>, les exemples en tous genres foisonnent. La violence est souvent l'expression de cette volonté d'extension.

---

<sup>20</sup> M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1921, trad. *Économie et Société*, Plon, 1959.

<sup>21</sup> Le sociologue R. DAHL définit le pouvoir « comme la capacité pour A (un ou plusieurs individus) d'obtenir de B (un ou plusieurs individus) ce que B n'aurait pas fait sans l'intervention de A » (*The concept of power*, Behavioral Science, vol. 2, n°3, 1957, p. 201).

<sup>22</sup> F. NIETZSCHE, *Die fröhliche Wissenschaft, la gaya scienza*, 1882, §349, trad. par H. ALBERT, *Le Gai savoir*, Mercure de France, 1901.

<sup>23</sup> F. NIETZSCHE, *Die fröhliche Wissenschaft, op. cit. ; Jenseits von Gut und Böse. Vorspiel einer Philosophie der Zukunft*, 1886, trad. par L. WEISCOFF et G. ART, *Par-delà le bien et le mal*, Mercure de France, 1898, §259

<sup>24</sup> W. SHAKESPEARE, *Macbeth*, 1623.

<sup>25</sup> W. GOLDING, *Lord of the Flies*, 1954, trad. par L. TRANEC, Gallimard, *Sa Majesté des Mouches*, 1956.

<sup>26</sup> O. WELLES, *Citizen Kane*, 1941.

<sup>27</sup> G. LUCAS, *Star Wars, (La Guerre des Etoiles)*, 1977, 1980, 1983, 1999, 2002, 2005; J.-J. ABRAMS, 2015.

4. **Le pouvoir des mots.** Au-delà même de traités politiques ou philosophiques s'intéressant aux thèmes du pouvoir et de la puissance (Machiavel et son « Prince »<sup>28</sup>, Hobbes et son « Léviathan »<sup>29</sup>, pour ne citer qu'eux), la fiction permet également aux auteurs de mettre leur art au profit de la louange ou de la critique de l'exercice du pouvoir. Le contexte historique dans lesquelles ces œuvres s'inscrivent est alors essentiel. « Cinna »<sup>30</sup> permet à Corneille de faire l'apologie d'un pouvoir fort mais magnanime à une époque où Louis XIII est fragilisé par des révoltes et des conjurations ; la dénonciation des abus du pouvoir par La Fontaine, en particulier dans sa fable des « Animaux malades de la peste »<sup>31</sup>, fait notamment écho à la disgrâce de Fouquet dont il était le protégé ; Voltaire a en tête la révocation de l'Edit de Nantes et la guerre de Sept Ans<sup>32</sup> lorsqu'il écrit « L'Ingénu »<sup>33</sup> ; l'« Antigone » d'Anouilh<sup>34</sup> s'éclaire au regard de l'Occupation... Tour à tour approuvé ou contesté, le pouvoir fascine ou écœure.

5. **Les échelles du pouvoir.** Le pouvoir peut ainsi être appréhendé à différents niveaux. Il peut s'agir d'analyser le pouvoir ou la puissance d'un État, ou d'une Nation comme il peut s'agir d'observer le pouvoir d'un seul (ou plusieurs) individu(s) au sein d'un groupe donné. Pour Foucault, le pouvoir est présent dans toutes les institutions : prison, école, usine, famille<sup>35</sup>... mais aussi dans chaque relation, chaque geste<sup>36</sup>. On peut même ajouter l'échelle surnaturelle, celle de Dieu ou de la Nature. Il est alors question de « Toute-puissance » divine. Est ainsi introduite l'idée « d'intensité ». Le pouvoir ou la puissance d'une entité donnée (État, individu...) est plus ou moins « forte », plus ou moins « intense ». La mesure se fait à l'aune d'un autre. La comparaison est de mise. C'était le cas des dieux romains et grecs<sup>37</sup>, c'est le cas des « puissances mondiales », c'est, en définitive, le cas au sein de chaque collectivité. On comprend dès lors, que le pouvoir puisse intéresser tant les domaines de

<sup>28</sup> N. MACHIAVEL, *Il Principe*, 1532, posth. (Écrit aux alentours de 1515). Ce traité est une réponse au morcellement politique de l'Italie et une tentative, pour un Machiavel exilé, de retrouver une place dans la vie politique de Florence.

<sup>29</sup> Th. HOBBS, *Leviathan or The Matter, Forme and Power of a Common-Wealth Ecclesiasticall and Civil*, 1651, trad. par G. MAIRET, *Le Léviathan ou Traité de la matière, de la forme et du pouvoir d'une république ecclésiastique et civile*, Gallimard, 2000.

<sup>30</sup> P. CORNEILLE, *Cinna ou la clémence d'Auguste*, 1643. (Pièce créée en 1641).

<sup>31</sup> J. de LA FONTAINE, *Fables*, deuxième recueil, livre VII, 1678.

<sup>32</sup> 1756-1763. Guerre qui a vu la disparition du premier espace colonial français.

<sup>33</sup> F.-M. AROUET dit VOLTAIRE, *L'Ingénu*, 1767.

<sup>34</sup> J. ANOUILH, *Antigone*, 1946 (première représentation le 4 février 1944).

<sup>35</sup> M. FOUCAULT, *Surveiller et punir, naissance de la prison*, Gallimard, 1975.

<sup>36</sup> L'auteur a une approche « microphysique » du pouvoir, attachée au corps. Le pouvoir atteint l'intériorité même du comportement.

<sup>37</sup> La mythologie offre des exemples de dieux puissants mais rivaux, se contrecarrant les uns les autres.

l'histoire, de la philosophie, de la théologie, de la sociologie, de la psychologie, des sciences géopolitiques, de l'économie que du droit, public ou privé. Nombreuses sont les façons de l'appréhender, les interrogations qu'il suscite. Comment s'acquiert-il, comment s'exerce-t-il, comment le fonder ?

**6. *Le pouvoir en quête de légitimité.*** Le terme de pouvoir ne porte donc pas en lui-même une légitimité attachée à une charge, au contraire de la *potestas* de droit romain. On peut tout autant parler de pouvoir de fait que de pouvoir de droit, de pouvoir légitime que de pouvoir illégitime. De la même manière, la seule occurrence « potestatif/potestative » qui nous soit parvenue aujourd'hui, a perdu la légitimité qui pouvait être attachée au terme de *potestas* puisqu'il s'agit d'une part, de la « condition potestative » (dont la terminologie est vouée à disparaître<sup>38</sup>) condamnée, lorsqu'elle est aux mains du débiteur, par l'article 1174 du code civil et, d'autre part, du « droit potestatif », expression doctrinale, dont la question de la licéité est justement au cœur des débats<sup>39</sup>. Cette recherche de légitimité pose en définitive la question de savoir à quel prix le pouvoir (ou le droit potestatif) est accepté. L'évolution du pouvoir considéré comme « légitime » est à ce titre éclairant.

**7. *Pouvoir et contrat.*** Le pouvoir n'intéresse pas seulement le droit public (relations entre personnes publiques et administrés) mais également le droit privé (rapports entre personnes privées). Or, le contrat est la figure prépondérante du droit privé. C'est pourtant un poncif que d'opposer l'image d'égalité et de consentement réciproque renvoyée par le contrat à celle de l'inégalité et de l'unilatéralisme du pouvoir<sup>40</sup>. Reste que le contrat ne s'oppose effectivement pas toujours au pouvoir. Le contrat de mandat, par exemple, est bien l'acte « *par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom* ». Le pouvoir est ici l'objet même du contrat. Mais il existe d'autres manifestations du pouvoir dans le contrat. La condition potestative de l'article 1170 du Code civil, définie comme « *celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou*

---

<sup>38</sup> L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations fait disparaître le terme de « condition potestative » du Code civil.

<sup>39</sup> Infra n°34.

<sup>40</sup> E. PELSKINE et C. WOLMARK, *Droit du travail*, HyperCours, Dalloz, 2016, 10<sup>ème</sup> éd., n°270 ; P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir, essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004, n°1.

*d'empêcher* », en est un exemple. Plus encore, certaines prérogatives offertes à l'un des cocontractants lui permettent de créer, modifier ou éteindre une relation contractuelle existante. On parle alors de droits potestatifs<sup>41</sup>. Ainsi, la *potestas* a bien sa place au sein même du contrat. Il faut néanmoins se garder de conclure que tout pouvoir octroyé, tout droit potestatif est par principe licite. Leur acceptation demeure circonscrite.

**8. Les limites de la potestas.** Il est intéressant de voir comment, au fil des siècles, le pouvoir *légitime* conçu comme « tout-puissant », qu'il s'agisse de ce qui allait devenir l'État, l'entreprise ou la famille, est devenu limité, contrôlé (I). Il est, en réalité, deux façons de limiter le pouvoir : en restreignant soit son étendue, soit son intensité. Or, si les rapports contractuels ne sont pas réfractaires à la *potestas* (II) et en particulier à la figure du droit potestatif, c'est à la condition que les pouvoirs ainsi octroyés soient limités. Le contrat de travail offre alors un édifiant exemple des limites quantitatives et qualitatives dont peuvent faire l'objet les droits potestatifs (III).

### ***I. Le pouvoir légitime : de la toute-puissance au pouvoir contrôlé***

**9. Le pouvoir reconnu.** On doit à Weber les trois sources de légitimation du pouvoir : « le pouvoir traditionnel », le « pouvoir charismatique » et le « pouvoir légaliste »<sup>42</sup>, lesquelles peuvent éventuellement s'entrecroiser.

Le premier, le pouvoir traditionnel, renvoie aux coutumes, au lien supposé entre le détenteur du pouvoir et l'au-delà. Dès l'Égypte ancienne, le détenteur du pouvoir est celui qui est lié au surnaturel. Le Pharaon est le successeur du démiurge, dieu créateur<sup>43</sup>. À ce titre, son pouvoir, sa puissance s'étend, du moins en théorie, au-delà des frontières de l'Égypte. De la même manière, sous la République romaine, la *potestas*, procède soit des dieux (*potestas* des magistrats) – soit de la souveraineté des anciens chefs de tribus (*potestas* du *pater familias*). Au Moyen-Âge, le lien entre la *potestas* du Prince et le sacré est évident. Avant même la royauté des Capétiens dite de « droit divin », le premier roi carolingien est élu roi des Francs

---

<sup>41</sup> Infra n°26 et s.

<sup>42</sup> M. WEBER, *Wissenschaft als Beruf et Politik als Beruf.*, 1917, 1919, trad. par J. FREUND, *Le Savant et le Politique*, 1959.

<sup>43</sup> P. VERNUS, « La nature du pouvoir pharaonique », avril 2014, conférence Les Ernest-15 minutes pour changer notre vision du monde, ENS.

et sacré par onction<sup>44</sup> sur le modèle de l'Ancien Testament<sup>45</sup>. Les rituels de la royauté mérovingienne (élévation sur le pavois jusqu'au VI<sup>ème</sup> siècle ap. J.-C.) exprimaient déjà en leur temps le lien entre le roi et le ciel (soleil<sup>46</sup>), sphère divine<sup>47</sup>. La conversion au christianisme achevant de consacrer la sacralité du roi et sa filiation à Dieu. Ainsi, le pouvoir est conféré par une autorité extérieure supérieure qui lui donne sa légitimité.

Le deuxième est le pouvoir « charismatique ». Le terme, d'origine grecque<sup>48</sup>, a d'abord été employé en théologie chrétienne pour désigner le don surnaturel accordé à un individu ou à un groupe. Ce n'est qu'ensuite qu'il a gagné le domaine de la sociologie politique où il a d'abord conservé des liens avec le surnaturel. Il n'est qu'à reprendre la définition qu'en donne Weber : « *qualité extraordinaire (à l'origine déterminée de façon magique tant chez les prophètes et les sages thérapeutes et juristes, que chez les chefs des peuples chasseurs et les héros guerriers) d'un personnage, qui est, pour ainsi dire, doué de forces ou de caractères surnaturels ou surhumains ou tout au moins en dehors de la vie quotidienne, inaccessibles au commun des mortels ; ou encore qui est considéré comme envoyé par Dieu ou comme un exemple, et en conséquence considéré comme un chef* »<sup>49</sup>. Ce qui importe est la perception qu'ont les dominés de leur « chef »<sup>50</sup>. Ce pouvoir est ainsi éminemment personnel, il est fondé sur les qualités particulières, la personnalité du « chef » considéré. Aujourd'hui, la figure de l'« *homme providentiel* »<sup>51</sup> renvoie à cette image.

---

<sup>44</sup> « *Suivant l'usage des Francs, Pépin fut élu roi, oint par la main de l'archevêque Boniface de sainte mémoire et élevé au trône par les Francs à Soissons* » : *Annales regni Francorum*, 749, éd. trad. P. RICHE et G. TATE (dir.), *Textes et documents d'histoire du Moyen-Age (V<sup>ème</sup> – X<sup>ème</sup> siècle)*, Paris, 1972-1974, p. 279.

<sup>45</sup> Gen. 28.18 ; Ex. 30.22-38 ; Sam. 10.1 : « *Par cette onction l'Éternel t'établit chef du peuple* », Rois 1, 19.16 : « *Tu iras oindre Jéhu [...] comme roi d'Israël ; tu oindras aussi Elisée [...] comme prophète* ».

<sup>46</sup> La forme ronde du bouclier sur lequel le roi était élevé en est un symbole.

<sup>47</sup> Cf. R. LE JAN, « La sacralité de la royauté mérovingienne », *Annales. Histoire, Sciences Sociales* 6/2003, p. 1217.

<sup>48</sup> *χάρισμα* [kharisma : \k<sup>h</sup>árizma\]

<sup>49</sup> M. WEBER, *Économie et Société*, op. cit.

<sup>50</sup> Rapp. É. de LA BOÉTIE, *De la servitude volontaire ou Le contr'un*, rédigé vers 1547/1548 et publié en 1576 : « *Comment il se peut que tant d'hommes, tant de bourgs, tant de villes, tant de nations supportent quelquefois un tyran seul qui n'a de puissance que celle qu'ils lui donnent, qui n'a pouvoir de leur nuire qu'autant qu'ils veulent bien l'endurer, et qui ne pourrait leur faire aucun mal s'ils n'aimaient mieux tout souffrir de lui que de le contredire. Chose vraiment étonnante et pourtant si commune qu'il faut plutôt en gémir que s'en ébahir de voir un million d'hommes misérablement asservis, la tête sous le joug, non qu'ils y soient contraints par une force majeure, mais parce qu'ils sont fascinés et pour ainsi dire ensorcelés par le seul nom d'un, qu'ils ne devraient pas redouter puisqu'il est seul ni aimer puisqu'il est envers eux tous inhumain et cruel* ».

<sup>51</sup> Cf. J. GARRIGUES, *Les hommes providentiels, Histoire d'une fascination française*, Paris, Seuil, 2012.

Demeure le troisième pouvoir, le pouvoir légaliste<sup>52</sup>, ou « rationnel » qui, contrairement aux deux autres, n'est pas orienté vers une (ou des) personne(s) donnée(s) mais suppose une « *dépersonnalisation, une abstraction et une rationalisation des relations de pouvoir* »<sup>53</sup>. On en vient à obéir non au dirigeant mais au Droit<sup>54</sup> conçu, ou, plus exactement perçu comme « *neutre, objectif, détaché des intérêts particuliers de ceux qui le créent comme de ceux qui l'appliquent* »<sup>55</sup>. La règle juridique apparaît d'autant plus légitime qu'elle procède d'une souveraineté « populaire », autrement dit, de la volonté du peuple.

Cela étant, il ne s'agit pas pour Weber « *d'expliquer la domination par la légitimité* »<sup>56</sup> mais de s'intéresser aux effets du type de légitimité revendiquée sur l'administration du groupement considéré. Demeure donc la question de savoir ce qu'on entend par un pouvoir légitime. En réalité, un pouvoir n'apparaît légitime que tant qu'il est accepté par ceux qui y sont soumis<sup>57</sup>. Contesté, il perd sa légitimité.

**10. Le pouvoir contesté.** On ne peut guère être étonné que tout pouvoir détenu par un individu ou un groupe puisse, un jour ou l'autre, être remis en cause. Même la « Toute-puissance » de Dieu, que les trois grandes religions monothéistes affirment<sup>58</sup>, a fait l'objet de

---

<sup>52</sup> Weber considère que ce pouvoir repose sur la « *croissance en la légalité des règlements arrêtés et du droit de donner des directives qu'ont ceux qui sont appelés à exercer la domination par ces moyens* » (M. WEBER, *Économie et Société*, op. cit.).

<sup>53</sup> O. CORTEN, « La persistance de l'argument légaliste : éléments pour une typologie contemporaine des registres de légitimité dans une société libérale », *Droits et Sociétés*, 50/2002, p. 185.

<sup>54</sup> O. CORTEN, « La persistance de l'argument légaliste ... », art. préc.

<sup>55</sup> O. CORTEN, « La persistance de l'argument légaliste ... », art. préc.

<sup>56</sup> A. SIMARD, « Légitimité et légalité d'après Max Weber », *Aspects sociologiques*, vol. 12, n°1, avril 2005, p. 159 et s. spéc. p. 164.

<sup>57</sup> J.-M. MORIN, *Précis de sociologie*, Nathan, 1996 : « *Il apparaît en effet qu'un pouvoir ne se développe que tant qu'il est accepté. Dans cette relation B qui accepte est donc peut-être plus important que A qui prend pourtant l'initiative. Alors que A impose ou propose, B rejette ou accepte avec un degré d'adhésion plus ou moins grand. Il faut ainsi voir comment l'adhésion de B peut être obtenue, comment B finit par trouver le pouvoir suffisamment acceptable pour que la relation puisse durer. C'est le problème de la légitimation* ».

<sup>58</sup> Pour le Judaïsme : *El Shaddai*, un des noms de Dieu signifie, selon le Talmud « *qui dit à Son monde assez!* ». Il est traditionnellement traduit par « Dieu Tout-Puissant ».

Pour le Christianisme : Le symbole de Nicée (325) – Constantinople (381) affirme la croyance en un « *Père tout puissant...* ».

(V. déjà l'approche opposée de Saint Thomas d'Aquin [1224-1274] pour qui Dieu est puissance ordonnée (*potestas ordinata*) et de Guillaume d'Occam [1284-1346] pour qui Dieu possède puissance absolue (*potestas absoluta*).

Pour l'Islam : On trouve souvent dans le Coran, la formule « *Dieu est puissant sur toutes choses* ». (cf. D. DE SMET, « L'impuissance de Dieu. Un débat récurrent en théologie musulmane », in *dossier L'impuissance de Dieu*, *Revue philosophique de la France et de l'Étranger*, 2010/3 (tome 135), p. 321).

discussions, notamment au lendemain des atrocités du XX<sup>ème</sup> siècle<sup>59</sup>. Pour autant, il ne s'agit pas toujours de désavouer le détenteur même du pouvoir. Diderot et Voltaire par exemple, ne remettent pas en cause la figure du roi, mais cherchent à tempérer l'exercice de son pouvoir par la Raison<sup>60</sup>. Il s'agira donc de limiter le pouvoir. Deux pistes sont possibles, d'une part circonscrire le périmètre même du pouvoir, d'autre part, limiter son « intensité », sa « force ». Ce sont les « pleins pouvoirs », la « toute-puissance » qu'il s'agit alors de condamner. Des limites, des contre-pouvoirs sont dès lors opposés. Ainsi, si derrière les mots de pouvoir et puissance se profile celui de domination, surgit également celui de régulation.

**11. L'État.** Même « absolu », le monarque devait se soumettre aux lois fondamentales du Royaume. Mais c'est bien le concept de souveraineté, né au XVI<sup>ème</sup> siècle<sup>61</sup> qui, au cours du temps, modifiera l'approche du pouvoir. Forcée à l'origine pour légitimer et asseoir l'autorité du roi<sup>62</sup>(elle est présentée par Bodin comme un pouvoir de commandement indivisible, absolu et perpétuel<sup>63</sup>), la souveraineté préfigure ce que sera l'État moderne souverain. Le passage de la suzeraineté à la souveraineté aura pour corollaire de séparer la puissance de la propriété<sup>64</sup> pour la faire devenir une fonction publique<sup>65</sup>. La souveraineté finira par se détacher de la figure du roi pour devenir, en France, « nationale ». L'État naît alors de l'institutionnalisation du pouvoir. Le droit s'est emparé de la thématique, il est devenu instrument de limitation. Grâce à Montesquieu<sup>66</sup>, le pouvoir devient pluriel, c'est la distinction de l'exécutif, du législatif et du judiciaire. Emerge ainsi, dès le XVIII<sup>ème</sup> siècle, le droit constitutionnel<sup>67</sup>. Il a pour objet « l'encadrement juridique des

---

<sup>59</sup> Cf. le dossier sur *L'impuissance de Dieu*, Revue philosophique de la France et de l'Étranger, 2010/3 (tome 135), p. 307 et s.

<sup>60</sup> Les historiens allemands qualifieront au XIX<sup>ème</sup> siècle ce mode de gouvernement de « despotisme éclairé ».

<sup>61</sup> J. BODIN, *Les Six Livres de la République*, Paris, 1576.

<sup>62</sup> La France est alors en pleine guerre intestine ; le massacre de la Saint-Barthélemy a eu lieu quatre ans plus tôt.

<sup>63</sup> La souveraineté renvoie au monopole de la contrainte (Max Weber parlera plus tard de « violence légitime ») de juridiction et d'organisation des pouvoirs publics. Cf. G. VALEYRE-DEMELEMESTRE, *Les métamorphoses du concept de souveraineté (XVI<sup>ème</sup> – XVIII<sup>ème</sup> siècle)*, Université Paris-Est, 2009.

<sup>64</sup> Alors que le modèle féodal lie la puissance à la suzeraineté et donc à la terre. Cf. B. KRIEGEL, *Philosophie de la République*, Plon, 1998, p. 78 : « Les personnes sont traitées comme des biens, le pouvoir est exercé comme on use du droit de propriété ».

<sup>65</sup> A. VIALA, *Philosophie du droit*, Ellipses, 2010, p. 47.

<sup>66</sup> Ch.-L. de MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748.

<sup>67</sup> L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN et alii, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 2016, 18<sup>ème</sup> éd., n°3 et s.

*phénomènes politiques* »<sup>68</sup> et consiste avant tout en l'étude de l'organisation des pouvoirs. En un sens, il est politique. Mais le droit constitutionnel se transforme au fil des siècles. Il bénéficie, en quelque sorte, de la désacralisation de la loi<sup>69</sup> au sortir de la deuxième guerre mondiale. On « redécouvre » en effet les droits de l'homme, lesquels se déclinent à l'international (Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales de 1950). Proclamer l'existence de libertés et droits fondamentaux ne suffit plus, il faut encore les garantir. Le rôle de l'État n'est plus seulement d'« éviter les ingérences dans la liberté individuelle et la vie privée, à travers des obligations négatives, mais tout à la fois [de] respecter, protéger et mettre en œuvre les droits de l'homme »<sup>70</sup>. La justice constitutionnelle devient un élément fondamental du système juridique<sup>71</sup>. L'instauration, en 2008<sup>72</sup>, de la question prioritaire de constitutionnalité en est un dernier exemple. On parle désormais d'« État de droit »<sup>73</sup>, notion certes introduite en droit français dès 1920 par Carré de Malberg<sup>74</sup> mais qui n'a connu de réel succès en France qu'à partir des années 1970<sup>75</sup>. L'action de l'État apparaît ainsi subordonnée à des normes supérieures<sup>76</sup>. Le pouvoir est limité, divisé, il est aussi hiérarchisé. Les contre-pouvoirs institutionnels (organes de contrôle politique et juridictionnel) ou non (politiques et économique-sociaux) se sont affirmés au fil du temps.

Mais la circonscription du pouvoir n'intéresse pas seulement le droit public. À un niveau plus réduit, le même phénomène s'observe. Ainsi, le droit privé n'est pas exempt de pouvoirs « tout-puissants » devenus limités.

**12. *Le pater familias.*** Le droit de la famille par exemple, a vu la *potestas* du *pater familias* s'amoinrir comme une peau de chagrin. Du droit romain où il détenait un pouvoir

---

<sup>68</sup> J. et J.-E. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, LGDJ, 2016, 29<sup>ème</sup> éd., n°2.

<sup>69</sup> L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN et alii, *Droit constitutionnel, op. cit.*, n°29.

<sup>70</sup> E. DECAUX, « Les droits de l'homme entre droit naturel et évolution créatrice », *RdA*, n°10, 2015, p. 195.

<sup>71</sup> L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN et alii, *Droit constitutionnel, op. cit.*, *ibid.*

<sup>72</sup> Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V<sup>ème</sup> République.

<sup>73</sup> J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, Montchrestien, 2010, 5<sup>ème</sup> éd.

<sup>74</sup> L'État de droit provient de la notion allemande *Rechtsstaat* signifiant que l'État conçu comme pouvoir est soumis au droit. Les auteurs allemands du XIX<sup>ème</sup> l'opposaient alors à l'État de police.

<sup>75</sup> L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN et alii, *Droit constitutionnel, op. cit.*, *ibid.*

<sup>76</sup> Les auteurs se partageant alors entre les « *partisans d'une autolimitation c'est-à-dire du respect volontaire par l'État de la règle de droit qu'il a édictée [...] et ceux qui recherchent un droit antérieur et extérieur à l'État* ». Cf. M. de VILLIERS et A. LE DIVELLEC, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, préc., V<sup>o</sup> État de droit.

complet sur les choses dont il était propriétaire et sur les membres de sa famille, à la disparition symbolique du *bonus pater familias* du Code civil en 2014<sup>77</sup>, l'évolution est notable<sup>78</sup>. Difficile de voir dans l'autorité parentale actuelle<sup>79</sup> autre chose que de simples traces de l'ancienne *potestas* du père de famille<sup>80</sup>.

**13. L'employeur.** L'étymologie commune du « patron » et du *pater familias* permet leur rapprochement. « Patron » vient de *patronus*, patron, protecteur, lui-même dérivé de *pater*, le père<sup>81</sup>. Ce lien au père est particulièrement prégnant dans le modèle du paternalisme industriel du XIX<sup>ème</sup> siècle. Mais dès lors que le *pater familias* n'a plus sa « puissance » d'antan, n'en est-il pas de même de l'employeur<sup>82</sup>? En effet, ce dernier a également vu son pouvoir limité.

Comme tout pouvoir, celui de l'employeur a suscité deux interrogations essentielles, celle de son fondement et celle de son exercice, les deux étant liées. Deux grandes thèses se sont opposées : celle institutionnelle<sup>83</sup>, et celle dite contractuelle<sup>84</sup>.

La thèse institutionnelle considère l'employeur comme un détenteur « naturel » du pouvoir. Dans ces conditions, la légitimité du pouvoir est attachée à la seule fonction de chef d'entreprise. Ce pouvoir doit être exercé dans l'intérêt de l'entreprise. Durand pose ainsi comme devoir de l'entrepreneur, celui d'« *assurer le bien commun des membres de l'entreprise* »<sup>85</sup>. Mais le respect de l'intérêt de l'entreprise peut paraître insuffisant à limiter le pouvoir de l'employeur, d'autant plus que la Cour de cassation répugne à le confondre avec

<sup>77</sup> Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 (articles 26 et 37) pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, JO, 5 août, p. 12949.

<sup>78</sup> Il est intéressant de voir, au travers des siècles, comment certains éléments de la *potestas* du « père de famille » ont pu perdurer. (ex : lettres de cachet, autorité maritale sur la femme...) avant d'aboutir à l'autorité parentale telle qu'on la connaît aujourd'hui.

<sup>79</sup> L'autorité parentale est ainsi aujourd'hui également partagée entre père et mère (article 372 du Code civil) et s'exprime envers les mineurs, dans leur intérêt propre (article 371-1 du Code civil). Les articles 382 et 386-1 du Code civil confient aux parents l'administration légale et la jouissance des biens de l'enfant.

<sup>80</sup> Article 148 du Code civil (datant du Code Napoléonien): « *Les mineurs ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère [...]* ». Article 371 du Code civil : « *L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère* ».

<sup>81</sup> Le mot *pater* est issu du grec ancien πατήρ [patér :\pa.'tɛ:r\], qui a également donné πατριάρχης, [patriárkhês\pa.tri.'ar.khɛ:s\]. De πατήρ, *patér* et du suffixe ἀρχής, [árkhês\ar.khɛ:s\] (« qui commande »), patriarche, patriarcal.

<sup>82</sup> Rapp. G. LYON-CAEN, « Le pouvoir dans l'entreprise », in *Le pouvoir du chef d'entreprise*, Dalloz, 2002, p. 3.

<sup>83</sup> Cf. not. P. DURAND, « À la frontière du contrat et de l'institution », JCP 1944, I, 337. Thèse inspirée des travaux d'Hauriou. (cf. infra n°176). Adde E. MILLARD, « Hauriou et la théorie de l'institution », Dr. et Soc. 1995, n°30-31, p. 381.

<sup>84</sup> V. not. G. LYON-CAEN, « Défense et illustration du contrat de travail », Arch. phil. dr., t. 13, 1968, p. 59.

<sup>85</sup> P. DURAND et R. JAUSSAUD, *Traité du droit du travail*, tome 1, Dalloz, 1947, n°348.

l'intérêt de l'ensemble de la collectivité (c'est-à-dire de l'intérêt à la fois de l'employeur, des travailleurs, voire de tous ceux intéressés à la bonne marche de l'entreprise appelés « parties prenantes »<sup>86</sup>).

La thèse contractuelle fonde au contraire le pouvoir de l'employeur dans le contrat de travail lui-même. En d'autres termes, le salarié consentirait au pouvoir de l'employeur en concluant un contrat de travail. Pourtant, la figure du contrat de travail ne paraît pas, de prime abord, offrir davantage de limites au pouvoir de l'employeur que la thèse institutionnelle. N'autorisait-elle pas en effet initialement<sup>87</sup>, à l'instar de tout contrat à durée indéterminée, une rupture du contrat sans motif ? L'abus de droit ou le détournement de pouvoir n'apparaissaient-ils pas alors comme des garde-fous bien fragiles ? Plus encore, l'employeur libre de rompre comme il l'entend, le sera tout autant de modifier le contrat de ses salariés<sup>88</sup>. Mais la technique contractuelle peut, au contraire, être utilisée afin de s'opposer à l'intervention d'un (trop) grand unilatéralisme de la part de l'employeur. Elle permet alors de protéger le salarié<sup>89</sup>. La jurisprudence finit ainsi par s'en emparer dans son arrêt « Raquin »<sup>90</sup>. C'est bien la figure du contrat qui lui permet d'opérer la distinction entre les modifications substantielles et non substantielles du contrat de travail avant celle de la modification du contrat de travail et du changement des conditions de travail<sup>91</sup>. C'est encore le contrat et le principe de la bonne foi contractuelle qui lui fit découvrir les obligations « d'adaptation » et de « reclassement »<sup>92</sup>...

Autrement dit, le contrat de travail peut certes fonder le pouvoir de l'employeur, mais un pouvoir circonscrit. La subordination à laquelle le salarié consent est une subordination encadrée, finalisée. C'est, en définitive, parce que le pouvoir de l'employeur est davantage contrôlé, limité, justifié qu'il sera finalement accepté par les salariés. C'est à ce prix que le pouvoir de l'employeur (ré)acquiert sa légitimité. Le contrat de travail est à la fois la source et la limite du pouvoir de l'employeur.

---

<sup>86</sup> V. déjà J. SAVATIER, « Pouvoir patrimonial et direction des personnes », *Dr. soc.* 1982. p. 1 ; F. GAUDU, « L'entreprise définie par ses responsabilités », in *Analyses et transformations de la firme, une approche pluridisciplinaire*, La Découverte, 2009, p. 319. Pour plus de développements sur l'intérêt de l'entreprise cf. infra n°160.

<sup>87</sup> Avant que le législateur n'impose une exigence de cause réelle et sérieuse au licenciement par la loi n°73-680 du 13 juillet 1973 relative à la résiliation unilatérale du contrat de travail à durée indéterminée.

<sup>88</sup> Infra n° 138.

<sup>89</sup> Cf. not. F. GAUDU, « L'entreprise définie par ses responsabilités », art. préc.

<sup>90</sup> Cass. soc., 8 octobre 1987, *Bull. civ. V*, n°541.

<sup>91</sup> Cass. soc., 10 juillet 1996, *Bull. civ. V*, n°279.

<sup>92</sup> Cf. en particulier: Cass. soc., 25 février 1992, *Bull. civ. V*, n°121. Infra n°560 et s.

**14. *L'entreprise, miroir déformant du monde politique.*** L'entreprise est évidemment un lieu de pouvoir(s), de rapport de forces. Mais elle est régulée. À l'instar de l'État de droit, elle a dû intégrer à la fois l'idéal de la démocratie et les libertés et droits fondamentaux du salarié. Rappelons-nous la formule de Jean Auroux : « *Les travailleurs doivent être citoyens à part entière dans l'entreprise* »<sup>93</sup>. Il ne s'agit cependant pas de substituer le pouvoir des salariés à celui de l'employeur, comme il a été question de substituer le pouvoir du peuple à celui du roi, mais d'offrir aux salariés des contre-pouvoirs<sup>94</sup>. Reconnaissance (et protection) du droit de grève, développement de la négociation collective et de la représentation dans l'entreprise... mais également apparition du droit du licenciement<sup>95</sup> et du droit disciplinaire<sup>96</sup>. Reconnaître le pouvoir juridique de l'employeur c'était permettre de l'encadrer. Et, de la même manière que la reconnaissance de l'individu en « *considération seulement de lui-même* »<sup>97</sup> permit la proclamation des droits de l'homme dans la sphère politique, la prise en considération de *l'individu-salarié* allait entraîner l'intégration des droits et libertés fondamentaux dans l'entreprise. Ceux-ci permettent d'abord d'ajouter des limites du pouvoir de l'employeur ; ils permettent, ensuite, la revendication de nouveaux droits<sup>98</sup>.

Le contrat de travail ne nie pas l'inégalité des parties en cause. C'est au contraire en l'assumant que des corrections peuvent être apportées. Le contrat de travail en tant que source et limite du pouvoir de l'employeur permet ainsi la réconciliation de deux figures – contrat et pouvoir – longtemps présentées comme antinomiques.

## II. *La potestas dans le contrat*

**15. *L'insuffisance du concept de condition potestative.*** Traditionnellement, dans le contrat, le terme de « potestatif » est rattaché à celui de condition (A). Une condition potestative est ainsi la condition laissée au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties. Mais le mécanisme conditionnel se prête mal à la reconnaissance d'une faculté octroyée à l'un des

---

<sup>93</sup> J. AUROUX, « Les droits des travailleurs », Rapport au Président de la République et au Premier ministre, La documentation française, 1981.

<sup>94</sup> Rappr. J. SAVATIER, « Pouvoir patrimonial et direction des personnes », art. préc.

<sup>95</sup> Loi n°73-680 du 13 juillet 1973 relative à la résiliation unilatérale du contrat de travail à durée indéterminée, préc.

<sup>96</sup> Loi n°82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise.

<sup>97</sup> L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN *et alii*, *Droits des libertés fondamentales*, Dalloz, 2016, 7<sup>ème</sup> éd., n°7.

<sup>98</sup> Où l'on voit encore l'analogie avec le pouvoir politique. Les droits de l'homme permettent de limiter le pouvoir civil (et en ce sens, leur respect légitime l'exercice du pouvoir) et sont également mis en avant à l'appui de certaines revendications sociales.

cocontractants et lui permettant d'imposer sa volonté. Les termes employés de « condition potestative » sont en réalité antinomiques. Il faut préférer réserver le mécanisme de la condition aux cas où les cocontractants n'ont pas souhaité faire dépendre l'obligation de l'un d'entre eux. Quant à l'intervention de l'unilatéralisme dans le mécanisme contractuel, même si elle pu poser difficulté<sup>99</sup>, l'hypothèse paraît de moins en moins exceptionnelle. En témoignent l'intérêt exponentiel que lui porte la doctrine<sup>100</sup> et le rôle de la jurisprudence qui a notamment permis la fixation unilatérale du prix dans certains contrats<sup>101</sup> ou la résolution unilatérale pour manquement grave<sup>102</sup>. Il fallait dès lors, afin d'appréhender ces différentes prérogatives, pallier les insuffisances du concept de condition potestative. A ainsi émergé la nécessité de recourir à un autre concept, celui de droit potestatif. Il s'agit alors d'hypothèses où les parties ont effectivement voulu octroyer un pouvoir à l'autre. Ainsi faut-il s'arrêter sur le concept de condition potestative (A) afin de comprendre comment le passage s'est fait de la condition au droit (B) avant de nous intéresser plus en détail à ce concept doctrinal qu'est le droit potestatif (C).

#### A. La condition potestative

**16. La condition, une modalité.** Selon l'article 1168 du Code civil, ajouter une condition à un contrat, c'est ajouter un lien de dépendance entre ce contrat et un « événement futur et incertain »<sup>103</sup>. Il s'agit, soit de suspendre le contrat jusqu'à ce que cet événement arrive (condition suspensive) soit de le résilier si cet événement se produit (condition résolutoire). Ainsi, la condition est avant tout une modalité<sup>104</sup> affectant l'efficacité du contrat

---

<sup>99</sup> J. ROCHFELD, « Les droits potestatifs... », art. préc. ; C. POMART-NOMDÉDÉO, « Le régime juridique des droits potestatifs... », art. préc.

<sup>100</sup> R. ENCINAS DE MUÑAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, LGDJ, 1998 ; Ch. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999 ; G. LARDEUX, « Droit positif et droit prospectif de l'unilatéralisme dans le contrat », in *L'efficacité du contrat*, Dalloz, 2011, p. 7.

<sup>101</sup> Infra n°87.

<sup>102</sup> Infra n°330.

<sup>103</sup> Article 1168 du Code civil : « L'obligation est conditionnelle lorsqu'on la fait dépendre d'un événement futur et incertain, soit en la suspendant jusqu'à ce que l'événement arrive, soit en la résiliant, selon que l'événement arrivera ou n'arrivera pas ». L'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations en modifie la formulation mais non le sens. Le nouvel article 1304 est ainsi rédigé : « L'obligation est conditionnelle lorsqu'elle dépend d'un événement futur et incertain. La condition est suspensive lorsque son accomplissement rend l'obligation pure et simple. Elle est résolutoire lorsque son accomplissement entraîne l'anéantissement de l'obligation ».

<sup>104</sup> « Particularité qui, affectant une obligation dans l'un de ses éléments, modifie les effets normaux de celle-ci » : G. CORNU, *Dictionnaire de vocabulaire juridique*, PUF, 2010, 10<sup>ème</sup> éd., V° Modalité.

et non son existence<sup>105</sup>. Le contrat conditionnel existe en effet dès l'échange des consentements, ce qui se vérifie facilement si le contrat est sous condition résolutoire. Tant que l'événement n'est pas arrivé, le contrat produit ses effets. Ainsi, le contrat est parfait *stricto sensu* dès l'échange des consentements. L'ajout d'une condition n'a pas vocation à remettre en cause les éléments essentiels à sa validité<sup>106</sup>, à savoir le consentement, la capacité, l'objet certain et la cause licite (article 1108 du Code civil). La condition est accessoire<sup>107</sup>. Derrière cette idée d'accessoire se profile l'idée de dépendance : une chose est accessoire par rapport à une autre, elle lui est dépendante. En d'autres termes, si l'élément principal peut exister en l'absence de l'élément accessoire, ce dernier, en revanche, n'a pas de raison d'être sans l'élément principal. L'accessoire apparaît ainsi facultatif<sup>108</sup>. Dès lors, la modalité ne peut

---

<sup>105</sup> Sur cette question de l'atteinte aux effets et non à la formation du contrat : v. not. G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, tome 2, LGDJ, 1957, spéc. n° 1342 ; J.-J. TAISNE, *La notion de condition dans les actes juridique*, thèse, Lille II, 1977, spéc. n° 208 ; O. MILHAC, *La notion de condition dans les contrats à titre onéreux*, LGDJ, 2001, spéc. n° 327 ; M. LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, LGDJ, 2009, spéc. n° 20 et s. *Adde* Th. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ, 2007, spéc. n° 33 et s.

Certains auteurs considèrent au contraire, que la condition fait dépendre l'existence même du contrat : A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, LGDJ, 2014, 14<sup>ème</sup> éd., n°317 ; Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET et M. MEKKI, *Droit des obligations*, LexisNexis, 2014, 13<sup>ème</sup> éd., n°441. D'autres sont contradictoires. V. par ex. Ch. LARROUMET, *Les obligations, le contrat, 1<sup>ère</sup> partie Conditions de formation*, tome 3, Economica, 2012, 6<sup>ème</sup> éd., spéc. n° 312 où dans le même paragraphe, l'auteur parle de « condition suspensive [qui] suspend jusqu'à son arrivée l'existence de l'obligation et donc du contrat » et explique que « lorsqu'un contrat ou une obligation dépend de la réalisation d'une condition suspensive, on doit considérer que tous les éléments de validité du contrat sont réunis mais que le contrat ne peut pas encore produire ses effets dans la mesure où la condition n'est pas encore réalisée ».

<sup>106</sup> P. DEROUIN, « Pour une analyse « fonctionnelle » de la condition », *RTD civ.* 1978, p. 1 et s., spéc. n° 79.

<sup>107</sup> Le terme « accessoire » qui recouvre plusieurs sens (Pour des essais de définition claire, voir : R. DEMOGUE, « Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance », *RTD civ.* 1905, p. 723 ; D. BONNET, *Cause et condition dans les actes juridiques*, LGDJ, 2005, spéc. n° 598 et s. ; M. LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, th. préc., spéc. n° 39 et s. ; Ch. JUILLET, *Les accessoires de la créance*, Defrénois, 2009, n°3) vient du latin *accessorius* de *accedere* qui signifie ajouter, adjoindre. Dans le langage courant, comme dans le langage juridique, il est défini par opposition à « essentiel ». Or le terme « essentiel » revêt lui-même plusieurs sens ; il peut être défini, premièrement comme l'essence (Essence, du latin *essentia* du verbe *esse*, être. *Adde* P. FOULQUIÉ, *Dictionnaire de la langue philosophique*, PUF, 1992, 6<sup>ème</sup> éd. : « *Eléments constitutifs d'un être faite desquels il n'aurait aucune réalité* » ; G. CORNU, *Dictionnaire de vocabulaire juridique*, *op. cit.* V°Essentiel : « *Ce qui est inhérent à un acte et dont dépend nécessairement soit son existence (sa formation, sa validité) soit son caractère spécifique, ex. la gratuité est de l'essence du prêt à usage* ») d'une chose, d'un être – au sens juridique : d'un acte juridique, d'un contrat – deuxièmement, comme quelque chose d'indispensable, de nécessaire à l'existence de cet acte ou ce contrat et enfin, troisièmement, comme quelque chose d'important. La question qui se pose alors, est de savoir si une modalité contractuelle doit s'opposer cumulativement à ces trois acceptions pour être qualifiée d'accessoire.

<sup>108</sup> **Une autre interrogation a alors pu agiter la doctrine, celle de la question de la source de la condition. Certains auteurs** (G. BAUDRY-LACANTINERIE et J.-L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, tome II, 1907, spéc. n° 746 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome VII, spéc. n° 402 et 1024 ; J.-J. TAISNE, *La notion de condition dans les actes juridiques...*, th. préc. spéc. n° 362 et s.) **ont déduit des termes de l'article 1168 du Code civil**

participer à l'essence du contrat au sens de qualification<sup>109</sup>. Une vente conditionnelle demeure une vente<sup>110</sup>. Elle peut néanmoins affecter le régime même du contrat auquel elle s'ajoute. En ce sens, l'ajout d'une condition n'est pas négligeable. Il peut même être déterminant du consentement. Dire que la condition est accessoire signifie donc, d'une part, qu'elle est dépendante du principal et d'autre part, qu'elle n'est pas nécessaire à son existence. Mais plus encore, ce qui est accessoire dans un contrat conditionnel, est, non seulement, le lien de dépendance instauré entre l'efficacité du contrat et l'événement, mais également cet événement. En effet, puisque l'événement est *incertain*, il ne peut être un élément essentiel, constitutif du contrat<sup>111</sup>, il doit lui être extrinsèque<sup>112</sup>. Or la condition potestative de l'article

---

**(« lorsqu'on la fait dépendre d'un élément futur et incertain ») que la condition ne pouvait être légale. Ils considéraient qu'une relation de dépendance entre un contrat et un événement imposée par la loi niait le caractère accessoire de la condition, et qu'il ne pouvait dès lors s'agir d'une condition au sens de l'article 1168 du Code civil.** Une telle hypothèse se trouve dans la loi du 13 juillet 1979, lorsqu'elle prévoit, en matière de crédit à la consommation, une « condition suspensive légale » d'obtention d'un prêt pour l'acquéreur immobilier. Bien que « légale », la condition est-elle « accessoire » ? Le mécanisme utilisé paraît bien le mécanisme conditionnel : on ajoute à un contrat, qui *pourrait* être pur et simple, une condition qui ne porte pas sur un élément essentiel de ce contrat.

La difficulté réside dans l'absence de choix des parties, elles sont obligées de contracter sous cette condition suspensive. N'est-ce pas contraire à la définition d'un élément *facultatif* ? Ce le serait si l'on comprenait le vocable de « facultatif » par rapport à la personne qui l'ajoute. Mais s'il est analysé objectivement, par rapport à l'acte-élément principal considéré, alors l'éventuelle origine légale ne pose pas de problème. En d'autres termes, peu importe qui a ajouté un élément accessoire, dès lors que cet élément n'est pas indispensable à l'existence du contrat principal. Dans l'hypothèse précitée du crédit à la consommation, le contrat de vente pourrait exister sans la condition suspensive d'obtention du prêt, il est d'ailleurs formé, alors même que la condition ne s'est pas réalisée. Que la loi elle-même se soit octroyé la faculté d'ajouter une condition à ce contrat ne va pas à l'encontre de la définition du caractère « accessoire » de la condition. Certes, les parties n'auront pas le choix, et dès lors qu'elles n'écartent pas sciemment le recours à ce moyen de financement (article L. 312-17, alinéa 2, du Code de la consommation), l'acquéreur bénéficiera de cette protection légale, mais cela ne va pas à l'encontre de la définition d'une modalité accessoire.

Aujourd'hui, le débat doctrinal perdure parfois entre les partisans excluant totalement la possibilité d'une origine légale, ceux l'admettant sans restriction et certains plus modérés. Voir M. LATINA, *Essai sur la condition...*, th. préc. spéc. n° 135 et s. et part., pour la position des différents auteurs, note de bas de page n°42, p. 91.

<sup>109</sup> L'ajout d'un élément au contrat peut, selon les cas, participer ou non de l'essence du contrat. C'est notamment le cas du prix, essentiel dans la vente – son absence entraîne un changement de qualification et donc de régime complet puisque l'on passe d'une vente à une donation – non essentiel dans le mandat – le mandat reste un mandat qu'il soit à titre gratuit ou à titre onéreux.

<sup>110</sup> Il en est de même du terme, modalité du contrat. Un contrat de travail à durée déterminée ne cesse pas d'être un contrat de travail.

<sup>111</sup> R. DEMOGUE, « Des droits éventuels ... », art. préc. ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, LGDJ, 2015, 7<sup>ème</sup> éd., n°1306.

<sup>112</sup> Là réside sans doute la différence avec le terme. Si tant la condition que le terme sont des modalités qui permettent d'affirmer que ni l'un ni l'autre ne sont des éléments essentiels au contrat, la certitude du terme permet d'envisager, du moins lorsque le terme est suspensif, que l'événement sur lequel il porte soit intrinsèque au contrat, puisque par définition, cet « événement » arrivera. Dans un contrat de vente, par exemple, le transfert de propriété peut être assorti d'un terme suspensif lequel peut être l'exécution de certaines obligations du contrat – et donc d'éléments du contrat – comme la délivrance. En ce qui

1174 du Code civil, c'est-à-dire la condition potestative suspensive « *de la part de celui qui s'oblige* », porte sur le consentement même du débiteur. Elle ne peut dès lors être une réelle condition. Les termes sont antinomiques<sup>113</sup>.

**17. Le péché originel.** La difficulté provient de la définition que le Code civil a donnée de la condition potestative (article 1170 du Code civil). En englobant les conditions au pouvoir de l'une ou de l'autre partie (débiteur comme créancier), le Code marquait une fracture avec le droit romain. En effet, ce dernier, fidèle à la racine *potestas* comprise alors comme pouvoir légitime, considérait la condition potestative comme licite. Mais il s'agissait de ne considérer la condition potestative que comme celle au pouvoir du créancier. Le Code Justinien traitait de la question sous l'angle des dispositions testamentaires, la condition potestative étant celle au pouvoir de la partie avantagée par l'acte (héritier institué, légataire), elle était dès lors valable<sup>114</sup>. À l'inverse, la condition au pouvoir du débiteur dite *si voluero*<sup>115</sup> – considérée comme illégitime – était mise à part et rendait nulle l'obligation qui y était soumise<sup>116</sup>. En englobant dans sa définition de condition potestative, les conditions au pouvoir de l'une ou de l'autre partie, c'est-à-dire les anciennes conditions *si voluero* et *potestative* du droit romain, le Code napoléonien faisait perdre à l'adjectif *potestatif* la légitimité inhérente à ce terme. C'était dès lors brouiller les frontières entre le licite et l'illicite.

---

concerne le paiement du prix, différentes analyses sont possibles. Si l'idée est bien de retarder le transfert de propriété au complet paiement du prix lequel paraît certain dans l'esprit des parties, alors il s'agit bien d'un terme suspensif. Si en revanche, les contractants n'ont pas tant voulu retarder l'exécution que se réserver une garantie, alors l'analyse est différente. Si le paiement du prix est un événement incertain pour les parties, il ne peut s'agir d'un terme. S'agit-il pour autant d'une condition ? On retomberait alors dans le cadre des conditions suspensives purement potestatives qui ne sont pas de réelles conditions. Reste alors l'analyse en termes de garantie et de sûreté réelle, analyse retenue par l'ordonnance du 23 mars 2006 consacrée aux articles 2329, 2367 et 2373 du Code civil.

<sup>113</sup> M. LATINA, *Essai sur la condition ...*, th. préc. et « Articles 1304 à 1304-7 : contribution relative aux conditions suspensives et résolutoires », in *Dossier la réforme du droit des contrats*, RDC 2015, p. 796 ; F. CHÉNEDÉ, « Charles Demolombe, la condition potestative (2<sup>ème</sup> partie) », RDC 2013, p. 1131.

<sup>114</sup> cf. A.-R. THÉODORESCO, *La théorie de la condition potestative dans les contrats à titre onéreux en droit français*, thèse, Paris, 1923, p. 31 et s.

<sup>115</sup> *Si voluero* ou *si volueris*. V. M. BIRET, *Applications au Code civil des Institutes de Justinien et des cinquante livres du Digeste*, 1824, tome 2, p. 29 : « Une obligation contractée sous cette condition, si je veux, est nulle : car, quand vous ne pouvez pas être forcé, l'acte est censé n'être jamais intervenu ».

<sup>116</sup> Cf. C. BUFNOIR, *Théorie de la condition dans les divers actes juridiques suivant le droit romain*, Paris, 1866. C'est d'ailleurs pour cette raison que le Code civil de 1804 ne considère comme nulle que l'obligation contractée sous condition potestative de la part de celui qui s'oblige (article 1174 du Code civil). « Il n'y a rien que de naturel et de licite à soumettre l'effet d'une obligation à la volonté de celui envers qui elle est contractée » : P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, tome II, p. 589.

**18. L'évolution de la classification des conditions.** Pothier<sup>117</sup>, suivant le Code Justinien<sup>118</sup>, définit les conditions par rapport au créancier. À côté de la condition potestative comprise comme la condition au pouvoir du créancier, il distingua la condition casuelle comme celle « *nullement au pouvoir du créancier* » et la condition mixte comme celle dépendante « *du concours de la volonté du créancier et de celle d'un tiers* ». Le Code civil pour sa part, fit entrer le débiteur dans le mécanisme. Ainsi, la condition casuelle devenait celle « *nullement au pouvoir du créancier ni du débiteur* », autrement dit celle dépendant du hasard (article 1169 du Code civil), la condition potestative englobait au contraire la condition au pouvoir du débiteur et du créancier (article 1170 du Code civil), tandis que la condition mixte se réduisait à la condition dépendant tout à la fois de la volonté d'une des parties contractantes et de la volonté d'un tiers<sup>119</sup> (article 1171 du Code civil). La condition mixte étant ainsi strictement comprise par le Code civil, la condition dépendant à la fois d'une des parties et du hasard ne pouvait, selon la majorité de la doctrine<sup>120</sup>, entrer dans cette catégorie. Elle est donc venue agrandir le champ de la condition potestative.

**19. Les conditions « purement » et « simplement » potestatives.** Cet élargissement de la condition potestative conduisit les auteurs à distinguer la condition « *purement* » potestative de celle « *simplement* » potestative<sup>121</sup>. Il s'agissait alors de « sauver » certaines conditions afin qu'elles ne tombent pas sous la prohibition de l'article 1174 du Code civil qui annule toute obligation contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige. Seule la condition « *purement* » potestative au pouvoir du débiteur était condamnée, celle

---

<sup>117</sup> R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, tome II, par Bugnet, 1861, 2<sup>ème</sup> éd., spéc., p. 94.

<sup>118</sup> M. LATINA, *Essai sur la condition...*, th. préc., n°298.

<sup>119</sup> Une partie de la doctrine du XIX<sup>ème</sup> siècle alla même jusqu'à exiger que le tiers en question fût déterminé, ce qui faisait donc entrer dans la catégorie des conditions potestatives celles dépendant de la volonté d'une des parties et de la volonté d'un tiers indéterminé. Cf. Cass. 30 août 1880, D. 1880, I, 464 : « *une condition même dépendant à certains égards de la volonté du donateur cesse de vicier la donation si le donateur ne peut l'accomplir ou la faire manquer qu'avec le concours de la volonté, soit du donataire, soit d'un tiers déterminé* ».

<sup>120</sup> G. BAUDRY-LACANTINERIE et J.-L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, tome II, n° 785.

<sup>121</sup> M.-L. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, tome 2, Paris, 1857, p. 68, n°6 et s. ; C. BUFNOIR, *Théorie de la condition dans les divers actes juridiques suivant le droit romain*, th. préc., p. 118 et s. ; Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, tome XXV, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, tome II, 1877, n°313 et s. ; Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de droit civil français*, tome 4, 1942, 6<sup>ème</sup> éd., n°302, p. 110 ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, volume 2, *Les biens. Les obligations*, PUF, Quadrige, 2004, 1<sup>ère</sup> éd., n°1051.

« *simplement* » potestative demeurait valable<sup>122</sup>. La première ne dépendait que du bon vouloir d'une des parties alors que la seconde résultait d'un acte ou d'un fait, certes soumis à la volonté d'une des parties, mais commandé par des circonstances extérieures<sup>123</sup>. Autrement dit, la condition purement potestative prohibée correspondait à la « condition » *si voluero* du droit romain, c'est-à-dire à un engagement « si je le veux », « si je le juge bon ». En revanche, la condition « simplement » potestative correspondait aux situations où l'événement-condition n'était pas une simple manifestation de volonté du débiteur, mais la réalisation d'un événement soumis au pouvoir du débiteur. Il s'agissait par exemple de s'engager « si je fais telle ou telle chose ». La distinction est subtile. Le raisonnement suivi était que seule la condition purement potestative de la part de celui qui s'oblige portait en réalité sur le consentement même du débiteur. Or, l'article 1108 du Code civil dispose, précisément, qu'une des conditions de validité des conventions est le consentement de la partie qui s'oblige. À défaut, il n'y a pas de convention. Ainsi, si une partie met son consentement sous condition purement potestative – « *si je veux* » – elle réserve son consentement, il ne peut donc y avoir d'obligation<sup>124</sup>, même suspendue. Ce qui n'est pas le cas d'une condition simplement potestative qui ne porte « que » sur un acte ou un fait que le débiteur doit réaliser et non directement sur son consentement<sup>125</sup> qu'il a déjà donné.

Mais, au fil du temps, il a paru nécessaire de condamner tant la « pure » que la « simple » potestativité du débiteur dans la mesure où, en définitive, la condition apparaissait à sa merci. Ainsi, la prohibition a peu à peu dépassé la seule condamnation des anciennes « conditions » *si voluero*. La finalité prêté à l'article 1174 du Code civil a évolué. Il ne s'est plus seulement agi de condamner les hypothèses de défaut initial de lien contractuel (anciennement *si*

---

<sup>122</sup> D'ailleurs, le terme de « *purement* » potestatif existait dans le projet du Code civil. Il avait été proposé, par le Tribunat, d'être remplacé par « *uniquement* » : « *Toute obligation est nulle lorsqu'elle dépend uniquement d'une condition potestative de la part de celui qui s'oblige* ». Mais ces propositions ne furent pas retenues. Cf. P.-A. FENET, *Recueil des travaux préparatoires...*, *op. cit.*, tome 13, p. 148.

<sup>123</sup> J.-J. TAISNE, *La notion de condition...*, th. préc., p. 123. Voir aussi P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome V, p. 370 et 583 ; A.-R. THÉODORESCO, *La théorie de la condition potestative...*, th. préc., p. 25.

<sup>124</sup> P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires*, *op. cit.* p. 240 ; F. BIGOT de PRÉAMENEU, in « Exposé des motifs » : « *Si la condition dépend de l'une des parties contractantes, si elle est la maîtresse de rompre ou de maintenir le lien que l'acte semble former, il n'y a point réellement d'obligation, l'obligation est nulle* » ; H. MAZEAUD, « Chronique de jurisprudence polonaise », RTD civ. 1939, p. 221, spéc. p. 5, n°7 : « *Donner un consentement sous condition potestative, ce n'est pas consentir* ».

<sup>125</sup> R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, *op. cit.*, p. 27 ; J.-J. TAISNE, *La notion de condition dans les actes juridiques...*, th. préc., p. 124.

*voluero*) – l'article 1108 du Code civil aurait d'ailleurs pu suffire à la tâche<sup>126</sup> – mais de combattre l'arbitraire<sup>127</sup> d'une partie sur une autre.

**20. Extension du champ d'application de l'article 1174 du Code civil.** Devenu moyen de lutte contre l'arbitraire, l'article 1174 du Code civil allait nécessairement étendre son champ d'application. Non seulement les conditions suspensives, mais également les conditions résolutoires peuvent désormais être concernées<sup>128</sup>. Plus encore, le risque

---

<sup>126</sup> M. LATINA, *Essai sur la condition...*, th. préc., n°306, 370 ; W. DROSS, « L'introuvable nullité des conditions potestatives », RTD civ. 2007, p. 701 ; J.-S. BORGHETTI, « Des obligations conditionnelles et à terme », in *Pour une réforme du régime général des obligations*, Dalloz, 2013, p. 64.

<sup>127</sup> J. GHESTIN, « L'indétermination du prix de vente et de la condition potestative (de la réalité du consentement à la protection de l'une des parties contre l'arbitraire de l'autre) », D. 1973 chron. p. 293 et « La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 du Code Civil », in *Études offertes à Axel WEILL*, Dalloz-Litec, 1983, p. 243,

<sup>128</sup> **La doctrine classique** (M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome VII, n° 1028 et s. ; Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, tome XXV, *op. cit.*, n° 328 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Traité de droit civil français* tome II, n° 1684 ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, volume 2, *Les biens, les obligations*, *op. cit.*, n°1051, p. 2156) **a longtemps considéré que l'article 1174 du Code civil ne s'appliquait pas aux conditions résolutoires. Elle considérait en effet que les termes même employés « Obligation [...] contractée sous condition » ne visaient que la condition suspensive** (d'autant que Pothier n'avait étudié la prohibition de la potestativité que sous l'angle des conditions suspensives) **et que le Code civil prévoyant lui-même des conditions résolutoires potestatives licites comme par exemple le pacte de réméré** (article 1659 du Code civil), **l'article 1174 ne s'appliquait pas aux conditions résolutoires** (Argument fallacieux : ce n'est pas parce que le code civil prévoit certaines facultés unilatérales de résolution qu'il pose un principe général de non-prohibition. Au contraire, il est plus logique de considérer qu'il s'agit d'exceptions à un principe d'interdiction).

Il est vrai que l'article 1184 du Code civil avait pu entretenir la confusion en considérant « *la condition résolutoire [comme] toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement* ». (Pour des auteurs classiques défendant cette position, cf. Ch. PAULIN, *La clause résolutoire*, LGDJ, 1996, note 1, p. 141). Mais le terme employé est en réalité malvenu. Il faudrait, pour qu'il y ait véritable condition, que l'événement considéré soit extrinsèque au contrat (sur ce point cf. supra n°16). Or, on peut difficilement trouver plus intrinsèque comme événement que l'inexécution par l'une des parties de ce à quoi elle s'était engagée (*Contra* F. PÉROCHON, *La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels*, thèse, Montpellier 1987, p. 138, note 81). De plus s'il s'agissait d'une véritable condition résolutoire, la survenance de l'événement devrait automatiquement entraîner la disparition du contrat et pourrait être invoquée par les deux parties (V. cpd. Th. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, th. préc., spéc. n° 96 et 99. L'auteur, tout en défendant la thèse selon laquelle l'article 1184 du code civil n'est pas une condition résolutoire, relativise la portée de ces deux arguments. Pour lui l'éventuelle « *option au bénéfice de l'une [des parties] entre le maintien du contrat et sa résolution pour le cas où l'événement mis « in conditione » surviendrait, [n'est pas] de nature à disqualifier le mécanisme pour considérer qu'il ne s'agit plus d'une condition* ». L'auteur ne trouve pas non plus « *absurde de penser qu'une condition puisse être stipulée dans l'intérêt exclusif d'une partie, ce qui impliquerait que seul l'intéressé puisse s'en prévaloir ou au contraire y renoncer laissant le sort du contrat sous la dépendance directe d'une manifestation de volonté de [la] part [du débiteur]* ». Mais ne s'éloigne-t-on pas exagérément du régime de la condition, qui veut que le contrat soit résilié dès lors que l'événement arrive ? Or, l'article 1184 en ses alinéas 2 et 3 précise « *Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts ; la résolution doit être demandée en justice [...]* ». Le fondement de la résolution pour inexécution ne peut

d'arbitraire pèse tout autant sur le débiteur que le créancier. Les réticences de la doctrine classique concernant la prohibition de la condition potestative dans les contrats synallagmatiques<sup>129</sup> n'ont plus de raison d'être. L'existence d'un contrat synallagmatique engendrant des obligations réciproques et interdépendantes ne suffit en effet pas toujours à empêcher l'arbitraire d'une partie sur une autre. La doctrine<sup>130</sup> comme la jurisprudence<sup>131</sup> ont ainsi fini par condamner la condition potestative au sein même du contrat synallagmatique. Pouvait ainsi se trouver condamnée la condition au pouvoir du créancier.

### **21. La confusion du champ d'application des articles 1174 et 1178 du Code civil.**

Parallèlement, les frontières entre condition mixte et condition potestative se brouillent.

Selon les hypothèses, les juges font fluctuer la qualification de la condition en cause. Si l'on prend l'exemple du contrat conditionné à l'obtention d'un prêt, le raisonnement est le

donc être trouvé dans le mécanisme de la condition résolutoire). En tout état de cause, la jurisprudence a admis l'application de l'article 1174 du Code civil aux conditions résolutoires. (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 octobre 2001, D. 2002, p. 2839, note D. MAZEAUD ; RTD civ. 2002, p. 97, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; JCP G. 2002, I, 134, obs. J. ROCHFELD), la doctrine contemporaine y étant dans l'ensemble favorable (Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations, op. cit.*, n°1314. ; J.-J. TAISNE, *La notion de condition...*, th. préc. et J.-Cl. *Civil, Code*, art. 1168-1174, fasc. unique, juin 2015 ; J. GHESTIN, *L'indétermination du prix de vente...*, art. préc. n° 15 ; S. VALORY, *La potestativité...*, th. préc., n°105 et s. ; Y. PAGNERRE, *L'extinction unilatérale des engagements*, éd. Panthéon-Assas, 2012, n°693 et s.).

Adde sur la question du fondement juridique de la résolution pour inexécution, et notamment la mobilisation de la cause : H. CAPITANT, *De la cause des obligations, contrats, engagements unilatéraux*, legs, Dalloz, 1923 ; R. CASSIN, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques et de ses relations avec le droit de la rétention, la compensation et la résolution*, thèse, Paris, 1914. *Contra* H., J., et L. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tome 2, volume 1, *Obligations, théorie générale* par F. CHABAS, Montchrestien, 1998, 9<sup>ème</sup> éd., spéc. n° 1089 [Ces auteurs présentent les fondements qui ont pu être invoqués : l'intention présumée des parties, la cause, l'interdépendance des obligations, pour les rejeter et admettre la résolution pour inexécution comme mode de réparation du préjudice causé au créancier] ; Th. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ, 2007, spéc. n° 108 et s.).

<sup>129</sup> La doctrine classique considérait que la condition, même purement potestative, ne pouvait pas être prohibée dans les contrats synallagmatiques car les parties étaient à la fois créancières et débitrices. L'idée était que le cocontractant ayant la maîtrise de la condition n'en userait que de manière réfléchie car, en rétractant son engagement, il perdrait l'avantage réciproque.

<sup>130</sup> J.-J. TAISNE, *La notion de condition dans les actes juridiques...*, th. préc., p. 147 et s.

<sup>131</sup> Cass. com., 23 septembre 1982, n° 81-10131, Bull. civ., IV, n° 284. Il s'agissait d'une promesse de vente d'un fonds dont le paiement du prix était subordonné à la réitération par le bénéficiaire de son intention de l'acquérir à l'expiration du contrat de gérance libre. Le promettant s'étant rétracté, le bénéficiaire agit en justice pour obtenir la réalisation de la promesse. Débouté en appel, il insista sur le caractère synallagmatique du contrat et sur le fait que les parties étant « *réciroquement créancières et débitrices, l'existence d'une condition potestative ne [pouvait] entraîner la nullité de la convention* ». Mais la Cour de cassation considéra que « *la condition faisait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qu'il était au seul pouvoir[du bénéficiaire de la promesse] de faire survenir ou d'empêcher, que [la cour d'appel avait] pu en déduire que la promesse de vente se trouvait atteinte de nullité par suite du caractère potestatif de cette condition* ».

suivant : l'intervention d'un tiers est nécessaire à la réalisation de l'événement-condition, la condition devrait donc être considérée comme « mixte », mais encore faut-il que le débiteur ait effectivement sollicité le tiers. Le débiteur ayant la maîtrise de la défaillance de la condition, celle-ci est potestative<sup>132</sup>. Une même condition pourra ainsi être considérée comme potestative – au sens de l'article 1174 du Code civil – ou au contraire échappera à cette qualification selon la manière dont se sera réalisé l'événement-condition<sup>133</sup>. Une telle solution n'est pas satisfaisante. C'est en réalité confondre le rôle des articles 1174 et 1178 du Code civil. Le premier considère l'obligation contractée sous condition potestative du débiteur comme nulle, le second répute accomplie la condition lorsque le débiteur en a empêché l'accomplissement. En d'autres termes, l'article 1174 du Code civil permet un contrôle du grief de potestativité au moment de la conclusion du contrat tandis que l'article 1178 du Code civil a vocation à s'appliquer lors du contrôle de la survenance ou non de l'élément-condition. La finalité même de l'article 1178 du Code civil étant justement de combattre l'arbitraire de celui obligé sous condition. Le glissement est alors inévitable. Le contrôle va dès lors s'opérer non au moment de la formation du contrat mais au moment de son exécution<sup>134</sup>. Plus encore,

---

<sup>132</sup> V. par ex. CA Paris, 15 mars 1974, JCP, 1974, II, 17786, note G. GOUBEAUX, arrêt qui annule comme condition purement potestative, la condition stipulant que le remboursement d'un prêt n'aura lieu qu'à la vente par l'emprunteur de son appartement. Le raisonnement est le suivant : si la réalisation de la vente nécessite bien la volonté d'un tiers acquéreur (condition mixte) encore faut-il que l'emprunteur mette en vente son appartement, et cela ne dépend que de lui (condition purement potestative). – Cass. com., 22 novembre 1976, JCP, 1978, II, 18903, note B. STEMMER, arrêt qui considère que « l'obligation soumettant un achat à la condition suspensive [d'obtention d'un prêt] doit être réputée mixte, les acquéreurs ayant l'obligation de solliciter le prêt ». *A contrario*, s'il n'y avait pas cette obligation de demander un prêt, la condition serait purement potestative. – Cass. civ., 8 octobre 1980, n°79-11992, préc. « [L'exigence] du consentement d'une tiers acquéreur, [ne suffisait pas] pour écarter le caractère potestatif de l'obligation de l'acheteur de payer le solde du prix, ce dernier n'ayant, à aucun moment, pris l'engagement de revendre et restant donc libre de le faire ou non ». *Contra* Cass. com., 9 juillet 1968, Bull. civ. IV, n° 228.

<sup>133</sup> Exemple : les clauses d'exigibilité immédiate de prêt liant un employeur à son salarié en cas de rupture du contrat de travail. La jurisprudence a réservé un sort différent à une telle clause selon que la rupture était imputable au salarié ou à l'employeur (plus précisément si le licenciement est ou non sans cause réelle et sérieuse. *infra* n°471 et s.). La validité de la condition résolutoire dépend de la manière dont elle s'est réalisée : TGI Paris, 9<sup>ème</sup> ch., 9 février 1990, Dr. ouvr. 1990, p. 246. – Cass. soc., 13 janvier 1999, n° 96-45138. – CA Versailles, 15<sup>ème</sup> ch., 3 novembre 1992, D. 1994, p. 284, note J. MOULY. – Cass. soc., 4 décembre 2002, RJS 2/03, n°189.

<sup>134</sup> Voir par ex. Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 16 octobre 2001, Bull. civ. I, n°257. En l'espèce, une clause des contrats conclus entre une clinique et plusieurs médecins prévoyait que « si la clinique 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, après avoir considéré que la clause n'était pas purement potestative (car ambiguë !), la Cour d'appel s'est penchée sur la situation de la clinique au moment de la mise en œuvre de la clause et a considéré que cette situation résultait de la pression d'événements économiques irrésistibles. Ainsi, les juges sont bien passés du contrôle au stade de la formation au contrôle au stade de l'exécution. *Adde* S. GJIDARA, « Le déclin de la potestativité dans le droit des contrats : le glissement jurisprudentiel de l'article 1174 à 1178 du Code Civil », LPA, 21 juin 2000, n°123, p. 4.

la confusion des articles 1174 et 1178 du Code civil va se ressentir au stade de la sanction à apporter à l'arbitraire considéré. L'article 1174 du Code civil est incompatible avec la reconnaissance d'un engagement, au contraire de l'article 1178 du Code civil. D'un côté le contrat n'existe plus, de l'autre, il se poursuit. Or, la sanction de l'article 1178 apparaît comme plus adéquate lorsqu'il s'agit, non de sanctionner un contrat en réalité inexistant, mais de combattre un arbitraire illégitime. La nullité de l'article 1174 outre le fait qu'elle est absolue et puisse donc être demandée par celui-là même qui possède un pouvoir sur l'événement-condition, porte en sus, sur l'obligation en sa totalité et non sur la seule condition. Par voie de conséquence, si les juges veulent condamner l'arbitraire, ils préféreront que le contrat perdure plutôt que de libérer celui qui, en tout état de cause, pouvait se désengager du contrat grâce à son pouvoir sur l'événement-condition. Il est vrai que les conséquences perverses de la nullité prévue à l'article 1174 pourraient être évitées s'il ne s'agissait plus de condamner l'engagement dans son ensemble, mais seulement la condition litigieuse. Cette dernière, considérée comme non écrite, aurait l'avantage de faire perdurer le contrat et de prohiber l'arbitraire d'une des parties. La jurisprudence empruntera parfois cette voie<sup>135</sup>. Mais c'est alors permettre, lorsque la condition répond à la définition de la condition *si voluero*, le « forçage » du consentement de la partie en cause, du moins lorsque la « condition » concerne une obligation essentielle du contrat. Lorsqu'elle ne touche qu'une obligation accessoire, la sanction du non écrit ou de la nullité partielle se conçoit davantage.

**22. Les contradictions.** La difficulté de la lecture contemporaine de la potestativité, est, qu'en faisant disparaître la distinction condition suspensive/résolutoire d'une part, et créancier/débitteur de l'autre, elle rend inintelligibles les hypothèses où la condition bien que purement potestative est valable. Comment légitimer par exemple, la promesse unilatérale ou

---

<sup>135</sup> Cf. Cass. civ., 3<sup>ème</sup>, 22 octobre 2015, D. 2015, p. 2478, note N. DISSAUX ; Dr. et patr., février 2016, n°255, p. 74, chron. Ph. STOFFEL-MUNCK ; JCP N. 2016, note M. MEKKI. Au visa de l'article 1168 du Code civil, la Cour de cassation affirme que « *la clause qui prévoit une condition portant sur un élément essentiel à la formation du contrat doit être réputée non écrite* ». Une telle solution n'est cependant pas si évidente. Qu'une telle clause ne réponde pas à la définition de la condition vue comme une modalité est certaine, mais elle répond à celle de « condition potestative » de l'article 1174 du Code civil dans la mesure où l'élément essentiel en question est le consentement. La sanction aurait dû être la nullité de l'engagement. Même sans passer par l'article 1174 du Code civil, l'article 1108 du Code civil aurait offert la même solution... (Il est, plus précisément, en réalité question d'inexistence). Si, au contraire, il fallait y reconnaître un réel mécanisme conditionnel, alors l'article 1178 du Code civil aurait permis de sanctionner la mauvaise foi du débiteur obligé.

V. d'ailleurs *contra* Cass. civ., 3<sup>ème</sup>, 2 mars 2004, n°02-20203 : la cour d'appel avait affecté de nullité la seule condition potestative, la Cour de cassation condamne cette solution en affirmant que « *l'obligation elle-même était affectée de nullité par l'effet de la condition potestative* ».

le pacte de préférence (c'est le créancier qui détient la *potestas*) ou les différents droits de retrait (il s'agit de condition résolutoire) sans revenir sur ces distinctions ? L'approche de la potestativité prohibée sous l'angle de l'arbitraire est-elle en définitive erronée ? Ce n'est pas certain, si on change de paradigme et que l'on quitte le giron des conditions pour celui du « droit » lorsqu'il s'agit, effectivement, d'octroyer de la *potestas* à l'une des parties.

### *B. De la condition potestative au droit potestatif*

**23. De la condition suspensive purement potestative au droit potestatif.** Plutôt que de remettre en cause le recours au mécanisme conditionnel lorsqu'était en cause une promesse unilatérale, la doctrine préféra distinguer selon que le titulaire de la *potestas* était le débiteur ou le créancier. Ce qui se heurte, on l'a vu, à l'approche contemporaine de la potestativité axée sur le combat contre l'arbitraire, puisqu'alors tant le débiteur que le créancier peuvent « abuser » de leur *potestas*.

N'aurait-il pas alors valu plutôt voir deux mécanismes concurrents ? D'une part, celui d'un véritable mécanisme conditionnel et, d'autre part, celui d'un véritable « droit » octroyé à l'une des parties ? Si l'on veut admettre qu'une partie puisse disposer d'un véritable pouvoir sur l'événement-condition, voire que sa volonté nue suffise, le concept de condition apparaît inadéquat<sup>136</sup>. Celui de droit potestatif doit être préféré. Ainsi, deux mécanismes coexisteraient. D'une part, celui de la condition qui n'a pas vocation à laisser à l'une des parties la maîtrise de l'événement, d'autre part, celui du droit potestatif qui octroie au contraire un pouvoir à l'une des parties. Le mécanisme conditionnel est alors étranger, non pas à toute volonté des parties, mais à ce que ces dernières puissent « négativement » influencer sur l'événement. L'hypothèse de la condition mixte est à ce titre exemplaire. Prenons le cas de la vente conditionnée à l'obtention d'un prêt. Si le prêt n'est pas obtenu du fait de la banque, rien ne pourra être reproché au débiteur. La vente ne produira aucun effet. Si, en revanche, l'absence de prêt est imputable au débiteur parce qu'il n'aurait pas effectué les démarches adéquates, alors la condition sera réputée accomplie en application de l'article 1178 du Code civil. Ce raisonnement peut être transposé aux conditions anciennement appelées « simplement » potestatives dans la mesure où les parties ont effectivement voulu conclure un contrat conditionnel et non offrir à l'une des parties un pouvoir de maîtrise. Ainsi, la condition « *si je vais à Paris* » peut être considérée comme licite si elle est comprise

---

<sup>136</sup> M. LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, th. préc. et « Articles 1304 à 1304-7 ... », art. préc. F. CHÉNEDÉ, « Charles Demolombe, la condition potestative (2<sup>ème</sup> partie) », art. préc.

comme « *je dois tout faire pour y aller* ». (obligation de moyen). Seuls des événements extérieurs, indépendants de la volonté du cocontractant, permettraient alors de libérer ce dernier (telle une grève des transports). En revanche, si les parties ont effectivement entendu octroyer un pouvoir à l'une des parties, alors c'est la figure du droit potestatif qu'il faut mobiliser. Demeure la question de sa licéité, autrement dit, de sa légitimité.

**24. De la condition résolutoire purement potestative au droit potestatif.** La difficulté posée par la condition résolutoire purement potestative est que, à la différence de l'ancienne condition *si voluero*, elle ne porte pas nécessairement sur le consentement. Ainsi la faculté unilatérale d'extinction<sup>137</sup> qui existe en dehors de toute faute au sein des contrats à durée indéterminée ne remet pas en cause le consentement initialement donné (ni, en principe, le contrat pour le passé). En revanche, les différents droits de rétractation : faculté de réméré<sup>138</sup>, clause de dédit<sup>139</sup>, droit de retrait de l'auteur d'une œuvre de l'esprit, droit de repentir du consommateur<sup>140</sup> etc. paraissent bien revenir sur le consentement initial donné au contrat

---

<sup>137</sup> Ph. DELEBECQUE, « Le droit de rupture unilatérale du contrat : genèse et nature », in *dossier Rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir*, Dr. et patr., 2004, n° 126, p. 56 et L. AYNÈS, « Le droit de rompre unilatéralement : fondement et perspectives », in *dossier Rupture unilatérale du contrat*, *ibid.*, p. 64.

<sup>138</sup> Article 1659 du Code civil : « *La faculté de rachat est un pacte par lequel le vendeur se réserve de reprendre la chose vendue, moyennant la restitution du prix principal et le remboursement dont il est parlé à l'article 1673* ».

<sup>139</sup> V. Y. DAGORNE-LABBE, *Contribution à l'étude de la faculté de dédit*, thèse, Paris II, 1984 ; L. BOYER « La clause de dédit », in *Mélanges offerts à Pierre RAYNAUD*, Dalloz Sirey, 1985, p. 41.

<sup>140</sup> Voir dans le Code de la consommation les articles L. 121-20 sur les contrats à distance, L. 121-25 sur le démarchage à domicile, L. 121-64 sur la jouissance d'immeuble à temps partagé, L. 311-15 sur le crédit à la consommation. Dans le Code monétaire et financier : L. 341-1 à L. 342-3 sur le démarchage financier, voir également l'article L. 444-8 du Code de l'éducation sur l'enseignement à distance, l'article L. 132-5-1 du Code des assurances sur l'assurance sur la vie, l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation sur l'acquisition ou la construction d'un immeuble à usage d'habitation au moyen d'un acte sous seing privé, l'article L. 145-58 du code de commerce octroyant un droit de repentir au bailleur (cf. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 18 mai 2004, AJDI 2004, n°12, p. 884, obs. Ch. DENIZOT. – Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 30 novembre 2005, la Revue des Loyers, 2006, n° 864, obs. J. PRIGENT) et l'art. 6, II, de la loi n°89-421 du 23 juin 1989 sur le courtage matrimonial.

Nous sommes bien dans des hypothèses où le contrat est réputé conclu dès l'accord entre les parties – la formation du contrat n'est pas reportée – simplement l'une d'entre elle dispose, pendant un temps limité, d'une possibilité de revenir sur son consentement. Il ne s'agit donc pas de les confondre avec les « délais de réflexion » imposés parfois par le législateur et qui repoussent la conclusion du contrat définitif après l'expiration d'un certain délai. Pour autant, il est possible que pendant la durée où le repentir est possible, les effets du contrat (ou certains) soient suspendus. V. par ex. : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 février 1996, LPA, 14 août 1996, n° 98, p. 32, note M.-F. STEINLÉ-FEUEBACH.

Sur ces droits de repentir, cf. R. BAILLOD, « Le droit de repentir », RTD civ. 1984, p. 227 et s ; E. BAZIN, « Le droit de repentir en droit de la consommation », D. 2008, p. 3028 ; Ph. BRUN, « Le droit de revenir sur son engagement », Dr. et patr. 1998, n° 60, p. 78.

originel<sup>141</sup>. Faudrait-il alors distinguer de la « fausse » condition qui « retirerait » effectivement le consentement initial, la « vraie » condition qui ne remettrait pas en cause ce consentement originel ? Dans la première hypothèse, la « condition » n'étant pas une véritable condition au sens de modalité, devrait être préféré le recours au concept de droit potestatif. En revanche, dans la deuxième hypothèse, qui correspond en réalité aux contrats à exécution successive n'étant détruits que pour l'avenir, se pose la question de savoir s'il ne s'agirait pas, effectivement, d'une réelle condition<sup>142</sup> au sens de modalité. On sait que le principe de rétroactivité de la condition<sup>143</sup> posée par l'article 1179 du Code civil n'est pas d'ordre public<sup>144</sup>. La rétroactivité n'est donc pas un élément de qualification de la condition. Dès lors, la faculté de résiliation unilatérale serait bien une condition purement potestative résolutoire. Mais si l'on veut exclure du mécanisme conditionnel les hypothèses où les parties ont effectivement permis que l'une d'entre elles (ou les deux) puisse imposer sa volonté à l'autre, alors le recours au concept de droit potestatif est préférable. Sans aller jusqu'à retenir l'idée prônée par certains<sup>145</sup> que l'extériorité de la condition ne concerne pas seulement le contrat mais également les parties, il s'agit de comprendre que, dans le cadre de la condition, la volonté même de celui pouvant effectivement influencer sur l'événement-condition n'est pas libre. Au contraire, elle se doit d'être dirigée vers l'accomplissement de la condition si celle-ci est suspensive, ou son non-accomplissement si elle est résolutoire. En revanche, la finalité même du droit potestatif est bien d'octroyer à l'un des cocontractants un pouvoir. Les facultés de résiliation unilatérale, au même titre que les divers droits de rétractation, doivent être analysées comme des droits potestatifs.

---

<sup>141</sup> Infra n°219 et s.

<sup>142</sup> Rappr. Cass. civ., 2 mai 1900, D. 1900, 1, 392 ; S. 1901, 1, 217, note A. WAHL qui n'analyse pas « *la faculté que le directeur d'un théâtre s'est réservée dans le contrat d'engagement d'un artiste, de résilier sans indemnité ledit contrat à la fin du premier mois, tous les trois mois et à la fin de chaque saison* » comme une condition potestative au sens de l'article 1174 du Code civil « ladite clause ne port[ant] aucune atteinte à l'efficacité de [l']obligation dont elle limite éventuellement la durée ».

<sup>143</sup> Pour la problématique concernant la rétroactivité de la condition, plus particulièrement suspensive voir : N. PONTANA, *De la rétroactivité de la condition*, thèse, Montpellier, 1900 ; R. FILDERMAN, *De la rétroactivité de la condition dans les conventions*, thèse, Paris, 1935 ; J.-J. TAISNE, *La notion de condition ...*, th. préc. spéc. n° 270 et s. ; M. LATINA, *Essai sur la condition...*, th. préc. spéc. n°659 à 281.

<sup>144</sup> Cass. req., 10 février 1925, S. 1925, 1, p. 61. – Cass. civ., 10 mars 1954, Bull. civ. I, n° 93. – Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 avril 1970, Bull. civ. I, n° 148 ; JCP G. 1971, II, 16674, note J. MOURGEON.

<sup>145</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil*, volume 2, *Les biens. Les obligations*, op. cit. n° 2154 ; J.-J. TAISNE, *La notion de condition...*, th. préc., n°68 ; J. GHESTIN et B. DESCHE, *La vente*, LGDJ, 1990, n°598 ; B. CÉLICE, *Les réserves et le non-vouloir dans les actes juridiques*, Dalloz, 1968, n° 411.

**25. Réforme du droit des obligations.** L'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations et entrant en vigueur en octobre 2016, fait disparaître le terme de « condition potestative » du Code civil, mais continue de condamner les anciennes « conditions » *si voluero* du droit romain : « *Est nulle l'obligation contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur* »<sup>146</sup>. Même sans employer le mot, on peine à se détacher de la condition purement potestative. On peut le regretter.

### C. Le concept de droit potestatif

**26. L'avènement du droit potestatif.** Le concept même de droit potestatif provient de la doctrine étrangère : italienne, suisse et allemande<sup>147</sup>. La traduction des termes employés renvoie au vocable soit de droit potestatif (*diritto potestativo* en Italie) soit de droit formateur (en Suisse et en Allemagne : *Gestaltungsrecht*<sup>148</sup>). Son introduction dans la doctrine française date de la fin des années 1940<sup>149</sup>. Il s'agissait de rendre compte des hypothèses où la distinction droit réel, droit personnel n'apparaissait pas satisfaisante<sup>150</sup>. Les droits potestatifs étant définis comme « *des pouvoirs par lesquels leurs titulaires peuvent agir sur les situations juridiques préexistantes, en les modifiant, les éteignant ou en en créant de nouvelles, au*

<sup>146</sup> Nouvel article 1304-2 du Code civil.

<sup>147</sup> I. NAJJAR, *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, LGDJ, 1967 ; S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, PUAM, 1999, n°6 ; A. DUCROCQ, *Recherches sur la notion de droit potestatif*, mémoire, Lille II, 2000, p. 7.

<sup>148</sup> Le droit suisse distingue les droits de jouissance (qui tendent directement à la jouissance d'un avantage. On parle également de droits primaires) des droits de compétence (droits secondaires). Ces derniers sont ceux qui permettent à leur titulaire d'organiser ses relations juridiques par simple manifestation de volonté. Les droits de compétence se subdivisent en deux, les droits formateurs d'une part (définis comme les droits par lesquels une personne peut modifier en sa faveur une situation juridique préexistante par manifestation unilatérale de volonté) et les droits de gestion d'autre part (regroupant les droits de représentation). Cf. P. ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse*, Stämpfli Editions SA Berne, 1997, 2<sup>ème</sup> éd. *Adde* sur les droits formateurs : L. L'HUILLIER, *La notion du droit formateur en droit privé suisse*, thèse, Genève, 1947 ; G. VIONNET, *L'exercice des droits formateurs*, thèse, Lausanne, 2008.

En Allemagne, avant d'employer le terme de *Gestaltungsrecht* (SECKEL en 1903) traduit par « droit formateur », était utilisé celui de *Rechte des rechtlichen Könnens* que l'on peut traduire par « droit des compétences juridiques » dans la mesure où ce sont des droits qui « *offrent la compétence de provoquer des effets juridiques* ». Cf. P. PICHONNAZ et A. NUSSBAUMER, « Garantie pour les défauts en matière de consortium de construction » in *Avec un accent sur la société simple, Mélanges en l'honneur de Walter A. STOFFEL*, Schulthess, p. 51 et s. spéc. p. 58. Est également cité le vocable de *KannRechte* (en ce sens I. NAJJAR, *Le droit d'option...*, th. préc.).

<sup>149</sup> L. BOYER, *La notion de transaction. Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, thèse, Toulouse, 1947 ; « Les promesses synallagmatiques de vente, contribution à la théorie des avants-contrats », RTD civ. 1949, p. 1 et spéc., p. 26.

<sup>150</sup> L. BOYER, « Les promesses synallagmatiques de vente, contribution à la théorie des avants-contrats », RTD civ. 1949, p. 1.

*moyen d'une activité propre unilatérale* »<sup>151</sup>. Les droits potestatifs ont cependant peine à s'imposer en droit interne. Il faudra attendre les années 1970<sup>152</sup> pour qu'ils prennent de l'ampleur et s'installent définitivement dans le paysage juridique français<sup>153</sup>. Les auteurs y recourant en particulier lorsqu'il s'agit d'étudier les droits d'option<sup>154</sup> ou certaines ruptures du contrat : résiliation, rétractation *etc*<sup>155</sup>. Les relations contractuelles sont ainsi le terrain privilégié de leur étude. Non sans paradoxe, car le droit potestatif permet à un cocontractant d'imposer sa volonté à l'autre en créant, modifiant ou éteignant une relation contractuelle qui, par définition, nécessite le consentement des parties en cause. Dès lors, reconnaître dans un mécanisme la figure du droit potestatif ne le justifie pas nécessairement.

**27. Le droit potestatif, droit médiat.** Portant ni sur une chose (droit réel) ni sur une personne (droit personnel) mais sur une situation juridique, le droit potestatif serait insusceptible de violation ou d'inexécution. Dès lors qu'une simple manifestation du titulaire suffit à changer la situation juridique considérée, le droit potestatif s'écarte effectivement de la classification traditionnelle droits réels/droits personnels<sup>156</sup>. Néanmoins, de la situation

---

<sup>151</sup> Les auteurs reprenant ici la définition donnée par G. MESSINA. Cf. L. BOYER, « Les promesses synallagmatiques de vente ... », art. préc. ; I. NAJJAR, *Le droit d'option...*, préc., spéc. n° 98 à 102 ; S. VALORY, *La potestativité...*, préc., n°32.

<sup>152</sup> I. NAJJAR, *Le droit d'option...*, th. préc. ; B. HOUIN, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, thèse, Paris II, 1973 ; C. SAINT-HALARY-HOUIN, *Le droit de préemption*, LGDJ, 1979, p. 461.

<sup>153</sup> F. HAGE-CHAHINE, « Essai d'une nouvelle classification des droits privés », RTD civ. 1982, p. 705, n° 48 et s. ; S. VALORY, *La potestativité...*, th. préc., J. ROCHFELD, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », in *Le contrat au début du XXI<sup>ème</sup> siècle, Études offertes à Jacques GHESTIN*, LGDJ, 2000, p. 746. ; A. DUCROCQ, *Recherches sur la notion de droit potestatif*, mémoire préc. ; C. POMART-NOMDÉDÉO, « Le régime juridique des droits potestatifs en matière contractuelle, entre unité et diversité », RTD. civ. 2010, p. 209.

<sup>154</sup> Ex. : F. COLLART-DUTILLEUL, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, Sirey, 1988, n°252 et s.

<sup>155</sup> Cf. not. R. BAILLOD, « Le droit de repentir », RTD civ. 1984, p. 227 ; L. BOYER, « La clause de dédit », art. préc. ; Ch. PAULIN, *La clause résolutoire*, th. p, n° 163 ; S. MIRABAIL, *La rétractation en droit privé français*, LGDJ, 1997 ; D. BOSCO, *Le droit de rétractation. D'un aspect des rapports du droit de la consommation et du droit commun des contrats*, mémoire, Aix-Marseille, 1999, n°91 et s. ; C. CHABAS, *L'inexécution licite du contrat*, LGDJ, 2002.

<sup>156</sup> Un auteur s'intéressant aux droits potestatifs en matière contractuelle a cependant pu nuancer la distinction en considérant que lorsque le droit potestatif permet une modification du contenu obligationnel du contrat, « *le contractant agit sur une chose, en l'occurrence une obligation* ». Cf. C. POMART-NOMDÉDÉO, « Le régime juridique des droits potestatifs en matière contractuelle... », art. préc.

Au demeurant, la distinction droit réel/droit personnel a souffert de plusieurs critiques. Cf. not. J. ROCHFELD, « Les droits subjectifs », in *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2013, p. 150 et s. spéc. p. 15 et s.

juridique modifiée naît en principe un droit réel ou un droit de créance<sup>157</sup> au profit du bénéficiaire du droit. Ce dernier sera alors à même de réclamer l'exécution d'obligations ou faire usage d'un droit réel, lesquels pourront, eux, faire l'objet de violations. Ce qui importe alors en réalité est que le droit potestatif se présente comme un « intermédiaire ». Son caractère « secondaire »<sup>158</sup> doit être souligné. Le droit potestatif n'est pas une fin en soi, il est le moyen d'aboutir à une nouvelle situation juridique. La distinction du droit suisse entre droits primaires et droits secondaires<sup>159</sup> est ici pertinente. Ou, pour reprendre une autre terminologie doctrinale, la distinction entre les droits médiats et les droits immédiats<sup>160</sup>.

**28. La portée du droit potestatif.** Le concept de droit potestatif n'a pas échappé à certaines critiques<sup>161</sup> notamment en ce qui concerne sa portée<sup>162</sup>. Il est vrai qu'il paraît englober nombre d'hypothèses hétéroclites. Sont souvent cités le droit à la mitoyenneté d'un mur, le droit de préemption, le droit d'option, le droit d'agir en justice, les droits de rétractation, le droit de fixer unilatéralement le prix, le droit de résiliation unilatérale *etc*<sup>163</sup>. De nombreuses branches du droit sont ainsi concernées : droit des biens, de la famille, des obligations, des successions, de la consommation, judiciaire... Tant la loi, la jurisprudence que le contrat apparaissent source de droits potestatifs. Un tel tableau rend difficilement possible une cohérence d'ensemble. Les droits évoqués renvoient à des réalités trop disparates, et, partant, à des régimes trop éloignés pour qu'il soit utile d'envisager une étude globale. D'autant plus que la définition donnée de la « situation juridique » sur laquelle porte le droit potestatif apparaît vaste. Roubier la définit comme un « *complexe de droits, de devoirs, de prérogatives et de charges qui se créent autour d'un fait, ou d'un état ou d'un*

---

<sup>157</sup> Y. PAGNERRE, *L'extinction unilatérale des engagements*, th. préc., n° 674, p. 692.

<sup>158</sup> G. MICHAELIDES-NOUAROS, « L'évolution récente de la notion de droit subjectif » RTD. civ. 1966, p. 216, spéc. p. 225. L'auteur distingue entre le droit primaire d'existence autonome et indépendante et le droit secondaire servant à protéger et faire valoir des droits primaires.

<sup>159</sup> G. VIONNET, *L'exercice des droits formateurs*, thèse, Lausanne, 2008.

<sup>160</sup> F. HAGE-CHAHINE, « Essai d'une nouvelle classification des droits privés », art. préc. L'auteur propose d'abandonner la classification droit réel/droit personnel pour celle de droits à réalisation immédiate/droits à réalisation médiante. Les premiers ne nécessiteraient aucun intermédiaire pour leur réalisation, au contraire des seconds.

<sup>161</sup> Voir not. sur l'inutilité de la notion : Ch. LARROUMET et S. BROS, *Les obligations, le contrat*, tome 3, *Les obligations. Le contrat*, Economica, 2014, 7<sup>ème</sup> éd., n°11.

<sup>162</sup> R. LIBCHABER, obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 mai 2006, Rep. Defrénois, 2006, p. 1220 et obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 octobre 2001, Rep. Défrénois, 2002, p. 251 ; Ph. DELEBECQUE, note sous Cass. com., 7 décembre 2004, D. 2005, p. 2392.

<sup>163</sup> S. VALORY, *La potestativité...*, th. préc., n°53 et s. ; A. DUCROCQ, *Recherches sur la notion de droit potestatif*, mémoire préc., p. 9.

*acte lequel engendre des effets juridiques* »<sup>164</sup>. Le droit potestatif s'exerçant par une manifestation unilatérale de volonté, le risque est également de découvrir de la potestativité à chaque fois que s'exprime un certain unilatéralisme. Néanmoins, le lien de sujétion, caractéristique du droit potestatif, ainsi que sa nature de droit subjectif permettent d'en circonvenir le champ.

**29. Le lien de sujétion, caractéristique du droit potestatif.** Le droit potestatif se caractérise par un lien de sujétion<sup>165</sup> entre un « sujet actif » et un « sujet passif ». Ce lien commande que le sujet passif n'ait pas à donner son accord au moment où le sujet actif manifeste sa volonté. Celui-là doit subir, il ne peut s'opposer à la décision du bénéficiaire. Il doit *laisser faire*. Le « sujet passif » est ainsi « *tenu de subir l'empiètement sur sa sphère juridique* »<sup>166</sup>, il ne peut s'opposer au changement. Le titulaire du droit, ou « sujet actif », peut ainsi modifier unilatéralement une situation juridique intéressant autrui. Autrement dit, il peut imposer sa volonté à l'autre. Il faut dès lors exclure de la notion de droit potestatif les hypothèses où l'acte unilatéral – expression de l'exercice du droit potestatif – porterait sur la seule situation juridique de son auteur. Une renonciation par exemple n'est pas un droit potestatif. Et ce, même si elle permet ultérieurement le bénéfice d'un droit pour autrui, ce qui est souvent le cas en matière de succession et d'assurance-vie. Mais on rejoint ici une autre caractéristique du droit potestatif, celle d'être octroyé dans l'intérêt de son bénéficiaire.

**30. Le droit potestatif, droit subjectif.** La référence à l'intérêt du détenteur du droit renvoie à la figure du droit subjectif – par opposition au Droit objectif<sup>167</sup> – entendue comme « *prérogative individuelle conférée à un sujet de droit* »<sup>168</sup>. La terminologie de « droit subjectif » demeure assez tardive puisqu'elle date du XIX<sup>ème</sup> siècle. Le concept serait néanmoins plus ancien. Il remonterait à Scot (1266-1308) et d'Occam (1285-1349)<sup>169</sup>,

---

<sup>164</sup> P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Sirey, 1963, rééd. Dalloz, 2005, p. 138.

<sup>165</sup> F. HAGE-CHAHINE, « Essai d'une nouvelle classification des droits privés », art. préc. L'auteur distingue les droits de créance caractérisés par un lien d'assujettissement patrimonial, les droits injonctifs caractérisés par un lien de charge et les droits potestatifs caractérisés par un lien de sujétion ; S. VALORY, *La potestativité...*, th. préc., n°7.

<sup>166</sup> I. NAJJAR, *Le droit d'option...*, th. préc.

<sup>167</sup> « Ensemble de règles de conduite socialement édictées et sanctionnées [*s'imposant*] aux membres de la société » : G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2010, 10<sup>ème</sup> éd., V° Droit objectif.

<sup>168</sup> D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, V° Droit subjectif.

<sup>169</sup> M. VILLEY, « La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam », in *Le droit subjectif en question*, Arch. Phil. dr., t. 9, 1964, p. 97 et *Philosophie du droit. Définition et fins du droit. Les moyens du droit*, 1984-1986, rééd. Dalloz, 2001, n°80 ; R. MASPETIOL, « Ambiguïté du droit subjectif :

héritiers de la pensée théologique judéo-chrétienne<sup>170</sup>. Le droit subjectif traduit ainsi la fracture entre la pensée aristotélicienne antérieure et la pensée nominaliste du XIV<sup>ème</sup> : « *Un nouveau rapport [...] s'instaure entre le sujet et l'objet, entre l'homme doué de raison et de volonté et la nature qui l'entourne* »<sup>171</sup>. Alors que dans la philosophie réaliste « *le primat était accordé à l'objet qui s'imposait extérieurement à la conscience du sujet, [dans la philosophie nominaliste] le réel n'existe plus objectivement en soi. Il n'existe plus qu'à travers le prisme de la pensée et de la volonté du sujet* »<sup>172</sup>. L'homme désormais libre de s'autodéterminer est libre d'exercer ses choix. Sa volonté prend alors une place prépondérante<sup>173</sup>. Les droits subjectifs sont aujourd'hui au cœur de notre système juridique<sup>174</sup>. Le droit potestatif en octroyant une prérogative unilatérale s'exerçant à l'encontre d'autrui serait donc un droit subjectif. Une telle qualification permet de le distinguer d'autres notions dont il peut paraître proche.

**31. Droit subjectif et liberté.** En tant qu'attribut du sujet, le droit subjectif n'a pas besoin d'autrui<sup>175</sup>. Mais si on veut le distinguer de la liberté, alors cet « autre » est nécessaire à l'expression du droit subjectif, à son opposabilité<sup>176</sup>. La liberté, au contraire, est une infinité de possibilités offertes au sujet. Il s'agit, en d'autres termes, de la « *possibilité même d'agir, avec ou sans les tiers, avec ou sans extériorisation de l'action* »<sup>177</sup>.

---

métaphysique, technique juridique ou sociologique », in *Le droit subjectif en question*, Arch. Phil. dr., t. 9, 1964, p. 71 ; Ch. ATIAS, *Philosophie du droit*, PUF, 2012, 3<sup>ème</sup> éd., n°59, p. 256.

Pour Dabin au contraire, le droit subjectif remonte au droit romain (J. DABIN, « Droit subjectif et subjectivisme juridique », in *Le droit subjectif en question*, Arch. Phil. dr., t. 9, 1964, 17).

<sup>170</sup> L'universalisme de la pensée judéo-chrétienne annonce la philosophie individualiste ultérieure. Scot et d'Occam s'opposent néanmoins à la pensée de saint Thomas d'Aquin.

<sup>171</sup> A. VIALA, *Philosophie du droit*, Ellipses, 2010, p. 32.

<sup>172</sup> A. VIALA, *Philosophie du droit, op. cit., ibid.*

<sup>173</sup> C'est d'ailleurs dans ce courant que s'inscrivent les théories contractuelles du pouvoir politique achevées par Rousseau.

La thèse contractuelle a d'abord été développée au XVI<sup>ème</sup> siècle par des auteurs calvinistes. Ceux-ci avançaient « qu'un contrat aurait été passé à l'origine entre le futur prince et ses futurs sujets aux termes duquel les seconds devaient obéissance au premier tandis que celui-ci s'engageait à respecter leur volonté » : cf. A.-M. LE POURHIET, *Droit constitutionnel*, Economica, 2014, 6<sup>ème</sup> éd., p. 11.

Rousseau substituera le respect de la volonté générale à l'obéissance au prince. Cf. J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social ou principes du droit politique*, Amsterdam, 1762. L'idée est que les individus, les citoyens consentent au pouvoir étatique via le « contrat social ».

<sup>174</sup> Ils pâtissent néanmoins de la prolifération des « droits à... » (sur les « droits à ... » v. not. D. COHEN, « Le droit à... », in *L'avenir du droit, Mélanges en l'honneur de François TERRÉ*, Dalloz, 1999) et subissent l'influence de la « fondamentalisation » du Droit.

<sup>175</sup> M. VILLEY, *Philosophie du droit...*, op. cit.

<sup>176</sup> Sur l'altérité nécessaire, cf. J. DABIN, *Le droit subjectif*, 1952, rééd. Dalloz, 2007, p. 93 et s.

<sup>177</sup> D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.*, V<sup>o</sup> Droit subjectif.

**32. Droit subjectif et pouvoir juridique.** Le droit subjectif s’opposerait également au concept de pouvoir au sens juridique. Il importe ici de préciser le sens des mots. Les auteurs comme Guillaume d’Occam ou Grotius, emploient bien le terme de *potestas* (pouvoir) dans leur définition du droit individuel pour l’un<sup>178</sup> ou droit « strict » pour l’autre<sup>179</sup>. Le droit subjectif, qui n’en porte pas encore le nom, est considéré comme un « *pouvoir du sujet individuel* »<sup>180</sup>. Le terme de « pouvoir » est ici utilisé en son sens générique. De nombreux auteurs le mettent alors au centre de leur définition. Il suffit de citer Windscheid (« *pouvoir de volonté* »<sup>181</sup>), Saleilles (pouvoir « *caractéristique même du droit subjectif* »<sup>182</sup>), Ripert (« *pouvoir égoïste* »<sup>183</sup>) et Dabin (« *appartenance-maîtrise* »<sup>184</sup>) pour en être convaincu. D’autres, en revanche, verront le droit subjectif en premier lieu comme un avantage du sujet et le définiront dès lors comme un « *intérêt juridiquement protégé* » (Ihering)<sup>185</sup>. Ces différentes propositions prennent sens dans le contexte philosophique dans lequel elles s’inscrivent et la place donnée à la volonté même du sujet. Mais en insistant sur le droit subjectif à l’avantage de son titulaire, exercé dans son propre intérêt, c’est permettre – comme en écho à la théorie de Josserand distinguant les droits à esprit altruiste et les droits à esprit égoïste<sup>186</sup> – de parvenir à la distinction entre le droit subjectif et le pouvoir juridique par référence à l’intérêt dans lequel ils sont exercés<sup>187</sup>. L’utilisation du terme prérogative<sup>188</sup> dans son sens générique étant préférée, le pouvoir (juridique) est alors défini comme la prérogative conférée à un individu « *dans un intérêt partiellement distinct du sien propre* » tandis que le

<sup>178</sup> Cf. not. M. VILLEY, *Leçons d’histoire de la philosophie du droit*, 1962, rééd. Dalloz, 2002 et « La genèse du droit subjectif chez Guillaume d’Occam », art. préc.

<sup>179</sup> H. GROTIUS définissait le droit comme une « qualité morale » de l’individu. (« *qualitas moralis personae competens ad aliquid juste habendum vel agendum* » : qualité morale d’une personne en vertu de quoi elle peut avoir ou faire certaines choses). En tant que *facultas* (par opposition à *aptitudo* compris comme simple mérite ou capacité) « *le droit comporte le pouvoir (potestas) sur soi-même (libertas), ou sur autrui, la propriété (dominium) pleine et entière ou imparfaite ainsi que la faculté d’exiger ce qui est dû par autrui* » : Y.-Ch. ZARKA, *L’autre voie de la subjectivité. Six études sur le sujet et le droit naturel au XVII<sup>ème</sup> siècle*, Beauchesne, 2001, p. 86.

<sup>180</sup> M. VILLEY, « La genèse du droit subjectif... », art. préc.

<sup>181</sup> Cf. D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., V° Droit subjectif.

<sup>182</sup> R. SALEILLES, *De la personnalité juridique, Histoire et théorie. Vingt-cinq leçons d’introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques*, 1910, Dalloz, rééd. 2003, p. 546.

<sup>183</sup> G. RIPERT, « Abus ou relativité des droits : à propos de l’ouvrage de M. Josserand : De l’esprit des droits et de leur relativité », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1929, p. 62.

<sup>184</sup> Maîtrise en tant que pouvoir de libre disposition de la chose, objet du droit : J. DABIN, *Le droit subjectif*, op. cit. p. 93.

<sup>185</sup> D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., V° Droit subjectif.

<sup>186</sup> Infra n°164.

<sup>187</sup> Thèse de E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985.

<sup>188</sup> P. ROUBIER, « Les prérogatives juridiques », *Arch. phil. dr.*, t. 5, 1960, p. 65.

droit subjectif est conféré dans l'intérêt exclusif de son titulaire<sup>189</sup>. Possèdent donc des pouvoirs (juridiques), et non des droits subjectifs, les mandataires, les parents, les époux ou les dirigeants sociaux<sup>190</sup>.

**33. Droit potestatif et pouvoir juridique.** Dans la mesure où le droit potestatif est un droit subjectif, l'opposition droit subjectif/pouvoir juridique se retrouve entre le droit potestatif et le pouvoir juridique.. Autrement dit, la faculté d'imposer sa volonté à autrui, procédera, selon l'intérêt concerné, soit du droit potestatif, soit du pouvoir juridique.

**34. De la licéité des droits potestatifs.** La problématique de la licéité des droits potestatifs se pose surtout dans les hypothèses de droits d'origine contractuelle. Lorsque c'est la loi qui en est la source, la question ne se pose guère. Certains paraîtront même justifiés parce que comportant des contreparties (faculté de réméré<sup>191</sup>, droit de retrait de l'auteur d'une œuvre de l'esprit<sup>192</sup>), d'autres, davantage récents, se justifieront par un souci de protection (résiliation du bail d'habitation<sup>193</sup>, droits de rétractation du droit de la consommation<sup>194</sup>). Leur légitimité ne peut alors *a priori* pas être remise en cause. Quant aux droits potestatifs octroyés par la jurisprudence telle la fixation unilatérale du prix<sup>195</sup>, la question de leur légitimité ne se posera pas au stade de leur existence mais au stade de leur exercice. L'abus de droit servant alors de garde-fou. En revanche, en ce qui concerne les droits potestatifs instaurés par le contrat lui-même, la question de leur licéité se pose avec acuité. En effet, le contrat apparaît de prime abord difficilement conciliable avec un droit potestatif qui, rappelons-le, offre à l'une des parties la possibilité de modifier, créer, ou d'éteindre unilatéralement la situation juridique d'autrui. Il en est du moins ainsi lorsque le droit potestatif est adjoint au contrat<sup>196</sup>. Lorsqu'il est l'objet même d'un contrat (promesse unilatérale, pacte de préférence) il ne semble guère présenter de difficulté. En revanche, lorsqu'il a comme finalité de modifier le contenu même d'un contrat préexistant, des limites inhérentes à ce dernier telle la force

<sup>189</sup> E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, *passim*. not. n°3, 166, 253.

<sup>190</sup> D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, V° Droit subjectif.

<sup>191</sup> Articles 1659 et 1673 du Code civil.

<sup>192</sup> Article L. 121-4 du Code de la propriété intellectuelle. (Indemnisation du préjudice subi et droit de priorité offert au cessionnaire initial).

<sup>193</sup> Article 12 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986.

<sup>194</sup> Articles L. 121-21 et s. du Code de la consommation.

<sup>195</sup> *Infra* n°87.

<sup>196</sup> J. ROCHFELD, « Les droits potestatifs... », art. préc. L'auteur distingue le droit potestatif, objet d'un contrat, du droit potestatif adjoint au contrat. Cf. *infra* n°42.

obligatoire (article 1134 du Code civil), ou l'exigence d'un objet déterminé ou déterminable objectivement dès la conclusion du contrat (article 1129 du Code civil) paraissent autant d'obstacles à la reconnaissance même de droits potestatifs. S'y ajoutent éventuellement les règles spéciales d'un contrat « déséquilibré ». Dans un contrat où est par définition assumé l'ascendant de l'un sur l'autre, il est évident que l'ajout de *potestas* doit être particulièrement contrôlé. En témoigne la réglementation des clauses abusives en droit de la consommation. L'ordonnance de 2016 consacre d'ailleurs la condamnation de « toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties [à un contrat d'adhésion] »<sup>197</sup>. Et, en droit du travail ?

### III. Les droits potestatifs dans le contrat de travail

35. *Le pouvoir de l'employeur : pouvoir juridique ou droit potestatif ?* La figure de l'employeur paraît inévitablement renvoyer au concept de pouvoir<sup>198</sup>. Il n'est qu'à ouvrir les manuels du droit du travail pour affirmer que le pouvoir (voire les pouvoirs) de l'employeur est présenté comme l'envers de la subordination du salarié. Le pouvoir de l'employeur fait ainsi l'objet d'études<sup>199</sup>. On a pu voir comment il est devenu limité et contrôlé<sup>200</sup>. Or l'employeur doit exercer son pouvoir dans « l'intérêt de l'entreprise ». Le pouvoir au sens générique paraît ici rejoindre le pouvoir au sens juridique<sup>201</sup>. Encore faut-il que l'intérêt de l'entreprise soit compris comme un intérêt partiellement distinct de celui de l'employeur... Peut-on cependant aussi facilement que l'on distingue l'intérêt de l'enfant de celui des parents, l'intérêt du mandant de celui du mandataire, détacher l'intérêt de l'entreprise de celui de l'employeur ? Il n'en est pas certain<sup>202</sup>. Dans ces conditions, le concept de droit potestatif a bien sa place au sein de la relation de travail.

---

<sup>197</sup> Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO 11 février 2016. (Article 1171 nouveau).

<sup>198</sup> En ce sens, E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985.

<sup>199</sup> Ex. : sous la direction de J. PÉLISSIER, *Le pouvoir du chef d'entreprise*, Dalloz, 2002 ; F. GUIOMARD, « Droits fondamentaux et contrôle des pouvoirs de l'employeur », 2003. [En ligne] <http://droitsocialx.free.fr/fondamentaux/droitsfondx.pdf> ; E. DOCKÈS, « De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur », art. préc. Pour des travaux de thèse, cf. : F. VARCIN, *Le pouvoir patronal de direction*, Lyon II, 2000 ; A. FABRE, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, LGDJ, 2007 ; « Le pouvoir de l'employeur », SSL, 11 février 2008, suppl. n°1340.

<sup>200</sup> Supra n°13.

<sup>201</sup> En ce sens, E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, th. préc.

<sup>202</sup> Infra n°180 et s.

**36. *Le contrat de travail, contrat déséquilibré.*** Contrat de « subordination », le contrat de travail apparaît déséquilibré. Il appelle dès lors à protection. Le droit potestatif ne sera pas traité de la même façon selon que son détenteur en est le salarié ou l'employeur. Lorsqu'il s'agit du salarié, le droit potestatif peut servir de contre-pouvoir. Il en est par exemple ainsi de la prise d'acte<sup>203</sup>. En revanche, lorsque le bénéficiaire sera l'employeur, il s'agira surtout de limiter le droit potestatif accordé. En effet, les droits potestatifs de l'employeur ne peuvent se concevoir que bornés. On conçoit ainsi que la reconnaissance même de droits potestatifs au sein du contrat de travail soit réduite. Il est alors deux moyens de limiter la potestativité, soit en circonscrivant son étendue (approche quantitative) soit en jouant sur l'intensité de la *potestas* (approche qualitative).

**37. *Des droits potestatifs purs aux droits potestatifs altérés.*** Le pouvoir, au sens générique, n'est acceptable – et donc légitime – que borné. Si l'on peut analyser par exemple la rupture du contrat de travail, le changement des conditions de travail, les clauses de mobilité, *etc.* comme autant de droits potestatifs de l'employeur, le contrôle, la limitation sont nécessaires. Il faut alors s'éloigner du concept initial de droit potestatif qui ne se concevait que « tout-puissant »<sup>204</sup> ou pour reprendre une terminologie empruntée à la condition potestative, que « pur ». Autrement dit, circonscrire la potestativité n'est pas seulement en circonscrire son étendue. L'intensité de la potestativité peut également être atteinte. On parle alors d'altération de potestativité. Or, le contrat de travail permet de rendre particulièrement compte de l'existence de droits potestatifs altérés. Mais quelle forme prend alors cette altération ? Quelle est la marge de manœuvre de la volonté du bénéficiaire de droit potestatif ? L'altération de la potestativité ne se répercute-t-elle pas sur le contrôle de ces droits ? L'abus de droit suffit-il à limiter l'exercice des droits potestatifs des cocontractants ? Qu'en est-il de la place des droits et libertés fondamentaux du salarié ? Ces derniers peuvent-ils valablement s'opposer à l'exercice des droits potestatifs de l'employeur ?

**38. *Plan.*** Ainsi, si le contrat de travail se prête à l'acceptation de droits potestatifs, ce n'est que de manière circonscrite. Quand ce n'est pas le champ de potestativité qui est réduit, c'est son intensité. Après avoir ainsi démontré le caractère limité de la réception des droits

---

<sup>203</sup> Infra n°322.

<sup>204</sup> Position not. d'I. NAJJAR in *Le droit d'option...*, th. préc. Adde F. HAGE-CHAHINE, « Essai d'une nouvelle classification des droits privés », art. préc.

potestatifs dans le contrat de travail (Partie I), il faudra en rechercher les conséquences inévitables au stade du contrôle de l'exercice des droits potestatifs (Partie II).

**Partie I : La réception limitée des droits potestatifs dans le contrat de travail**

**Partie II : L'exercice limité des droits potestatifs dans le contrat de travail**

## Partie I. La réception limitée des droits potestatifs dans le contrat de travail

---

**39. Sources.** Les droits potestatifs sont classiquement définis comme « *des pouvoirs par lesquels leurs titulaires peuvent influencer sur les situations juridiques préexistantes en les modifiant, les éteignant ou en créant de nouvelles au moyen d'une activité propre unilatérale* »<sup>205</sup>. Rapportés au contrat, les droits potestatifs ont donc pour objet de modifier, d'éteindre ou de créer celui-ci. Dès lors que l'on s'intéresse au contrat de travail, il s'agit de s'interroger sur l'existence de droits potestatifs permettant sa création, sa modification ou son extinction. Si le recensement des droits accordés par la loi ou la jurisprudence ne pose guère de difficultés, il en va différemment de la reconnaissance de droits potestatifs octroyés par les parties elles-mêmes. L'imagination de ces dernières – d'autant qu'il s'agit le plus souvent d'offrir davantage de pouvoir à l'employeur – est souvent combattue par la jurisprudence. Mais la loi elle-même est parfois à l'origine de limites. L'acceptation de certains droits potestatifs ne se fait alors qu'au prix d'une altération de leur potestativité.

**40. Bénéficiaires.** Même s'il est vrai que l'employeur est souvent le bénéficiaire de droits potestatifs, ceux-ci ne lui sont pas toujours réservés. Certes, il est certains droits potestatifs qui ne se conçoivent *a priori* qu'au bénéfice de la partie forte du contrat. C'est notamment le cas lorsqu'est en cause la modification du contrat. Au contraire, lorsqu'il s'agit d'extinction, des droits potestatifs sont reconnus aux deux parties, mais ils ne sont pas alors appréhendés de la même manière. De façon générale, les droits potestatifs de l'employeur font davantage l'objet de suspicion que ceux du salarié. Le déséquilibre inhérent au contrat de travail implique, si ce n'est un rééquilibrage, du moins de protéger le salarié. Cette protection prend alors la forme d'une limitation des droits potestatifs de l'employeur, que ce soit de manière quantitative ou qualitative. Pour autant, la reconnaissance, en contrepartie du pouvoir de l'employeur, de droits potestatifs au profit du salarié n'est que très limitée. En définitive,

---

<sup>205</sup> I. NAJJAR, *Le droit d'option...*, th. préc., spéc. n°98 à 102.

que le bénéficiaire en soit le salarié ou l'employeur, la reconnaissance de droits potestatifs demeure à la fois limitée et encadrée.

**41. *Objet.*** Quel est l'objet même des droits potestatifs dans le contrat de travail ? S'agit-il de créer un contrat de travail, ou de créer de nouvelles obligations à un contrat déjà existant ? S'agit-il d'éteindre le contrat pour le seul futur ou également pour le passé ? Quelle place réserver à la suspension du contrat dans l'ensemble des droits potestatifs ? Les enjeux, comme les limites et l'encadrement de la potestativité diffèrent selon qu'il s'agit de droits potestatifs de création (Titre I) de modification (Titre II) ou d'extinction (III).

**Titre I. Les droits potestatifs de création**

**Titre II. Les droits potestatifs de modification**

**Titre III. Les droits potestatifs d'extinction**

## TITRE I. LES DROITS POTESTATIFS DE CREATION

**42. Distinction.** Le droit potestatif dont l'objet est de créer une nouvelle situation juridique recouvre deux cas de figure. Soit il s'agit de « créer » un contrat déterminé, le mécanisme étant alors celui des droits d'option octroyés par les avant-contrats, soit il s'agit de créer, au sein même d'un contrat déjà existant, de nouvelles obligations. On retrouve ici la distinction établie par un auteur entre le droit potestatif « objet » d'un contrat et le droit potestatif « adjoint » à un contrat<sup>206</sup>. Or ces deux types de droit potestatif ne sont pas traités de la même manière par la jurisprudence. Ainsi, si le droit potestatif de création comme objet d'un engagement (Chapitre I) est depuis longtemps accepté, le droit potestatif de création comme droit adjoint fait l'objet de davantage de réticences, notamment lorsqu'il prend place au sein du contrat de travail (Chapitre II).

---

<sup>206</sup> J. ROCHFELD, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », in *Le contrat au début du XXI<sup>ème</sup> siècle, Études offertes à Jacques GHESTIN*, LGDJ, 2001, p. 747, spéc. n°7.

## Chapitre I. Le droit potestatif de création comme objet d'un engagement

43. *L'engagement porteur de droit potestatif.* Les droits potestatifs permettant la création d'un contrat prédéterminé renvoient *a priori* à la figure des avant-contrats accordant un droit d'option à leur bénéficiaire<sup>207</sup>. Parmi ceux-ci, il est alors possible de distinguer ceux offrant un droit potestatif certain de création (Section I) de ceux offrant un droit potestatif éventuel de création (Section II). Mais une précision est nécessaire. L'accord de volonté est-il indispensable à la reconnaissance d'un tel droit ? Ce qui importe, en réalité, est l'existence d'un engagement doté de force obligatoire. Seul un tel engagement peut effectivement octroyer à un individu un droit potestatif de création (Prolégomènes).

### Prolégomènes : La nécessité d'un engagement doté de force obligatoire

44. *La force obligatoire de l'engagement.* Il importe de distinguer parmi les différentes étapes préparatoires d'un contrat ce qui relève d'un véritable engagement doté de force obligatoire (I) de ce qui s'en écarte, seul le premier pouvant être porteur d'un droit potestatif de création. Dès lors, les éventuelles modalités (II) auxquelles l'efficacité de l'engagement considéré pourrait être subordonnée, ne peuvent avoir pour effet de remettre en cause son existence même.

#### I. Recensement des engagements porteurs de droit potestatif de création

45. *Typologie.* Seuls les véritables engagements, c'est-à-dire dotés de force obligatoire, permettent d'octroyer un droit potestatif de création. Parmi les étapes préparatoires à la conclusion d'un contrat, il paraît de prime abord aisé de distinguer entre ce qui relève ainsi d'un véritable engagement et ce qui n'en relève pas. L'offre d'entrer en pourparlers, c'est-à-dire en négociation<sup>208</sup>, s'oppose par exemple aux avant-contrats anticipant la conclusion d'un contrat définitif. Ces derniers offrent en effet à

---

<sup>207</sup> J. ROCHFELD, « Les droits potestatifs... », art. préc., *ibid.*

<sup>208</sup> Dont la rupture brutale est sanctionnée par l'octroi de dommages-intérêts sur le fondement de la responsabilité délictuelle : Cass. com., 11 janvier 1984, Bull. civ. IV, n°16.

l'un des cocontractants la possibilité de lever l'option et de parfaire le contrat définitif. Ils octroient ainsi un droit potestatif de création au bénéficiaire. La promesse unilatérale, le pacte de préférence en sont autant d'exemples. Mais certains doutes peuvent survenir à l'analyse de l'offre de contracter, parfois simple fait juridique, mais parfois révélatrice d'un véritable engagement unilatéral de volonté.

**46. La promesse unilatérale.** L'exemple type du contrat (ayant par définition force obligatoire) dont l'objet même est d'offrir un droit potestatif de création à l'un des cocontractants, c'est-à-dire la possibilité de créer une nouvelle situation juridique, est la promesse unilatérale. En concluant un tel contrat, le promettant se place lui-même dans un lien de sujétion, il aliène sa liberté contractuelle et permet au bénéficiaire d'opter pour la création ou non du contrat. Ainsi, la promesse unilatérale d'embauche engage d'ores et déjà l'employeur<sup>209</sup> au contrat définitif mais laisse libre le salarié de le concrétiser ou non. Une simple manifestation de volonté de ce dernier – la levée d'option – suffisant alors à la conclusion du contrat.

**47. Le pacte de préférence.** Le pacte de préférence est une figure particulière d'avant-contrat caractérisée par une double incertitude, celle de la décision du promettant de conclure ou non le contrat projeté et celle du bénéficiaire d'accepter ou non le contrat définitif. Un tel mécanisme semble mettre le droit de préférence – davantage qualifié de priorité en droit du travail – à la merci du promettant. En effet, il suffirait à ce dernier de ne jamais décider de conclure le contrat projeté pour ne pas être tenu de son obligation de préférence. La question s'est donc posée de savoir si l'engagement souscrit n'était pas, dès lors, un engagement sous condition, en l'occurrence purement potestative. En effet, une priorité d'embauche ne dépend-elle pas de la seule volonté de l'employeur d'embaucher le salarié ? Ne devrait-il pas subir les foudres de l'article 1174 du Code civil ? En réalité, il faut se défaire de l'analyse qui voit le pacte de préférence comme une promesse unilatérale sous condition suspensive

---

<sup>209</sup> À la condition qu'il ait la qualité pour le faire. Cf. par ex. CA Versailles, 10 novembre 2010, n°09/04169 : absence de soumission de la promesse d'embauche à l'autorisation préalable du conseil d'administration de la société, dès lors cette promesse était nulle.

(alors purement potestative)<sup>210</sup>. Une telle approche serait nécessairement vouée à l'échec, l'engagement apparaissant en réalité comme inexistant<sup>211</sup>. D'une part, le promettant s'engage bel et bien dans un pacte de préférence. Son consentement, pour ce contrat, est certain. Il octroie ainsi un droit de préférence sur lequel il ne peut, en principe, revenir. D'autre part, il ne s'engage pas directement au contrat définitif. Il ne s'agit pas d'un engagement au contrat projeté sous la « condition » qu'il donne son consentement. Il demeure au contraire libre de décider ou non de la conclusion de ce contrat. Simplement, il s'engage à préférer son cocontractant s'il se décidait effectivement à conclure le contrat définitif. Autrement dit, le promettant peut ne jamais conclure le contrat projeté, mais à partir du moment où il le fait, il est tenu par son engagement. L'existence même du droit de priorité n'est soumise à aucune condition, elle est certaine. En revanche, son exercice ne peut être effectif que si le promettant se décide au contrat projeté. Dans ces conditions, l'article 1174 du Code civil n'a pas vocation à jouer<sup>212</sup>.

**48. L'offre.** Si un contrat peut ainsi valablement attribuer à l'un des cocontractants un droit potestatif, la volonté unilatérale le peut-elle également ? C'est s'interroger sur la réalité des engagements unilatéraux de volonté, vecteurs de droit potestatif de création.

*A priori*, la « simple » offre ne suffit pas. Certains auteurs<sup>213</sup> présentent néanmoins l'acceptation de l'offre comme un droit potestatif. Il est vrai qu'une fois celle-ci acceptée, le contrat est conclu. La situation juridique a changé et l'offrant ne peut revenir sur son consentement. Mais il s'agit ici du principe même de l'échange des consentements. En proposant un contrat, l'offrant n'a pas la volonté de se placer dans un

---

<sup>210</sup> L'analyse classique voyait le pacte de préférence comme une promesse unilatérale et conditionnelle de contrat. Cf. M. GOBERT, « La publicité foncière française, cette mal-aimée », in *Études offertes à Jacques FLOUR*, Defrénois, 1979, p. 207 et s., spéc., p. 235.

V. encore Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 16 mars 1994, Bull. civ. III, n°58.

<sup>211</sup> Supra n°19.

*Contra* W. DROSS, « L'introuvable nullité des conditions potestatives », art. préc.

<sup>212</sup> Comp. R. LIBCHABER, obs. sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 15 janvier 2003, Rep. Defrénois 2003, p. 852 et M. LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, th. préc., n°53 et s. Les deux auteurs écartent le grief de potestativité, mais le premier conclut à l'existence d'un droit conditionnel tandis que le second, distinguant l'existence du droit de son exercice, préfère celui d'un droit pur et simple.

<sup>213</sup> F. HAGE-CHAHINE, « Essai d'une nouvelle classification des droits privés », art. préc. *Contra* I. NAJJAR, *Le droit d'option, Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, LGDJ, 1967, spéc. n°44 ; S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, PUAM, 1999, n°205 à 208.

lien de sujétion. Que le bénéficiaire accepte ou non, c'est la liberté contractuelle qui est en cause. L'offrant n'a pas, *a priori*, l'intention d'aliéner sa liberté pendant un certain temps. Il n'est pas d'ores et déjà engagé au contrat définitif<sup>214</sup>. Dans ces conditions, le pollicitant peut valablement rétracter son offre tant qu'elle n'a pas été acceptée<sup>215</sup>. En tant que simple fait juridique, l'offre ne peut induire de droit potestatif.

La figure de l'engagement unilatéral de volonté<sup>216</sup> en revanche pourrait permettre la reconnaissance d'un tel droit. Or la jurisprudence, comme la doctrine, hésite encore à en admettre l'existence. Notion controversée<sup>217</sup>, inspirée du droit allemand<sup>218</sup>, la figure de l'engagement unilatéral de volonté reste sans doute rare en matière civile<sup>219</sup>. Davantage fréquente en droit commercial<sup>220</sup>, elle ne peut être niée en droit du travail<sup>221</sup>. L'engagement unilatéral est défini comme l'acte unilatéral par lequel une personne s'oblige envers une autre en faisant naître une obligation à sa charge<sup>222</sup>. Ses opposants ont pu faire valoir que si la seule volonté permettait ainsi de lier son auteur, elle pourrait tout autant le délier<sup>223</sup>. Mais une telle argumentation pourrait également mettre à mal la

<sup>214</sup> Ex. : CA Rennes, 25 septembre 2008, n°07/06152 : « *La proposition ne peut s'analyser comme une promesse d'embauche compte tenu de son caractère particulièrement vague et imprécis et ne constituait qu'une simple offre d'emploi* ».

<sup>215</sup> Cf. S. MIRABAIL, *La rétractation en droit privé français*, LGDJ, 1997, p. 181, qui analyse le retrait de l'offre par le pollicitant comme une liberté, car cette rétractation porte sur « *des manifestations de volonté qui n'ont pas encore contribué à créer une situation juridique nouvelle* ».

<sup>216</sup> L'engagement unilatéral de volonté n'est pas en soi un droit potestatif dès lors qu'il a pour effet non de contraindre autrui mais de contraindre celui-là même qui en est l'auteur (infra n°226). En revanche, et il s'agit de notre hypothèse, il peut avoir pour objet d'octroyer un droit potestatif à son bénéficiaire.

<sup>217</sup> J.-L. AUBERT, « Engagement par volonté unilatérale », *Rép. civ.* Dalloz, 1998, n°10-32 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations, op. cit.*, n°435 et s. ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 2013, 11<sup>ème</sup> éd., n°51 à 54 ; Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET et M. MEKKI, *Les obligations*, LexisNexis, 2014, n°57 à 59.

<sup>218</sup> R. SALEILLES, *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand*, F. PICHON éd., 1890, n°142.

<sup>219</sup> En matière de loterie publicitaire, voir Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 28 mars 1995, D. 1996, jur. p. 180, note J.-L. MOURALIS (mais cette argumentation a été abandonnée au profit de celle de quasi-contrat : Cass. ch. mixte, 6 septembre 2002, CCC, octobre 2002, comm. 151, G. RAYMOND ; LPA, 24 octobre 2002, n°213, p. 16, note D. HOUTCIEFF ; D. 2002, p. 2963, note D. MAZEAUD ; JCP G. 2002, II, 10173, note S. REIFEGERSTE).

En matière d'obligation naturelle transformée en obligation civile, voir : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 octobre 1995, D. 1996, somm. comm. p. 120, obs. R. LIBCHABER ; D. 1997, jur. p. 155, note G. PIGNARRE. – Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 janvier 2005, JCP G. 2005, II, 10159, note M. MEKKI ; D. 2005, p. 1393, note G. LOISEAU.

<sup>220</sup> Par ex. l'acceptation d'une lettre de change : Cass. com., 2 juillet 1969, JCP G. 1970, II, 16427.

<sup>221</sup> Voir not. P. COLLARD-TRISSON, « La contribution du droit du travail au nouvel essor de la théorie de l'engagement unilatéral », LPA, 9 mars 2000, n°49, p. 4 ; E. DOCKÈS, « L'engagement unilatéral de l'employeur », *Dr. soc.* 1994, p. 227.

<sup>222</sup> M.-L. IZORCHE, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, PUAM, 1995, n°14.

<sup>223</sup> R. ELIAS, *Théorie de la force obligatoire de la volonté unilatérale*, thèse, Paris, 1909.

force obligatoire du contrat<sup>224</sup>. Il importe de s'émanciper du seul postulat de l'autonomie de la volonté. Dès lors que l'on admet que la volonté ne peut obliger qu'autant qu'une norme extérieure la consacre, il est possible d'accepter le concept d'engagement unilatéral de volonté<sup>225</sup>. Dans ces conditions, l'offre de contrat peut effectivement être davantage qu'un simple fait juridique et correspondre à un véritable engagement de la part de l'offrant. D'aucuns l'admettent mais à certaines conditions : que le bénéficiaire soit déterminé et que l'offre soit enserrée dans un délai également déterminé<sup>226</sup>. Si, pour qu'un lien de droit, en l'occurrence de sujétion, puisse se créer entre deux individus, il importe effectivement que le bénéficiaire de l'offre soit connu, en revanche, il est moins certain qu'un délai déterminé soit toujours nécessaire. D'une part, le droit du travail admet que des engagements unilatéraux puissent avoir une durée indéterminée, d'autre part, en matière d'offre faite à personne déterminée, la jurisprudence semble imposer le respect d'un « délai raisonnable » brouillant les frontières du déterminé et de l'indéterminé<sup>227</sup>. Mais plus encore, il faut ici se détacher du raisonnement en termes d'obligation *stricto sensu*<sup>228</sup>. L'effet principal de l'offre en tant qu'engagement unilatéral de volonté n'est pas la naissance d'une obligation mais l'octroi d'un droit potestatif. En d'autres termes, la question de la reconnaissance de la figure de l'engagement unilatéral concerne avant tout celle de la force obligatoire d'un tel engagement. L'ordonnance du 10 février 2016<sup>229</sup> dont la plupart des dispositions entreront en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2016, admet l'engagement unilatéral de volonté comme source d'obligations. Les actes juridiques étant désormais définis comme « *des*

---

<sup>224</sup> J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, les obligations, 1, L'acte juridique*, Sirey, 2014, 16<sup>ème</sup> éd., n°500 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 2013, 11<sup>ème</sup> éd., n°28.

<sup>225</sup> Il est à noter que nombre d'auteurs civilistes admettant l'engagement unilatéral de volonté ne lui donnent qu'une place accessoire (cf. F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 2013, 11<sup>ème</sup> éd., n°54 ; J.-L. AUBERT et S. GAUDEMET, Rep. dr. civ. Dalloz, V° Engagement unilatéral de volonté, juin 2013). Il en est autrement en droit du travail où le recours à la figure de l'engagement unilatéral de volonté n'est pas rare. (G. PIGNARRE, « Grandeur sans faiblesse de l'engagement unilatéral en droit du travail », in *Mélanges Roger DECOTTIGNIES*, Presses universitaires de Grenoble, 2003, p. 283 ; E. DOCKÈS, « L'engagement unilatéral en droit du travail », art. préc.).

<sup>226</sup> J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, les obligations, 1, L'acte juridique*, Sirey, 2014, 16<sup>ème</sup> éd., n°143.

Rappr. Articles L. 312-8 et L. 312-10 du Code de la consommation à propos des offres de crédit immobilier.

<sup>227</sup> *Infra* n°215.

<sup>228</sup> P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », RTD civ. 1999, p. 771.

<sup>229</sup> Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO, 11 février 2016.

*manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit. Ils peuvent être conventionnels ou unilatéraux* »<sup>230</sup>, l'ordonnance ajoute qu' « *ils obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats* »<sup>231</sup>.

## **II. Les modalités accessoires de l'engagement**

**49. Des termes et des conditions.** Le plus souvent, ce sera le contrat de travail lui-même qui sera soumis à une condition suspensive ou affecté d'un terme suspensif. Néanmoins, une promesse d'embauche, voire une priorité d'embauche, soumise à une condition ou un terme peut se concevoir. Dans une telle hypothèse, celle-ci ne déploiera alors ses effets que lorsque l'événement futur – certain ou incertain – prévu par les parties se produira. Mais toute condition n'est pas acceptée. Celles qui se présentent comme de véritables modalités de l'engagement ne portent pas atteinte à l'existence même de l'engagement. Elles sont en principe valables. Mais à côté de ces hypothèses, de « fausses » conditions ont pu faire leur apparition au premier rang desquelles la condition purement potestative suspensive, laquelle remet en cause le concept même d'engagement.

**50. Validité de principe des « vraies » conditions.** La condition est une modalité accessoire, extérieure au contrat proprement dit<sup>232</sup> dont elle vient troubler l'efficacité. Dès lors que la condition est un événement objectif ou suppose l'intervention d'un tiers, elle est valable. Ainsi, le contrat de travail d'un sportif dont l'entrée en vigueur est subordonnée à l'autorisation donnée au club de participer à un championnat de France professionnel par la Ligue Nationale de rugby ne contient pas de condition potestative. En effet, la « *décision finale d'autoriser ou de refuser cette participation relève d'un tiers et non unilatéralement [du club sportif]* »<sup>233</sup>.

**51. Du contrôle de la validité de la condition à celui de sa survenance.** L'article 1178 du Code civil répute accomplie la condition « *lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement* ». Ainsi, dans les hypothèses où la

---

<sup>230</sup> Article 1100-1, alinéa 1, nouveau.

<sup>231</sup> Article 1100-1, alinéa 2, nouveau.

<sup>232</sup> Supra n°16.

<sup>233</sup> CA Toulouse, ch. 4, 2 juin 2010, n°09/00637.

réalisation ou la défaillance de la condition dépend soit de la seule volonté du débiteur, soit de causes étrangères, il convient de préférer le contrôle de la potestativité au stade de l'exécution et non de la formation du contrat<sup>234</sup>. Une promesse d'embauche subordonnée à la signature d'une convention entre l'employeur et une société tierce entre dans cette configuration. Si la condition n'est pas réalisée du fait de la société tierce, le contrat d'embauche ne sera pas effectif. En revanche si c'est l'employeur qui a empêché la réalisation de la condition, alors cette dernière est réputée accomplie. C'est ainsi que la Cour de cassation a pu considérer que la condition suspensive d'une promesse d'embauche était réalisée dans l'hypothèse où c'était l'employeur qui avait fait échec au contrat qu'il devait conclure avec le tiers<sup>235</sup>. Cette jurisprudence peut être rapprochée de celle, rendue au visa de l'article 1134 du Code civil, considérant que l'absence d'homologation nécessaire à la perfection du contrat étant imputable à l'employeur, le salarié est en droit d'obtenir « *réparation de son préjudice résultant du défaut de réalisation de la promesse d'embauche* »<sup>236</sup>. Certes, la Cour de cassation ne se réfère ni à l'article 1178 du Code civil, ni à un licenciement alors sans cause réelle et sérieuse, mais c'est bien le mécanisme du premier et les conséquences du second qui sont en jeu.

---

<sup>234</sup> D. MAZEAUD « Le nouvel ordre contractuel », RDC 2003, p. 295 ; S. GJIDARA, « Le déclin de la potestativité dans le droit des contrats : le glissement jurisprudentiel de l'article 1174 à 1178 du Code civil (1<sup>ère</sup> partie) », LPA, 21 juin 2000, n°123, p. 4. V. supra n°21.

<sup>235</sup> Cass. soc. 16 janvier 2002, n°99-45474 : « *Attendu qu'aux termes de l'article 1178 du Code civil, la condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition qui en a empêché l'accomplissement, que la cour d'appel a constaté qu'il était établi que [l'employeur] avait fait échec à l'application du contrat de travail [...] en refusant la réalisation de la mission d'assistance technique prévue par ce contrat au profit [d'une société tierce] et qui devait être assurée par le [salarié], l'arrêt attaqué [condamnant l'employeur au paiement de dommages-intérêts pour rupture abusive de la promesse d'embauche] se trouve légalement justifié* ».

<sup>236</sup> Cass. soc., 13 mai 2003, Rev. Lamy dr. civ., 2004, n°2, p. 51, note F. BUY. V. égal. Cass. soc., 4 décembre 1996, Bull. civ. V, n°419 (arrêt de rejet, mais par un motif de pur droit, la Cour de cassation affirme que « *c'est à l'employeur qu'il incombe de soumettre à homologation ces conventions, contre-lettres, accords particuliers, modifications du contrat et le salarié ne peut se voir opposer un défaut d'homologation résultant de la carence de l'employeur dans l'accomplissement de cette obligation* ». Comp. Cass. soc., 18 juin 1996, RTD civ. 1997, p. 452, obs. P.-Y. GAUTIER : « *Qu'ayant exactement énoncé qu'en vertu de [la Charte du football professionnel], qui vaut convention collective, toutes conventions, contre-lettres, accords particuliers, modifications du contrat doivent donner lieu à l'établissement d'un avenant soumis [...] à l'homologation de la Commission juridique et [que] leurs dispositions n'entrent en vigueur qu'après homologation, la cour d'appel, qui a relevé que l'avenant du 28 juillet 1988 n'avait pas été soumis à homologation, et devant laquelle il n'était pas soutenu que l'absence d'homologation était imputable à l'employeur, en a déduit à bon droit qu'il était dépourvu d'effet* »).

**52. L'hypothèse de la condition du non-exercice de la priorité accordée.** Face à certains droits de préemption légaux, la jurisprudence a pu considérer comme valable la vente faite sous condition du non-exercice de préemption<sup>237</sup>. Il s'agit de l'hypothèse où l'exercice même du droit de préemption entraînerait la défaillance de la condition. Le contrat, ou la promesse de contrat serait alors caduque, le droit de préemption devenant sans objet, l'engagement lui servant de support n'existant plus<sup>238</sup>. La jurisprudence a ainsi accepté que le vendeur puisse revenir sur sa décision même de vendre si le préempteur usait de son droit<sup>239</sup>. En d'autres termes, le vendeur peut mettre en échec le droit de priorité accordé par la loi. Si l'on transposait ce raisonnement en matière d'embauche, cela permettrait à l'employeur de promettre un emploi à la condition qu'un tiers, bénéficiaire d'une priorité légale d'embauche, n'en fasse pas usage. L'employeur pourrait ainsi revenir sur sa décision d'embaucher si le bénéficiaire de la priorité d'embauche décidait d'en user. Une telle hypothèse paraît bien constitutive d'une fraude à la loi<sup>240</sup>. Elle ne devrait pas être admise. Mais que décider si la priorité accordée n'est pas légale mais contractuelle ? La fraude à la loi ne pourrait certes pas être retenue. Pour autant, accepter une telle hypothèse reviendrait à permettre au promettant de remettre en cause l'engagement initialement pris (et accordant la priorité) par la conclusion d'un

---

<sup>237</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 21 janvier 1971, JCP G. 1971, II, 16885, note P. OURLIAC et M. de JUGLART ; Rep. Defrénois 1971, p. 505, note J.-L. AUBERT. – Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 26 avril 1978, Bull. civ. III, n°162 : « *La condition suspensive insérée au contrat étant opposable à la SALFAT, sa défaillance rendait inexistante la vente, et par suite, le droit de préemption qui supposait la réalité de celle-ci* ». – CA Paris, 24 avril 1990, D. 1992, p. 254, note C. SAINT-ALARY-HOUIN ; JCP G. 1991, II, 21659, note H. MUIR-WATT (droit de préemption du locataire).

La loi peut en disposer autrement : article L 143-5 du Code rural (loi n°77-1459 du 29 décembre 1977) : « *Sauf s'il s'agit d'un apport en société ou d'un échange non réalisé en application de l'article L. 124-1 [du Code rural] toute condition d'aliénation sous réserve de non-préemption d'une société d'aménagement foncier et d'établissement rural est réputée non écrite* ». – Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 18 octobre 2006, Bull. civ. III, n°204. – Article L. 412-4 du Code rural : « *Le droit de préemption s'exerce nonobstant toutes clauses contraires* ».

<sup>238</sup> C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Approche conceptuelle du droit de préemption », JCP N. 2011, p. 1260.

<sup>239</sup> Plusieurs auteurs distinguent cependant sous cette appellation deux réalités, celle mettant effectivement à néant le droit de préemption et celle qui, au contraire, ne concernerait que le vendeur et l'acquéreur projeté leur permettant de conclure un contrat sans attendre la purge du droit de préemption. Dans le premier cas, le préempteur est lésé, non dans le second. Ces auteurs considèrent d'ailleurs que seule la seconde hypothèse est valable : Cf. S. PERIGNON, « La vente sous condition du non-exercice du droit de préemption urbain », Rep. Defrénois, 1991, p. 590 ; Th. VIGNAL, « La nature juridique de la condition suspensive de non-exercice du droit de préemption », Rép. Defrénois, 1996, p. 1041 ; S. BECQUÉ-ICKOWICZ, « La condition suspensive de non-préemption, faculté de repentir pour le vendeur ? », Rep. Defrénois, 2011, p. 1519.

<sup>240</sup> Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, LGDJ, 2014, 7<sup>ème</sup> éd., n°153.

contrat ultérieur avec un tiers. On peut dès lors douter de la validité d'une telle condition.

**53. Les « fausses » conditions.** La condition purement potestative suspensive<sup>241</sup>, outre l'erreur terminologique dont elle est porteuse<sup>242</sup>, est clairement prohibée à l'article 1174 du Code civil, l'obligation apparaissant en réalité inexistante. L'article 1174 du Code civil répute alors logiquement nulle cette dernière. Ainsi, une promesse d'embauche soumise à la volonté de l'employeur serait nulle. Un employeur ne pouvant à la fois être déjà engagé au contrat définitif et se réserver la possibilité de s'engager ou non. Mais annuler l'obligation dépendante de la condition purement potestative porte préjudice au salarié. En effet, sanctionner la condition potestative par la nullité de l'embauche aboutit au même résultat que l'employeur décidant de ne pas réaliser la condition dont il a la maîtrise. Ne pourrait-on préférer la nullité de la seule condition sans que cette sanction n'atteigne l'obligation proprement dite? Mais une telle solution n'aurait-elle pas alors pour conséquence de forcer un engagement en réalité inexistant? Toute la difficulté est là. Soit l'on considère qu'il y a bien un engagement de la part de l'employeur et aucune « condition purement potestative » ne peut être opposée, soit il faut conclure à l'absence d'engagement de la part de l'employeur. Il est permis de penser que la Cour de cassation inclinera à préférer la première hypothèse. Un arrêt inédit de la Cour de cassation semble aller dans ce sens. Dans cette affaire, une embauche « *dès l'ouverture du salon* »<sup>243</sup> était prévue. Le projet n'ayant pas abouti, l'employeur se targuait de cette clause, qu'il qualifiait de « condition potestative », afin d'échapper à son « engagement ». La Cour de cassation a, quant à elle, jugé que dès lors que d'une part « *l'attestation délivrée précisait la nature de l'emploi, à savoir responsable du salon, d'autre part que l'embauche devait se faire à compter de l'ouverture du salon* », le conseil de prud'hommes « *a par ces seuls motifs excluant l'existence de toute condition pu décider que cet écrit constituait une promesse*

<sup>241</sup> Pour la condition purement potestative résolutoire : cf. supra n°24.

<sup>242</sup> Supra n°16 et infra n°207.

L'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations fait d'ailleurs disparaître le terme de « condition purement potestative » mais en garde l'esprit tout en l'étendant aux conditions purement potestatives résolutoires : cf. le nouvel article 1304-2: « *Est nulle l'obligation contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur* ». Comp. la version du projet d'ordonnance de 2015 : « *Est nulle l'obligation suspendue à une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur* ». (c'est nous qui soulignons).

<sup>243</sup> Cass. soc., 10 mars 2004, n°01-45518, Cah. soc., 1<sup>er</sup> juin 2004, n°161, p. 259, note F.-J. PANSIER.

*d'embauche* ». Il est vrai que les termes employés renvoyaient davantage à un terme qu'à une condition. Pour autant, l'existence d'une véritable promesse d'embauche pouvait être sujette à caution dans la mesure où il manquait certains éléments, comme la rémunération, pourtant déterminants du contrat de travail. Cet arrêt s'inscrit de façon plus générale dans la tendance de la Cour de cassation à reconnaître l'existence d'une promesse là où on aurait pu en douter.

Après ces propos liminaires, il convient de distinguer les cas où est octroyé un droit potestatif de création certain de ceux où il n'est qu'éventuel.

### **Section I. L'octroi d'un droit potestatif de création certain**

**54. *Un engagement véritablement contraignant ?*** Un engagement ne peut valablement « contraindre » son auteur et l'engager d'ores et déjà au contrat définitif que s'il répond à certains critères (I). Dès lors que l'engagement est doté de force obligatoire, et ainsi, porteur d'un droit potestatif certain, son auteur ne devrait pas pouvoir seul et unilatéralement le remettre en cause. Pourtant, on le sait, la jurisprudence admet l'efficacité de la « rétractation » du « promettant » quoique considérée comme fautive. Bafouer ainsi la force obligatoire de l'engagement considéré met à mal l'inviolabilité du droit potestatif, objet de cet engagement (II). Il faut alors approuver l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations<sup>244</sup> combattant cette jurisprudence.

#### ***I. Les critères de l'engagement porteur d'un droit potestatif de création certain***

**55. *La perfection du contrat projeté.*** Un engagement est porteur d'un droit potestatif certain lorsqu'une simple manifestation du bénéficiaire suffit à la création du contrat définitif. Si des négociations sont encore nécessaires à la perfection du contrat définitif, le pollicitant ou le « promettant » ne peut être considéré comme d'ores et déjà engagé au contrat définitif. Ainsi, le bénéficiaire (A) de l'offre ou de la promesse unilatérale ainsi que les éléments essentiels du contrat définitif (B) doivent être

---

<sup>244</sup> Nouvel article 1124, alinéa 2 qui entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2016. (Article 9 de l'ordonnance du 10 février 2016).

déterminés *ab initio*. La jurisprudence, néanmoins, permet parfois quelques entorses à ce principe. Si une telle solution se justifie sans doute par des raisons d'équité, il faut néanmoins s'interroger sur l'existence d'autres voies possibles.

*A. La détermination du bénéficiaire du droit potestatif de création*

**56. L'exigence d'un bénéficiaire déterminé par l'employeur.** La détermination du bénéficiaire de l'offre-engagement unilatéral, ou de la promesse unilatérale, est essentielle. Pour qu'il y ait véritablement engagement unilatéral ou synallagmatique de volonté, il faut que le bénéficiaire soit connu et déterminé dès le moment où s'engage le pollicitant ou le promettant. Ainsi, l'offre à un public indéterminé ne permet pas de considérer que l'offrant est déjà engagé au contrat définitif. Il ne peut y avoir d'engagement unilatéral. Quant à la promesse unilatérale, ou même synallagmatique d'embauche, elle ne se conçoit qu'avec une personne déterminée. Cette première condition est d'autant plus importante en droit du travail que l'*intuitu personae* y est particulièrement fort. Si l'employeur s'engage envers une personne, c'est qu'il a pu estimer ses compétences, *a minima* s'en faire une idée. C'est au regard de celles-ci que l'employeur a pu valablement s'engager. Dans ces conditions, il est difficile d'admettre qu'un employeur puisse valablement s'engager à embaucher un salarié qu'il ne connaît pas. Une promesse ou un engagement unilatéral adressé à une personne qui n'aurait pas été désignée par l'employeur apparaît ainsi voué à l'échec. Un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation de janvier 2004<sup>245</sup> avait néanmoins pu semer le doute. Dans cette affaire, une clause d'un contrat de travail conclu en 1980 prévoyait qu'à la cessation de ses fonctions, le salarié pourrait désigner à l'employeur l'un de ses fils ou gendres pour reprendre son emploi. L'employeur étant alors tenu d'embaucher la personne ainsi désignée. En 1996, le fils du salarié fait part à l'employeur de son souhait de succéder à son père. L'employeur lui assure alors qu'il est prêt à lui confier l'emploi dès la fin de cessation des fonctions de son père. Cette condition se réalise quelques mois plus tard mais l'employeur ne propose, à cette date, qu'un contrat de travail à temps partiel, et non à temps plein comme celui dont bénéficiait le père. Le fils demande alors réparation de la rupture de la promesse d'embauche. La Cour d'appel le déboute et annule la clause stipulant que l'employeur était tenu d'embaucher la personne désignée

---

<sup>245</sup> Cass. soc., 14 janvier 2004, RTD civ. 2004, p. 278, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; JSL, 10 février 2004, n°139, p. 17, note M.-Ch. HALLER ; Cah. soc., 1<sup>er</sup> avril 2004, n°159, p. 159, note F.-J. PANSIER.

par le salarié lors de son départ de l'entreprise considérant qu'elle portait une atteinte directe et injustifiée au principe du libre choix par l'employeur de ses salariés. Les juges du fond annulent ainsi la promesse d'embauche consentie en exécution de cette clause. Mais la Cour de cassation, au visa de l'article 1134 du Code civil, casse l'arrêt en considérant que la promesse d'embauche n'était entachée d'aucun vice du consentement. Est-ce admettre la validité de la promesse d'embauche d'un tiers désigné par un autre que l'employeur ? Une telle solution ne porterait-elle pas une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre de l'employeur ? Une autre lecture de l'arrêt est cependant possible<sup>246</sup>. Il s'agit de raisonner non par rapport à la clause en elle-même mais par rapport à la promesse d'embauche consentie en exécution de cette clause. En d'autres termes, il conviendrait de regarder la réponse de l'employeur à la demande du fils sollicitant la reprise des fonctions de son père, comme une *nouvelle* promesse d'embauche. Et, c'est celle-ci, qui, selon la Cour de cassation serait valable car non viciée<sup>247</sup>. Cette approche serait davantage respectueuse de *l'intuitu personae* du contrat de travail.

#### B. La détermination des éléments nécessaires au contrat définitif

**57. Les éléments essentiels au contrat de travail.** En l'absence d'intervention du législateur, il est revenu à la Cour de cassation le soin de préciser les éléments essentiels du contrat de travail. À l'arrêt fondateur affirmant l'existence d'un contrat de travail lorsqu' « *une personne physique s'engage à mettre son activité à la disposition d'une autre personne, physique ou morale, sous la subordination de laquelle elle se place, moyennant une rémunération* »<sup>248</sup>, se sont ajoutés la durée et le lieu de travail. Pour que l'offre ou la promesse puisse être considérée comme engageant déjà l'employeur, ces éléments doivent être précisés. La jurisprudence semble également exiger la détermination de la date du début du contrat<sup>249</sup>. Cependant, il a parfois été admis un

---

<sup>246</sup> J. MESTRE et B. FAGES, note sous Cass. 14 janvier 2004, RTD civ. 2004, p. 278, préc.

<sup>247</sup> Encore que l'employeur a pu légitimement croire qu'il était tenu par la clause l'obligeant à embaucher le fils ou le gendre de son salarié.

<sup>248</sup> Cass. soc., 28 juillet 1954, Bull. civ. IV, n°576.

<sup>249</sup> Ex. : CA Angers, 18 janvier 2011, n°10/02173 : « *La proposition de recrutement faite [...] comporte toutes les précisions sur les clauses essentielles du contrat : nature du contrat de travail, date de prise de fonction, nature et définition statutaire de la fonction, lieu de travail, rémunération, durée du travail, congés payés, conditions d'exécution du travail, couverture sociale, il s'agit d'une promesse d'embauche* ». – CA Saint Denis de la Réunion, 6 mai 2008, n°07/00909 : « *La lettre [...] valait contrat de travail [...] dès son acceptation par le salarié, étant constant qu'elle comportait les mentions du lieu*

véritable engagement de la part de l'employeur alors que manquait un élément constitutif du contrat de travail.

**58. La promesse imparfaite.** La Cour de cassation a pu retenir l'existence d'une promesse d'embauche alors que la durée du travail ou la rémunération n'était pas indiquée<sup>250</sup>. Il est légitime que la jurisprudence fasse preuve d'une certaine bienveillance à l'égard des salariés abusés par un employeur indélicat. Notamment si le salarié a déjà engagé des démarches sérieuses telle une démission ou un déménagement. Mais c'est le comportement de l'employeur qui a légitimement laissé croire au salarié qu'il s'engageait véritablement que la jurisprudence tend alors à condamner. Ne pourrait-on pas, plutôt, y reconnaître un abus de droit<sup>251</sup> ? Il ne devrait pas être permis de parler de véritable engagement de l'employeur, dès lors que l'un des éléments essentiels du contrat fait défaut. En effet, la seule acceptation du salarié ne peut suffire à former le contrat. Pour autant, l'attitude de l'employeur est condamnable, son refus d'embauche apparaît comme fautif et ouvrirait droit, sur le fondement délictuel, à l'octroi de dommages-intérêts. Or, ceux-ci ne seraient pas nécessairement moindres que ceux dus en cas de véritable promesse non tenue<sup>252</sup>. Que l'on retienne ou non l'existence d'une promesse d'embauche, les juges du fond sont souverains quant à l'appréciation du préjudice subi. Un salarié ayant légitimement pu croire que l'employeur allait l'embaucher obtiendra réparation de son préjudice, qu'il y ait eu ou non véritable promesse. Nulle nécessité de passer par un artifice puisque le même résultat peut, en pratique, être obtenu.

En 2006<sup>253</sup>, la Cour de cassation semble revenir à une position plus orthodoxe. Elle affirme en effet qu'il n'y a pas de promesse d'embauche lorsque ne sont mentionnés « *ni*

---

*de travail, de la qualification et du statut de l'emploi, de la date d'embauche, du montant du salaire et des avantages en nature, soit tous les éléments essentiels du contrat de travail* ».

<sup>250</sup> Cass. soc., 30 mars 2005, Bull. civ. V, n°111 : « L'écrit [...] précisait l'emploi proposé et la date d'entrée en fonction, [...] constituait, même en l'absence de précision sur la rémunération, une promesse d'embauche ferme qui engageait la société ». – Cass. soc., 10 mars 2004, n°01-45518. – Cass. soc., 27 février 2002, n°00-41787. – CA Versailles, 14 février 2006, n°05/02384.

<sup>251</sup> Rappr. l'incohérence de comportement de celui qui laisse croire que le contrat va perdurer mais le rompt néanmoins. Infra n°508.

<sup>252</sup> La rétractation fautive de la promesse donne tantôt droit à des dommages-intérêts comme en matière civile, tantôt à un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Ce licenciement étant alors intervenu avant tout commencement d'exécution, le juge octroiera également souverainement des dommages-intérêts.

<sup>253</sup> Cass. soc., 12 juillet 2006, RDT 2006, p. 311, note G. AUZERO ; JCP S. 2006, 1725, note C. PUIGELIER.

*l'emploi occupé, ni la rémunération, ni la date d'embauche, ni le temps de travail* ». Il est sans doute regrettable que la Cour n'ait pas alors également cité le lieu de travail – du moins le secteur géographique de travail<sup>254</sup> – comme élément essentiel. Le contexte (par exemple existence de relations antérieures)<sup>255</sup> pourrait néanmoins justifier la qualification de promesse alors même que certains éléments essentiels ne seraient pas précisés, du moins expressément.

**59. Le contrat de travail imparfait.** L'arrêt du 15 décembre 2010 de la Cour de cassation illustre la propension de la Cour à admettre un véritable contrat de travail face à des situations correspondant davantage à des offres de contracter ou à des promesses unilatérales. Alors que les faits démontraient qu'il s'agissait d'une offre<sup>256</sup> claire et précise, faite à personne déterminée, la Cour a pu affirmer que « *constitu[ait] une promesse d'embauche valant contrat de travail l'écrit qui précis[ait] l'emploi proposé et la date d'entrée en fonction* »<sup>257</sup>. Analyser une promesse d'embauche comme un véritable contrat de travail permet à la jurisprudence de se placer directement sur le terrain du licenciement et non sur celui du retrait fautif d'une offre ou d'une promesse unilatérale. Mais c'est partir du postulat que la rupture d'une offre ou d'une promesse ne peut pas être sanctionnée par son maintien forcé.

**60. Qualification et sanction.** Cette qualification impropre des situations juridiques en cause s'explique par les sanctions auxquelles s'expose l'employeur lorsque celui-ci se rétracte. En effet, celles-ci diffèrent selon la qualification donnée à l'engagement considéré. Il paraît plus facile de condamner l'employeur si est reconnue une véritable

---

<sup>254</sup> Infra n°99 et 101.

<sup>255</sup> Ex. Cass. soc., 18 décembre 2013, n°12-19577. La « promesse » en question ne comportait pas l'indication expresse de tous les éléments essentiels du contrat de travail définitif mais portant sur la poursuite en contrat à durée indéterminé d'un emploi occupé en contrat à durée déterminé, la cour d'appel avait pu exactement déduire qu'il s'agissait bien d'une promesse de contrat.

<sup>256</sup> Il est possible d'y voir une promesse unilatérale de contrat si l'on considère que le salarié y avait consenti. La difficulté tient alors à la preuve de cette acceptation, à moins de considérer que le silence vaut acceptation lorsqu'elle répond à l'intérêt exclusif de l'acceptant.

<sup>257</sup> Cass. soc., 15 décembre 2010, JCP S. 2011, 1104, note C. PUIGELIER ; Cah. soc., 1<sup>er</sup> février 2011, n°227, p. 40, obs. F.-J. PANSIER ; JSL, 10 février 2011, n°293, p. 10, obs. J.-P. LHERNOULD ; JCP G. 2011, 19, note N. DEDESSUS-LE-MOUSTIER ; JCP E. 2011, 1272, note G. FRANÇOIS, Rev. Lamy dr. des aff., 2011, n°58, p. 51, note F. CANUT ; RDT 2001, p. 108, note G. AUZERO. Comp. Cass. soc., 7 novembre 2007, n°06-42439 : « *Il résultait [...] que l'engagement de la société constituait une promesse ferme et définitive d'embauche que la salariée avait acceptée, ce dont il résultait qu'un contrat de travail avait été formé entre les parties* ».

promesse d'embauche ou un véritable contrat de travail alors même que manque un élément qualificatif. Pourtant, davantage d'orthodoxie serait possible, notamment si l'on admettait le maintien forcé des promesses ou de l'engagement unilatéral de l'employeur.

## **II. L'inviolabilité du droit potestatif mise à mal**

**61. La sanction du non-respect de l'engagement pris.** Le principe même du droit potestatif est de soumettre le sujet passif à la décision du bénéficiaire. Dès l'instant où ce dernier lève l'option, le contrat définitif est conclu, le sujet passif ne peut s'y opposer. Que l'on soit face à un engagement contractuel ou unilatéral, le mécanisme est le même. D'une part, l'offrant ou le promettant ne peut se désengager sans porter atteinte à la force obligatoire de son engagement. D'autre part, admettre l'efficacité de la rétractation fautive porte atteinte à l'inviolabilité du droit potestatif. Le salarié ne pouvant plus, *de facto*, accepter le contrat définitif. Le maintien forcé de l'engagement de l'employeur va ainsi de pair avec la reconnaissance d'un droit potestatif au profit du salarié. La « rétractation » de l'auteur devrait être inefficace (A). Le salarié devrait toujours pouvoir imposer sa volonté nonobstant le comportement de l'employeur. Mais on sait combien la jurisprudence demeure hostile au prononcé du contrat définitif (B). Celui-ci devrait pourtant recevoir exécution.

### *A. Pour une inefficacité des « rétractations » de l'engagement*

**62. La force obligatoire de l'engagement de l'employeur.** L'employeur est lié par l'engagement qu'il a pris. Il a accepté de se soumettre à la décision unilatérale ultérieure du bénéficiaire. Il a d'ores et déjà aliéné sa liberté en consentant au futur contrat<sup>258</sup>. De façon générale, une partie à un contrat ne peut revenir seule sur le consentement qu'elle a donné<sup>259</sup>, sauf à éventuellement bénéficier d'un véritable droit de rétractation, droit potestatif d'extinction<sup>260</sup>. Or, il s'agit bien ici de se situer au niveau du consentement<sup>261</sup>. En rétractant sa promesse, le promettant ne viole pas une obligation particulière mais la

---

<sup>258</sup> Voir not. F. COLLART-DUTILLEUL, « Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble : les risques de désordre », *Dr. et patr.*, décembre 1995, p. 58 ; D. MAZEAUD, « Mystères et paradoxes de la période précontractuelle », in *Le contrat au début du XXIème siècle, Études offertes à Jacques GHESTIN*, LGDJ, 2001, p. 631 ; R.-N. SCHUTZ, « L'exécution des promesses de vente », *Rep. Defrénois* 1999, p. 833.

<sup>259</sup> Sauf à bénéficier de droit potestatif de rétractation.

<sup>260</sup> Sur la problématique du dédit, en particulier contractuel, cf. *infra* n°218 et s.

<sup>261</sup> F. COLLART-DUTILLEUL, « La durée des promesses de contrat », *RDC* 2004, p. 15.

force obligatoire du contrat<sup>262</sup>. En d'autres termes, c'est sur le terrain de l'article 1134, alinéa 1, du Code civil qu'il faut se placer et non sur celui de l'article 1142 du Code civil<sup>263</sup>. Dès lors, l'exécution forcée du contrat se conçoit. Le maintien forcé de l'engagement apparaît comme la sanction appropriée. Il est vrai que le concept d'engagement unilatéral de volonté se heurte à l'absence de fondement légal. Il faut alors admettre qu'il emprunte les traits du contrat<sup>264</sup>.

**63. Le droit potestatif de création octroyé au salarié.** L'engagement pris par l'employeur a pour objet d'octroyer au salarié un droit potestatif de création du contrat de travail. L'employeur s'est ainsi placé dans un lien de sujétion l'obligeant à se soumettre à la décision du bénéficiaire. Au moment de la levée de l'option, l'auteur de la promesse n'a pas à donner son accord. La sujétion dans laquelle il se trouve l'empêche, en principe, de s'opposer à la décision du sujet actif. Sa rétractation ne peut, dès lors, être efficace et son engagement est censé toujours produire effet. Un contrat promis est un contrat dû dès lors que le bénéficiaire a levé l'option. La finalité même du droit potestatif est bien de permettre à son bénéficiaire d'imposer sa volonté à autrui. La réparation par équivalent et non en nature du retrait fautif de la promesse unilatérale revient, corrélativement, à remettre en cause le droit potestatif. Si le maintien forcé de la promesse n'est pas prononcé, le droit potestatif tombe nécessairement. La nature de ce dernier impose de donner toute efficacité à la force obligatoire de la promesse. Tout retrait fautif devrait être considéré comme non-venu afin que le promettant ou l'offrant soit considéré toujours lié par un lien de sujétion. Le bénéficiaire conserverait ainsi son droit de lever l'option ; la conclusion forcée du contrat devrait être admise.

#### *B. L'hostilité de la jurisprudence à l'exécution forcée du contrat projeté*

**64. Droit commun et droit spécial.** La jurisprudence civile comme travailliste est hostile à l'exécution forcée du contrat projeté. En droit du travail cependant, la solution

---

<sup>262</sup> P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », art. préc.

<sup>263</sup> Cela étant, en se plaçant sous l'égide de l'article 1142 du Code civil, la Cour de cassation admet que la « rétractation » dont il est question est bien fautive (En ce sens, V. not. C. SÉVELY-FOURNIÉ, *Essai sur l'acte juridique extinctif en droit privé. Contribution à l'étude de l'acte juridique*, Dalloz, 2010, n°348 ; Y. PAGNERRE, *L'extinction unilatérale des engagements*, éd. Panthéon-Assas, 2012, n°55 ; M. FABRE-MAGNAN, « Le mythe de l'obligation de donner », RTD civ. 1996, p. 85, spéc. n°20).

<sup>264</sup> Ce que retient l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016. Cf. l'article 1100-1, alinéa 2, nouveau du Code civil.

apportée par la Cour de cassation est originale puisqu'elle analyse la rupture fautive de l'engagement comme un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Ainsi, après avoir étudié la sanction apportée en matière civile (1) à la « rétractation » fautive de l'engagement, conviendra-t-il de s'arrêter sur celle prononcée en matière sociale (2).

### 1. En matière civile

**65. Sur la promesse unilatérale.** La jurisprudence est connue. Dans un arrêt – ayant déclenché une avalanche de critiques<sup>265</sup> – du 15 décembre 1993<sup>266</sup>, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a sanctionné le retrait fautif de la promesse par le simple octroi de dommages-intérêts. Analysant l'obligation du promettant comme une obligation de faire, elle a appliqué l'article 1142 du Code civil disposant que « *toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur* ». Ce faisant, la Cour s'est exposée à deux séries de critiques : celle relative à l'application littérale de l'article 1142 du Code civil<sup>267</sup> et celle

---

<sup>265</sup> Voir not. R. LIBCHABER, note sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 27 mars 2008, Bull. Joly Sociétés 2008, p. 852 ; D. MAZEAUD, « Exécution des contrats préparatoires », RDC 2005, p. 61 et s. et obs. sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 26 juin 1996, Rep. Defrénois 1996, p. 1371 ; I. NAJJAR, « La rétractation d'une promesse unilatérale de vente », D. 1997, chron. p. 119 ; D. TOMASIN, « La valeur des promesses unilatérales de vente », Rev. Administrer, octobre 1996, n°282, p. 15.

*Contra* D. MAINGUY, « L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter », RTD civ. 2004, p. 1 ; M. FABRE-MAGNAN, « L'engagement du promettant, engagement au contrat préparatoire », in *Jurisprudence et doctrine : quelle efficacité pour les avant-contracts ?*, RDC 2012, p. 633 et *Droit des obligations*, tome 1, *Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 2012, 3<sup>ème</sup> éd., p. 245.

<sup>266</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 15 décembre 1993, Rep. Defrénois 1994, p. 795, obs. Ph. DELEBECQUE ; D. 1994, jur. p. 507, note F. BENAC-SCHMIDT et somm. comm. p. 230, obs. O. TOURNAFOND ; RTD civ. 1994, p. 584, obs. J. MESTRE ; JCP G. 1995, II, 22366, note D. MAZEAUD ; JCP N. 1995, I, 194, note A. TERRASSON de FOUGÈRES ; D. 1995, somm. comm. p. 87, obs. L. AYNÈS.

<sup>267</sup> Il a été admis, malgré la lettre de l'article 1142, que l'on puisse privilégier l'exécution en nature à l'exécution par équivalent : « *La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté peut forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible* » : Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 16 janvier 2007, D. 2007, p. 1119, note O. GOUT ; RDC 2007, p. 719, obs. D. MAZEAUD. – Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 11 mai 2005, JCP G. 2005, II, n°10152, note S. BERNHEIM-DEVAUX ; RTD civ. 2005, p. 596, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; « *La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix, ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages-intérêts* ». – Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 25 mars 2009, Bull. civ. III, n°6. – Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 10 novembre 1992, Bull. civ. III, n°294.

Il faut ajouter ici l'analyse de Ph. WÉRY qui considère que l'article 1142 du Code civil, qui ne doit pas être séparé des articles 1143 et 1144 du Code civil, n'interdit pas au juge le prononcé de l'exécution forcée de l'obligation mais prévoit simplement la possibilité d'octroyer des dommages-intérêts dans le cas où le débiteur refuserait de se soumettre. (Ph. WÉRY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires. Une relecture des articles 1142 à 1144 du Code civil*, éd. Kluwer, 1993). Ce débat renvoie à la question de savoir s'il existe une primauté de l'exécution en nature (par rapport à celle par équivalent). Les auteurs sont partagés.

relative à la véritable nature de l'obligation du promettant<sup>268</sup>. La Cour n'a fini par admettre l'exécution forcée que dans l'hypothèse où les parties elles-mêmes l'ont contractuellement prévue<sup>269</sup>. Ce qui n'est pas reconnaître un véritable droit potestatif.

Un arrêt rendu le 8 septembre 2010 par la Cour de cassation<sup>270</sup> a semblé relancer le débat. En l'espèce, la Cour de cassation avait censuré une cour d'appel qui, se référant à la jurisprudence alors en vigueur, avait considéré que « *l'obligation du promettant [...] constitue tant que le bénéficiaire n'a pas déclaré acquérir non pas une obligation de donner mais une obligation de faire, qu'en l'espèce lors du décès [du promettant] avant la levée de l'option, la vente n'était pas réalisée* ». Au contraire, estima la Cour de

Cf. not. pour : G. VINEY, « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », in *La primauté de l'exécution en nature*, Revue de droit Henri CAPITANT, 2011, n°3 ; V. LONIS-APOKOURASTOS, *La primauté contemporaine du droit à l'exécution en nature*, PUAM, 2003 ; N. MOLFESSIS, « Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature ? », RDC 2005, p. 37.

*Contra* not. Y.-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, 2004, spéc. n°16 ; F. BELLIVIER et R. SEFTON-GREEN, « Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droits français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme », in *Le contrat au début du XXI<sup>ème</sup> siècle, Études offertes à Jacques GHESTIN*, LGDJ, 2001, p. 91.

<sup>268</sup> **Les débats doctrinaux ont porté sur la question de savoir s'il s'agissait d'une obligation de donner** (J. VIATTE, « Des promesses unilatérales de vente » Gaz. Pal., 1973, doct. p. 67 ; P. BLOCH, « L'obligation de transférer la propriété dans la vente », RTD civ. 1988, p. 673, spéc. n°34 ; M. AZENCOT, « Promesse de vente et rétractation », AJPI, 1994, p. 351), **de faire** (D. MAZEAUD, obs. sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 28 octobre 2003, RDC 2004, p. 270 ; D. MAINGUY, « La violation du pacte de préférence », in « Pacte de préférence : liberté ou contrainte ? », Dr. et patr., janvier 2006, p. 54) **ou de ne pas faire. A même été proposée l'obligation de praestare** (G. PIGNARRE, « A la redécouverte de l'obligation de praestare. Pour une relecture de quelques articles du Code civil », RTD civ. 2001, p. 40, spéc. n°21 à 24).

L'obligation de donner a été vite écartée soit parce que l'analyse du transfert de propriété en tant qu'obligation de donner a été critiquée (M. FABRE-MAGNAN, « Le mythe de l'obligation de donner », art. préc.) soit parce qu'en tout état de cause, une telle obligation ne peut naître qu'après la levée d'option. L'obligation de faire s'est heurtée à la question du « faire quoi » ? Maintenir son consentement ? (ce qui est l'approche de la Cour de cassation en cas d'offre faite à durée déterminée à personne déterminée : Cass. soc., 7 mai 2008, Bull. civ. III, n°79). Mais cela heurte la notion même du consentement qui n'a pas à être maintenu puisque, par définition, une fois donné, il produit immédiatement effet. Dès lors qu'une personne consent, elle est engagée. Quant à l'obligation de ne pas faire, qui a reçu le plus d'approbation, elle consiste à considérer que le promettant s'engage à ne pas aliéner le bien objet du contrat pendant toute la durée de l'option. Il est vrai que le promettant « immobilise » son bien. Cependant, il s'agit davantage d'une conséquence de l'octroi d'un droit potestatif que l'objet même de la promesse unilatérale. Une promesse crée des effets qui ne sont pas tous des obligations, au contraire, en l'occurrence son objet (principal) est d'accorder un droit potestatif. (Voir not. P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », art. préc. ; A. LEBOIS, note sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 27 mars 2008, LPA, 13 octobre 2008, n°205, p. 13).

<sup>269</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 27 mars 2008, RDC 2009, p. 143, obs. Ph. BRUN ; RDC 2008, p. 734, obs. D. MAZEAUD et p. 1239, obs. F. COLLART-DUTILLEUL ; JCP G. 2008, I, 218, note A. CONSTANTIN et II, 10147, note G. PILLET.

<sup>270</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 8 septembre 2010, RJDA 2010, n°12, p. 1063, rapp. L. JACQUES ; Gaz. Pal., 2010, n°335-336, p. 15, note G. PIGNARRE ; Rep. Defrénois 2010, p. 2123, note L. AYNÈS ; JCP E. 2010, 1962, note G. PILLET ; Rev. Lamy dr. civ., 2010, n°76, p. 12, note A. PAULIN ; Gaz. Pal., 2010, n°304, p. 14, note D. HOUTCIEFF.

Cassation, « *le promettant avait définitivement consenti à vendre et l'option pouvait être valablement levée, après son décès, contre ses héritiers tenus de la dette contractée par leur auteur* ». Les termes employés, le promettant ayant « *définitivement consenti* » selon la Cour, laissait penser que ce dernier ne pouvait dès lors revenir sur son consentement. Mais un arrêt ultérieur du 11 mai 2011<sup>271</sup> a sans doute éteint tout espoir en réitérant le refus du maintien forcé de la promesse<sup>272</sup>. Cela étant, la troisième chambre civile n'est pas toujours hostile à l'exécution forcée d'un engagement pris<sup>273</sup>. Le refus du maintien forcé est d'autant plus étonnant que la Cour de cassation paraît davantage complaisante face à la violation d'un pacte de préférence pourtant moins contraignant qu'une promesse unilatérale. En effet, la jurisprudence admet la conclusion forcée du contrat au profit du bénéficiaire du pacte lorsque le tiers avec lequel le promettant avait conclu connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir<sup>274</sup>.

**66. Sur l'offre à durée déterminée faite à personne déterminée.** Dans un arrêt du 7 mai 2008<sup>275</sup>, la troisième chambre civile affirme que « *si une offre d'achat ou de vente peut en principe être rétractée tant qu'elle n'a pas été acceptée, il en est autrement au cas où celui de qui elle émane s'est engagé à ne pas la retirer avant une certaine époque, et alors qu'elle avait constaté que les conjoints Y... disposaient d'un délai jusqu'au 27 juin 2000 pour donner leur accord, et qu'il en résultait que Mme X... s'était engagée à maintenir son offre jusqu'à cette date, la Cour d'appel a violé le texte*

<sup>271</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 11 mai 2011, D. 2011, p. 1457, note D. MAZEAUD et p. 1460, note D. MAINGUY.

<sup>272</sup> Il en va évidemment différemment lorsque la « rétractation » intervient après la levée d'option. Dans cette hypothèse, le contrat définitif est bien conclu : Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 26 juin 1996, LPA, 30 mai 1997, n°65, p. 25, note B. BÉVIÈRE ; D. 1997, somm. comm. p. 169, obs. D. MAZEAUD (L'arrêt certes ambigu avait pu laisser planer un doute : I. NAJJAR, « La rétractation d'une promesse unilatérale de vente », D. 1997, chron. p. 119. Vite écarté par le rapport du conseiller PRONIER : RJDA 1996, p. 636).

<sup>273</sup> Cf. Cass. civ., 3<sup>ème</sup>, 6 avril 2003, n°00-19991. (En l'occurrence, un acheteur s'était engagé à conclure un bail. La Cour de cassation appuie la décision de la cour d'appel contraignant l'acheteur, sous astreinte, à la signature du bail).

<sup>274</sup> Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, D. 2006, p. 1861, note P.-Y. GAUTIER et p. 1864, note D. MAINGUY ; JCP G. 2006, II, 10142, note L. LEVENEUR et 176, note F. LABARTHE ; JCP N. 2006, 1256, note B. THULLIER ; CCC, août 2006, comm. 155, L. LEVENEUR ; Dr. et patr., octobre 2006, p. 93, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; RTD civ. 2006, p. 550, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; RDC 2006, p. 1131, obs. F. COLLART-DUTILLEUL et p. 1080, obs. D. MAZEAUD ; Rep. Defrénois 2006, p. 1206, obs. É. SAVAUX et 1233 obs. R. LIBCHABER ; Gaz. Pal., 2006, p. 12, note Y. DAGORNE-LABBE.

<sup>275</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 7 mai 2008, RTD civ. 2008, p. 474, obs. B. FAGES ; RDC 2008, p. 1109, obs. Th. GÉNICON ; JCP G. 2008, I, 179, note Y.-M. SERINET ; LPA, 25 février 2009, n°40, p. 6, note Ch. JUILLET ; D. 2009, p. 440, note M.-L. MATHIEU-IZORCHE.

*susvisé* ». Rendue au visa de l'article 1134, n'était-ce pas reconnaître la figure de l'engagement unilatéral de volonté ? N'était-ce pas, dès lors, accepter l'inefficacité de la « rétractation » émise dans le délai prévu ? Le doute survint de ce que la Cour de cassation ne se prononçait pas sur la sanction à apporter à la rétractation fautive mais sur la restitution du dépôt de garantie remis par l'offrant qui s'était rétracté. Une majorité d'auteurs y a cependant bien vu un revirement de jurisprudence<sup>276</sup>. Il est néanmoins étonnant que la Cour de cassation propose une solution plus favorable au bénéficiaire d'une offre qu'à celui d'une promesse unilatérale.

**67. La réforme.** Le dénouement sera celui d'une intervention législative. L'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, consacre l'inefficacité de la révocation de la promesse pendant le délai d'option<sup>277</sup> ainsi que la nullité du contrat conclu en violation de la promesse d'embauche avec un tiers qui en connaissait l'existence<sup>278</sup>. En revanche, il ne sanctionne la révocation de l'offre de contrat faite pendant le délai de maintien prévu que par la responsabilité extra-contractuelle<sup>279</sup>. C'est sonner le glas de l'engagement unilatéral de volonté en matière d'offre mais c'est aussi respecter une hiérarchie entre la promesse unilatérale et l'offre.

## 2. En matière sociale

**68. Hésitations.** Lorsque l'employeur contracte une promesse unilatérale d'embauche, il est déjà engagé au contrat de travail définitif. Quelle est alors la sanction apposée à son éventuelle rétractation ? Si le raisonnement jurisprudentiel en matière civile était suivi, la rétractation de l'employeur serait efficace bien que fautive. Le salarié n'aurait droit qu'à une réparation par équivalent. Si en revanche, le raisonnement contraire était préféré, la rétractation fautive devrait être sanctionnée par le maintien

---

<sup>276</sup> Y.-M. SERINET, note préc. sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 7 mai 2008, JCP G. 2008, I, 179. Davantage mesuré : Ch. JUILLET, obs. préc., sous Cass. civ., 3<sup>ème</sup>, 7 mai 2008, LPA 2009, 25 février 2009, n°40, p. 6.

*Contra* Th. GÉNICON, obs. préc. sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 7 mai 2008, RDC 2008, p. 1109.

<sup>277</sup> Article 1124, alinéa 2, nouveau : « *La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis* ».

<sup>278</sup> Article 1124, alinéa 3, nouveau : « *Le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul* ».

<sup>279</sup> Article 1116, alinéas 2 et 3, nouveau : « *La rétractation de l'offre en violation de cette interdiction empêche la conclusion du contrat. Elle engage la responsabilité extracontractuelle de son auteur dans les conditions du droit commun sans l'obliger à compenser la perte des avantages attendus du contrat* ».

forcé de la promesse afin de donner toute efficacité à la levée d'option. Le refus de l'employeur de se soumettre à la décision de son salarié serait alors inopérant. La conclusion du contrat pourrait être forcée. En matière sociale, la jurisprudence paraît hésiter entre ces deux raisonnements. Elle préfère parfois une solution hybride. En effet, la chambre sociale de la Cour de cassation a pu condamner la rupture de la promesse d'embauche de la même manière que les chambres civiles ou commerciale condamnent toute rupture de promesse unilatérale, c'est-à-dire non par le maintien forcé, mais par l'octroi de dommages-intérêts<sup>280</sup>. Mais elle a pu également se placer sur le terrain du licenciement<sup>281</sup>.

**69. La rupture de la « promesse » vaut licenciement sans cause réelle et sérieuse.**

Une première précision est sans doute nécessaire. La Cour de cassation qualifie de « promesse » des actes qui s'apparentent davantage à des engagements unilatéraux de volonté<sup>282</sup>. Mais le raisonnement vaut pour ces deux catégories d'acte dès lors que leur est reconnue force obligatoire. La question est alors celle de savoir si la Cour devait nécessairement considérer que « *la promesse d'embauche valait contrat de travail* » pour arriver à ses fins, c'est-à-dire au prononcé d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. N'aurait-on pas pu obtenir la même solution en admettant simplement l'inefficacité de la rétractation d'une promesse d'embauche? En effet, dans ces conditions, le salarié aurait pu valablement lever l'option et le contrat projeté aurait été définitivement conclu. Mais il aurait dû alors se poursuivre puisqu'aucune rupture ne serait en réalité intervenue. En effet, en principe un acte unilatéral – même fautif – est nécessaire à l'efficacité de la rupture du contrat de travail. La seule inexécution du contrat ne suffit pas à considérer celui-ci comme rompu. Il existe certes des exceptions<sup>283</sup> et l'on sait la jurisprudence comme le législateur parfois réticents à admettre qu'une relation de travail puisse être imposée aux cocontractants. Il est pourtant difficile de justifier que l'employeur puisse être libéré au nom de sa liberté

---

<sup>280</sup> Cass. soc., 6 février 2001, Dr. soc. 2001, p. 436, obs. B. GAURIAU.

<sup>281</sup> Cass. soc., 15 décembre 2010, Bull. civ. V, n°296, préc. – Cass. soc., 30 avril 2014, n°12-27227 (cet arrêt n'emploie pas les termes de « promesse d'embauche valant contrat de travail » mais considère que la rupture de la promesse s'analyse comme un licenciement sans cause réelle et sérieuse).

<sup>282</sup> Rappr. Th. GÉNICON, « La promesse d'embauche ou le miracle du « contrat sans acceptation » », RDC 2011, p. 804.

<sup>283</sup> Dans l'hypothèse d'un contrat à durée déterminée requalifié en contrat à durée indéterminée après l'arrivée du terme, on considère qu'il y a licenciement sans cause réelle et sérieuse alors qu'aucun acte unilatéral n'est par définition intervenu.

d'entreprendre alors qu'il l'a lui-même aliénée par sa promesse ou son engagement unilatéral. Quant au salarié, ayant par définition levé l'option, il tient à la conclusion et l'exécution du contrat. Ainsi, le contrat de travail étant bel et bien conclu, à défaut de véritable rupture, il doit se poursuivre. L'inexécution du fait de l'employeur caractérisant alors un manquement grave permettant au salarié de prendre acte de la rupture du contrat<sup>284</sup> ou de demander sa « résiliation » judiciaire. Une telle solution peut, il est vrai, se retourner contre le salarié si une période d'essai a été stipulée<sup>285</sup>, l'employeur pouvant alors rompre sans motif<sup>286</sup>.

Ainsi, si devait être fait le choix de l'inefficacité de la rupture (de la promesse), il aurait fallu soit prolonger le raisonnement jusqu'à admettre la poursuite du contrat, soit considérer, par exception, que l'inexécution du contrat par l'employeur valait en réalité rupture de sa part et par voie de conséquence licenciement sans cause réelle et sérieuse. La Cour de cassation a préféré considérer que la promesse d'embauche valait contrat de travail afin de confondre la rupture de la promesse avec celle du contrat de travail et permettre ainsi de la qualifier directement de licenciement sans cause réelle et sérieuse. Cette solution paraît en définitive cohérente, dès lors que la finalité poursuivie était celle d'obtenir un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Le prononcé de l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement permet au salarié d'obtenir des indemnités puisque l'absence de commencement d'exécution n'est pas considérée comme un obstacle au prononcé de cette sanction<sup>287</sup>. Et si l'on admet qu'un préavis puisse être dû, même sans commencement d'exécution<sup>288</sup>, le salarié y aura également droit. Plus exactement, il pourra prétendre à une indemnité compensatrice égale au montant du salaire qu'il aurait reçu s'il avait travaillé pendant la durée de ce préavis<sup>289</sup>. La loi,

---

<sup>284</sup> Sur la prise d'acte, en tant que droit potestatif d'extinction, cf. infra n°322 et s.

<sup>285</sup> Cf. Cass. soc., 12 juin 2014, JCP S. 2014, 1330, note G. DUCHANGE. (Arrêt admettant qu'une période d'essai non prévue par la promesse d'embauche le soit dans le contrat définitif).

<sup>286</sup> V. néanmoins, sur la finalité de la période d'essai à respecter : infra n°253.

<sup>287</sup> Cass. soc., 2 février 1999, Dr. soc. 1999, p. 487, note F. FAVENNEC-HÉRY.

<sup>288</sup> Cass. soc., 7 novembre 2007, n°06-42439 : « *L'engagement de la société constituait une promesse ferme et définitive d'embauche que la salariée avait acceptée, ce dont il résultait qu'un contrat de travail avait été conclu entre les parties, et que la circonstance que le contrat ait été rompu avant tout commencement d'exécution n'excluait pas que la salariée puisse prétendre au paiement d'une indemnité de préavis et le cas échéant des congés payés y afférents* ». – Cass. soc., 4 décembre 2001, RJS 2/02, n°136. – CA Saint Denis de la Réunion, 6 mai 2008, n°07/00909.

*Contra* certains juges du fond. Ex. CA Paris, 6 mai 1993, RJS 7/93, n°818.

<sup>289</sup> Article L. 1234-5 du Code du travail.

néanmoins, n'impose de préavis qu'à partir de six mois d'ancienneté. Resterait alors l'hypothèse de conventions collectives ou d'usages plus favorables<sup>290</sup>.

**70. *Le cas de la promesse rompue par le salarié.*** La rupture du fait du salarié devrait être analysée comme une démission si le raisonnement par analogie devait prévaloir. Or, à moins de la considérer comme abusive, la démission ne donnera pas lieu à l'octroi de dommages-intérêts. Ne serait-ce pas faire perdre toute portée à la promesse unilatérale du salarié ? Certes, les parties peuvent adjoindre à leur contrat une clause prévoyant l'octroi de dommages-intérêts en cas de non-respect de la promesse. La jurisprudence nous offre l'exemple du transfert d'un sportif professionnel d'un club à un autre. Très souvent, un sportif s'engage à jouer pour un nouveau club et celui-ci s'engage à l'embaucher. Il s'agit de promesses synallagmatiques qui ne constituent pas encore le contrat définitif, ce dernier étant subordonné à diverses conditions dont notamment l'homologation par la ligue professionnelle ou la signature d'un contrat répondant à certaines exigences formelles. Dans une affaire soumise à la Cour de cassation le 17 mars 2010<sup>291</sup>, la promesse d'embauche prévoyait ainsi que le contrat définitif répondant au formalisme de la ligue professionnelle devrait être signé par les parties et que le défaut de signature entraînerait l'octroi de dommages-intérêts. Au-delà de l'éventuelle controverse portant sur la qualification de la clause en question<sup>292</sup>, la Cour de cassation en admet l'application. Mais en l'absence de telle clause, la question reste posée. Le salarié peut-il impunément violer une promesse qui l'engagerait ? Une réponse négative impliquerait soit de considérer que la « démission » est abusive soit de refuser de se placer sur le terrain d'un contrat déjà conclu. Il faudrait alors accepter l'approche de la troisième chambre civile et octroyer à l'employeur des dommages-intérêts pour rupture fautive d'un avant-contrat.

## **Section II. L'octroi d'un droit potestatif de création éventuel**

**71. *Sources.*** Le pacte de préférence est un contrat dans lequel le promettant s'engage, s'il se décide à contracter ultérieurement, à offrir en priorité au bénéficiaire le

---

<sup>290</sup> Article L. 1234-1 du Code du travail.

<sup>291</sup> Cass. soc., 17 mars 2010, Bull. civ. V, n°69, préc.

<sup>292</sup> Infra n°244 et s.

contrat projeté<sup>293</sup>. Sous certaines conditions, a pu être admise comme sanction de sa violation, la substitution du bénéficiaire au tiers au contrat définitif. La question de la portée d'une telle jurisprudence se pose alors (II), d'autant plus qu'en droit du travail, les droits de priorité (I) sont le plus souvent accordés par la loi voire les conventions ou accords collectifs.

### ***I. Les droits de priorité***

**72. Priorités d'embauche.** En matière d'embauche, il est souvent fait état de « priorité ». Il s'agit des hypothèses où l'employeur est obligé, s'il se décide à recruter, de préférer tel ou tel salarié. Ces priorités peuvent être contractuelles, conventionnelles ou légales. Le plus souvent, il s'agira davantage de réembauche que d'embauche, l'idée étant de favoriser des salariés embauchés par le passé dans l'entreprise considérée. C'est en particulier le cas lorsque la priorité est légale<sup>294</sup> ou conventionnelle<sup>295</sup>.

**73. La priorité d'embauche légale<sup>296</sup>.** La priorité d'embauche n'est pas automatique. Afin d'y prétendre, le salarié doit en faire la demande<sup>297</sup>. Celle-ci ne vaut cependant pas consentement au contrat définitif. Elle oblige l'employeur à préférer le

---

<sup>293</sup> Comp. l'ordonnance de 2016 qui définit le pacte de préférence comme « *le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle déciderait de contracter* ». (Nouvel article 1123, alinéa 1, du Code civil).

<sup>294</sup> Cf. l'article L. 1233-45 du Code du travail pour les salariés ayant fait l'objet d'un licenciement pour motif économique (et ce même en l'absence de cause réelle et sérieuse : CA Riom, 25 mai 1999, n°98/02448, LPA, 7 septembre 1999, n°178, p. 10, note Th. LAVAL) ; l'article L. 1225-67 du Code du travail pour les salariés ayant rompu leur contrat de travail à l'issue d'un congé de maternité ou d'adoption ; l'article L. 3123-8 du Code du travail pour les salariés à temps plein souhaitant un temps partiel ou ceux à temps partiel souhaitant un temps plein.

<sup>295</sup> Voir par ex. à propos de la priorité d'embauche pour les salariés remplaçants prévue par la convention collective de travail du personnel des banques : Cass. soc., 28 octobre 1992, n°89-44388 ; Art. 44 de la convention collective nationale de travail des journalistes : en cas de suppression d'emploi, « *Le journaliste professionnel congédié et sans emploi sera réengagé en priorité dans le premier poste vacant de sa compétence* ».

<sup>296</sup> Laquelle ne doit pas être confondue avec les différents droits au reclassement auxquels a droit le salarié.

<sup>297</sup> Article L. 1233-45, alinéa 2, du Code du travail : « *Le salarié licencié pour motif économique bénéficie d'une priorité de réembauche durant un délai d'un an à compter de la date de la rupture de son contrat s'il en fait la demande au cours de ce même délai* » ; Article L. 1225-67 du Code du travail : « *Dans l'année suivant la rupture de son contrat[à l'issue du congé de maternité ou d'adoption], le salarié peut solliciter sa réembauche* » ; Article L. 3142-62 du Code du travail : « *A l'expiration du ou des mandats renouvelés, le salarié peut cependant solliciter sa réembauche dans des conditions déterminées par voie réglementaire. Le salarié bénéficie alors pendant un an d'une priorité de réembauche dans les emplois auxquels sa qualification lui permet de prétendre.[...]*».

salarié bénéficiant de cette priorité sur les emplois compatibles avec sa qualification, ce dernier conservant sa liberté d'accepter ou non le contrat. En pratique, l'employeur doit informer le salarié ayant demandé le bénéfice de la priorité, des emplois disponibles correspondant à sa qualification. Lorsque la priorité procède d'un licenciement pour motif économique, l'employeur<sup>298</sup> doit également prendre en compte les éventuelles nouvelles qualifications du salarié licencié<sup>299</sup>. Le mécanisme du droit légal de priorité d'embauche est sans doute à rapprocher des différents droits de préemption<sup>300</sup> légaux prévus pour certains actes translatifs de propriété<sup>301</sup>. Un droit de priorité n'est cependant pas un droit de substitution. Alors que la substitution suppose, au préalable, la conclusion d'un contrat entre un propriétaire et un tiers acquéreur, la mise en œuvre d'un droit de préemption<sup>302</sup> comme de préférence ne nécessite pas la conclusion du contrat avec un tiers. Au contraire, la conclusion du contrat définitif avec un tiers, si le bénéficiaire de la préférence n'a pas été mis en mesure de l'accepter, viole la priorité dont il jouit. La priorité d'embauche se rapproche ainsi du droit de préemption entendu comme un droit d'acquisition prioritaire<sup>303</sup>.

**74. La priorité d'embauche contractuelle.** Celle-ci s'apparente au droit de priorité octroyé par un pacte de préférence. À la différence de la promesse unilatérale, le pacte

---

<sup>298</sup> Seule l'entreprise, et non le groupe, ayant licencié le salarié est débitrice de la priorité de réembauche : Cass. soc., 30 janvier 2008, n°06-43879.

<sup>299</sup> Article L. 1233-45, alinéa 3, du Code du travail.

<sup>300</sup> C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Le droit de préemption*, LGDJ, 1979.

<sup>301</sup> Cf. not. les articles L. 412-1 à 412-13 du Code rural et de la pêche maritime pour le preneur d'un bail de fermage ; l'article 10 de la loi du 31 décembre 1975 et l'article 15, II de la loi du 6 juillet 1989 pour le locataire d'un immeuble à usage principal d'habitation ; les articles 815-14 à 815-16 du Code civil pour les indivisaires ; l'article L. 211-1 du Code de l'urbanisme pour certaines zones urbaines faisant l'objet d'un plan d'occupation des sols, ou d'un plan local d'urbanisme, ou encore situées dans la carte communale approuvée par la préfecture et l'article L. 515-16-1 du Code de l'environnement (pour prévenir les « *risques technologiques* ») ; l'article L. 142-1 du Code de l'urbanisme pour les départements (protection des « *espaces naturels sensibles* ») ; l'article L. 143-1 et s. du Code rural pour les SAFER (société d'aménagement foncier et d'établissement rural).

<sup>302</sup> Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, LGDJ, 2014, 7<sup>ème</sup> éd., n°147 à 155 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n°922 à 924 ; A. BÉNABENT, *Contrats civils et commerciaux*, Montchrestien, 2015, 11<sup>ème</sup> éd., n°70 à 74 ; F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 2015, 10<sup>ème</sup> éd., n°70 à 73.

<sup>303</sup> D'ailleurs, le préempteur n'acquiert pas toujours aux conditions proposées par le vendeur ou acceptées par l'acquéreur : Article L. 143-10 du Code rural : les SAFER peuvent faire des contre-propositions de prix ; L. 412-7 : le preneur d'un bail rural peut saisir le tribunal paritaire pour faire diminuer le prix proposé par le vendeur. De plus, en faisant directement part au bénéficiaire du droit de préemption de l'intention d'aliéner du propriétaire, la pratique notariale influence également l'analyse du droit de préemption.

de préférence n'a pas à fixer le prix<sup>304</sup> du contrat projeté alors même qu'il serait un élément essentiel du contrat en question. La fixation du salaire dès la conclusion du pacte n'est pas nécessaire à sa validité. Ce particularisme peut s'expliquer par le temps écoulé entre la conclusion du pacte et son effectivité, c'est-à-dire la décision de conclure le contrat définitif projeté. Ainsi, une priorité d'embauche n'a pas à préciser dès l'origine la rémunération du salarié. En revanche, l'objet même du contrat, en l'occurrence l'emploi, paraît devoir être déterminé. L'article 1129 du Code civil, s'il est en principe écarté en matière de prix<sup>305</sup>, trouve ici à s'appliquer.

**75. *Un droit potestatif de création éventuel.*** La priorité d'embauche, comme le pacte de préférence, offre-t-il au bénéficiaire un véritable droit potestatif ? Si la priorité était comprise comme un véritable droit de « substitution », c'est-à-dire s'appliquant à un contrat déjà conclu avec un tiers, la réponse serait évidente. Le droit de « substitution » permettrait d'imposer un changement de contractant et ainsi de modifier une situation juridique pour en créer une nouvelle. Mais dès lors que la priorité est censée s'exercer avant toute conclusion du contrat définitif avec un tiers, elle ne peut, en elle-même, être considérée comme un droit potestatif. Pour autant, à partir du moment où le promettant se décide au contrat projeté, le bénéficiaire se retrouve effectivement détenteur d'un droit d'option potestatif<sup>306</sup> éventuel<sup>307</sup>. Car alors, le promettant est d'ores et déjà obligé envers le bénéficiaire. La présence d'un tiers modifie-t-elle cette approche ? En d'autres termes, dans quelle position le promettant place-t-il le bénéficiaire lorsqu'il se décide à conclure le contrat projeté mais avec un autre que ce

---

<sup>304</sup> Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 6 juin 2001, JCP G. 2002, I, 134, note F. LABARTHE ; RTD civ. 2002, p. 88, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; RTD civ. 2002, p. 115, obs. P.-Y. GAUTIER. – Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 15 janvier 2003, JCP G. 2003, II, 10129, note E. FISCHER-ACHOURA ; D. 2003, p. 1190, note H. KENFACK ; CCC, mai 2003, comm. 71, L. LEVENEUR ; RDC 2003, p. 45, obs. D. MAZEAUD. Si le prix a cependant été prédéterminé, le promettant y sera alors tenu, même si la conclusion du contrat projeté intervient tardivement : Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 23 septembre 2009, LPA, 30 décembre 2009, n°260, p. 7, note H. MOUBSIT ; RTD civ. 2010, p. 127, obs. P.-Y. GAUTIER ; JCP G. 2009, 479, note G. PILLET ; CCC, janvier 2010, comm. 2, L. LEVENEUR ; RDC 2010, p. 32, obs. Th. GÉNICON et p. 660, obs. S. PIMONT ; Rep. Defrénois 2010, p. 104, obs. R. LIBCHABER.

<sup>305</sup> Infra n°87.

<sup>306</sup> Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, LGDJ, 2014, 7<sup>ème</sup> éd., n° 143.

<sup>307</sup> En ce sens S. VALORY, *La potestativité...*, th. préc., n°245 ; S. LEQUETTE, « Réflexions sur la durée du pacte de préférence », RTD civ. 2013, p. 491.

Sur la qualification de « droit éventuel », cf. R. DEMOGUE, « Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance », RTD civ. 1905, p. 723.

dernier ? Les analyses doctrinales divergent. Si certains considèrent que seule importe la décision de conclure le contrat projeté<sup>308</sup>, d'autres ne la détachent pas de la personne envers qui cette décision a été prise<sup>309</sup>. Dans ces conditions, seule la première approche reconnaît un droit potestatif au profit du bénéficiaire du pacte, seule celle-ci permet, le cas échéant, au bénéficiaire du pacte de lever efficacement l'option, sous réserve de la bonne ou mauvaise foi du tiers. La seconde approche ne considère pas, au contraire, que le promettant se trouve engagé envers le bénéficiaire lorsqu'il propose, en violation du pacte, le contrat définitif à un tiers. Dans ces conditions, la mauvaise foi du tiers ne permettrait pas au bénéficiaire de lever l'option. Elle permettrait sans doute de remettre en cause le contrat passé en violation du droit du bénéficiaire, mais replacerait le promettant dans sa situation initiale, c'est-à-dire celle d'être libre de décider ou non de la conclusion du contrat définitif.

**76. *Le particularisme du pluralisme de priorités.*** L'octroi par le Code du travail de priorités d'embauche peut mettre plusieurs salariés en situation de concurrence. Lorsque les individus concernés bénéficient d'un même droit de priorité, l'employeur est libre de choisir parmi les différents intéressés<sup>310</sup>. Autrement dit, si l'on admet l'existence d'un droit potestatif éventuel, celui-ci ne peut naître de la seule décision de l'employeur d'embaucher pour le poste envisagé. L'éventualité est donc double. Pour autant, lorsque l'employeur embauche un tiers au détriment des priorités d'embauche existantes, c'est l'ensemble des salariés ayant fait part de leur intention de bénéficier de leur priorité qui voient leur droit bafoué. Demeure la question de savoir quelle priorité prévaut en cas de concurrence entre droits de priorité différents. Si l'on peut faire valablement prévaloir

---

<sup>308</sup> Th. PIAZZON, « Retour sur la violation des pactes de préférence », RTD civ. 2009, p. 433 et s., spéc. n°21 ; S. VALORY, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 juin 2001, Dr. et patr., décembre 2001, n°99, p. 38 et *La potestativité...*, th. préc. n°244 ; Ch. PAULIN, « Promesse et préférence », RTD com. 1998, p. 511 (l'auteur parle de novation) ; F. COLLART-DUTILLEUL, « Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble : les risques de désordre », Dr. et patr., décembre 1995, p. 58, spéc. n°92 et s. ; D. MAZEAUD, « La responsabilité du fait de la violation d'un pacte de préférence », Gaz. Pal., 1994, I, doct. 210 ; A. LAUDE, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, thèse, Aix-Marseille, PUAM, 1992, n°825.

<sup>309</sup> N. MOLFESSIS, « Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature ? » RDC 2005, p. 37, n°21 ; A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, LGDJ, 2015, 11<sup>ème</sup> éd., n°67. ; J.-J. BARBIERI, *Contrats civils et commerciaux*, Masson-Armand Colin, 1995, p. 91 ; J. GHESTIN et B. DESCHE, *La vente*, LGDJ, 1990, n°168 et 171 ; J. MESTRE, obs. sous Cass. com., 27 mai 1986, RTD civ. 1987, p. 89.

<sup>310</sup> Cass. soc., 7 juillet 1998, Dr. soc. 1998, p. 945, obs. F. FAVENNEC-HÉRY ; D. 1999, somm. comm. p. 175, obs. P. FADEUILHE.

les priorités légales sur les priorités contractuelles, qu'en est-il lorsqu'elles sont toutes légales<sup>311</sup> ? Faudrait-il les hiérarchiser, et le cas échéant quel serait le critère à retenir, ou faudrait-il là-aussi admettre que l'employeur est libre de son choix ? La question reste en suspens.

## II. *La sanction de la violation du pacte de préférence*

77. **En matière civile.** La violation du pacte de préférence ouvre d'abord droit au bénéficiaire lésé soit à une réparation par équivalent (octroi de dommages-intérêts) soit à une réparation en nature (nullité du contrat) sous réserve de la mauvaise foi du tiers<sup>312</sup>. Ensuite, la reconnaissance de la conclusion du contrat projeté avec le bénéficiaire du pacte ne peut être admise que si l'on reconnaît au bénéficiaire un droit d'option éventuel. C'est la voie que semble avoir finalement<sup>313</sup> emprunté la Cour de cassation en matière de vente. En effet, celle-ci a admis la conclusion forcée du contrat au profit du bénéficiaire du pacte. Réunie en chambre mixte<sup>314</sup> le 26 mai 2006, la Cour a posé comme condition à « la substitution » du tiers par le bénéficiaire le fait « *que ce tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté<sup>315</sup>, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir* ». Mais ce revirement de jurisprudence n'évite pas l'écueil de certaines contradictions ni quelques interrogations<sup>316</sup>. En effet, la

---

<sup>311</sup> Par exemple, entre le salarié licencié pour motif économique (article L. 1233-45 du Code du travail), celui à temps partiel sollicitant un temps plein (article L. 3123-8 du Code du travail) ou celui démissionnaire afin d'élever un enfant (article L. 1225-67 du Code du travail).

<sup>312</sup> Cass. Req., 15 avril 1902, DP 1903, 1, 38 : « *Si le pacte de préférence ne confère qu'un droit personnel, comme constituant une promesse unilatérale de vente, le tiers acquéreur doit néanmoins être tenu de restituer la chose quand il a eu connaissance de ce pacte et de l'intention du bénéficiaire dudit pacte d'en profiter* ». – Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 février 1962, Bull. civ. I, n°116.

<sup>313</sup> Elle l'avait d'abord refusée : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 mai 1957, Bull. civ. I, n°197.

<sup>314</sup> Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, Bull. civ. ch. mixte, n°4, préc.

<sup>315</sup> En matière de vente par exemple, cela correspond « *à la date de la promesse de vente, qui vaut vente, et non à celle de sa réitération par acte authentique [sauf si] les parties avaient entendu faire de celle-ci un élément de leur engagement* », Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 25 mars 2009, RTD civ. 2009, p. 524, obs. B. FAGES.

<sup>316</sup> Notamment la question de savoir si la « substitution » est obligatoire lorsque le bénéficiaire fait le choix de la « nullité », celle de la conciliation de cette jurisprudence avec celle de la promesse unilatérale et celle de savoir si imposer à la fois la connaissance du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir pour admettre « nullité » et « substitution » ne paraît pas trop sévère.

L'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations de février 2016 y répond puisqu'il prévoit à l'alinéa 2 de l'article 1123 du Code civil : « *Lorsqu'un contrat est conclu avec un tiers en violation d'un pacte de préférence, le bénéficiaire peut obtenir la réparation du préjudice subi. Lorsque le tiers connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, ce dernier peut également agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu* »

Cour affirme que « *le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur* ». Il est pourtant délicat de concilier nullité du contrat et substitution<sup>317</sup>. Si l'on considère que la décision de conclure le contrat projeté, même adressée à un tiers, fait bien naître un droit potestatif au profit du bénéficiaire, la conclusion « forcée » du contrat définitif est possible sans qu'il soit nécessaire d'user du mécanisme de la substitution. Que l'on considère que le contrat passé en fraude des droits du bénéficiaire est alors nul, ou inopposable, l'idée est que le bénéficiaire demeure libre de lever ou non son option. Dans ces conditions, la disparition du contrat passé avec le tiers peut suffire comme sanction<sup>318</sup>. L'ordonnance de 2016 s'inscrit dans cette lignée puisqu'elle prévoit que « *lorsqu'un contrat est conclu avec un tiers en violation d'un pacte de préférence, le bénéficiaire peut obtenir la réparation du préjudice subi. Lorsque le tiers connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, ce dernier peut également agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu* »<sup>319</sup>. Ainsi, le bénéficiaire a le choix entre la nullité ou la substitution.

**78. En matière d'embauche.** Bien que la chambre sociale ait fait partie de la chambre mixte à l'origine de l'arrêt du 26 mai 2006<sup>320</sup>, on peut douter de prime abord qu'elle admette la solution de la « substitution » en cas de violation d'une priorité d'embauche.

---

<sup>317</sup> R. LIBCHABER, obs. sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 31 janvier 2007, Rep. Defrénois, p. 1048 ; D. MAZEAUD, obs. préc. sous Cass. ch mixte, 26 mai 2006, RDC 2006, p. 1080 ; F. COLLART DUTILLEUL, obs. préc. sous Cass. ch mixte, 26 mai 2006, RDC 2006, p. 1131 ; D. MAZEAUD, « La responsabilité du fait de la violation d'un pacte de préférence », Gaz. Pal., 1994, I, doct. 210.

Faudrait-il préférer une inopposabilité ? En ce sens, F. COLLART-DUTILLEUL, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, th. préc., n°413 ; D. MAZEAUD, « La responsabilité du fait de la violation d'un pacte de préférence », art. préc.

<sup>318</sup> Les auteurs sont partagés sur cette question : Cf. Pour la conservation du choix (et sur l'utilité de se contenter de la nullité) : Th. PIAZZON, « Retour sur la violation du pacte de préférence », art. préc., spéc. n°24.

*Contra* H. KENFACK, « Le renforcement de la vigueur du pacte de préférence », Rep. Defrénois, 2007, p. 1003 ; B. THULLIER, note sous Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, JCP N. 2006, 1256.

<sup>319</sup> Le projet d'ordonnance de 2015 admettait que la simple connaissance du pacte de préférence rendait le tiers de mauvaise foi : « *Lorsque, en violation d'un pacte de préférence, un contrat a été conclu avec un tiers qui en connaissait l'existence, le bénéficiaire peut agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu. Le bénéficiaire peut également obtenir la réparation du préjudice subi* ». (C'est nous qui soulignons).

<sup>320</sup> Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, Bull. mixt., n°4, préc.

Les difficultés pratiques, en premier lieu, sont évidentes dès lors qu'une telle sanction n'est admissible que si le tiers est de particulière mauvaise foi (connaissance de l'existence de la priorité d'embauche et de l'intention de son bénéficiaire de s'en prévaloir). Les difficultés juridiques, ensuite, ne le sont pas moins. La question qui se pose étant celle de savoir si la liberté d'entreprendre, la liberté du choix de ses collaborateurs, ne s'y opposeraient pas. C'est sans doute la voie que choisirait la chambre sociale. Pourtant, des restrictions à ces libertés sont bien admises. La jurisprudence admettant elle-même, il est vrai dans le cadre particulier de la nullité du licenciement<sup>321</sup>, que soit imposé à l'employeur un salarié dont il ne veut plus<sup>322</sup>. La solution n'est donc pas en soi impossible. Encore faut-il que la restriction ainsi posée à la liberté d'entreprendre de l'employeur ne soit pas excessive. Or la difficulté se pose – le plus souvent écartée en cas de priorité légale<sup>323</sup> – lorsque les parties n'ont prévu aucune durée à leur pacte<sup>324</sup>. Si la conclusion forcée du contrat de travail ne paraît pas inenvisageable, elle semble néanmoins compromise en l'état actuel de la jurisprudence. D'autant que la sanction prévue par le Code du travail en cas de violation des priorités de réembauche légales est celle de l'octroi de dommages-intérêts et non la conclusion forcée du contrat de travail<sup>325</sup>. Il est permis de penser que la Cour de cassation étendrait cette solution aux priorités contractuelles ou conventionnelles. En outre, l'éventuelle existence d'une période d'essai complique la problématique. Elle renforce certes le sentiment qu'il ne pourrait s'agir à proprement parler d'une « substitution » mais surtout

---

<sup>321</sup> Infra n°645.

<sup>322</sup> Il est vrai que dans le cadre de la nullité du licenciement, le salarié concerné est un salarié déjà embauché, ce que n'est pas le salarié bénéficiaire d'une priorité, du moins contractuelle, d'embauche. La remarque perd de sa pertinence lorsque sont en cause des priorités de réembauche.

<sup>323</sup> La durée des priorités d'embauche légales ne pose en effet guère de difficulté dans la mesure où les textes eux-mêmes la prévoient. Les articles L. 1233-45 du Code du travail pour les salariés licenciés pour motif économique et L. 1225-67 pour les salariés ayant rompu leur contrat de travail à l'issue d'un congé de maternité ou d'adoption précisent que le bénéfice de la priorité d'embauche dure un an. « *A compter de la date de la rupture de son contrat si [le salarié] en fait la demande au cours de ce même délai* » pour l'un, à compter de la date de la sollicitation de sa réembauche, laquelle doit intervenir « *dans l'année suivant la rupture de son contrat* », pour l'autre. Aucun délai n'est prévu en revanche pour les salariés sollicitant un temps partiel ou un temps plein. Durant toute la durée de leur présence dans l'entreprise, ils peuvent se prévaloir d'une priorité à l'égard de tout emploi créé ou vacant correspondant à leur catégorie professionnelle ou d'un emploi équivalent.

<sup>324</sup> Sur la problématique de la durée du pacte de préférence, cf. infra n°216.

<sup>325</sup> Article L. 1225-71 du Code du travail : « *L'inobservation par l'employeur des dispositions [de l'article L. 1225-67 relatives aux salariés ayant rompu leur contrat à l'issue de leur congé de maternité ou d'adoption] peut donner lieu à l'attribution de dommages et intérêts au profit du bénéficiaire [...]* » ; Article L. 1235-13 du Code du travail : « *En cas de non-respect de la priorité de réembauche prévue à l'article L. 1233-45 [salariés licenciés pour motif économique], le juge accorde au salarié une indemnité qui ne peut être inférieure à deux mois de salaire* ».

limite l'intérêt, pour le salarié, de demander la formation du contrat de travail à son profit, l'employeur pouvant alors le rompre sans motif objectif.

**79. Conclusion du Chapitre I.** L'étude des droits potestatifs de création nécessite de distinguer selon que les droits potestatifs sont « objets » de l'engagement ou sont « adjoints » dans la mesure où ils sont alors appréhendés différemment. Les premiers renvoient à la figure des avant-contrats dont la question de la licéité ne pose pas de difficultés. Néanmoins, confronté à des promesses d'embauche octroyant un droit potestatif certain, le droit du travail s'écarte quelque peu des solutions posées par le droit civil. D'abord, la figure de l'engagement unilatéral n'est pas incongrue en droit du travail, le vocable de « promesse » pouvant comprendre les engagements unilatéraux de l'employeur. Ensuite – même si elle paraît aujourd'hui revenir à la règle – la chambre sociale a pu parfois accepter de qualifier de « promesses » des hypothèses où manquait un élément essentiel au contrat définitif. Mais surtout, la sanction apportée à la rétractation de la promesse d'embauche apparaît originale. Si la chambre sociale, à l'instar de la troisième chambre civile, ne sanctionne la révocation de la promesse que par l'octroi de dommages-intérêts, elle se place néanmoins sur le terrain du licenciement. En effet, elle considère que « la promesse d'embauche » vaut contrat de travail et analyse la rétractation de la promesse comme un licenciement alors sans cause réelle et sérieuse. L'entrée en vigueur de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 affirmant que « *la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis* » pose la question de sa portée en droit du travail. Si elle devait s'appliquer, il ne serait plus possible de confondre la rupture de la promesse avec celle du contrat de travail. La révocation de la promesse étant alors inefficace, le contrat devrait s'exécuter. A défaut d'acte de rupture efficace, il devrait se poursuivre. Sauf à considérer, par exception, que l'inexécution du contrat par l'employeur vaut rupture de sa part. Sinon, à défaut d'obtenir *de facto* l'exécution du contrat de travail, la prise d'acte du salarié ou sa demande de résiliation judiciaire devrait être acceptée. Ainsi, la sanction restera en définitive celle de l'octroi de dommages-intérêts.

Quant aux priorités d'embauche, ou de réembauche, n'octroyant pour leur part qu'un droit potestatif éventuel, la sanction de leur non-respect s'éloigne également de celle prévue par la jurisprudence civile. Lorsque la priorité est légale, la loi a elle-même prévu l'octroi de dommages-intérêts. Lorsque la priorité est contractuelle, la solution est

peut-être plus délicate. Si la jurisprudence civile a pu admettre, sous certaines conditions, la « substitution » du bénéficiaire au tiers de mauvaise foi, il n'est pas certain que la jurisprudence sociale, réticente à l'exécution forcée du contrat de travail, fasse sienne cette analyse. Quant à savoir si l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016 consacrant la possibilité de nullité du contrat passé en fraude des droits du bénéficiaire ou la substitution du tiers indélicat, pourrait contraindre la jurisprudence sociale à admettre l'exécution forcée de la promesse, la question reste en suspens. En tout état de cause, une telle sanction ne serait possible que si le tiers connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir. Sur ce point l'ordonnance ne s'écarte pas de la solution posée par la jurisprudence civile de la Cour de cassation.

## Chapitre II. Le droit potestatif de création comme droit adjoint au contrat de travail

**80. Obligations essentielles et accidentelles.** Un droit potestatif de création adjoint au contrat consiste en la faculté, pour l'une des parties, d'ajouter unilatéralement à un contrat préexistant, une obligation à la charge de son cocontractant. Lorsqu'est en cause une obligation essentielle du contrat, un tel droit ne peut avoir pour fonction que de la déterminer. En effet, nécessaire au contrat, une telle obligation ne peut demeurer à l'état latent. Le droit potestatif de détermination, s'il est reconnu, doit être exercé. Ce particularisme mérite d'être souligné. En revanche, lorsque l'obligation est « accidentelle »<sup>326</sup>, il est possible d'imaginer un véritable droit potestatif de « création » offrant la faculté à son titulaire de décider, ou non, de la naissance d'une « nouvelle » obligation. La question de la validité de tels droits se pose. Dans un contrat où l'employeur dispose déjà d'un pouvoir dit de direction, lui est-il permis d'assujettir encore davantage son salarié par l'insertion d'un droit potestatif de création ? La question est donc celle de savoir si l'employeur peut se réserver la faculté de déterminer unilatéralement les éléments essentiels du contrat (Section I), et/ou de créer des éléments qui lui seraient accessoires (Section II).

### Section I. La détermination des éléments essentiels du contrat de travail

**81. La portée de l'article 1129 du Code civil.** De l'arrêt fondateur définissant le contrat de travail ressortent comme obligations essentielles celles de la rémunération et de la « subordination »<sup>327</sup>. Il est nécessaire d'y ajouter l'obligation pour l'employeur de fournir le travail à accomplir<sup>328</sup>. Soumis aux règles du droit commun<sup>329</sup>, le contrat de travail ne peut échapper à l'application de l'article 1129 du Code civil imposant la détermination *ab initio* de l'objet de l'obligation, la jurisprudence se satisfaisant d'un

---

<sup>326</sup> R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, Œuvres de Pothier, par M. DUPIN, tome 1, 1831, Bruxelles, H. TALLIER, n°8, p. 5 : « *Les choses qui sont accidentelles au contrat sont celles qui, n'étant pas de la nature du contrat, n'y sont renfermées que par quelque clause particulière ajoutée au contrat* ».

<sup>327</sup> Cass. soc., 22 juillet 1954, Bull. civ. IV, n°576, préc. : « *Le contrat de travail est la convention par laquelle une personne s'engage moyennant une rémunération à fournir une prestation de travail au profit d'une autre personne sous la subordination de laquelle elle se place* ».

<sup>328</sup> Cass. soc., 23 octobre 2013, Bull. civ. V, n°248 : « *L'employeur est tenu de payer sa rémunération et de fournir un travail au salarié qui se tient à sa disposition* ».

<sup>329</sup> Article L. 1221-1 du Code du travail.

objet simplement déterminable dès lors que le référentiel est objectif. Autrement dit, dès lors qu'aucune des parties n'en a la maîtrise. La portée de l'engagement souscrit doit être *ab initio* déterminée ou déterminable objectivement, elle ne peut être laissée sous l'emprise d'un seul des cocontractants qui pourrait alors, à son gré, la modifier. En ce sens, l'article 1129 du Code civil participe du refus de la pure potestativité dans le contrat.

La jurisprudence en a certes finalement écarté l'application en ce qui concerne le « prix »<sup>330</sup>. Mais la chambre sociale l'a *a priori* maintenu en matière de rémunération du salarié (I). Quant à l'obligation de fournir du travail (II), elle pose une autre difficulté, celle de saisir concrètement ce qu'elle est. La jurisprudence se satisfait alors de la détermination *ab initio* de son contour. Ainsi, qu'il s'agisse de la détermination de la rémunération ou de celle du contour du travail à fournir, la jurisprudence s'efforce de la soustraire à la volonté unilatérale de l'employeur.

### *I. La rémunération*

**82. *Le rejet du pouvoir de la seule volonté de l'employeur en cours d'exécution du contrat.*** La faculté accordée à un contractant de fixer unilatéralement le prix du contrat lui permet d'influer sur le contenu du contrat sans avoir à recueillir l'accord de son cocontractant. Une simple manifestation de volonté suffisant à cette détermination, le mécanisme renvoie à la problématique de l'unilatéralisme et de la potestativité. Certains auteurs affirment ainsi sans ambages que la faculté octroyée à un cocontractant de fixer unilatéralement le prix du contrat est un droit potestatif<sup>331</sup>. Pour autant, certains particularismes pourraient faire douter de l'existence d'un réel droit potestatif au sens de droit subjectif (A). Mais au-delà de ces interrogations, si la Cour de cassation en est effectivement venue à admettre la détermination unilatérale du prix par l'un des cocontractants, il en va différemment en droit du travail. La chambre sociale refuse en principe que l'employeur puisse unilatéralement fixer la rémunération de son salarié en cours d'exécution du contrat de travail (B). Sous réserve de quelques rares exceptions, la potestativité de l'employeur est ainsi écartée. Il s'agit, en définitive, davantage d'écarter

---

<sup>330</sup> L'ordonnance du 10 février 2016 consacre cette jurisprudence : « *Dans les contrats cadre, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation* ».

<sup>331</sup> V. not. S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, th. préc., n°526 et s.

le pouvoir de la volonté unilatérale de l'employeur que de toujours refuser l'indétermination de la rémunération.

*A. L'adéquation incertaine du concept de droit potestatif à la fixation unilatérale du prix*

**83. La problématique de la mise en œuvre « obligée » de la prérogative accordée.** La détermination du prix, ou de la rémunération, est indispensable. La volonté unilatérale du bénéficiaire de la faculté doit nécessairement s'exprimer. Or, en principe, le bénéficiaire d'un droit potestatif a certes un choix, mais il s'agit alors de celui de décider ou non de mettre en œuvre son droit. Ici, au contraire, le bénéficiaire de la faculté devra inévitablement la mettre en œuvre. Dans les hypothèses où le prix du contrat peut être indéterminé et, ainsi, laissé aux mains d'un seul des cocontractants, ce dernier sera tenu de procéder à sa fixation, il en a le « devoir »<sup>332</sup>. En ce sens la question de savoir si l'on peut encore parler de « droit » potestatif – au sens de droit subjectif – se pose. Le recours au concept de « pouvoir » au sens juridique ne serait-il pas davantage approprié ?<sup>333</sup> Mais cette interrogation devrait alors également se poser dans le cadre de contrats porteurs d'une obligation alternative où le débiteur bénéficiant d'une option parmi les prestations déterminées devra, en définitive, se prononcer, au risque même d'y être contraint<sup>334</sup>. Ce mécanisme de l'obligation alternative est pourtant bien présenté par les auteurs comme un exemple caractéristique de droit potestatif<sup>335</sup>. Deux approches sont en réalité possibles. Soit il faut considérer que la mise en œuvre inévitable de la faculté ainsi accordée exprime effectivement un concept étranger à celui de droit potestatif, soit admettre qu'il ne s'agit que d'une spécificité liée à l'objet même du droit potestatif. L'engagement considéré étant doté de force obligatoire<sup>336</sup>, la nécessité de mise en œuvre

---

<sup>332</sup> Cf. D. FENOUILLET, « La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? », RDC 2011, p. 644 et s., spéc. note de bas de page n°170, p. 675.

<sup>333</sup> D. FENOUILLET, « La notion de prérogative... », art. préc., *ibid.*

<sup>334</sup> Cass. civ., 12 mai 1952, JCP G. 1952, II, 7276, note J.-Ch. LAURENT. (Hypothèse où l'acquéreur tardait à exercer l'option qu'il tient de l'article 1681 du Code civil en cas de rescision pour lésion). En revanche, lorsque l'option est laissée au créancier, la jurisprudence refuse d'admettre la contrainte à son égard, admettant en revanche éventuellement une action du débiteur en réparation du préjudice.

<sup>335</sup> I. NAJJAR, *Le droit d'option...*, th. préc. ; S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, th. préc. ; A. DUCROCQ, *Recherches sur la notion de droit potestatif*, mémoire préc.

<sup>336</sup> La jurisprudence a été amenée à rejeter le grief de potestativité face à une obligation alternative. L'engagement considéré n'est en effet pas potestatif au sens où le débiteur aurait la possibilité de se désengager unilatéralement : Cass. com., 7 décembre 2004, RTD civ. 2005, p. 782, obs. J. MESTRE et

du droit potestatif se justifierait par ce sur quoi il porte, c'est-à-dire l'objet même de l'obligation ou de la prestation due.

**84. La problématique de l'intérêt dans lequel doit être exercée la prérogative.** Faisant sienne l'analyse définissant le « pouvoir » comme une prérogative exercée dans un intérêt au moins partiellement distinct de celui de son bénéficiaire<sup>337</sup> par opposition au droit subjectif<sup>338</sup>, une partie de la doctrine qualifie la faculté de détermination unilatérale du prix de pouvoir *stricto sensu*<sup>339</sup>. Elle estime en effet que l'intérêt du cocontractant doit être pris en considération lors de la fixation du prix. Il est vrai que la réserve de l'abus de droit<sup>340</sup> permet d'éviter l'arbitraire dans la fixation unilatérale du prix. L'intérêt du cocontractant est, à ce titre, effectivement pris en considération. Il est cependant permis de douter que la prérogative unilatérale octroyée le soit dans l'intérêt des deux parties ou du moins dans un intérêt dépassant celui de son seul bénéficiaire.

**85. La « potestas » de la prérogative.** À la différence des différents droits d'option, la faculté de déterminer unilatéralement le prix ne se réduit pas à un choix entre deux branches d'une alternative prédéterminée. Les possibilités sont nombreuses. Dans ces conditions, une telle faculté ne peut se concevoir qu'encadrée. Son exercice nécessite un contrôle dont sont exemptés les « simples » choix entre deux possibilités telle la levée ou non d'option dans le cadre d'une promesse ou le choix de telle ou telle obligation dans le cadre des obligations alternatives. Ce sera le mécanisme de l'abus de droit qui fera alors office de garde-fou. Il ne s'agira pas de vérifier que le prix fixé correspond à

B. FAGES ; D. 2005, p. 2392, note Ph. DELEBECQUE. – Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 mai 2006, RTD civ. 2006, p. 556, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

<sup>337</sup> E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985.

<sup>338</sup> Une telle approche justifierait alors que l'on limite à certains contrats – not. les contrats-coopération – la possibilité pour l'une des parties de fixer unilatéralement le prix. Cf. S. LEQUETTE, *Le contrat-coopération, contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, 2012, spéc. n°481 et 482. L'auteur considère que les contrats-permutation ne devraient pas connaître de fixation unilatérale du prix au contraire des contrats-coopération.

<sup>339</sup> En ce sens not. Th. REVET, « Les apports au droit des relations de dépendance », in *La détermination du prix : nouveaux enjeux, un an après les arrêts de l'Assemblée plénière*, RTD com. 1997, p. 37, spéc. n°6 ; F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Cour de droit civil, Contrats, Théorie générale, Quasi-contrats*, PUF, 2014, 1<sup>ère</sup> éd., n°14.

<sup>340</sup> Cass. Ass. plén. 1<sup>er</sup> décembre 1995, JCP G. 1996, II, 22565, concl. M. JÉOL et note J. GHESTIN ; JCP E. 1996, II, 776, note L. LEVENEUR ; LPA, 27 décembre 1995, p. 11, note D. BUREAU et N. MOLFESSIS ; D. 1996, p. 13, note L. AYNÈS.

un « juste prix » mais de s'intéresser au comportement du créancier<sup>341</sup>. Certes, l'excès sera condamné. À ce titre, le juge s'appuiera notamment sur le prix du marché afin de conclure ou non à l'abus de droit. Autrement dit, la « potestas » du créancier est limitée au stade de sa mise en œuvre.

*B. Le refus de principe de la fixation unilatérale de la rémunération par l'employeur*

**86. Du principe de détermination initiale aux exceptions d'indétermination.** Le principe d'une « déterminabilité » *ab initio* de la rémunération du salarié ne paraît pas pouvoir être remis en cause (1). Mais se pose alors la question de la sanction à apporter dans les cas où la rémunération serait considérée comme indéterminée (2) soit que dès l'origine les prévisions des parties aient été insuffisantes, soit qu'en cours d'exécution la rémunération soit devenue indéterminée. Si l'on ne veut pas remettre en cause la validité même du contrat de travail, une détermination objective ultérieure est nécessaire. Il appert alors que ce qui est craint n'est pas tant l'indétermination de la rémunération du salarié que sa fixation unilatérale par l'employeur en cours d'exécution du contrat. En d'autres termes, la jurisprudence maintiendra l'existence du contrat tout en refusant que la fixation de la « nouvelle » rémunération puisse résulter de la seule volonté de l'employeur.

*1. Le principe d'une « déterminabilité » ab initio de la rémunération*

**87. La détermination initiale de la rémunération, nécessité structurelle<sup>342</sup> du contrat de travail.** En 1995<sup>343</sup>, par un revirement de jurisprudence<sup>344</sup>, la Cour de cassation réunie en

<sup>341</sup> L. AYNÈS, note sous Cass. Ass. plén., D. 1996, p. 13, préc. ; N. MOLFESSIS, « Les exigences relatives au prix en droit des contrats », LPA, 5 mai 2000, 90, p. 41. Les auteurs soulignent que le contrôle « ne porte pas sur un prix objectif mais sur la loyauté de la pratique contractuelle ».

<sup>342</sup> Terminologie empruntée à M. THIOYE, in *Recherches sur la conception du prix dans les contrats*, tome 1, PUAM, 2004, not. (dans l'hypothèse du contrat de travail) n°84 et s.

<sup>343</sup> Cass. Ass. Plén. 1<sup>er</sup> décembre 1995, Bull. Ass. plén., n°7, 8 et 9, préc. V. égal. *La détermination du prix : nouveaux enjeux, un an après les arrêts de l'Assemblée plénière*, Colloque in RTD com. 1997, p. 1 à 75.

<sup>344</sup> **La Cour de cassation a d'abord exigé pour tout contrat, un prix déterminé ou déterminable objectivement** (Cass. Req., 7 janvier 1925, DH 1925, p. 57 : Le prix peut être déterminé ultérieurement « en vertu de clauses du contrat par voie de relation avec des éléments qui ne dépendent plus de la volonté ni de l'une ni de l'autre partie ».) **en se fondant d'abord sur les articles 1591 et 1592 du Code civil relatifs à la vente** (À propos du contrat de bail : Cass. civ., 14 décembre 1960, Bull. civ. I, n°91. À propos des débitants de boisson et de pompistes : Cass. com., 27 avril 1971, D. 1972, jur. p. 353, note

Assemblée plénière posait comme principe la licéité de l'indétermination du prix dans les contrats de distribution. Très vite elle étendit cette solution à d'autres domaines<sup>345</sup> avant de conclure que l'article 1129 du Code civil exigeant un objet déterminé ou déterminable n'était « *pas applicable à la détermination du prix en toute matière* »<sup>346</sup>. Parallèlement, la chambre sociale de la Cour de cassation affirmait au contraire la « contractualisation » du salaire<sup>347</sup> dès la conclusion du contrat de travail<sup>348</sup>. La terminologie employée ne signifiant pas qu'une inscription de la rémunération dans un contrat écrit<sup>349</sup> soit nécessaire mais que celle-ci doit être, dès l'origine, déterminée ou du moins déterminable objectivement<sup>350</sup>. Désormais le principe serait donc celui de l'indétermination du prix, certaines exceptions, dont le contrat de travail, demeurant<sup>351</sup>. Or, s'il est vrai que dans le cadre de certains contrats

J. GHESTIN. – Cass. com., 5 novembre 1971, JCP G. 1972, II, 16975, note J. BORÉ. – Cass. com., 12 février 1974, D. 1974, jur. p. 414, note J. GHESTIN), **puis sur l'article 1129 du Code civil** (Cass. com., 11 octobre 1978, JCP G. 1979, II, 19034, note Y. LOUSSOUARN ; D. 1979, jur. p. 135, note R. HOUIN. Pour des exemples détaillés cf. les conclusions de l'avocat général M. JÉOL sous Cass. Ass. Plén. 1<sup>er</sup> décembre 1995, préc). **Mais raisonnant sur les contrats de distribution, la Cour de cassation a abandonné cette jurisprudence en admettant le prix déterminable subjectivement, c'est-à-dire dépendant d'éléments laissés à la volonté de l'une des parties** (Dès 1994 : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 novembre 1994, JCP G. 1995, II, 22371, note J. GHESTIN ; RTD civ. 1995, p. 358, note J. MESTRE) **avant de consacrer le principe de l'indétermination du prix.**

<sup>345</sup> Cf. Cass. com., 11 juin 1996, D. 1996, somm. comm. p. 323, obs. L. AYNÈS, et D. 1997, somm. comm. p. 59, obs. D. FERRIER. À propos des contrats de prêt : Cass. com., 9 juillet 1996, Rep. Defrénois 1996, p. 1363, note Ph. DELEBECQUE ; JCP G. 1996, II, 2271, note J. STOUFFLET. – Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 mars 2001, Rép. Defrénois 2001, p. 696, note É. SAVAUX.

<sup>346</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 mai 2004, RDC 2004, p. 925, obs. D. MAZEAUD.

Par ailleurs certains auteurs considèrent que l'article 1129 ne s'applique jamais à une somme d'argent soit parce que celle-ci ne serait pas « une chose » au sens de cet article, soit parce que l'article 1129 ne s'appliquerait qu'aux obligations de donner : Y. LOUSSOUARN, note préc. sous Cass. com., 11 octobre 1978, JCP G. 1979, II, 19034 ; M.-A. FRISON-ROCHE, « L'indétermination du prix », RTD civ. 1992, p. 269 et s. ; Th. REVET, « Les apports au droit des relations de dépendance », art. préc., spéc. n°1 ; E. DOCKÈS, « La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail », Dr. soc. 1997, p. 140.

<sup>347</sup> Cass. soc., 8 octobre 1987, Bull. civ. V, n°541. – Cass. soc., 25 février 1988, Bull. civ. V, n°140. – Cass. soc., 28 janvier 1998, Bull. civ. V, n°40.

<sup>348</sup> X. LAGARDE, « Prix et salaire », in *Le contrat au début du XXI<sup>ème</sup> siècle, Études offertes à Jacques GHESTIN*, LGDJ, 2001, p. 527 ; E. DOCKÈS, « La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail », art. préc.

<sup>349</sup> Le contrat de travail n'est pas nécessairement écrit, sauf en cas de contrat à durée déterminée (Article L. 1242-12 du Code du travail : « *Le contrat de travail à durée déterminée est établi par écrit et comporte la définition précise de son motif. À défaut, il est réputé conclu pour une durée indéterminée.* ») En outre, le statut collectif peut se charger de fixer la rémunération.

<sup>350</sup> Les clauses de variation de rémunération sont valables mais à la condition de dépendre d'éléments indépendants de la volonté de l'employeur : Cf. infra n°88 et 155. Il existe cependant quelques exceptions, notamment lorsque la rémunération dépend d'objectifs déterminés unilatéralement par l'employeur. Cf. n°133.

<sup>351</sup> Sont fréquemment cités : le contrat de bail d'un logement, le contrat d'assurance, le contrat d'accession à la propriété immobilière et le contrat de vente. (Cf. les conclusions de l'avocat général M. JÉOL sous Ass. plén., 1<sup>er</sup> décembre 1995 ; D. FERRIER, « Les apports au droit commun des obligations », in *La détermination du prix : nouveaux enjeux, un an après les arrêts de l'Assemblée*

spéciaux, des dispositions légales particulières posent l'exigence d'une détermination *ab initio*<sup>352</sup>, aucun texte ne l'impose en droit du travail. Comment alors la justifier ? La situation de dépendance économique dans laquelle se trouve le salarié pourrait être un premier argument. Un autre consisterait, à l'instar de certains auteurs, à distinguer selon que le prix apparaîtrait comme essentiel ou non au contrat en cause. Selon cette approche, les hypothèses où le prix serait un élément de qualification du contrat<sup>353</sup> obligeraient à une détermination *ab initio*. La rémunération dans le contrat de travail participant de son essence<sup>354</sup>, au même titre que le loyer dans le bail ou le prix dans la vente, serait une nécessité structurelle. La rémunération devrait ainsi être déterminée ou déterminable selon des éléments objectifs. En tant que condition de formation du contrat de travail, les parties doivent s'être mises d'accord sur son montant même ou, du moins, sur les éléments objectifs qui permettront d'y aboutir. En ce sens, le « prix » du contrat de

*plénière*, RTD com. 1997, p. 49, lequel ajoute le contrat de mandat conclu avec un agent immobilier. Cf. également F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 2013, 11<sup>ème</sup> éd., n°291, qui citent, sans prétendre à l'exhaustivité, les conventions conclues avec un agent d'affaires pour la vente ou la location d'un immeuble [article 6 al. 4 de la loi n°70-9 du 2 janvier 1970] et la convention d'achat publicitaire [article 20 de la loi n°93-122 du 29 janvier 1993]).

<sup>352</sup> L'article 1591 du Code civil en étant l'exemple topique : « *Le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties* ». V. égal. en matière d'assurance : l'article L. 112-4 du Code des assurances : « *La police d'assurance [...] indique [...] la prime ou la cotisation de l'assurance* ». En matière de location : article 3 de la loi n°89-462 du 6 juillet 1989 : « *Le contrat de location est établi par écrit [...] précise [...] le montant du loyer, ses modalités de paiement ainsi que ses règles de révision éventuelle* ». En matière de location-accession : loi n°84-595 du 12 juillet 1984 définissant la location-accession à la propriété immobilière, not. art. 5 « *Le contrat de location-accession doit préciser [...] 2° le prix de vente du bien, les modalités de paiement [...], 5° le montant de la redevance mise à la charge de l'accédant, sa périodicité et, le cas échéant, les modalités de sa révision* ».

Mais l'existence d'une législation particulière n'a pas toujours suffi à imposer une détermination ou déterminabilité objective *ab initio* : malgré l'article 1907 du Code civil disposant que le taux de l'intérêt conventionnel doit être fixé par écrit, la Cour de cassation a admis que « *l'article 1129 du Code civil n'étant pas applicable à la détermination du prix, la cour d'appel a légalement justifié sa décision en retenant que le taux de l'intérêt convenu pouvait varier en fonction de l'évolution du taux de base [de l'établissement prêteur]* » (Cass. com., 9 juillet 1996, préc.). Adde 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, p. 1.

<sup>353</sup> A. BRUNET et A. GHOZI, « La jurisprudence de l'Assemblée plénière sur le prix ... », art. préc. ; T. KATZ, « La détermination de la rémunération variable : la part de l'unilatéral, du négocié et du juge », Dr. ouvr. 2005, p. 152 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 2013, 11<sup>ème</sup> éd., n°287 et 291.

<sup>354</sup> M. BURGARD, « L'avènement de la notion d'obligation essentielle dans le contrat », LPA, 22 septembre 2010, n°189, p. 7, note 17 : « *Les éléments essentiels se retrouveraient dans la définition de chaque contrat. Or ces éléments sont certes nécessaires à la définition du contrat, mais ils ont également pour fonction d'imposer des obligations entre contractants, obligations réduites au minimum en deçà duquel les cocontractants ne peuvent aller sans dénaturer leur contrat, sous peine de requalification par le juge* » ; M. FABRE-MAGNAN, « Le contrat de travail défini par son objet », in *Le travail en perspectives*, dir. A. SUPIOT, LGDJ, 1998, p. 101, spéc. note 2 : « *Les essentialia sont les obligations qui relèvent de l'essence du contrat si bien que leur absence disqualifie nécessairement celui-ci [...]* ».

travail peut être présenté comme un élément indispensable au consentement des parties<sup>355</sup>. Pour autant, la fixation initiale de la rémunération peut être unilatérale. D'abord parce que ce n'est pas toujours le contrat de travail qui la fixe – le statut collectif le peut – et ensuite parce que même dans cette hypothèse, le salarié n'est pas toujours en position de pouvoir la négocier. Cependant tant que cette rémunération préexiste à l'accord du salarié, la potestativité est écartée. En effet, rien n'oblige juridiquement le salarié à contracter. Il n'est pas à ce moment tenu par un lien de sujétion.

**88. La rémunération « déterminable » ab initio.** À l'époque où l'article 1129 du Code civil s'appliquait au prix, la Cour de cassation avait rapidement admis qu'il n'était « *pas nécessaire que le montant [du prix] en soit fixé dans son principe d'une manière absolue ; il suffi[sait] que le prix puisse être déterminé, en vertu des clauses du contrat, par voie de relation avec des éléments qui ne dépendent plus de la volonté, ni de l'une, ni de l'autre des parties* »<sup>356</sup>. Autrement dit, le caractère objectif du critère choisi pour la fixation du prix permet de considérer ce dernier comme « déterminable »<sup>357</sup> objectivement et valable. La jurisprudence sociale a fait sienne cette solution. La rémunération du salarié peut n'être que « déterminable » à la condition que les critères retenus soient précis et objectifs et ne dépendent pas de la volonté unilatérale de l'employeur<sup>358</sup>. La détermination des critères est donc essentielle. La référence à des « résultats économiques suffisants »<sup>359</sup>, « l'évolution du marché », « la conjoncture économique »<sup>360</sup>, *etc.*, serait insuffisante.

---

<sup>355</sup> M. THIOYE, *Recherches sur la conception du prix...*, th. préc., not. n°50 et s.

<sup>356</sup> Cass. Req., 7 janvier 1925, DH 1925, p. 57.

<sup>357</sup> Cass. com., 10 mars 1998, Bull. civ. IV, n°99 : « *L'arrêt a constaté que l'acte faisait référence, pour la fixation du prix des actions restant à acquérir, à la valeur réelle de l'entreprise et à l'évolution des résultats et que ces éléments sont indépendants de la seule volonté des parties ; que la cour d'appel, qui a ainsi fait ressortir le caractère objectif du critère choisi pour la fixation du prix, a pu en déduire que celui-ci était déterminable* ». – Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 décembre 2004, Bull. civ. I, n°327 (prix déterminable en fonction d'éléments ne dépendant pas de la seule volonté de l'une des parties).

<sup>358</sup> À propos de clause de rémunération variable : Cass. soc., 2 juillet 2002, Dr. soc. 2002, p. 998, obs. Ch. RADÉ ; RJS 10/02, n°1076 ; JSL, 24 octobre 2002, n°110, p. 12, note N. RÉROLLE : « *Attendu qu'une clause de 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 ...* ». – Cass. soc., 5 juin 2008, n°07-41186, condamnation de « *la clause litigieuse [qui] faisait dépendre la variation de la rémunération du salarié d'éléments dépendant de la seule volonté de l'employeur et non d'éléments préalablement convenus* ». – Cass. soc., 30 mai 2000, RJS 7-8/00, n°772, p. 738, obs. P. LOKIEC.

<sup>359</sup> Cass. soc., 27 juin 2000, Bull. civ. V, n°246.

<sup>360</sup> P. MORVAN, « La détermination de la rémunération variable », JCP S. 2008, 1180.

**89. Les compléments de salaire octroyés par engagement unilatéral.** L'accord du salarié est cependant écarté dans une hypothèse. En effet, l'employeur peut, de lui-même, s'engager à verser une prime qui, constituant alors un élément de salaire, sera considérée comme obligatoire<sup>361</sup>. Il peut ainsi unilatéralement décider de l'ajout d'un complément de salaire. Certes il s'agit nécessairement d'un avantage pour le salarié mais l'accord de ce dernier n'aura pas, par définition, été recherché.

## 2. Des hypothèses d'indétermination de la rémunération

**90. Hypothèse de l'insuffisance de détermination initiale.** Le plus souvent ne sera indéterminée qu'une part de la rémunération, soit une part variable, soit certaines primes. Traditionnellement, la sanction de l'indétermination du prix est la nullité du contrat<sup>362</sup>. Une telle solution est particulièrement contre-productive à l'égard du salarié<sup>363</sup>. Si l'on veut éviter la remise en cause du contrat de travail, ou la remise en cause d'un engagement unilatéral instituant un complément de salaire, une « nouvelle » fixation est nécessaire. La jurisprudence sociale fait justement prévaloir l'existence de l'engagement sur l'indétermination de l'objet de l'obligation. À partir du moment où l'on considère que l'employeur s'est bien engagé, par contrat de travail ou par engagement unilatéral de volonté, à verser une part variable ou un complément de salaire, celle-ci ou celui-ci sera dû. Peu importe alors son éventuelle indétermination. C'est ici qu'il faut distinguer les compléments de salaire « obligatoires », des primes dites « discrétionnaires ». Ces dernières sont appréhendées comme des gratifications, c'est-à-dire des libéralités. Aucune norme, contractuelle, conventionnelle ou usuelle n'impose leur versement ou leur montant. Elles peuvent, pour leur part, dépendre « *d'éléments subjectifs et discrétionnaires non déterminés par avance avec certitude* »<sup>364</sup>. Leur versement, comme leur montant, dépendent de la volonté de l'employeur. Mais « discrétion » n'est pas synonyme de « droit potestatif ». L'employeur ne fait en réalité usage que de sa liberté. La prime qu'il octroie est une libéralité qu'il peut verser ou non à son gré. La notion de lien de sujétion est ici étrangère au mécanisme. L'employeur n'est pas obligé au versement de cette

---

<sup>361</sup> Cass. soc., 5 juin 1996, Bull. civ. 1996, V, n°225. – Cass. soc., 28 octobre 1997, Bull. civ. V, n°341.

<sup>362</sup> Avant 1995, l'indétermination du prix entraînait la nullité du contrat considéré : Cass. com., 27 avril 1971, Bull. civ. III, n°107, préc. – Cass. com., 5 novembre 1971, Bull. civ. III, n°262, 263, préc.

<sup>363</sup> E. DOCKÈS, « La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail », art. préc., spéc. p. 142.

<sup>364</sup> Cass. soc., 22 janvier 1981, Bull. civ. V, n°56.

prime<sup>365</sup> sous réserve du respect du principe « à travail égal, salaire égal »<sup>366</sup> et, plus généralement, sous réserve de toute discrimination (ce qui, il est vrai, restreint d'autant sa « liberté »). Différente est l'hypothèse où la prime est considérée comme « obligatoire ». Celle-ci, quelle que soit sa source, doit être versée. Dans l'hypothèse où une détermination objective serait nécessaire, à défaut de précisions initiales suffisantes, ce serait aux juridictions qu'il incomberait le soin de la fixer. En effet, un arrêt en date du 1<sup>er</sup> juillet 1997<sup>367</sup> de la chambre sociale de la Cour de cassation décide qu'à partir du moment où « *le « bonus » dont le salarié réclamait le paiement, institué par voie d'avenant, était de nature contractuelle [et] présentait donc un caractère obligatoire, peu important, dès lors, de savoir si son versement était ou non constant* », il appartenait à la cour d'appel « *de déterminer les conditions de son attribution si celles-ci n'étaient pas définies avec une précision suffisante par la convention des parties* ». De la même manière, la part variable de la rémunération qui serait fonction d'objectifs considérés comme déraisonnables doit, à défaut d'accord entre les parties, être déterminée par le juge lui-même<sup>368</sup>.

**91. Hypothèse de la suppression en cours d'exécution du contrat de l'ensemble de la rémunération.** Dans le cas où l'ensemble de la rémunération est prévu par le statut collectif, la dénonciation de ce dernier n'a pas pour conséquence de supprimer la rémunération, mais de la rendre indéterminée. Ici aussi, la sanction traditionnelle de l'indétermination du prix irait à l'encontre des intérêts du salarié. Le contrat de travail mérite d'être sauvé. La jurisprudence refuse alors de laisser la fixation de la « nouvelle » rémunération aux mains de l'employeur. La Cour de cassation a en effet pu poser comme solution que « *dans l'hypothèse où la*

---

<sup>365</sup> Ex. : Cass. soc., 17 février 2004, n°01-46042.

<sup>366</sup> L'arrêt du 30 avril 2009 de la chambre sociale de la Cour de cassation remet effectivement partiellement en cause cette « discrétion » en décidant que le principe « à travail égal, salaire égal » s'applique à toutes les primes, y compris les « bénévoles ». (Cass. soc., 30 avril 2009, RDC 2009, p. 1504, obs. Ch. NEAU-LEDUC ; SSL, 12 mai 2009, n°1399, p. 10, note F.C.). Dans ces conditions, à partir du moment où l'employeur décide de verser une telle gratification, le versement, comme le montant de cette prime, doit être le même pour l'ensemble des salariés placés dans une situation professionnelle identique (Communiqué de la Cour de cassation relatif à cet arrêt : « *Le seul fait qu'une prime soit laissée à la libre appréciation de l'employeur, n'est pas de nature, en soi, à justifier, au regard du principe « à travail égal, salaire égal » une différence de rémunération* ». Ex. : Cass. soc., 7 décembre 2010, n°09-42657, « *Mais attendu que la Cour d'appel a relevé que tous les salariés concernés par [la prime discrétionnaire] avaient reçu le même courrier, ce dont il résulte qu'ils étaient tous soumis aux mêmes conditions d'attribution [...]* »). Adde P. MORVAN, « La fin des bonus discrétionnaires ou l'égalité par le bas », JCP E. 2009, 1558.

<sup>367</sup> Cass. soc., 1<sup>er</sup> juillet 1997, n°94-41856.

<sup>368</sup> Ex. : Cass. soc., 22 mai 1995, Bull. civ. V, n°161. – Cass. soc., 13 janvier 2009, D. 2009, p. 1931, note Th. PASQUIER ; JCP S. 2009, 1096, note F. FAVENNEC-HÉRY. – Cass. soc., 11 juillet 2007, Rev. Lamy dr. aff., 2008, n°23, p. 71, obs. Ph. GRIGNON.

*rémunération du salarié résulterait en totalité d'un accord collectif, la dénonciation de cet accord, qui ne serait pas suivi d'un accord de substitution dans le délai de l'article L. 132-8 [L.2261-9 nouveau] du Code du travail, entraînerait le maintien du salaire antérieur, par intégration dans le contrat de l'avantage individuel acquis ; 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 ; celui-ci doit alors résulter d'un accord contractuel, à défaut duquel il incombe au juge de se prononcer »<sup>369</sup>. Ainsi, la solution consiste à laisser aux parties le soin de se mettre d'accord et, à défaut, de faire appel au juge. S'applique donc la jurisprudence relative aux contrats d'entreprise, où l'indétermination du prix *ab initio* a toujours été la règle<sup>370</sup>, et non celle applicable aux contrats de distribution avant le revirement de 1995<sup>371</sup>. En tout état de cause, toute potestativité est donc écartée. Il n'en est pas de même lorsque n'est remise en cause qu'un complément de salaire.*

**92. Hypothèse de la suppression en cours d'exécution du contrat d'une partie de la rémunération.** Dans l'hypothèse où le statut collectif ne prévoit qu'un complément de salaire, ce dernier peut disparaître sans être remplacé. Ici, le support de la rémunération exerce une influence sur celle-ci, ce que l'on peut regretter. Selon que le complément de salaire provient du contrat de travail ou du statut collectif, le régime en sera différent. Dans le premier cas, la suppression ne peut aboutir sans l'accord du salarié, au contraire du second. En cas de dénonciation unilatérale – elle-même droit potestatif<sup>372</sup> – du statut collectif prévoyant par exemple une prime, il n'y a pas d'obligation de maintien ou de remplacement. L'employeur paraît ainsi bénéficier d'un droit potestatif certes non de détermination mais de modification de la rémunération. Il ne faut cependant pas surestimer ces hypothèses car seule la dénonciation du statut collectif non négocié aboutira à la disparition certaine du complément de salaire. En effet, la dénonciation du statut collectif négocié conduisant à de nouvelles

---

<sup>369</sup> Cass. soc., 20 octobre 1998, JCP G. 1999, II, 10206, note F. MILLET.

<sup>370</sup> Dans ces hypothèses, si c'est bien au créancier à qui revient l'initiative de fixer son prix, une fois sa prestation accomplie, le débiteur doit encore l'accepter. À défaut il revient au juge d'en fixer le montant. Il ne s'agit pas d'une réelle détermination ultérieure unilatérale, à la différence de la jurisprudence de 1995 qui laisse au créancier le soin de fixer le prix sous réserve de l'abus de droit.

<sup>371</sup> Cass. com., 27 avril 1971, Bull. civ. V, n°107, préc. – Cass. com., 5 novembre 1971, Bull. civ. V, n°262, 263, préc.

<sup>372</sup> Infra n°209.

négociations<sup>373</sup>, le nouvel accord peut alors reprendre tout ou partie du contenu de l'accord précédent, ou accorder d'autres avantages. En outre, dans l'hypothèse où aucun accord n'est conclu, le salarié conserve les avantages individuels qu'il a acquis<sup>374</sup>. Il est donc possible que le salarié continue de percevoir le complément de salaire, soit parce que le nouvel accord l'aura entériné, soit, dans le cas où les négociations n'auraient pas abouti, parce qu'il correspondrait à un avantage individuel acquis<sup>375</sup>. En revanche, la dénonciation du statut collectif non négocié fait bel et bien disparaître les primes et autres avantages dont le salarié bénéficiait jusqu'alors. On peut dès lors s'interroger sur l'absence de moyens correcteurs tels qu'ils existent pour le statut collectif négocié. Le recours à la notion d'avantages individuels acquis ne pourrait-il pas s'envisager également pour le statut collectif non négocié<sup>376</sup> ? Soit l'on s'attache à la nature particulière du salaire soit à celle du statut collectif non négocié. Dans le premier cas, il est légitime que le complément de salaire soit incorporé au contrat de travail. Dans le second cas, au contraire, il est justifié que l'employeur bénéficie d'un droit de résiliation unilatérale de son engagement, à l'instar de toute résiliation unilatérale dont bénéficient les parties engagées dans un contrat sans limitation de durée<sup>377</sup>. Par ailleurs, supprimer les supports de rémunération propres au droit du travail aurait probablement pour conséquence de faire disparaître certains compléments de salaire. Il n'est donc pas certain qu'il faille modifier en l'espèce le droit positif. Reste qu'il s'agit d'une exception à la prohibition des droits potestatifs de l'employeur sur la rémunération.

---

<sup>373</sup> Article L. 2261-10 al. 2 du Code du travail.

<sup>374</sup> Article L. 2261-13 al. 1 du Code du travail. Sur la notion d'avantage individuel acquis cf. Cass. soc., 8 juin 2011, RDT 2011, p. 652, note C. NICOD ; JCP S. 2011, p. 46, note F. DUMONT ; JCP G. 2011, p. 1262, note N. DEDESSUS-LE-MOUSTIER.

<sup>375</sup> Cass. soc., 13 mars 2005, RJS 6/05, n°621 : « *Un avantage individuel acquis [...] est celui qui, au jour de la dénonciation de la convention ou de l'accord collectif, procurait au salarié une rémunération ou un droit dont il bénéficiait à titre personnel et qui correspondait à un droit déjà ouvert et non simplement éventuel* ».

<sup>376</sup> J. DEPRESZ, « Un remède incertain à la précarité des avantages acquis : l'incorporation dans le contrat de travail », Dr. soc. 1986, p. 906 et note sous Cass. soc., 22 janvier 1992, JCP E. 1993, II, p. 44. Cette incorporation des avantages consacrés par le statut collectif non négocié avait semblé être acceptée par la Cour de cassation dans un arrêt de 1986 (« *Lorsque [...] les obligations résultant d'un usage en vigueur dans l'entreprise constituent en faveur de chaque salarié un avantage acquis qui s'incorpore au contrat individuel de travail, l'employeur ne peut, par une information donnée aux seuls représentants du personnel, se dispenser de prévenir individuellement les salariés de la modification ainsi apportée à leur contrat de travail* », Cass. soc., 20 février 1986, Dr. soc. 1986, p. 905 et 915), mais la suite allait prouver le contraire. (« *Attendu que la dénonciation [...] d'un usage ou d'un autre accord collectif ne répondant pas aux conditions de l'article L. 132-19 [L. 2232-16 nouveau] du Code du travail, est opposable à l'ensemble des salariés concernés, qui ne peuvent prétendre à la poursuite du contrat de travail aux conditions antérieures [...]* », Cass. soc., 25 février 1988, « Deschamps », D. 1988, somm. comm. p. 320, obs. A. LYON-CAEN).

<sup>377</sup> Infra n°209 et s.

## II. *Le travail à fournir*

**93. *Le travail, une « espèce » difficilement saisissable.*** Il est impossible – et même inopportun – de prétendre quantifier de manière certaine le travail à fournir. La jurisprudence se contente d'exiger une détermination initiale du contour de cette obligation. Difficiles à saisir, l'obligation de fournir du travail par l'employeur comme l'obligation du salarié de soumettre sa force de travail font ainsi l'objet de délimitations qui ne peuvent être laissées à la merci de l'employeur. En revanche, à l'intérieur même de ces limites, s'exprime le pouvoir de direction de l'employeur. Ce dernier pourra alors unilatéralement déterminer les conditions de travail de ses salariés. Ainsi, si la détermination du contour de l'obligation est bien à l'abri de la volonté unilatérale de l'employeur (A), son contenu proprement dit lui est, en revanche, soumis (B).

### *A. La détermination du contour de l'obligation à l'abri de la volonté unilatérale de l'employeur*

**94. *Obligations réciproques.*** L'employeur ne s'engage pas seulement à rémunérer ses salariés, il est également tenu de leur fournir un travail<sup>378</sup>(1). En contrepartie, le salarié s'engage à fournir une prestation sous la subordination de son employeur (2).

#### *1. La fourniture du travail par l'employeur*

**95. *La fourniture de travail fonction de la durée de travail et des fonctions du salarié.*** Qualifiée par certains d'obligation de *praestare*<sup>379</sup>, c'est-à-dire de mise à disposition d'un emploi, la fourniture de travail par l'employeur ne peut être qu'imparfaitement saisissable. Ainsi doit-elle être « suffisante »<sup>380</sup>. Son étendue se voit sans doute bornée par la durée du temps de travail<sup>381</sup> et la qualification de l'emploi considéré, mais la quantité de travail peut parfois difficilement se prêter à une fixation définitive dès la conclusion du contrat. Une certaine variation – limitée – inhérente à un rapport de travail s'inscrivant dans la durée doit nécessairement être admise. Déterminer l'obligation de

---

<sup>378</sup> Cass. soc., 3 novembre 2010, Dr. soc. 2011, p. 95, obs. Ch. RADÉ. – Cass. soc., 17 février 2010, Bull. civ. V, n°41. – Cass. soc., 4 février 2015, n° 13-25627, publié.

<sup>379</sup> G. PIGNARRE, « L'obligation de l'employeur de mettre un emploi à la disposition du salarié. Vers la reconnaissance d'une obligation de *praestare* dans le contrat de travail ? », D. 2001, p. 3547.

<sup>380</sup> Cass. soc., 9 juin 2015, n°13-26834.

<sup>381</sup> S. BRISSY, « L'obligation pour l'employeur de donner du travail au salarié », Dr. soc. 2008, p. 434.

l'employeur de fournir du travail revient en réalité à déterminer les fonctions du salarié et le temps de travail, ces éléments devant effectivement être délimités *ab initio*. Ces éléments ne peuvent faire l'objet d'une fixation unilatérale de l'employeur en cours d'exécution du contrat<sup>382</sup>.

## 2. La prestation de travail du salarié

**96. La subordination limitée de la force de travail du salarié.** Lorsque le salarié s'engage dans un contrat de travail, c'est sa force de travail qu'il met au service de son employeur (a). À l'instar de l'obligation de fournir du travail de l'employeur, l'obligation à la charge du salarié est difficilement quantifiable. Il est cependant possible d'en déterminer le contour, géographique, temporel et fonctionnel. En effet, l'employeur ne dispose de la force de travail de ses salariés que de manière circonscrite. Et les contours de cette circonscription ne sont pas laissés à sa seule volonté (b).

### a. Le contenu de l'obligation du salarié : la force de travail

**97. L'objet du contrat de travail : une « part » du salarié.** L'objet même du contrat de travail demeure controversé. Une grande part de la doctrine actuelle<sup>383</sup> s'accorde pour considérer que cet objet est la « force de travail » du salarié, son « activité », c'est-à-dire ses capacités physiques et intellectuelles à fournir un travail, et non simplement le seul résultat de ce travail<sup>384</sup>. Il faut alors composer avec la dualité du salarié, à la fois sujet de droits et objet,

---

<sup>382</sup> Rappr et comp. le travail à domicile où la jurisprudence considère que « si un employeur n'a pas l'obligation, sauf disposition conventionnelle ou contractuelle contraire, de fournir un volume de travail constant au travailleur à domicile, il ne peut cependant modifier unilatéralement et sans justification la quantité de travail fournie et la rémunération du travailleur ». (Cass. soc., 5 avril 2006, JCP S. 2006, 1471, note Th. LAHALLE. – Cass. soc., 26 septembre 2007, JCP S. 2008, 1078, note Th. LAHALLE).

<sup>383</sup> M. FABRE-MAGNAN, « Le contrat de travail défini par son objet », art. préc. ; Th. REVET, « L'objet du contrat de travail », Dr. soc. 1992, p. 859 (V. aussi du même auteur *La force de travail, (Étude juridique)*, Litec, 1992) ; J. RIVERO, « Les libertés publiques dans l'entreprise », Dr. soc. 1982, p. 423 ; Rappr. L. MALLET et M.-L. MORIN, « La détermination de l'emploi occupé », Dr. soc. 1996, p. 660. Pour ces auteurs, si c'est bien l'emploi qui est l'objet du contrat de travail, encore faut-il prendre en considération la polysémie de ce terme. Ils considèrent alors que « l'emploi, dans son sens instrumental d'utilisation de la force de travail, peut être considéré comme l'objet du contrat », ce qui revient à faire porter le contrat de travail sur cette « force de travail ». Comp. article L. 1221-3 du Code du travail : « [...] l'emploi qui fait l'objet du contrat [...] ».

Contra N. COLLET-THIRY, *L'encadrement contractuel de la subordination*, th. préc., n°23.

<sup>384</sup> Il s'agirait sinon d'un contrat d'entreprise. Rappelons que dans le contrat de travail, le salaire est versé en principe en fonction du travail fourni et non du résultat.

par sa force de travail, du contrat de travail<sup>385</sup>. Mais faire du salarié l'objet du contrat de travail peut surprendre – les avis d'ailleurs divergent en la matière<sup>386</sup> – car ne serait-ce pas faire du travailleur une « chose » ? L'interdiction de l'esclavage<sup>387</sup> ou du travail forcé résulte du refus de faire de l'homme un « objet ». Le contrat de travail ne peut nier la qualité de « sujet » du travailleur. Ainsi la conscience de ce dernier n'est pas écartée comme elle le serait s'il n'était regardé que comme un « objet ». Il est difficile de considérer que le contrat de travail opère une séparation entre la part physique et la part métaphysique du salarié<sup>388</sup> pour considérer que seule l'une d'entre elles serait l'objet du contrat de travail<sup>389</sup>. Les deux

---

<sup>385</sup> M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, tome 2, *Obligations, contrats, sûretés réelles*, revu et corrigé par G. RIPERT et J. BOULANGER, Paris, LGDJ, 1947, 2<sup>ème</sup> éd., n°2948 : « C'est la personne humaine qui est en réalité l'objet du contrat, en même temps qu'elle en est le sujet ».

<sup>386</sup> Pour : A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, PUF, 1996, p. 45 ; Th. REVET, *La force de travail (Étude juridique)*, *op. cit.* ; M. FABRE-MAGNAN, « Le contrat de travail défini par son objet », art. préc. ; S. BRISSY, « L'obligation pour l'employeur de donner du travail au salarié », art. préc. ; L.-K. GRATTON, *Les clauses de variation du contrat de travail*, Dalloz, 2011, spéc. n°257 à 271.

Contra J. SAVATIER, « La liberté dans le travail », *Dr. soc.* 1991, p. 50 ; J. RIVERO et J. SAVATIER, *Droit du travail*, PUF, Thémis, 1993, 13<sup>ème</sup> éd., p. 81 ; F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 2015, 10<sup>ème</sup> éd., n°704, p. 634 : « Le respect dû au corps humain s'oppose à ce que la force de travail soit l'objet d'un contrat de location » ; E. DOCKÈS, « La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail », art. préc., spéc. note 6.

<sup>387</sup> Article 1 de la convention de Genève du 25 septembre 1926 entrée en vigueur le 9 mars 1927 : « Aux fins de la présente Convention, il est entendu que, 1<sup>o</sup>, l'esclavage est l'état ou condition d'un individu sur lequel s'exercent les attributs du droit de propriété ou certains d'entre eux ».

<sup>388</sup> Ch. GRZEGORCZYK, « Le sujet de droit : trois hypostases », in *Le sujet de droit*, *Arch. phil. dr.*, t. 34, 1989, p. 9 et s. : « L'opposition entre le sujet et l'objet est donc celle entre la conscience et la machine, ces deux dernières s'excluant mutuellement. Seuls les êtres vivants possèdent une conscience, encore qu'il faille distinguer chez l'homme entre sa pensée et son corps. L'homme est véritablement humain par sa conscience, tandis que son corps n'est que machine. Cette distinction détruit l'unité de la personne humaine, qui est sujet seulement dans sa dimension de la pensée et de la connaissance, mais reste objet par sa corporalité ». Les lois de bioéthique actuelles s'inscrivent d'ailleurs dans cette dissociation entre le corps physique et la personne.

<sup>389</sup> Les auteurs sont partagés sur la « part » physique ou métaphysique qui serait ainsi objet du contrat de travail.

Certains auteurs (A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, *op. cit.* ; M. FABRE-MAGNAN, « Le contrat de travail défini par son objet », art. préc., spéc. p. 117) considèrent qu'en « abandonnant » à autrui sa force de travail, le salarié « abandonne » une part physique de lui-même. Découle alors naturellement du contrat de travail une maîtrise matérielle, par l'employeur, du corps du salarié. Ce qui amène à la question de l'indisponibilité du corps humain. Considéré comme hors du commerce, (Art. 16-1 al. 3 du Code civil : « Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial » ; art. 1128 du Code civil : « Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet de conventions ».) pour des raisons historiques et idéologiques (Conception judéo-chrétienne de la personne qui confère à celle-ci un caractère sacré, divin, et fait du monisme corps-âme la règle. Cf. A. LECA, « *Corpus id est persona ?* Réflexions à propos de la situation juridique du corps humain », in *De jure corporis ou la réification du corps humain*, *Cahiers de droit de la santé du sud-est* n°2, PUAM, 2004, p. 37 et s.), le corps humain ne peut faire l'objet de convention. Mais la pratique et la recherche médicales, l'évolution de la société, ont pu apporter des exceptions à ce principe. Par conséquent le plus simple consisterait à considérer que le contrat de travail est également une exception à ce principe (A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, *op. cit.* p. 56. *Adde* J. CARBONNIER, *Droit civil*, volume 1.

sont nécessairement liées. Dire qu'une part du salarié est l'objet du contrat de travail ne veut pas dire qu'il faille séparer son corps de sa conscience, mais que sa subordination est limitée et finalisée. D'une part, ce n'est pas l'homme qui est objet du contrat, mais le salarié : aliéner sa force de travail n'est pas s'aliéner. Un salarié ne l'est qu'au temps, au lieu de travail et pour des fonctions données. D'autre part, le salarié est une personne : à l'intérieur même de la « sphère salariale », la subordination n'est pas totale. Les droits et libertés fondamentaux viennent la limiter<sup>390</sup>.

### **98. L'objet de l'obligation du salarié : subordination de sa force de travail.**

L'obligation du salarié serait ainsi une mise à disposition de sa force de travail<sup>391</sup> qui ne pourrait se réduire à une obligation de faire, de ne pas faire ou de donner<sup>392</sup>. La classification

*Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple.* PUF, Quadrige, 2004, 1<sup>ère</sup> éd., n°200). Pour autant, cette « exception » s'éloignerait des autres dérogations admises par le Droit : les entorses à l'indisponibilité du corps humain se caractérisent actuellement par la gratuité, la nécessité thérapeutique ou scientifique et, dans la mesure du possible, par l'anonymat. Ce qui évite d'en faire des opérations mercantiles. Le contrat de travail se situe à l'opposé de ces considérations. Il reste nécessairement à titre onéreux.

D'autres auteurs, au contraire, considèrent que la part engagée dans le contrat de travail est avant tout la volonté, le libre-arbitre du salarié. Si la maîtrise de l'employeur sur le corps physique du salarié existe bien, ce n'est qu'en tant que conséquence de l'aliénation de sa part métaphysique. (F. CHABAS, « Le corps humain et les actes juridiques en droit français », in *Le corps humain et le droit, Travaux de l'Association Henri CAPITANT*, tome XXVI, Dalloz, 1977, p. 226, qui considère qu'il n'y a pas acte sur le corps humain lorsque celui-ci engage et son corps et sa volonté, c'est-à-dire sa personne ; V. égal. Th. REVET, « L'objet du contrat de travail », art. préc., qui fait sienne cette analyse). Il s'agit de dissocier juridiquement par le recours à la subordination la personne même du salarié et sa force de travail. (Th. REVET, préc., p. 863, considère que la subordination permet une « désubjectivation » du salarié et « l'objectivation » corrélative de sa force de travail).

<sup>390</sup> Cf. l'article L. 1121-1 du Code du travail « *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 ni proportionnées au but recherché* ». Sur la prise en considération de la vie privée et personnelle du salarié confronté à un changement de ses conditions de travail, V. infra n°596 et s.

<sup>391</sup> M. FABRE-MAGNAN, « Le contrat de travail défini par son objet », art. préc. ; S. BRISSY, « L'obligation pour l'employeur de donner du travail au salarié », art. préc. ; L.-K. GRATTON, *Les clauses de variation ...* th. préc., n°258 et 259.

L'article L. 3121-1 du Code du travail définit d'ailleurs le temps de travail effectif comme « *le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles* » (cf. Cass. soc., 19 novembre 1996, RJS 3/97, p. 192: « *la durée de présence assimilable au temps de travail effectif s'entend du temps pendant lequel un salarié est tenu de rester en permanence à la disposition de l'employeur[ ...]* »). (C'est nous qui soulignons).

<sup>392</sup> G. PIGNARRE, « A la redécouverte de l'obligation de *praestare*. Pour une relecture de quelques articles du Code civil », art. préc. ; M. FABRE-MAGNAN, « Le contrat de travail défini par son objet », art. préc. Adde regrettant « *l'occasion manquée d'introduire l'obligation de praestare* » dans le projet de réforme du droit des contrats de 2015 : M. FABRE-MAGNAN, « Critique de la notion de contenu du contrat », in *Colloque Le projet de réforme du droit des contrats*, RDC 2015, p. 639.

tripartite des obligations de l'article 1101<sup>393</sup> du Code civil est ici insatisfaisante. L'analyse de l'obligation du salarié en termes de subordination<sup>394</sup> invite également à dépasser cette classification. S'engager à se soumettre, même de manière limitée, n'est pas s'engager à une obligation de faire. La différence entre l'obligation du salarié vue comme une mise à disposition et celle vue comme une subordination<sup>395</sup> est davantage celle d'une différence d'esprit, que de contenu ; la première « réifiant », même simplement partiellement, le salarié<sup>396</sup>, l'autre l'« assujettissant ». Dans ces conditions, la seconde conception est à préférer. Le salarié s'engage, non pas à être *objet* de l'employeur, mais à être son *sujet*, au sens premier que possédait ce terme, à savoir « soumis », « assujetti »<sup>397</sup>, mais de manière limitée et finalisée.

**99. La sphère de subordination du salarié.** La subordination du salarié doit donc être cantonnée géographiquement, temporairement et fonctionnellement<sup>398</sup>. Pour autant, le lieu de travail, le temps de travail et les tâches du salarié n'ont pas à être strictement déterminés dès l'origine. Une certaine flexibilité se conçoit dans une matière où les circonstances socio-économiques doivent être prises en considération et, partant, l'écoulement dans le temps de la relation de travail. Une marge de manœuvre de l'employeur paraît inévitable et même nécessaire. L'employeur est d'ailleurs soumis à une obligation d'adaptation des salariés à

---

<sup>393</sup> Article 1101 du Code civil : « *Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose* ». L'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, abandonne cette typologie et préfère définir le contrat comme « *l'accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* » (nouvel article 1101).

<sup>394</sup> E. DOCKÈS, « La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail », art. préc. ; J.-F. CESARO, « La subordination », in « *Les notions fondamentales du droit du travail* », éd. Panthéon-Assas, 2009, n°211, p. 142.

<sup>395</sup> Elles sont parfois présentées comme telles. Cf. M. FABRE-MAGNAN, « Le contrat de travail défini par son objet », art. préc. ; E. DOCKÈS, « La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail », art. préc., spéc. note 6.

<sup>396</sup> O. THOLOZAN, « La réification du corps humain en droit civil français », in *De jure corporis ou la réification du corps humain*, Cahiers de droit de la santé du sud-est n°2, PUAM, 2004, p. 11 et s., not. p. 19.

<sup>397</sup> Du latin *subjectus*, dérivé de *subjicere*, placer sous, soumettre.

<sup>398</sup> Voir l'analyse sous l'angle de la mise à disposition : L.-K. GRATTON, *Les clauses de variation...*, th. préc., n°271 : « *La mise à disposition à laquelle s'oblige le salarié doit être déterminée par trois types de limites : une limite temporelle, une limite spatiale et enfin une limite que l'on peut qualifier de fonctionnelle* » (moment de la mise à disposition, lieu de la mise à disposition et fonction au sens de but de la mise à disposition : « *limitée à ce qui est nécessaire à la réalisation de l'objectif* » et au sens d'activité professionnelle c'est-à-dire de la nature des fonctions).

l'évolution de leur emploi<sup>399</sup>. Dans ces conditions, une détermination stricte, figée, d'un lieu de travail, d'un temps de travail ou des tâches du salarié n'apparaît pas obligatoire. Au contraire, peuvent être envisagées des « sphères » de subordination géographique, temporelle et fonctionnelle à l'intérieur desquelles une certaine marge de manœuvre est laissée à l'employeur.

*b. Le contour de l'obligation du salarié : la détermination de la sphère de subordination*

**100. Le refus d'une délimitation unilatérale ultérieure par l'employeur.** Octroyer au salarié un droit potestatif lui permettant de déterminer le contour de sa propre obligation lui permettrait de rendre son engagement inexistant. Octroyer un tel droit à l'employeur reviendrait à lui laisser la possibilité de déterminer unilatéralement les limites géographiques, temporelles et fonctionnelles de la subordination du salarié. Ce qui aboutirait à ne pas poser de véritables limites à l'obligation de subordination. Or, si l'on accepte que le contrat de travail puisse avoir pour objet la personne même du salarié, ce n'est qu'à la condition que la subordination qui en résulte soit bien limitée. Dès lors, si le lieu de travail, les horaires de travail et les tâches du salarié n'ont pas à être strictement déterminés, ils doivent au moins être déterminables en fonction d'éléments objectifs. Ceux-ci doivent-ils alors être prévus dès l'origine ? Une application stricte de l'article 1129 du Code civil inviterait à répondre positivement. Et pourtant, une certaine indétermination est parfois admise tant qu'il ne s'agit pas de laisser à l'employeur le soin de délimiter unilatéralement *a posteriori* les sphères géographique, temporelle et fonctionnelle de subordination. Ici encore, est refusée à l'employeur la maîtrise de la portée de l'engagement de son salarié.

**101. La sphère géographique : le recours au juge.** La notion utilisée par la Cour de cassation est celle du secteur géographique<sup>400</sup>. Deux hypothèses sont possibles : soit les parties ont prévu *ab initio* le contour de ce secteur géographique, soit, au contraire, elles ne l'ont pas anticipé.

---

<sup>399</sup> Cass. soc., 25 février 1992, D. 1992, somm. comm. p. 294, obs. A. LYON-CAEN. Cf., du même auteur, « Le droit et la gestion des compétences », *in dossier Nouvelles technologies et emploi dans l'entreprise*, Dr. soc. 1992, p. 573.

<sup>400</sup> Cass. soc., 20 octobre 1998, RJS 12/98, n°1446 ; JCP E. 1998, 2028, note D. BOULMIER.

Rien n'interdit en effet aux parties de déterminer elles-mêmes, dès la conclusion du contrat, la « sphère » géographique de subordination<sup>401</sup>. Il est également envisageable que ce soit la convention collective elle-même qui en prévoit le contour<sup>402</sup>. L'article 1134, alinéa 1, du Code civil permet *a priori* d'imposer un tel secteur contractuel. Cependant, un secteur géographique trop large reviendrait à l'absence de détermination d'une « sphère » géographique de travail et donc à une subordination trop importante pour le salarié. La « sphère » délimitée doit être suffisamment étroite pour être valable. Force est-il de recourir au juge. Celui-ci devra alors comparer le « secteur géographique » contractuel ou conventionnel avec celui jurisprudentiel, et privilégier le secteur le plus favorable au salarié, c'est-à-dire le plus étroit<sup>403</sup>.

En revanche, si les parties n'ont pas déterminé à l'avance, le « secteur géographique », ce dernier devrait être au moins déterminable au regard de l'article 1129 du Code civil. Or, bien que la chambre sociale privilégie une appréciation objective<sup>404</sup>, écartant la prise

---

<sup>401</sup> F. CANUT « Le secteur géographique », *in dossier La mobilité des salariés*, Dr. soc. 2011, p. 923 et s., not. p. 927.

<sup>402</sup> Cass. soc., 30 novembre 2010, RJS 2/11, n°98 ; JCP S. 2011, 1077, note L. SÉBILLE. Dans cette affaire était en cause la convention collective des transports routiers, laquelle prévoyait comme secteur géographique « la localité ». Interprétation stricte de ce terme par la jurisprudence au sens de « commune ».

Il faut, depuis la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013, composer avec les accords de mobilité interne. La logique du système voudrait que le périmètre de la « zone géographique d'emploi » devant être déterminé par l'accord soit restreint. C'est d'ailleurs ainsi, qu'*a priori*, l'entendent les partenaires sociaux (V. pour une analyse de plusieurs accords de mobilité interne : A. FABRE, « De l'usage des dispositifs de mobilité dans les accords collectifs », Cah. soc., 1<sup>er</sup> janvier 2015, n°270, p. 55). Reste qu'une telle zone peut cependant ne pas correspondre au « secteur géographique » jurisprudentiel. Si elle lui est inférieure, elle sera alors favorable au salarié, si au contraire elle lui est supérieure, elle pose d'abord la question de sa validité, et, dans l'affirmative, celle de son éventuel excès.

Une première approche consisterait à considérer que l'intention des partenaires sociaux et du législateur était de permettre davantage de mobilité. Dans cette optique, une « zone géographique d'emploi » pourrait être plus large que le secteur géographique. Il serait cependant permis de rétorquer que si la mobilité devait effectivement être facilitée, c'était à la condition qu'elle soit accompagnée de garanties pour le salarié... En tout état de cause, il n'est pas certain que le juge soit désaisi de son rôle de contrôle sous prétexte que la « zone géographique d'emploi » aurait été négociée. L'excès devrait pouvoir être sanctionné, quitte à ne mettre en œuvre le contrôle du juge qu'au stade de l'exercice du pouvoir de l'employeur.

<sup>403</sup> Cass. soc., 30 novembre 2010, Bull. civ. V, n°273, préc. Sauf à considérer qu'il s'agisse en réalité d'une clause de mobilité. Mais dans ces conditions, la clause doit répondre à certaines conditions de validité. V. infra n°144.

<sup>404</sup> Cass. soc., 4 mai 1999, JCP G. 1999, II, 10126, note C. LEFRANC-HAMONIAUX ; Dr. soc. 1999, p. 737, obs. J.-E. RAY. Les juges s'appuieront alors sur un faisceau d'indices « objectifs » telles les facilités de communication, la distance kilométrique entre l'ancien et le nouveau lieu de travail, la qualité des liaisons routières, la desserte par les transports en commun, les habitudes culturelles. Cf. Ph. WAQUET, « Le renouveau du contrat de travail », RJS 5/99, p. 383, note 27 ; E. SENNA « Illustrations jurisprudentielles en région Languedoc-Roussillon de la notion de secteur géographique », *in Dossier La mobilité des salariés*, Dr. soc. 2011, p. 930.

en considération de la situation personnelle du salarié, la notion demeure empreinte de flou<sup>405</sup> et de casuistique<sup>406</sup> liés à l'appréciation souveraine des juges du fond<sup>407</sup>. Les notions qui ont pu être proposées telles que le « bassin d'emploi »<sup>408</sup>, la « zone urbaine » voire la « couronne urbaine »<sup>409</sup> n'échappent pas non plus à l'imprécision. En l'absence d'accord entre les parties, il est difficile de déterminer à l'avance avec précision les contours du secteur géographique. Le recours au juge apparaît nécessaire<sup>410</sup>. Une telle conception heurte la lettre de l'article 1129 du Code civil<sup>411</sup> mais non son esprit<sup>412</sup>. L'écueil de la potestativité est évité : aucune des parties au contrat n'imposera à l'autre la délimitation du secteur géographique.

En revanche, en ce qui concerne les sphères temporelle et fonctionnelle, leur contour échappe non seulement à la maîtrise d'une seule des parties, mais également à l'indétermination.

**102. Les sphères temporelle et fonctionnelle.** La durée du travail<sup>413</sup> dans un cas, la nature des fonctions<sup>414</sup> dans l'autre, doivent être déterminées dès l'origine et ne peuvent faire l'objet d'une modification unilatérale par l'une des parties. L'exigence de

<sup>405</sup> M. HAUTEFORT « Changement de lieu : la mystérieuse notion de « secteur géographique », JSL, 1<sup>er</sup> juin 1999, n°37, p. 7.

<sup>406</sup> Paris et le Val d'Oise sont dans le même secteur géographique (Cass. soc., 2 avril 1998, n°95-643351), mais ce n'est pas le cas de Versailles et Chartres (Cass. soc., 1<sup>er</sup> juillet 1998, n°96-42989). En revanche, les lieux situés dans une même commune sont bien dans le même secteur géographique (Cass. soc., 18 novembre 1997, n°95-41372. – Cass. soc., 17 juin 1998, n°96-42976). La réponse est fluctuante pour la région parisienne, parfois considérée comme un même secteur géographique (Cass. soc., 20 octobre 1998, n°96-40757) parfois non (Cass. soc., 25 juin 2004, n°01-44707).

<sup>407</sup> M. DEL SOL, « Variations jurisprudentielles sur le lieu de travail », JCP S. 2006, 1663.

<sup>408</sup> M. HAUTEFORT, obs. sous Cass. soc., 20 octobre 1998, JSL, 1<sup>er</sup> décembre 1998, n°25, p. 8. Le Code du travail emploie parfois la notion de « bassin d'emploi ». Cf. par ex. l'article L. 1233-84 du Code du travail et l'article L. 1233-87 du Code du travail. Comp. la notion de « zone d'emploi » retenue par l'Insee : « Espace à l'intérieur duquel la plupart des actifs résident et travaillent ».

<sup>409</sup> Cass. soc., 3 mai 2006, JCP S. 2006, 1694, note B. BOSSU.

<sup>410</sup> 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 », in *La sanction de droit, Mélanges offerts à Pierre COUVROT*, PUF, 2001, p. 10 : « Personne ne sait, avant que les juges du fond n'aient statué, quel est le secteur géographique de travail. Etrange élément du contrat, celui que les parties contractantes ignorent lors de la conclusion du contrat ».

<sup>411</sup> A l'instar des quelques cas d'indétermination de la rémunération. Cf. supra n°90 et s.

<sup>412</sup> Il s'agit d'éviter de placer « l'une des parties à la merci de l'autre » : Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, LGDJ, 2014, 7<sup>ème</sup> éd., n°203.

<sup>413</sup> Cass. soc., 20 octobre 1998, Bull. civ. V, n°433 : « La durée du travail, telle qu'elle est mentionnée au contrat de travail constitue en principe un élément du contrat de travail qui ne peut être modifié sans l'accord du salarié ».

<sup>414</sup> Cass. soc., 8 décembre 1993, n°90-45298 : adjonction de tâches complémentaires modifiant la nature des fonctions initiales : l'accord du salarié est nécessaire.

détermination est ici prise dans son sens strict. Il est vrai que la durée du travail fait l'objet d'une réglementation légale particulière qui suffit à imposer cette exigence de détermination. L'article 1129 du Code civil retrouve en revanche son utilité lorsque sont en cause les fonctions du salarié. Afin de déterminer celles-ci, la Cour de cassation se fonde sur plusieurs éléments tels que la qualification du salarié<sup>415</sup>, le maintien de sa position hiérarchique et celui de ses responsabilités<sup>416</sup>. Aucun de ces éléments ne peut être modifié unilatéralement par l'employeur. Plus encore, ils doivent en principe être déterminés *ab initio*<sup>417</sup>. Ils ne peuvent pas être déterminables, même de manière objective. Le contour des sphères temporelle et fonctionnelle est ainsi à l'abri de la volonté unilatérale de l'employeur.

*B. Le contenu de l'obligation soumis à la volonté unilatérale de l'employeur*

**103. Le pouvoir de direction de l'employeur sur les conditions de travail du salarié.** À l'intérieur de la sphère de subordination géographique, temporelle et fonctionnelle du salarié, ce dernier est soumis au pouvoir dit de direction de l'employeur. Concrètement, celui-ci peut unilatéralement déterminer, et par voie de conséquence modifier, l'intérieur des sphères de subordination du salarié. L'employeur est ainsi libre de déterminer le lieu de travail<sup>418</sup> à l'intérieur de la sphère de subordination géographique (le secteur géographique), les horaires de travail<sup>419</sup> à l'intérieur de la sphère de subordination

---

<sup>415</sup> La qualification contractuelle ne s'entend pas ici comme la seule aptitude personnelle du salarié mais permet d'identifier le travail que le salarié doit effectuer et, par voie de conséquence, le « genre » des tâches qui pourront lui être demandées (cf. A. LYON-CAEN, « Le droit et la gestion des compétences », art. préc., Dr. soc. 1992, p. 574 ; N. COLLET-THIRY, *L'encadrement contractuel de la subordination*, thèse, Paris II, 2001, n°72). Ex. : Cass. soc., 21 octobre 2003, n°01-44422 : Cassation de l'arrêt n'ayant pas répondu aux conclusions du salarié faisant valoir que la conduite d'engins n'entraînait pas dans sa qualification contractuelle.

<sup>416</sup> Cass. soc., 10 octobre 2000, Bull. civ. V, n°316. V. aussi CA Versailles, 31 août 2011, n°10/04986 : « *La nouvelle activité [du salarié] impliquant perte d'autonomie et d'initiative* », la cour d'appel a considéré que le salarié subissait « *une diminution significative de ses responsabilités et de ses prérogatives même si celle-ci n'[avait] pas de répercussion sur sa qualification et sa rémunération annuelle brute* » et par voie de conséquence qu'il y avait eu modification du contrat nécessitant l'accord du salarié.

<sup>417</sup> Lorsqu'est en cause la nature du travail que le salarié doit effectuer, il existe différentes manières de la déterminer, les parties étant libres de les combiner ou non. Un auteur recense ainsi trois façons de procéder ; soit par la finalité de l'emploi, soit par la qualification du salarié, soit par l'énumération des tâches à effectuer. Dans cette dernière hypothèse, ce sont les tâches déterminées qui rendent la nature du travail déterminable : N. COLLET-THIRY, *L'encadrement contractuel de la subordination*, th. préc., n°66 et s.

<sup>418</sup> Cass. soc., 4 mai 1999, Dr. soc. 1999, p. 737, obs. J.-E. RAY ; D. 2000, p. 85, note S. FROSSARD.

<sup>419</sup> Une nouvelle répartition de l'horaire au sein de la journée décidée unilatéralement par l'employeur est possible : Cass. soc., 22 février 2000, JCP G. 2000, II, 10321, note D. CORRIGNAN-CARSIN. De même la demande de travail le samedi : Cass. soc., 27 juin 2001, RJS 10/01, n°1111.

temporelle<sup>420</sup>, la cadence de travail<sup>421</sup>, les tâches<sup>422</sup> assignées et les objectifs non contractualisés<sup>423</sup> à l'intérieur de la sphère de subordination fonctionnelle. Sont ainsi soumises au pouvoir de direction de l'employeur ce que la jurisprudence nomme les conditions de travail.

**104. Le pouvoir de direction écarté : « l'essentialisation » des conditions de travail.** La liberté contractuelle permet aux parties « d'essentialiser » un élément du contrat de travail habituellement analysé comme une condition de travail et de le soustraire ainsi au pouvoir de l'employeur. Le lieu de travail, les horaires de travail, les

Le législateur a dû préciser (afin de contrecarrer une jurisprudence contraire : Cass. soc., 28 septembre 2010, Bull. civ. V, n°187. V. égal. Cass. soc., 25 septembre 2013, n°12-17776 et 12-17777 sur la non-rétroactivité de l'article L. 3122-6 du Code du travail) que l'application d'un accord de modulation du temps de travail (issu de la négociation d'entreprise ou de branche : article L. 3122-2 du Code du travail) n'entraînait pas une modification du contrat (article L. 3122-6 du Code du travail). Or la modulation du temps de travail permet d'organiser la répartition de la durée du travail sur une « période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année ». Autrement dit, cela permet à l'employeur de moduler la durée du travail en fonction des périodes d'activité de l'entreprise. Le calcul des heures supplémentaires étant alors modifié, les conséquences sur la rémunération sont évidentes. Autrement dit, la qualification de « modification » du contrat était appropriée. Certes, une convention collective d'entreprise, ou à défaut de branche, est nécessaire.

<sup>420</sup> Depuis la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail et le décret d'application n°2008-1132 du 4 novembre 2008, une modulation du temps de travail sur une période de quatre semaines au plus est possible (articles D. 3122-7-1 et s. du Code du travail). Dans la limite de 39 heures par semaine (au-delà il s'agira d'heures supplémentaires). Ce mode d'organisation du temps de travail peut donc être unilatéralement imposé par l'employeur.

<sup>421</sup> Cass. soc., 20 octobre 2010, Bull. civ. V, n°237.

<sup>422</sup> Fameux arrêt dit « citron-banane » : où une ouvrière agricole en charge de la cueillette de citrons peut être affectée sans son accord à l'engainage de bananes : Cass. soc., 10 mai 1999, Dr. soc. 1999, p. 737, obs. J.-E. RAY ; Cf. également Cass. soc., 24 avril 2001, Bull. civ. V, n°128, où une femme de ménage chargée de l'entretien d'appartements de copropriétaires, peut l'être des parties communes. – Cass. soc., 9 avril 2002, Bull. civ. V, n°123 où un salarié « coupeur de vêtements » peut être sollicité pour prendre des mesures et participer occasionnellement à la vente.

Les tâches peuvent être unilatéralement déterminées (et modifiées) par l'employeur tant qu'elles correspondent à l'emploi pour lequel le salarié a été embauché. Ainsi l'employeur ne pourrait pas supprimer une tâche considérée comme caractéristique de l'emploi concerné : N. COLLET-THIRY, *L'encadrement contractuel de la subordination*, th. préc., n°67 et s. : « La prestation de travail du salarié ne peut en effet être conçue que comme une globalité rationnelle recouvrant un ensemble articulé de tâches complémentaires ou connexes car relevant de la même « espèce » de travail dont elles constituent des déclinaisons ». Adde L. MALLET et M.-L. MORIN, « La détermination de l'emploi occupé », Dr. soc. 1996, p. 660.

<sup>423</sup> Revirement de jurisprudence : Cass. soc., 22 mai 2001, Bull. civ. V, n°180 : « Attendu que les objectifs peuvent être définis unilatéralement par l'employeur dans le cadre de son pouvoir de direction ». – Cass. soc., 13 janvier 2004, Bull. civ. V, n°3. – Cass. soc., 2 mars 2011, Bull. civ. V, n°55. V. déjà, *a contrario* : Cass. soc., 14 novembre 2000, RJS 1/01, n°22 ; JCP E. 2001, n°13, p. 574, note F. PETIT ; Dr. soc. 2001, p. 99, obs. Ph. WAQUET : « Les objectifs, fussent-ils définis par le contrat, [doivent être] réalistes ». (C'est nous qui soulignons)

(Pour la jurisprudence antérieure contraire, cf. Cass. soc., 18 avril 2000, Bull. civ. V, n°138, p. 107. – Cass. soc., 14 juin 2000, n°98-42778. – Cass. soc., 12 juillet 2000, n°98-43604).

tâches du salarié, les objectifs<sup>424</sup> qu'il doit atteindre peuvent ainsi être « contractualisés ». La question de la forme que doit prendre cette « contractualisation » se pose. La jurisprudence opère alors une distinction entre les clauses qu'elle considère comme simplement « informatives » et celles qui contractualiseraient réellement l'élément considéré<sup>425</sup>. Dans ce dernier cas, elle impose l'existence d'une clause claire et précise, indiquant explicitement que telle « condition de travail » est « contractualisée ». Au contraire, la simple mention d'un lieu de travail<sup>426</sup> ou des horaires de travail ne suffit pas à leur contractualisation. Est suffisante, par exemple, la spécification suivante : « Vos horaires de travail seront conformément à votre demande du lundi au jeudi 8h30-17h et le vendredi 8h30-16h »<sup>427</sup>. La même solution devrait prévaloir pour les tâches<sup>428</sup> et les objectifs du salarié. Ainsi, les clauses ne donnant qu'une information sont sans valeur obligatoire<sup>429</sup> au contraire de celles rendant la « condition de travail » intangible.

---

<sup>424</sup> Afin de faire échapper les objectifs au régime des conditions de travail, il est nécessaire de prévoir une clause les contractualisant dès lors que la Cour de cassation a finalement admis qu'ils pouvaient être unilatéralement déterminés. Cf. V. RENAUX-PERSONNIC, « De la contractualisation obligatoire à la décontractualisation possible des objectifs » RJS 2/01, p. 99.

<sup>425</sup> Cass. soc., 3 juin 2003, Dr. soc. 2003, p. 884, note J. SAVATIER ; JCP G. 2003 G, II, 10165, note M. VÉRICEL.

Adde M. MORAND, « La place de l'écrit dans la détermination du champ contractuel », SSL, 6 juin 2003, n°1127, p. 6 ; J. PÉLISSIER, « Clauses informatives et clauses contractuelles du contrat de travail » RJS 1/04, p. 3.

<sup>426</sup> Cass. soc., 3 juin 2003, Bull. civ. V, n°185, préc. : « 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 ».

<sup>427</sup> La Cour de cassation considère en l'espèce que la Cour d'appel avait pu exactement décider que « ces horaires, expressément précisés et, à la demande du salarié, acceptés par l'employeur présentaient un caractère contractuel ». (Cass. soc., 11 juillet 2011, RJS 10/01, n°1111).

<sup>428</sup> Le contrat de travail peut contenir une clause énumérative des tâches à effectuer. Il faut alors distinguer la clause qui comporterait une liste exhaustive des tâches à effectuer (devant correspondre à une même « nature » de travail), l'employeur ne pouvant pas imposer de nouvelles tâches même simplement connexes ou complémentaires, de celle qui comporterait une liste non exhaustive. Cette dernière semble *a priori* correspondre à une clause simplement indicative. V. par ex. Cass. soc., 7 juin 2006, n°04-44815. En l'occurrence, il était prévu que le salarié était embauché « notamment [pour] promouvoir les produits [de la société], former les clients et fournir une assistance technique », la clause précisant par ailleurs que « le salarié pouvait être amené à assurer d'autres tâches relevant de sa qualification ». La Cour d'appel (selon le moyen) semblait avoir considéré que les tâches ainsi prévues étaient contractualisées. En d'autres termes, ces tâches formaient un « minimum » contractualisé. La Cour de cassation ne suit pas cette voie mais considère que le changement imposé par l'employeur n'était pas un simple changement de tâches mais bien une modification de l'emploi. Elle conclut donc à la modification du contrat de travail. Ainsi, pour qu'une clause non exhaustive puisse être considérée comme contractualisant un « minimum » de tâches, une précision explicite en ce sens paraît nécessaire.

<sup>429</sup> La directive n°91-533 du 14 octobre 1991 relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions de travail applicables au contrat ou à la relation de travail précise les informations que l'employeur doit transmettre à son salarié, mais il ne s'agit pas des éléments essentiels tels qu'entendus ici. (J. PÉLISSIER, G. LYON-CAEN et A. SUPIOT, *Droit du travail*, 1998, 19<sup>ème</sup> éd.).

On peut ne pas être convaincu par cette approche<sup>430</sup>. Ce qui devrait importer est la volonté réelle des parties. Une simple mention peut être révélatrice d'une telle volonté (comme elle peut ne pas l'être). À ce titre, il devrait être permis de traiter différemment les différentes « mentions » du contrat de travail. En effet, lorsque le contrat de travail fait référence à des éléments du statut collectif, il est légitime de considérer qu'une telle mention n'est qu'informatrice dans la mesure où il ne s'agit que de préciser quelles sont les normes extra-contractuelles applicables dans l'entreprise<sup>431</sup>. La Cour de cassation hésite cependant parfois elle-même sur la solution à apporter. Si elle considère effectivement que la mention des avantages résultant du statut collectif, que ce soit dans un document remis au salarié<sup>432</sup> ou le règlement intérieur<sup>433</sup>, comme celle du régime de prévoyance ou de retraite applicable dans l'entreprise<sup>434</sup>, ne vaut contractualisation, sa position paraît moins certaine quant aux conventions collectives applicables. Elle a admis qu'une « disposition expresse » prévoyant l'application d'une convention collective la contractualisait<sup>435</sup> sans que l'on sache réellement si la disposition « expresse » explicitait réellement la volonté des parties<sup>436</sup>. Cependant, ultérieurement, elle a affirmé que la référence à la convention collective ne la contractualisait pas<sup>437</sup>.

Mais lorsque le contrat de travail « *instrumentum* » traite d'éléments qualifiés traditionnellement de conditions de travail, l'affirmation est plus douteuse. La volonté réelle des parties devrait prévaloir. Une simple mention devrait pouvoir suffire à leur contractualisation. Le comportement des parties, en revanche, ne devrait pas avoir

---

<sup>430</sup> Cf. not. J. PÉLISSIER, « Clauses informatives et clauses contractuelles du contrat de travail », RJS 1/04, p. 3 ; A. LYON-CAEN, « Une liaison dangereuse entre jurisprudence et théorie ; à propos de la modification du contrat de travail », in *Analyse juridique et valeurs en droit social, Études offertes à Jean PÉLISSIER*, Dalloz, 2004, p. 357 ; A. JEAMMAUD, « Le contrat de travail, une puissance moyenne », in *Études offertes à Jean PÉLISSIER, op. cit.*, p. 299 et s.

<sup>431</sup> L'article R. 2262-1 du Code du travail impose d'ailleurs à l'employeur de prévenir ses salariés des textes conventionnels applicables dans l'entreprise.

<sup>432</sup> Cass. soc., 11 janvier 2000, Dr. soc. 2000, p. 833. – Cass. soc., 11 mars 2000, Bull. civ. V, n°17. – Cass. soc., 2 mai 2001, Bull. civ. V, n°143.

<sup>433</sup> Cass. soc., 10 mars 2004, Bull. civ. V, n°76.

<sup>434</sup> Cass. soc., 4 juillet 2007, JCP S. 2007, 1759, note L. DRAI ; SSL, 15 octobre 2007, n°1324, p. 13, note S. MILLET.

<sup>435</sup> Cass. soc., 2 décembre 1998, Dr. soc. 1998, p. 305, obs. J. SAVATIER ; JSL, 16 février 1999, n°30, obs. M.-C. HALLER.

<sup>436</sup> V. égal. Cass. soc., 3 février 1993, RJS 3/93, n°294 : « Par une interprétation nécessaire des termes du contrat de travail, la cour d'appel a estimé que la société s'était engagée à appliquer la convention collective des industries chimiques aux rapports de travail la liant individuellement [au salarié] ». La disposition du contrat de travail prévoyait que « tous les points qui ne figurent pas dans le présent engagement sont traités selon les dispositions et dans l'esprit de la convention collective des industries chimiques ».

<sup>437</sup> Cass. soc., 26 septembre 2012, n°11-10220.

d'incidence<sup>438</sup>. Ce serait, sinon, sonner le glas des conditions de travail. Dès lors que les mobilités géographique et professionnelle du salarié sont considérées comme nécessaires à la vie des entreprises<sup>439</sup>, il faut *a minima* une mention formelle des conditions de travail pour admettre leur contractualisation. Certes les parties peuvent avoir eu la volonté de faire d'un élément habituellement soumis au pouvoir de direction de l'employeur un élément essentiel sans l'avoir intégré dans une clause explicite du contrat<sup>440</sup>. Mais les impératifs de gestion de l'entreprise sont sans doute à ce prix.

## Section II. La création d'obligations accessoires au contrat de travail

**105. Le refus de clauses octroyant à l'employeur un droit potestatif de création d'une obligation accessoire.** Les obligations accessoires, ou « accidentelles », sont par définition facultatives. La question qui se pose alors est celle de savoir si de telles obligations peuvent ou non être l'objet d'un droit potestatif. En d'autres termes, la liberté contractuelle ne permettrait-elle pas à l'employeur de s'octroyer la faculté de créer en cours d'exécution du contrat de travail une clause accessoire à ce dernier ? Si l'on considère que le salarié est pour sa part d'ores et déjà engagé et que l'employeur bénéficie d'une simple option, le grief de l'inexistence d'engagement ne devrait pas pouvoir être invoqué. Analysé comme une promesse unilatérale de volonté, il ne s'agirait pas d'engagements *si l'on veut*. Dans ces conditions, l'article 1174 du Code civil ne devrait pas pouvoir être valablement mobilisé pour condamner des droits potestatifs de création d'obligations accessoires au contrat de travail. Une autre difficulté surgit néanmoins. Celle du contenu du contrat de travail proprement dit. En s'octroyant la possibilité d'ajouter, à son gré, des obligations, l'employeur ne se réserve-t-il pas la maîtrise de la portée de l'engagement de son salarié ? Se profile alors la problématique de la modification du contrat de travail. En effet, la modification du contrat de travail fait l'objet d'un régime particulier nécessitant l'accord du salarié. L'employeur ne peut, unilatéralement, même par l'insertion d'une clause particulière, se réserver la faculté de

---

<sup>438</sup> *Contra* dans l'hypothèse du domicile lieu de travail : Cass. soc., 13 avril 2005, Bull. civ. V, n°137.

<sup>439</sup> Devenues un « outil de gestion individuelle et collective des ressources humaines dans les entreprises » : I. DAUGAREILH, « Le contrat de travail à l'épreuve des mobilités », Dr. soc. 1996, p. 128 ; D. CORRIGNAN-CARSIN, « Mobilité géographique du salarié : état des lieux », in *Droit et Actualité, Études offertes à Jacques BÉGUIN*, Litec, 2005.

<sup>440</sup> Ainsi, la Cour de cassation casse l'arrêt de la Cour d'appel qui avait estimé que le lieu de travail était un élément déterminant du contrat sans relever l'existence d'une clause stipulant que le lieu de travail s'exercerait exclusivement dans le lieu mentionné : Cass. soc., 3 juin 2003, Bull. civ. V, n°185, p. 181.

modifier le contrat de travail de ses salariés<sup>441</sup>. Dès lors que le droit potestatif de création est adjoint à un contrat principal, sa licéité doit être regardée à l'aune de ce dernier. Ainsi, même à écarter l'application de l'article 1174 du Code civil (I), l'attraction qu'exerce alors le régime de la modification du contrat de travail (II) impose le refus des droits potestatifs de création d'obligations même simplement accessoires de la part de l'employeur dans la mesure où le contenu même du contrat de travail en ressortirait modifié.

### *I. L'inadéquation de l'application de l'article 1174 du Code civil*

**106. L'acceptation des « stock-options ».** La jurisprudence n'a jamais remis en cause le mécanisme propre aux options sur action, dites encore « stock-options », permettant à une société d'offrir à tout ou partie de ses salariés et mandataires de souscrire ou d'acheter, dans un certain délai et à un prix fixé par avance un certain nombre de ses propres actions<sup>442</sup>. Or la Cour de cassation qualifie elle-même le mécanisme de promesse unilatérale de vente<sup>443</sup>. Le recours à l'engagement unilatéral de volonté serait sans doute davantage approprié<sup>444</sup>, du moins lorsque le plan de « stock-options » n'est pas prévu par le contrat de travail. Toujours est-il que la société s'engage à vendre à ses salariés, ou du moins à une partie de ceux-ci, un certain nombre de ses actions à une valeur donnée, leur offrant ainsi la faculté de lever ou non leur option afin, éventuellement, de céder ultérieurement les actions ainsi levées. Le plus souvent, ce droit n'est réservé qu'aux titulaires d'un contrat de travail en cours. La jurisprudence considère que l'octroi d'une telle option est un élément accessoire du contrat de travail<sup>445</sup>, élément de rémunération au sens large puisqu'il ne s'agit pas d'un salaire versé en

---

<sup>441</sup> Mise à part l'acceptation de la clause de mobilité, V. infra n°144 et s.

<sup>442</sup> Ce dispositif a été institué par la loi du 31 décembre 1970, il est régi par les articles L. 225-177 à L. 225-186-1 du Code de commerce. Réservée à certaines sociétés (sociétés anonymes, sociétés en commandite par actions et sociétés par actions simplifiées), l'ouverture d'un plan de « stock-options » est décidée par l'Assemblée générale des actionnaires qui accorde une délégation de pouvoir au conseil d'administration ou au directoire, lequel détermine les conditions d'attribution des options de souscription ou d'achat d'actions à un prix déterminé. Les bénéficiaires disposent ensuite d'un délai pour lever l'option, c'est-à-dire exercer leur droit potestatif de création. Ils ont ensuite la possibilité, sous l'éventuel réserve de respecter un délai d'indisponibilité, de céder leurs actions. Pour une étude détaillée du mécanisme cf. R. FOY, Rep. dr. sociétés V° Options de souscription et d'achat d'actions (Stock-options) Dalloz, avril 2015.

<sup>443</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 20 septembre 2005, JCP S. 2005, 1417, note R. VATINET. – Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 28 mai 2009, n°08-15876.

<sup>444</sup> En ce sens : G. BÉLIER et A. CORMIER, « Stock-options et droit du travail », Dr. soc. 2000, p. 838 ; R. FOY, note sous Cass. soc., 30 mars 2011, Rev. soc. 2012, p. 29, spéc. n°5 ; Ph. MONTANIER et J. KOVAC, Rep. dr. tr. Dalloz, V° Options sur actions (stock-options), mars 2013, n°27.

<sup>445</sup> Cass. soc., 21 juin 2005, Bull. civ. V, n°207. – Cass. soc., 16 septembre 2008, Bull. civ. V, n°161.

contrepartie d'une prestation de travail. Mais ici, l'incertitude et la potestativité, inhérentes au mécanisme des options sur action (la levée d'option et les éventuelles plus-values) ne dépendent pas de la volonté unilatérale de l'employeur. Le droit potestatif de création est aux mains du salarié.

**107. Le refus des clauses de non-concurrence en « sommeil ».** Au contraire, c'est bien sous l'angle de l'article 1174 du Code civil que la Cour de cassation a parfois condamné les clauses de non-concurrence dites « en sommeil » ou inversées consistant à octroyer à l'employeur la possibilité en cours d'exécution du contrat de travail ou lors de son extinction de décider ou non de la soumission du salarié à une clause de non-concurrence<sup>446</sup>. En effet, dans un arrêt du 12 avril 1995<sup>447</sup>, la Cour de cassation considérant que l'application de la clause dépendait « *de la seule manifestation de volonté de l'employeur* » concluait que « *la clause, subordonnée à une condition purement potestative, était contraire [...] à l'article 1174 du Code civil* ». Dans un arrêt ultérieur du 15 avril 2008<sup>448</sup>, la Cour de cassation vise ensemble les articles 1134 et 1174 du Code civil. Ce recours à l'article 1174 du Code civil a pu être fustigé dans la mesure où, selon les commentateurs de l'arrêt<sup>449</sup>, ce dernier a vocation à traiter de la condition potestative *de la part de celui qui s'oblige*, c'est-à-dire du débiteur. Littéralement l'assertion est juste. Elle mérite cependant d'être nuancée. D'abord parce que la validité de la « condition purement potestative » de la part du créancier a, à l'origine, tenu au souci d'éviter la

---

<sup>446</sup> **Sur la question de la validité de telles clauses, la jurisprudence n'a pas été constante. Elle a tantôt pu en admettre la validité** (Cass. soc., 16 mars 1989, n°88-44173. – Cass. soc., 23 janvier 1992, n°89-40078. – Cass. soc., 22 avril 1997, n°94-43080. – Cass. soc., 10 novembre 1998, n°96-43541), **allant jusqu'à préciser qu'au regard de la liberté du travail, une telle clause était plus favorable que la clause classique de non-concurrence** (Cass. soc., 31 octobre 2000, JSL, 19 décembre 2000, n°70, p. 25 obs. N. RÉROLLE ; Gaz. Pal., 18 août 2001, n°230, p. 26, obs. J. BROUILLET : Hypothèse où le contrat de travail prévoyait une clause de non-concurrence en sommeil, et la convention collective une clause de non-concurrence classique : « *Attendu que la Cour d'appel, qui a fait application à juste titre des dispositions plus favorables à la liberté du travail contenues dans le contrat de travail a exactement énoncé que l'obligation de non-concurrence ne s'imposait au salarié que s'il recevait de l'employeur, dans les quinze jours suivant la rupture du contrat, notification de sa volonté de s'en prévaloir effectivement* ».), **tantôt au contraire, la Cour a pu affirmer leur nullité** (Cass. soc., 12 avril 1995, Dr. soc. 1995, p. 668, obs. J. SAVATIER. – Cass. soc., 12 février 2002, Dr. soc. 2002, p. 468, note J. SAVATIER ; D. 2002, p. 2089, note Ch. MATHIEU ; JSL, 12 mars 2002, n°97, p. 19, obs. M.-Ch. HALLER. – Cass. soc., 15 avril 2008, n°07-40907). **Au vu de sa dernière jurisprudence, il semble que ce type de clause soit définitivement condamné.**

<sup>447</sup> Cass. soc., 12 avril 1995, Dr. soc. 1995, p. 668, obs. J. SAVATIER, préc.

<sup>448</sup> Cass. soc., 15 avril 2008, n°07-40907, préc.

<sup>449</sup> J. SAVATIER, obs. sous Cass. soc., 12 avril 1995, Dr. soc. 1995, p. 668 ; C. PIZZIO-DELAPORTE, « La clause de non-concurrence : jurisprudence récente », Dr. soc. 1996, p. 145.

condamnation du mécanisme de la promesse unilatérale<sup>450</sup>. Dès lors que celle-ci n'est plus analysée comme un contrat sous condition suspensive, alors purement potestative, mais comme un avant-contrat offrant un droit potestatif à l'un des cocontractants, la critique disparaît. Ensuite, parce que la lecture contemporaine de la potestativité a pu évoluer<sup>451</sup>. Le critère moderne de l'arbitraire peut tout autant jouer quel que soit le cocontractant en cause<sup>452</sup>. Si l'on considère que sont condamnées les hypothèses où l'une des parties se réserve la maîtrise de l'engagement de l'autre, le grief peut être opposé tant au débiteur qu'au créancier.

Ainsi, l'article 1174 du Code civil ne devrait pas s'appliquer non pas parce que l'employeur serait créancier et non débiteur de l'obligation – d'ailleurs, la clause de non-concurrence étant désormais assortie d'une contrepartie financière<sup>453</sup>, l'employeur se trouve être à la fois débiteur et créancier – mais parce que ce qui est en cause n'est pas un contrat sous condition purement potestative mais le mécanisme de la promesse unilatérale. Une clause de non-concurrence « en sommeil » peut effectivement être analysée comme une promesse unilatérale de non-concurrence<sup>454</sup>, l'employeur se réservant un droit potestatif d'option.

**108. La justification de la différence de traitement.** Comment justifier la différence de réception entre le mécanisme de stock-options et celui de la clause de non-

---

<sup>450</sup> M. LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, th. préc., n°373.

<sup>451</sup> *Supra* n°20.

<sup>452</sup> M. LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, th. préc., n°378.

*Adde* les obs. de J. MESTRE sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 7 juin 1990, RTD civ. 1991, p. 333. Il s'agissait d'un couple qui demandait que leur voisine soit condamnée à supprimer des ouvertures donnant dans leur fonds, en application d'un acte de partage datant de 1878. Les juges du fond considérant leur action prescrite, le couple opposait l'idée que l'obligation de suppression des vues ne prenait effet qu'au moment où les lieux avaient été clôturés, c'est-à-dire en 1957. La Cour de Cassation décida que « la clause de l'acte de partage faisant obligation à la dame Y... de supprimer les vues était liée à l'obligation de se clôturer incombant aux auteurs des consorts Z... et s'analysait en une condition potestative dépendant de la seule volonté de ces derniers, la Cour d'appel a pu en déduire que cette clause ne pouvait faire obstacle à la prescription de l'action ayant pour objet l'exercice de droits établis par l'acte, et que [le couple] ne pouvait se prévaloir de l'inexécution de leurs obligations par leurs propres auteurs jusqu'en 1957 ». Pour le commentateur, c'est bien plutôt la potestativité de la part du créancier qui s'est trouvée de la sorte sanctionnée.

<sup>453</sup> Cass. soc., 10 juillet 2002, JCP G. 2002, II, 10162, note F. PETIT ; JCP E. 2002, 1511, note D. CORRIGNAN-CARSIN ; D. 2002, somm. comm. p. 2491, note Y. SERRA et p. 3111, note J. PÉLISSIER ; D. 2003, somm. comm. p. 222, obs. B. THULLIER ; Dr. ouvr. 2002, p. 533, note D. TATE ; SSL, 22 juillet 2002, n°1085, p. 9, note A. CHIREZ.

<sup>454</sup> En ce sens : J. SAVATIER, note sous Cass. soc., 12 avril 1995, Dr. soc. 1995, p. 668, préc. ; M.-N. ROUSPIDE-KATCHADOURIAN, *Le juge et le contrat de travail, essai sur la relecture judiciaire d'un contrat*, LGDJ, 2014, n°333 et s.

concurrence en sommeil ? On peut penser que la réception des promesses unilatérales (voire des engagements unilatéraux de volonté) portant sur un élément accessoire au contrat de travail diffère selon la qualité du bénéficiaire du droit. Mais, plus précisément, c'est le sort alors fait au contenu du contrat de travail qui justifie la condamnation de l'un et l'acceptation de l'autre.

## ***II. L'attraction du régime de la modification du contrat***

**109. Création d'une « nouvelle » obligation et modification du contrat.** Si l'exercice du droit potestatif octroyé a pour effet de permettre à l'employeur de modifier unilatéralement le contenu du contrat de travail, alors sa validité doit être remise en cause. Dès lors qu'un droit potestatif adjoint au contrat de travail permet à l'employeur de créer de nouvelles « obligations » – sauf à les considérer comme de simples conditions de travail (l'insertion de clause particulière est alors inutile) – le contenu de celui-ci en ressort unilatéralement modifié. Une telle hypothèse contrevenant au régime de la modification du contrat de travail, elle se trouve à ce titre condamnée<sup>455</sup>.

**110. Le cas de la clause de non-concurrence en « sommeil ».** Un doute peut surgir lorsqu'est en cause une clause de non-concurrence en sommeil dans la mesure où cette dernière semble avoir acquis son autonomie par rapport au contrat de travail<sup>456</sup>. Lorsque la jurisprudence a exigé une contrepartie financière à la clause de non-concurrence, elle a fini par se fonder non sur le seul article L. 1121-1 du Code du travail<sup>457</sup> mais également sur l'article 1131 du Code civil<sup>458</sup>.

La référence ainsi faite à la cause de l'obligation incite à penser que la Cour de cassation analyse la contrepartie financière comme la cause de l'obligation de non-concurrence. Ce

---

<sup>455</sup> Infra n°121.

<sup>456</sup> Dans le sens de l'autonomie de la clause de non-concurrence : M. GOMY, « L'autonomie de la clause de non-concurrence post-contractuelle en droit du travail », in *Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux, Mélanges en l'honneur d'Yves SERRA*, Dalloz, 2006, p. 199 ; M.-N. ROUSPIDE-KATCHADOURIAN, *Le juge et le contrat de travail...*, th. préc., n°486.

*Contra* R. VATINET, « Les conditions de validité des clauses de non-concurrence : l'imbroglio », Dr. soc. 2002, p. 646.

<sup>457</sup> Position des arrêts de 2002 (Cass. soc., 10 juillet 2002, Bull. civ. V, n°239, préc.).

<sup>458</sup> Cass. soc., 16 mai 2012, Dr. soc. 2012, p. 787. Cf. Ch. RADÉ, « Le juge et la contrepartie financière à la clause de non-concurrence (à propos de Cass. soc., 16 mai 2012) », Dr. soc. 2012, p. 784.

faisant, la Cour affirmerait bien le caractère autonome de la clause de non-concurrence<sup>459</sup>. En outre, une telle clause ne produit ses effets qu'à l'extinction du contrat de travail proprement dit. Ainsi, il n'y aurait pas de modification du contenu du contrat de travail *stricto sensu*.

Or, pour justifier la condamnation de la clause de non-concurrence en sommeil, la Cour de cassation s'est, en 2002<sup>460</sup> et 2008<sup>461</sup>, fondée sur la disparition du contrat de travail. La Cour a en effet pu affirmer que « *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<sup>462</sup>, d'imposer au salarié une obligation de non-concurrence est nulle* ». Mais une telle solution ne condamne que les hypothèses de levée d'option *après* la rupture du contrat de travail<sup>463</sup>, c'est-à-dire alors que le contrat de travail n'est plus et s'écarte de la logique de l'autonomie de la clause de non-concurrence.

En revanche, l'argument tiré des droits et libertés du salarié pourrait davantage légitimer la condamnation des clauses de non-concurrence. En effet, une clause de non-concurrence porte nécessairement atteinte à la liberté du travail du salarié. L'article L. 1121-1 du Code du travail n'admet de restriction aux « *droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives* » que justifiée et proportionnée. Dans ces conditions, la nullité de la clause de non-concurrence en sommeil pourrait se justifier par l'atteinte, jugée disproportionnée, portée à la liberté du travail. En d'autres termes, ce serait l'incertitude dans laquelle se trouverait le salarié confronté à une telle clause quant à sa liberté qui serait considérée comme disproportionnée. C'est en ce sens que peut être compris l'arrêt de 2008<sup>464</sup> lorsqu'il précise que la clause en question « *laisse le salarié dans l'incertitude de sa liberté de travailler* ». Surgit alors une interrogation née de l'acceptation, en parallèle, des clauses de non-concurrence assorties d'une clause de renonciation<sup>465</sup>. La légitimité d'une solution tendant à traiter différemment une telle clause de la clause de non-concurrence en sommeil se pose. Doit-on considérer que l'incertitude est dans un cas plus forte que dans l'autre ? Une telle distinction n'est pas

---

<sup>459</sup> La jurisprudence va également en ce sens lorsqu'elle considère que le « *montant [de la clause de non-concurrence] ne peut dépendre uniquement de la durée d'exécution du contrat ni son paiement intervenir avant la rupture* » (Cass. soc., 7 mars 2007, Dr. soc. 2007, p. 657, obs. J. MOULY).

<sup>460</sup> Cass. soc., 12 février 2002, Bull. civ. V, n°62, préc.

<sup>461</sup> Cass. soc., 15 avril 2008, n°07-40907, préc.

<sup>462</sup> C'est nous qui soulignons.

<sup>463</sup> En ce sens : Ch. MATHIEU, note sous Cass. soc., 12 février 2002, D. 2002, p. 2089, préc.

<sup>464</sup> Cass. soc., 15 avril 2008, n°07-40907, préc.

<sup>465</sup> Infra n°229.

exempte d'hypocrisie dans la mesure où il suffirait à l'employeur de jouer sur les mots pour obtenir gain de cause<sup>466</sup>.

Reste que l'influence du régime propre à la modification du contrat de travail ne peut être éludée. Même à reconnaître l'autonomie de la clause de non-concurrence, le rapprochement entre la faculté de faire naître une « nouvelle » obligation au contrat de travail et celle de faire naître une obligation de non-concurrence, même après l'extinction du contrat, paraît inévitable. Il n'est, en principe, pas permis à l'employeur, déjà détenteur du pouvoir de direction, de soumettre par une clause particulière davantage le salarié à sa volonté unilatérale. L'ajout d'une clause de non-concurrence modifie le contrat de travail même si elle n'a vocation à produire effet qu'après sa rupture.

**111. Conclusion du Chapitre II.** À l'analyse des droits potestatifs adjoints de création, il apparaît que l'employeur ne peut en principe se réserver la faculté ni de déterminer unilatéralement les éléments essentiels du contrat, ou du moins leur contour, ni de créer des éléments, obligations, qui lui seraient accessoires.

Lorsqu'il s'agit de déterminer les obligations essentielles du contrat, il faut néanmoins distinguer selon l'obligation en cause. Dans le cas de la rémunération, le droit du travail s'écarte des solutions apportées par la jurisprudence civile à l'indétermination du prix, en particulier dans les contrats cadre. Le principe est celui d'un salaire déterminé ou déterminable selon des éléments objectifs *ab initio*. Dans les rares hypothèses où le salaire, ou une partie, serait (deviendrait) indéterminé, le contrat de travail ne serait pas nul (ou caduc) mais le juge aurait le pouvoir de le fixer lui-même. Ce qui importe alors, est que la rémunération ne soit pas à la merci de l'employeur. La potestativité est ici écartée. Une exception peut néanmoins être citée, encore qu'il s'agisse davantage de modification que de détermination : celle où une part de la rémunération est prévue par le statut collectif et non par le contrat de travail. L'employeur bénéficiant de la faculté de dénoncer ce statut collectif (droit potestatif d'extinction), il peut ainsi modifier la rémunération de ses salariés. Dans le cas de la prestation de travail du salarié, l'objet de l'obligation étant difficile à saisir, c'est le contour de l'obligation de subordination (géographique, temporelle et fonctionnelle) qui sera à l'abri de la *potestas* de

---

<sup>466</sup> Sur cette question V. infra n°230.

l'employeur et, en principe, déterminé *ab initio*. À défaut d'une telle détermination, ce qui importe, toujours, est que l'employeur n'ait pas la maîtrise de la délimitation de l'obligation. Au contraire, à l'intérieur des sphères géographique, temporelle et fonctionnelle, les conditions de travail sont bien soumises à la *potestas* de l'employeur, les parties pouvant néanmoins en décider autrement.

Lorsqu'il s'agit de faire bénéficier l'employeur d'un droit de création d'une obligation accessoire au contrat, on se heurte au régime particulier dégagé par la jurisprudence sur la modification du contrat. En effet, toute modification du contrat nécessite l'accord du salarié, l'employeur ne pouvant se réserver par avance la faculté de modifier le contrat de ses subordonnés. C'est davantage ce régime, que l'application de l'article 1174 du Code civil, qui permet ainsi de refuser des droits potestatifs de création d'obligations accessoires. Il en est ainsi des clauses de non-concurrence dite « en sommeil » bien qu'elles n'aient vocation à s'appliquer qu'à l'issue du contrat de travail. Il en va différemment des « stock-options » aux mains du salarié.

**112. Conclusion du Titre I.** Les droits potestatifs de création sont différemment appréciés selon qu'ils ont pour objet la création même du contrat de travail ou la création de certains de ses éléments.

Les premiers renvoient à la figure de l'avant-contrat, promesse unilatérale d'embauche et priorité d'embauche (ou de réembauche). Leur licéité ne pose alors guère de difficulté. La sanction de leur non-respect peut, en revanche, apparaître plus délicate. Plus particulièrement, la question se pose de la portée de l'ordonnance du 10 février 2016 consacrant l'inefficacité de la révocation de la promesse et la nullité du contrat passé, en connaissance de cause, en fraude des droits du bénéficiaire, et, en cas de violation d'un pacte de préférence, la nullité du contrat passé avec le tiers de mauvaise foi, ou sa substitution. Jusqu'à présent, la jurisprudence sociale condamne la rétractation de la promesse d'embauche en se plaçant sur le terrain du licenciement alors sans cause réelle et sérieuse. Elle semble ainsi consacrer le principe d'une rupture, alors même que, techniquement, elle aurait sans doute pu imposer à l'employeur la (ré)intégration de ses salariés<sup>467</sup>. Si la jurisprudence sociale est ainsi réticente à l'exécution forcée du contrat de travail, il n'est pas certain que l'ordonnance trouve ici à s'appliquer. Même si elle le devait, il est à craindre que *de facto* l'exécution forcée reste lettre

---

<sup>467</sup> Rapp. la sanction de l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement par l'octroi de dommages-intérêts et non la nullité du licenciement infra n°446.

morte. Le salarié devra alors se contenter de l'octroi de dommages-intérêts. La question se pose également pour les priorités d'embauche, bien que le plus souvent légales, leur sort sera réglé par le code du travail (et l'octroi de dommages-intérêts).

Les seconds, droits potestatifs adjoints, se voient réserver un sort plus drastique. Si toute potestativité de la part de l'employeur n'est pas toujours entièrement écartée, elle demeure cependant fortement limitée. L'employeur ne peut ainsi se réserver la faculté d'ajouter en cours d'exécution du contrat de travail des obligations accessoires. Quant aux éléments essentiels du contrat, soit ils sont à l'abri de toute volonté unilatérale de l'employeur (cas, en principe, de la rémunération), soit ce sera leur contour qui, au moins, le sera (cas de la sphère de subordination géographique, temporelle et fonctionnelle du salarié). En définitive, l'employeur n'aura de droit potestatif qu'à l'intérieur de limites dont il n'a pas la maîtrise. Autrement dit, l'employeur n'a de pouvoir que sur les conditions de travail de ses salariés. C'est déjà anticiper le régime de la modification du contrat de travail.

## TITRE II. LES DROITS POTESTATIFS DE MODIFICATION

**113. Modification de la situation juridique des cocontractants.** La modification de la situation juridique relative à un contrat de travail englobe deux cas de figure.

Le premier, la modification du contrat de travail lui-même, consiste en la modification d'un de ses éléments, que celui-ci soit essentiel ou non. Le raisonnement en termes de droit potestatif invite alors à s'intéresser à la licéité d'éventuelles facultés octroyées à l'un des cocontractants et lui permettant de modifier unilatéralement le contenu de ce contrat.

Le second, la suspension du contrat de travail, n'entraîne certes pas la modification du contenu de celui-ci, mais une modification de la situation juridique intéressant les cocontractants puisque le contrat cessera, pour un temps, d'être exécuté. Dans ces conditions, la question se pose de savoir si la suspension du contrat de travail peut être perçue comme un droit conféré à l'un des cocontractants, et, dans l'affirmative, dans quelle mesure il serait permis de parler de droit potestatif.

**114. La suspension du contrat : définition.** La suspension du contrat de travail, plus exactement la suspension de ses obligations principales<sup>468</sup>, est la situation juridique selon laquelle le contrat de travail demeure inexécuté pendant un temps limité sans que cette inexécution puisse, en principe, permettre une rupture du contrat. La finalité poursuivie est évidente, il s'agit d'assurer la stabilité du lien contractuel<sup>469</sup>. La suspension du contrat se distingue de l'exception d'inexécution qui demeure une sanction de l'inexécution du

---

<sup>468</sup> G. COUTURIER, *Droit du travail*, tome1, *les relations individuelles de travail*, PUF, 1990, n°203 ; F. FAVENNEC-HÉRY et P.-Y. VERKINDT, *Droit du travail*, LGDJ, 2014, 4<sup>ème</sup>éd., n° 598 et s.

Certaines obligations demeurent telles que la loyauté (Cass. soc., 10 mai 2001, Dr. soc. 2001, p. 888, note A. MAZEAUD) ou la non-concurrence (Cass. soc., 27 novembre 1991, Bull. civ. V, n°537). Certaines conventions collectives prévoient le maintien de la rémunération (du moins le versement d'indemnités correspondant à la différence entre les indemnités journalières versées par l'assurance-maladie et le salaire antérieurement perçu) dans certains cas de figure comme la maladie.

Certains auteurs préfèrent parler de suspension de l'exécution de la prestation de travail (P.-D. OLLIER, *Droit du travail*, A. Colin, 1972, p. 121) ou même de suspension du lien de subordination (J.-M. BÉRAUD, *La suspension du contrat de travail, essai d'une théorie générale*, Sirey, 1980, p. 268).

<sup>469</sup> J. PÉLISSIER, « Réflexions à propos de la suspension du contrat de travail », in *Études de droit du travail offertes à André BRUN*, Librairie sociale et économique, 1974, p. 427 et s. ; J.-F. ARTZ, « La suspension du contrat à exécution successive », D. 1979, chron. p. 95 ; A. MARTINON, *Essai sur la stabilité...*, th. préc., n°13.

contrat<sup>470</sup> et dont l'objectif est d'obtenir l'exécution forcée ou la résolution du contrat. Dans le cadre de la suspension du contrat de travail au contraire, ce dernier a vocation, en principe, à reprendre ultérieurement son cours sans qu'il faille revenir sur le temps pendant lequel il a été suspendu. Il faut alors prendre garde à distinguer les périodes de suspension du contrat qui n'en sont que l'exécution (repos hebdomadaires, congés payés)<sup>471</sup> de celles qui sont accidentelles<sup>472</sup>, et qui pourraient, peut-être, s'apparenter à l'exercice d'un droit potestatif.

**115. La suspension du contrat : fondement.** La question du fondement de la suspension a suscité de nombreux débats. Certains auteurs ont mobilisé la cause<sup>473</sup>, d'autres y ont ajouté la loyauté contractuelle<sup>474</sup>, d'autres encore ont proposé la force obligatoire du contrat<sup>475</sup>. La difficulté provient sans doute de l'extension des hypothèses de suspension du contrat. Si la suspension du contrat de travail a d'abord gagné son autonomie vis-à-vis de la force majeure temporaire<sup>476</sup> dont elle conservait néanmoins la philosophie, elle a ensuite englobé des

---

<sup>470</sup> Poursuivant dès lors une finalité comminatoire. Cf. J.-M. BÉRAUD, *La suspension du contrat de travail, essai d'une théorie générale*, op. cit., p. 29 ; J.-F. ARTZ, « La suspension du contrat à exécution successive », art. préc. ; L. FIN-LANGER, Rep. dr. civ. Dalloz, V° Suspension du contrat de travail (règles générales), mars 2010 ; A. BONARDI, *Remarques sur la nature juridique du contrat de travail*, mémoire, Paris II, 2013, n°60.

La grève, lorsqu'elle est le moyen pris par les salariés de contester une inexécution d'une obligation par l'employeur s'apparente sans doute à ce mécanisme. Rapp. A. BONARDI, *Remarques sur la nature juridique du contrat de travail*, op. cit., *ibid.* mais la grève ne se réduit pas à cette seule hypothèse. Cf. infra n°364 et s.

Quant à l'exception d'inexécution, elle n'est pas un mécanisme très répandu en droit du travail. Il est cependant permis de citer le droit de retrait (article L. 4131-2, du Code du travail) et le lock-out en réponse à une « grève » illicite (Cass. soc., 26 novembre 1959, Bull. civ. IV, n°1189).

<sup>471</sup> L. FIN-LANGER, Rep. dr. civ. Dalloz, V° Suspension du contrat de travail (règles générales), préc.

<sup>472</sup> J.-M. BÉRAUD, *La suspension du contrat de travail*, op. cit.

<sup>473</sup> J. TREILLARD, « De la suspension des contrats », in *Tendances à la stabilité du rapport contractuel*, LGDJ, 1960, p. 59 et s. spéc., p. 68 ; J.-F. ARTZ, « La suspension du contrat à exécution successive », art. préc.

<sup>474</sup> Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ, 1989 ; L. FIN-LANGER, Rep. dr. civ. Dalloz, V° Suspension du contrat de travail ..., préc.

<sup>475</sup> A. BONARDI, *Remarque sur la nature juridique de la suspension...*, mémoire préc.

<sup>476</sup> Cass. civ., 15 février 1888, DP 1888, 1, 203 : « La force majeure ne fait obstacle à l'exécution des obligations qu'autant qu'elle a empêché le débiteur de donner ou de faire ce à quoi il était obligé ; qu'il suit de là que si l'empêchement est momentanément, le débiteur n'est pas libéré, que l'exécution de l'obligation est seulement suspendue jusqu'au moment où la force majeure vient à cesser ». – Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 février 1981, D. 1982, p. 479, note D. MARTIN : « En cas d'impossibilité momentanée d'exécution d'une obligation, le débiteur n'est pas libéré, cette exécution étant seulement suspendue jusqu'au moment où l'impossibilité vient à cesser ».

Le fondement de la suspension du contrat comme effet de la force majeure temporaire a également suscité des interrogations. Cf. P.-H. ANTONMATTEI, *Contribution à l'étude de la force majeure*, LGDJ, 1992, n°261 et s.

Désormais l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 consacre explicitement cette notion (nouvel article 1218, alinéa 2).

hypothèses ne conservant que peu de lien avec cette notion. À l'origine, la suspension permettait de maintenir un contrat alors que le salarié était temporairement placé dans une situation où, indépendamment de sa volonté, il ne pouvait exécuter ses obligations contractuelles. À ce titre, le fondement d'une loyauté contractuelle « exacerbée » pouvait se concevoir. Mais dès lors que la suspension du contrat ne concerne plus seulement des hypothèses d'impossibilité temporaire, les difficultés surgissent. En réalité, il ne s'agit plus seulement de faire face à des événements imprévus ou irrésistibles et temporaires mais également de protéger l'exercice de différents droits (grève, vie familiale normale, mise à pied) et même de promouvoir l'exercice de certaines activités sociales (congé de solidarité internationale par exemple) économiques ou professionnelles (congé pour création d'entreprise, pour bilan de compétences...) voire personnelles (congé sabbatique...). Il paraît dès lors difficile de retenir un fondement commun.

**116. La suspension du contrat, un droit subjectif du salarié ?** Il s'agit de s'intéresser aux éventuelles hypothèses où le salarié pourrait imposer à son employeur une suspension de son contrat de travail<sup>477</sup>, ou du moins de ses obligations essentielles. Au vu de la multitude des cas de suspension du contrat de travail et de leurs dissemblances, il est difficile de conclure à une affirmation générale. Si certaines hypothèses paraissent effectivement relever du concept de droit subjectif, d'autres semblent au contraire s'en éloigner. Si l'on prend l'exemple de la grève, la réponse est évidente. La suspension est l'effet même de l'exercice d'un droit constitutionnellement reconnu. Mais peut-on en dire autant de la suspension consécutive à une maladie, à un accident (professionnel ou non) ou encore à la maternité ? Est-elle la conséquence de l'exercice d'un droit ou la simple conséquence d'un événement affectant la vie personnelle ou professionnelle du salarié ? Pour bénéficier de son congé, et ainsi de la suspension du contrat de travail, le ou la salarié(e) doit informer l'employeur de sa maladie ou sa maternité. Mais s'il ne s'agit que de « prévenir » de l'état dans lequel se trouve le salarié<sup>478</sup>, s'il y a une sorte d'automaticité à partir du moment où le salarié remplit les conditions pour en bénéficier, peut-on réellement parler de « droit subjectif » ? Un élément de réponse pourrait se retrouver dans la possibilité ou non de renoncer au « droit » reconnu au

---

<sup>477</sup> Ce qui par exemple ne sera pas le cas du congé sans solde qui, effectivement suspend le contrat de travail, mais requiert l'accord de l'employeur. Rapp. égal. la mobilité volontaire sécurisée issue de la loi n°2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi.

<sup>478</sup> En cas de congé maternité : article L. 1225-24 du Code du travail : « [...] *La salariée avertit l'employeur du motif de son absence [...]* ».

salarié. Prenons l'exemple du congé maternité<sup>479</sup>, la salariée enceinte peut certes moduler le début et la fin de son congé de maternité<sup>480</sup>, mais l'employeur est tenu de ne pas l'employer pendant un certain temps<sup>481</sup>. La grossesse, mais également la maladie, l'incarcération notamment, ne sont-elles pas dès lors des situations de fait rendant en réalité impossible l'exécution des obligations du salarié ? La contrainte dans laquelle se trouve alors le salarié n'empêche-t-elle pas de considérer qu'il s'agisse d'un véritable droit subjectif ? En effet, il ne s'agit pas de laisser à la volonté unilatérale du salarié la possibilité d'imposer une suspension du contrat mais davantage de prendre en considération certains événements extérieurs au contrat, relatifs en l'occurrence à la vie personnelle du salarié, et, afin d'éviter la rupture du contrat qui aurait pu en résulter, d'en admettre la suspension. Ce n'est pas que le salarié ne veuille pas exécuter ses obligations, c'est qu'il ne peut pas. En revanche, lorsque sont en cause divers congés (de formation<sup>482</sup>, de création d'entreprise<sup>483</sup>, sabbatique<sup>484</sup>, pour événements familiaux<sup>485</sup>, parental d'éducation<sup>486</sup>, de paternité<sup>487</sup>, etc.), la volonté unilatérale de ce dernier retrouve un certain rôle. Reste néanmoins que la potestativité paraît nécessairement amoindrie par l'exigence d'événements dont le salarié n'a pas toujours la maîtrise.

**117. La suspension du contrat, un droit subjectif de l'employeur ?** Dans la mesure où l'employeur ne peut, seul, décider de la suspension de tout ou partie du contrat, il est délicat

---

<sup>479</sup> Article L. 1225-17, alinéa 1, du Code du travail : « *La salariée a le droit de bénéficier d'un congé de maternité pendant une période qui commence six semaines avant la date présumée de l'accouchement et se termine dix semaines après la date de celui-ci* ».

<sup>480</sup> Article L. 1225-17, alinéa 2, du Code du travail : « *A la demande de la salariée et sous réserve d'un avis favorable du professionnel de santé qui suit la grossesse, la période de suspension du contrat de travail qui commence avant la date présumée de l'accouchement peut être réduite d'une durée maximale de trois semaines. La période postérieure à la date présumée de l'accouchement est alors augmentée d'autant* ».

<sup>481</sup> Article L. 1225-29 du Code du travail : « *Il est interdit d'employer la salariée pendant une période de huit semaines au total avant et après son accouchement. Il est interdit d'employer la salariée dans les six semaines qui suivent son accouchement* ».

<sup>482</sup> Congés liés à l'exercice d'un mandat collectif (articles L. 1442-1 et L. 1442-2 pour les conseillers prud'hommes, article L. 2325-44 pour les membres du comité d'entreprise, article L. 4614-14 pour les membres du CHSCT, article L. 3142-7 pour la formation économique et sociale ou syndicale).  
Congé individuel de formation (articles L. 6322-1 et s. du Code du travail).

<sup>483</sup> Articles L. 3142-78 et s. du Code du travail.

<sup>484</sup> Articles L. 3142-91 et s. du Code du travail.

<sup>485</sup> Comme le congé de solidarité familiale (articles L. 3142-16 et s. du Code du travail), le congé de soutien familial (articles L. 3142-22 et s. du Code du travail), le congé pour enfant malade ( article L. 1225-61 du Code du travail), le congé de présence parentale (article L. 1225-62 du Code du travail).

<sup>486</sup> Article L. 1225-47 et s. du Code du travail.

<sup>487</sup> Article L. 1225-35 et s. du Code du travail.

de parler de droit subjectif. Ce sera par exemple le cas de la mise en activité partielle<sup>488</sup> nécessitant, outre l'existence d'un motif contraignant pour l'entreprise<sup>489</sup>, une autorisation auprès de l'Administration<sup>490</sup>. En ce qui concerne le lock-out, analysé comme une faute contractuelle de l'employeur, il est par principe illicite. Ce n'est que dans certaines hypothèses, exceptionnelles, que l'employeur pourra y recourir, soit afin de répondre à une « grève » illicite<sup>491</sup>, soit parce qu'il s'y trouve, en réalité, contraint. Sa marge de manœuvre apparaît ainsi fortement diminuée. Quant à la mise à pied, qu'elle soit conservatoire ou disciplinaire, si elle est effectivement une décision que l'employeur peut imposer à son salarié, sa volonté seule ne suffit pas dans la mesure où une faute du salarié est nécessaire au prononcé d'une telle mesure.

**118. Le rôle limité de la volonté unilatérale.** La volonté seule de l'un des cocontractants ne permet pas, en principe, d'imposer une suspension du contrat ou de certains de ses éléments. Certaines conditions ou événements sont nécessaires à la mise en œuvre du droit du cocontractant. Dès lors que cet événement ne dépend pas de la seule volonté du bénéficiaire, la potestativité du droit en sera d'autant amoindrie.

L'employeur sera toujours placé dans cette situation. Soit l'événement considéré sera la faute du salarié – ce sera l'hypothèse de la mise à pied – soit il s'agira de prendre en considération la menace pesant sur l'ordre et la sécurité dans l'entreprise<sup>492</sup> ou la situation contraignante<sup>493</sup>

---

<sup>488</sup> Anciennement « mise au chômage partiel ». (L'expression a été modifiée par la loi n°2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi).

<sup>489</sup> Article L. 5122-1 du Code du travail : « *L'employeur peut placer ses salariés en position d'activité partielle lorsque l'entreprise est contrainte de réduire ou de suspendre temporairement son activité pour l'un des motifs suivants : 1° La conjoncture économique, 2° Des difficultés d'approvisionnement en matières premières ou en énergie, 3° Un sinistre ou des intempéries de caractère exceptionnel, 4° La transformation, restructuration ou modernisation de l'entreprise, 5° Toute autre circonstance de caractère exceptionnel* ».

<sup>490</sup> Article R. 5122-2 du Code du travail.

<sup>491</sup> Cass. soc., 26 novembre 1959, Bull. civ. IV, n°1189.

<sup>492</sup> La Cour de cassation allait jusqu'à considérer que les mesures de fermeture « *limitées et temporaires [...] ressortissaient des pouvoirs normaux et même des devoirs d'un employeur soucieux d'assurer un minimum de sécurité et d'ordre dans son entreprise à un moment où ceux-ci risquaient d'être tout à fait compromis* ». L'accent était ainsi mis sur l'ordre et la sécurité dans l'entreprise (Cass. soc., 2 décembre 1965, jur. p. 112, note G. LYON-CAEN ; JCP G. 1965, II, 14098, note A. BRUN. – Cass. soc., 19 décembre 1966, Bull. civ. V, 968. – Cass. soc., 24 janvier 1968, Bull. civ. V, n°51). Aujourd'hui, l'accent est mis sur l'impossibilité de faire fonctionner l'entreprise. Ex.: Cass. soc., 22 février 2005, Bull. civ. V, n°57 : « *Mais attendu que le conseil de prud'hommes, qui a constaté [...] que la grève du secteur de production, qui était totale, avait progressivement entraîné la paralysie du secteur « travaux », empêchant le maintien des tâches d'exécution et que l'employeur avait attendu que le fonctionnement de l'entreprise soit bloqué pour recourir à la mise en chômage technique, a pu, par ces seuls motifs, décider que la [société] s'était trouvée, du fait de la grève, dans une situation*

dans laquelle se trouve l'employeur et ce sera l'hypothèse du lock-out licite. Précisons alors que cette situation contraignante ne doit pas lui être imputable. C'est bien conforter l'amointrissement de la potestativité du droit considéré.

Quant au salarié, il est possible de distinguer deux cas de figure, celui où un événement particulier de sa vie personnelle ou familiale, voire professionnelle sera nécessaire et celui où de simples conditions d'ancienneté encadreront son droit. Dans la première hypothèse, très souvent, le salarié n'aura pas la maîtrise de l'événement en cause (ce sera notamment le cas de la maladie, de l'enfant malade, du proche en fin de vie, de l'incarcération...) ou du moins, l'événement ne dépendra pas de sa seule volonté (accession à un mandat social<sup>494</sup> ou au Parlement<sup>495</sup> par exemple). La potestativité du droit en est d'autant amoindrie. Dans la deuxième hypothèse, les limites à la potestativité paraissent au contraire modestes. S'il s'agit simplement de répondre à des conditions d'ancienneté (ce sera notamment le cas du congé de bilan de compétences<sup>496</sup>, sabbatique<sup>497</sup>, de solidarité internationale<sup>498</sup>, de création d'entreprise<sup>499</sup>) ou d'âge (congé de formation de cadres et d'animateurs pour la jeunesse<sup>500</sup>), la volonté unilatérale paraît en revanche retrouver sa puissance. Cependant le législateur,

---

*contraignante, qui ne lui était pas imputable et qui rendait impossible la fourniture de travail aux salariés non grévistes* ». – Cass. soc., 26 mars 2014, JCP S. 2014, 1230, note E. JEANSEN : « Mais attendu que la cour d'appel a constaté que la reprise du travail [...] s'était effectuée dans des conditions anormales d'exécution des contrats de travail, les salariés ayant refusé de se soumettre à l'autorité de leur employeur qui n'avait plus ni la maîtrise des outils comptables de l'entreprise, ni le libre accès à ses locaux [...], la cour d'appel a ainsi caractérisé l'existence d'une situation contraignante de nature à libérer l'employeur de son obligation de fournir du travail aux salariés ».

<sup>493</sup> Ex. : Cass. soc., 28 juin 1972, Bull. civ. V, n°470 : « Le lock-out [...] avait été décidé hâtivement et à la légère, ni la sécurité de l'entreprise, ni la nécessité de maintenir l'ordre ne l'avaient imposé ». – Cass. soc., 21 mars 1990, Bull. civ. V, n°131 : « Mais attendu que les salariés n'ayant pas contesté avoir interdit l'accès des véhicules à l'entreprise, avoir séquestré les dirigeants de celle-ci et commis des dégradations de biens immobiliers, ce qui avait entraîné l'intervention de la force publique pour rétablir la liberté du travail en faveur des autres membres du personnel, la cour d'appel [...], a pu décider que la mesure de fermeture temporaire était justifiée par la nécessité de maintenir l'ordre et la sécurité dans l'entreprise qui était occupée ». – Cass. soc., 17 décembre 2013, JCP S. 2014, 1117, obs. R. VATINET : « Mais attendu que relevant qu'aucune voie de fait ne pouvait être tenue pour constituée ni qu'aucune situation d'insécurité ou d'atteinte aux personnes n'était établie, le conseil de prud'hommes a pu décider que la fermeture de l'entreprise était illicite et constitutive d'une entrave à l'exercice du droit de grève ».

<sup>494</sup> Cass. soc., 12 décembre 1990, Bull. civ. V, n°658. – Cass. soc., 14 juin 2005, Bull. civ. V, n°201.

<sup>495</sup> Article L. 3142-60 du Code du travail.

<sup>496</sup> Article L. 6322-42 du Code du travail.

<sup>497</sup> Article L. 3142-92 du Code du travail.

<sup>498</sup> Article L. 3142-32 du Code du travail.

<sup>499</sup> Article L. 3142-81 du Code du travail.

<sup>500</sup> Article L. 3142-43 du Code du travail.

prenant en considération l'intérêt de l'entreprise, permet à l'employeur de refuser<sup>501</sup> ou du moins de reporter<sup>502</sup> la prise d'effet du congé.

Reste l'hypothèse de la grève. Les salariés ont effectivement le droit de suspendre l'exécution de leurs obligations contractuelles à l'appui de revendications professionnelles. Une limite transparait donc, celle de la finalité de la grève. Mais à l'analyse de la jurisprudence, cette limite apparaît en définitive fragile<sup>503</sup>.

**119. Le cas particulier des accords de maintien de l'emploi, de mobilité interne et de « préservation ou de développement de l'emploi ».** La loi du 14 juin 2013<sup>504</sup> et le projet de loi de mai 2016<sup>505</sup> créent de nouvelles catégories d'accords collectifs. L'accord de maintien de l'emploi<sup>506</sup> permet d'imposer, lorsque l'entreprise fait face à de graves difficultés économiques conjoncturelles, un aménagement temporaire du temps de travail et de la rémunération des salariés en contrepartie d'un engagement de maintien de l'emploi. L'accord de mobilité interne<sup>507</sup>, pour sa part, prévoit les conditions d'une mobilité géographique (au-delà d'une zone géographique d'emploi) et/ou professionnelle internes à l'entreprise en dehors de toutes difficultés économiques. Quant à l'accord de préservation ou de développement de l'emploi<sup>508</sup>, il devrait permettre d'adapter l'organisation collective du travail « *aux variations d'activité, à un changement de conjoncture ou à la perspective d'un investissement de moyen terme* »<sup>509</sup> en dehors même d'hypothèse de restructuration ou d'un contexte de difficultés économiques « *mais dans une logique de croissance et de*

---

<sup>501</sup> Ex. : congé pour catastrophe naturelle (article L. 3142-42 du Code du travail), congé de solidarité internationale (article L. 3142-34 du Code du travail), congé de formation économique et sociale et de formation syndicale (article L. 3142-13 du Code du travail), congé de représentation (article L. 3142-54 du Code du travail). En principe le refus de l'employeur est motivé, justifié par les conséquences préjudiciables que l'absence du salarié pourrait entraîner sur la bonne marche de l'entreprise et précédé de l'avis du comité d'entreprise ou des délégués du personnel.

<sup>502</sup> Ex. : congé de formation de cadres et d'animateurs pour la jeunesse (article L. 3142-46 du Code du travail), congé sabbatique (article L. 3142-94 du Code du travail), congé pour création d'entreprise (article L. 3142-83 du Code du travail).

<sup>503</sup> Cf. sur le détournement de finalité de la grève, n°363 et s.

<sup>504</sup> Loi n°2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi reprenant l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013, modifiée par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

<sup>505</sup> Projet de loi « El KHOMRI » visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs (version 12 mai 2016).

<sup>506</sup> Article L. 5125-1 et s. du Code du travail.

<sup>507</sup> Article L. 2242-17 et s. du Code du travail.

<sup>508</sup> Article 11 du projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs qui instituerait les articles L. 2254-2 et s. du Code du travail.

<sup>509</sup> Étude d'impact sur le projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, 24 mars 2016, p. 153 et s. [En ligne] : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/projets/pl3600.pdf>

développement de l'entreprise et donc de l'emploi »<sup>510</sup>. La durée du travail et la rémunération (sous réserve de la rémunération mensuelle qui ne pourrait être diminuée) pourraient ainsi être affectées.

Ces trois types d'accord mettent en place un système de suspension des clauses contraires<sup>511</sup> du contrat de travail. Mais bien que le mécanisme utilisé soit celui de la « suspension » – sans doute afin d'éviter de heurter le principe de faveur<sup>512</sup> et la jurisprudence selon laquelle un accord collectif ne peut modifier un contrat de travail<sup>513</sup> – la problématique rejoint, en réalité, celle de la modification du contrat, dès lors que ce dernier continue de s'exécuter et que se substituent aux clauses suspendues celles de l'accord d'entreprise. Certes, le salarié peut *en théorie* s'opposer à cette modification. Le projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs et instituant les accords de préservation ou développement de l'emploi précise d'ailleurs que « le salarié peut refuser la modification de son contrat de travail résultant de l'application de l'accord [...] ». L'accord de maintien de l'emploi, quant à lui, n'est applicable au salarié que si ce dernier l'accepte<sup>514</sup>. En ce qui concerne l'accord de mobilité interne en revanche, le dispositif est davantage subtil. Par principe, l'accord collectif porté à la connaissance des salariés suspend les clauses du contrat de travail contraires<sup>515</sup>. Tout unilatéralisme semble ainsi écarté dans la mesure où la suspension n'apparaît que comme l'effet automatique de l'accord collectif. Néanmoins, la mise en œuvre concrète d'une mesure de mobilité demeure bien à l'initiative de l'employeur. Or, dans le cadre de la mobilité géographique, deux cas de figure sont possibles. Soit la mutation a lieu dans la même zone géographique d'emploi

---

<sup>510</sup> Étude d'impact sur le projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, *ibid.*

<sup>511</sup> Ce qui n'est pas toujours sans présenter des difficultés. Faut-il comprendre le terme de « contraire » comme englobant les clauses plus favorables, les moins favorables, ou simplement celles dont le champ d'application interfère avec celui de l'accord ? C'est poser en particulier la question de l'articulation entre l'accord collectif et les clauses contractuelles de mobilité.

<sup>512</sup> 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* ».

<sup>513</sup> Ex. : Cass. soc., 13 novembre 2001, Bull. civ. V, n°340. – Cass. soc., 25 février 2003, Bull. civ. V, n°64. Encore que la loi peut en disposer autrement. Cf. : Cass. soc., 10 février 2016, n°14-26147, publié : « *Attendu que, sauf disposition légale contraire, une convention collective ne peut permettre à un employeur de procéder à la modification du contrat de travail sans recueillir l'accord exprès du salarié* » (C'est nous qui soulignons).

<sup>514</sup> Article L. 5125-2, alinéa 1, du Code du travail.

<sup>515</sup> Article L. 2242-19 du Code du travail : « *Les stipulations de l'accord conclu [...] sont applicables au contrat de travail. Les clauses du contrat de travail contraires à l'accord sont suspendues* ».

(devant être déterminée par l'accord<sup>516</sup>), l'employeur n'aura pas, dans ces conditions, à recueillir l'accord du salarié puisqu'il agira au titre de son pouvoir de direction<sup>517</sup>. Soit la mutation a lieu au-delà de la zone géographique d'emploi mais dans les limites d'une zone de mobilité également déterminées par l'accord, auquel cas, l'employeur devra effectivement recueillir l'accord du salarié<sup>518</sup>.

Mais alors, en cas de refus du salarié, ce dernier s'expose à un licenciement « *pour motif économique, [prononcé] selon les modalités d'un licenciement individuel* » (accord de maintien de l'emploi ou de mobilité) ou à un licenciement reposant « *sur un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse et est soumis aux modalités [...] applicables au licenciement individuel pour motif économique* » (accord de préservation ou développement de l'emploi), le laissant face à un choix cornélien. Si ainsi, la mesure finalement imposée ne sera pas celle d'une modification du contrat<sup>519</sup>, elle sera éventuellement celle du licenciement dont la cause sera réelle et sérieuse<sup>520</sup>.

**120. Modification du contrat.** La modification du contrat de travail fait l'objet d'un régime particulier élaboré au fil des années par la jurisprudence sociale. Il en ressort qu'en principe seul un changement des conditions de travail – par opposition à la modification du contrat de travail – peut unilatéralement être imposé par l'employeur. La volonté unilatérale de ce dernier apparaît ainsi matériellement limitée (Chapitre I).

---

<sup>516</sup> Article L. 2242-18, 1° du Code du travail.

<sup>517</sup> Il s'agirait d'appliquer la jurisprudence relative au « secteur géographique ». V. sur le « secteur géographique », supra n°101.

En ce sens A. FABRE, « De l'usage des dispositifs de mobilité dans les accords collectifs », art. préc. ; T. BELLANGER, *La gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences*, mémoire, Paris II, 2015, n°75 et s.

Il est vrai que la loi manque de précisions sur ce point. Mais le mécanisme n'apparaît cohérent que si, effectivement, les mesures, garanties *etc.* de l'accord ne s'appliquent qu'au delà de la zone géographique d'emploi et en deça des limites maximales de mobilité. Il aurait sinon été inutile de préciser que l'accord collectif porté à la connaissance des salariés entraînait suspension des clauses contraires et inutile de délimiter deux zones géographiques différentes.

<sup>518</sup> Article L. 2242-19, alinéa 3, du Code du travail : « *Lorsque, après une phase de concertation permettant à l'employeur de prendre en compte les contraintes personnelles et familiales de chacun des salariés potentiellement concernés, l'employeur souhaite mettre en œuvre une mesure individuelle de mobilité prévue par l'accord conclu [...], il recueille l'accord du salarié selon la procédure prévue à l'article L. 1222-6 [du Code du travail relatif à la modification du contrat pour motif économique]* ».

<sup>519</sup> Sous réserve de l'hypothèse du salarié dont le lieu de travail avait été « sédentarisé » et qui voit, en application d'un accord de mobilité interne, son lieu de travail changer à l'intérieur de la zone géographique d'emploi. Dans ces conditions, la modification devenue simple changement des conditions de travail s'impose.

<sup>520</sup> Sur ce point, et la problématique du contrôle de la cause réelle et sérieuse de tels licenciements, cf. infra n°287.

Mais surgit alors une autre difficulté. Le changement des conditions de travail doit s'opérer dans l'intérêt de l'entreprise. Cette référence à l'intérêt de l'entreprise n'a-t-elle pas vocation à remettre en cause la « potestas » accordée à l'employeur ? C'est poser la question des limites conceptuelles de la volonté unilatérale de l'employeur (Chapitre II).

## Chapitre I. Les limites matérielles de la volonté unilatérale de l'employeur

### *121. De la prohibition de la modification unilatérale du contenu du contrat...*

L'article 1134, alinéa 1, du Code civil posant « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* » interdit toute modification unilatérale par l'une des parties en cours d'exécution du contrat. Mais la subordination du salarié est inhérente à la relation de travail. La jurisprudence doit donc composer entre une mobilité géographique et professionnelle nécessaire à l'entreprise et un assujettissement impérativement limité du salarié. Elle distingue ainsi, d'une part, les éléments du contrat relevant d'un simple changement des conditions de travail et pouvant être unilatéralement modifiés par l'employeur et, d'autre part, ceux relevant de la modification du contrat<sup>521</sup>. Autrement dit, les différents éléments du contrat de travail peuvent être séparés en deux catégories, l'une à l'abri de toute potestativité de l'employeur, et l'autre, au contraire, soumise à sa volonté. L'employeur ne peut ainsi imposer sa volonté unilatérale que dans un cadre limité. Au-delà de ce cadre, tout changement, même minime, même plus avantageux<sup>522</sup> doit faire l'objet d'une concertation entre les parties<sup>523</sup>. Le salarié peut toujours la

---

<sup>521</sup> Cass. soc., 10 juillet 1996, RJS 8-9/96, n°900 ; Dr. soc. 1996, p. 976, obs. H. BLAISE ; V. sur la distinction : Ph. WAQUET, « Modification du contrat de travail et changement des conditions de travail », RJS 12/96, p. 791 ; « Tableau de la jurisprudence sur le contrôle de la modification du contrat de travail », Dr. soc. 1999, p. 566 ; « Le renouveau du contrat de travail », RJS 5/99, p. 383 ; B. BOUBLI, « Sur la modification du contrat de travail », SSL, 14 avril 1997, n°835, p. 3 ; F. BOUSEZ et M. MOREAU, « À propos des changements apportés par l'employeur aux conditions de travail », JCP E. 1997, I, 705 ; M. MORAND, « Propos sur la modification du contrat de travail ou des conditions de travail », JCP E. 1997, I, 643 ; « Autour des conditions de travail », JCP E. 1999, p. 1620 ; M.-C. AMAUGER-LATTES « Modification du contrat de travail et droit disciplinaire », Dr. soc. 1998, p. 120 ; J. SAVATIER « Modification unilatérale du contrat de travail et respect des engagements contractuels », Dr. soc. 1998, p. 135 ; G. COUTURIER, « Pot-pourri autour des modifications du contrat de travail », Dr. soc. 1998, p. 878 ; J. PÉLISSIER, « Difficultés et dangers de l'élaboration d'une théorie jurisprudentielle ... », art. préc. ; A. LYON-CAEN, « Une liaison dangereuse entre jurisprudence et théorie... », art. préc.

<sup>522</sup> Cass. soc., 5 mai 2010, Bull. civ. V, n°102.

<sup>523</sup> L'acceptation du salarié doit être explicite (Cass. soc., 8 octobre 1987, D. 1988, p. 57, note Y. SAINT-JOURS ; Dr. soc. 1988, p. 135, obs. J. SAVATIER).

Certains auteurs s'interrogent alors sur la question de savoir s'il n'y aurait pas novation du contrat et pas simplement modification du contrat (cf. sur ce point not. L. GAUDIN, « La novation en droit du travail, une notion en quête d'utilité ? », RDT 2008, p. 162).

Si le terme de novation a parfois été utilisé comme synonyme de modification par la jurisprudence, la Cour a parfois expressément fait la distinction. V. par ex. dans l'hypothèse de l'application volontaire de l'article L. 1224-1 du Code du travail : Cass. soc., 8 avril 2009, Dr. soc. 2009, p. 813, obs. A. MAZEAUD. L'intérêt de qualifier l'hypothèse de novation et non de modification du contrat ne tient pas à la nécessité ou non de l'accord du salarié (celui-ci est toujours exigé), mais à l'exclusion de la

refuser<sup>524</sup>. Peu importe le motif invoqué<sup>525</sup> par l'employeur, ce refus ne sera jamais en lui-même une cause réelle et sérieuse de licenciement<sup>526</sup>. En revanche, dans le cadre du changement des conditions de travail, l'employeur peut imposer sa volonté unilatérale

procédure prévue par l'article L. 1222-6 du Code du travail en cas de modification du contrat pour motif économique.

<sup>524</sup> Même dans le cadre de l'article L. 1224-1 du Code du travail : « Lorsque l'application de l'article L. 1224-1 entraîne une modification du contrat de travail autre que le changement d'employeur, le salarié est en droit de s'y opposer ». Cass. soc., 30 mars 2010, Bull. civ. V, n°79.

<sup>525</sup> Auparavant, lorsque le motif était disciplinaire, l'accord du salarié n'était pas requis. Initialement son refus le rendait responsable de la rupture du contrat puis justifia un licenciement pour faute grave (Cass. soc., 30 avril 1985, Bull. civ. V, n°266, p. 191).

La chambre sociale semble ensuite avoir hésité. Exigeant l'accord du salarié (Cass. soc., 21 février 1990, Bull. civ. V, n°74 ; Dr. soc. 1991, p. 16, chron. A. MAZEAUD : « Il résultait des constatations [de la cour d'appel] que le déclasserement que l'employeur avait imposé au salarié apportait une modification substantielle au contrat de travail que celui-ci n'avait pas acceptée, ce dont il résultait qu'il appartenait à l'employeur de prendre l'initiative de la rupture en mettant en œuvre la procédure de licenciement ») avant de revenir à la qualification de la faute grave en cas de refus de se soumettre à une modification pour motif disciplinaire (ex. : Cass. soc., 13 novembre 1991, Dr. soc. 1992, p. 77. – Cass. soc., 7 avril 1993, Dr. soc. 1993, p. 598, obs. A. MAZEAUD). Pour enfin, par un arrêt du 16 juin 1998 consacrer l'impossibilité pour l'employeur d'imposer une modification du contrat à son salarié même pour un motif disciplinaire (Cass. soc., 16 juin 1998, « Hôtel Le Berry », Dr. soc. 1998, p. 803, rapp. Ph. WAQUET ; J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN et A. JEAMMAUD, *Les grands arrêts du droit du travail*, 2008, 4<sup>ème</sup> éd., Dalloz, n°69. Sur l'utilisation des clauses de mobilité à titre disciplinaire cf. infra n°374 et 375).

Adde J. PÉLISSIER, « Modification substantielle du contrat de travail et droit disciplinaire », D. 1992, p. 30 ; M.-C. AMAUGER-LATTES, « Modification du contrat de travail et droit disciplinaire », art. préc.

<sup>526</sup> Ex. : Cass. soc., 24 novembre 1999, Bull. civ. V, n°456. – Cass. soc., 30 mai 2000, Bull. civ. V, n°206.

Certaines hypothèses légales ont cependant pu prévoir que des accords collectifs puissent imposer une modification des éléments dits essentiels. C'est le cas des accords de réduction du temps de travail (article L. 1222-7 du Code du travail). Le refus du salarié de s'y soumettre étant alors considéré comme une cause réelle et sérieuse de licenciement.

Adde la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 qui prévoit certes que les accords de maintien de l'emploi n'entraînent pas, à proprement parler, la modification du contrat de travail, mais la suspension des clauses contraires. Cependant, puisque les clauses suspendues sont « remplacées » par celles de l'accord, le contrat de travail en ressort bien modifié. Or un tel accord permet d'aménager le temps de travail et la rémunération du salarié. Certes, le salarié est censé avoir le droit de refuser l'application d'un tel accord mais il s'expose alors au risque d'un licenciement *sui generis*. La possibilité de refus du salarié apparaît davantage théorique que réelle. (La même question se pose pour les accords de mobilité interne).

Le projet de loi « El KHOMRI » au 12 mai 2016 visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, prévoit la possibilité de conclure des accords de préservation ou de développement de l'emploi dont « les stipulations se substitue[r]aient de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail » (article L. 2254-2, I, nouveau). Le projet ne nie pas alors la modification du contrat de travail qui en résulterait pour le salarié puisqu'il précise ensuite que « le salarié peut refuser la modification de son contrat de travail résultant de l'application de l'accord [...] » (article L. 2254-2, II, nouveau). Ce refus étant néanmoins également soumis au risque d'un licenciement.

au salarié. L'éventuel refus de ce dernier justifiant alors un licenciement<sup>527</sup>. L'idée sous-jacente est de protéger le socle contractuel, immuable sans le consentement des deux parties.

Il y aurait ainsi deux « sphères » distinctes. La subordination du salarié devant être limitée, il en va corrélativement de même du pouvoir de direction de l'employeur. En ce sens, les conditions de travail apparaissent comme un cadre limité de la volonté unilatérale de l'employeur. Les frontières tracées ne sont cependant pas inaltérables. La jurisprudence ouvrant elle-même certaines brèches.

**122. ... à l'acceptation de clauses potestatives de modification ?** Mais si, en principe, la modification unilatérale au-delà des conditions de travail est prohibée, se pose la question de l'insertion de clauses permettant une telle modification. Les cocontractants ne pourraient-ils pas considérer que tel élément, relevant normalement de la sphère contractuelle, relèvera par exception de la sphère de subordination ? C'est s'interroger sur la problématique des clauses potestatives de modification, ou de variation. La jurisprudence de la chambre sociale pose une prohibition de principe. Elle refuse que la volonté unilatérale de l'employeur puisse s'exprimer au sein d'une clause potestative de variation. Pour autant, toute variation n'est pas condamnable. Ce qui est craint est de laisser à l'employeur l'entière maîtrise des éléments du contrat de travail. Dès lors que cette maîtrise est encadrée, limitée, elle pourrait être acceptée. D'autant qu'il faut alors composer avec la licéité des clauses de mobilité, pourtant clauses potestatives de variation.

**123. Plan.** Si les conditions de travail peuvent être unilatéralement changées par l'employeur, la variation permise demeure restreinte. Le cadre dans lequel peut jouer la volonté unilatérale de l'employeur apparaît ainsi limité (Section I). En ce qui concerne les clauses potestatives de variation, la solution est davantage drastique puisque toute volonté unilatérale est, en principe, refusée (Section II).

---

<sup>527</sup> Cass. soc., 23 février 2005, D. 2005, p. 1678, note H. KOBINA GABA ; Dr. soc. 2005, p. 576, obs. J. MOULY ; JCP G. 2005, II, 10076, note D. CORRIGNAN-CARSIN ; RTD civ. 2005, p. 395, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; Dr. soc. 2006, p. 364, note P. BOUAZIZ et I. GOULET.

## Section I. Les conditions de travail, cadre limité de la volonté unilatérale de l'employeur

**124. Un cadre imparfait.** Le principe d'un encadrement du pouvoir de direction est posé (I). La subordination du salarié se doit d'être limitée. La jurisprudence distingue le changement des conditions de travail de la modification du contrat de travail qu'elle soumet à un régime différent. Seules les conditions de travail peuvent être unilatéralement modifiées par l'employeur. Mais cette opposition n'est pas parfaite. La jurisprudence traite parfois comme un changement des conditions de travail ce qui, objectivement, relèverait davantage d'une modification du contrat, et inversement (II).

### I. L'existence d'un cadre

**125. Un encadrement objectif.** La jurisprudence a toujours opéré une distinction entre les éléments faisant l'objet du pouvoir de l'employeur et ceux qui en étaient soustraits. Elle a cependant évolué d'une approche subjective à une approche objective<sup>528</sup>. Se fondant auparavant sur l'ampleur du changement envisagé, la Cour de cassation opposait les modifications substantielles, nécessitant l'accord du salarié, aux modifications non substantielles<sup>529</sup>. Ce qui importait était les conséquences du changement sur la situation professionnelle et personnelle du salarié<sup>530</sup>. Mais, depuis 1996, la chambre sociale<sup>531</sup> ne

---

<sup>528</sup> Tendence que l'on peut lier à l'évolution du droit du licenciement, cf. not. l'abandon de la perte de confiance comme cause réelle et sérieuse de licenciement (Cass. soc., 29 novembre 1991, D. 1991, p. 190, note J. PÉLISSIER) et la prise en compte du phénomène de discrimination. V. par ex. la « découverte » du principe « A travail égal, salaire égal » (arrêt « Ponsolle » : Cass. soc., 29 octobre 1996, Dr. soc. 1996, p. 1013, note A. LYON-CAEN ; D. 1999, somm. comm. p. 159, obs. M.-T. LANQUETIN).

<sup>529</sup> Cass. soc., 21 janvier 1987, Bull. civ. V, n°58. – Cass. soc., 4 février 1987, Bull. civ. V, n°69. Le salarié devait alors quitter l'entreprise pour rendre effective la rupture ; à défaut il était réputé avoir accepté la modification de son contrat, qu'elle fût majeure ou non. Mais en octobre 1987, la Cour de cassation est revenue sur cette position. Désormais, le salarié n'a plus à quitter l'entreprise pour marquer son refus des modifications substantielles de son contrat : Cass. soc., 8 octobre 1987, D. 1988, p. 57, note Y. SAINT-JOURS : « *L'acceptation par [les salariés] de la modification substantielle qu'ils avaient refusée ne pouvait résulter de la poursuite par eux du travail, alors que c'était à l'employeur de prendre la responsabilité d'une rupture* ».

<sup>530</sup> J.-E. RAY, « Contrat de travail : modification et droit de révision », Liaisons sociales, le mensuel, mai 1997, p. 56.

<sup>531</sup> Changement de terminologie de la Cour de cassation qui ne parle plus de modification substantielle ou non substantielle mais de modification du contrat de travail ou de changement des conditions de travail : Cass. soc., 10 juillet 1996, « Hôtel Le Berre », Bull. civ. V, n°279, préc.

se place plus sur le terrain de l'importance du changement mais sur son objet<sup>532</sup>. Désormais, le régime à appliquer dépend de la nature de l'élément en cause. Les éléments considérés comme objectivement essentiels sont à l'abri de toute détermination unilatérale de la part de l'employeur<sup>533</sup>. Comme la détermination unilatérale en cours d'exécution du contrat, la modification unilatérale de l'obligation de l'employeur – obligation de rémunération<sup>534</sup> (sous réserve du sort réservé aux primes prévues par le statut collectif<sup>535</sup>) – et le contour de celle du salarié – la durée du travail<sup>536</sup>, la nature des fonctions liées à la qualification et aux responsabilités du salarié<sup>537</sup> – sont à l'abri de la volonté unilatérale de l'employeur. Ces éléments sont d'ailleurs en principe fonction les uns des autres<sup>538</sup>. Rappelons qu'à côté de ces éléments objectivement essentiels, les parties peuvent décider « d'essentialiser » ce qui est traditionnellement regardé comme une simple condition de travail<sup>539</sup>. Dans ces conditions, le régime applicable sera celui de la modification du contrat.

---

<sup>532</sup> Cf. Ph. WAQUET, « Modification du contrat de travail et changement des conditions de travail », RJS 12/96, p. 791 ; J.-M. BÉRAUD « Les interactions entre le pouvoir unilatéral du chef d'entreprise et le contrat de travail », Dr. ouvr. 1997, p. 529, P.-H. ANTONMATTEI, « Les éléments du contrat de travail », Dr. soc. 1999, p. 330 ; J. PÉLISSIER « Difficulté et dangers ... », art. préc.

<sup>533</sup> Supra n°81 et s.

<sup>534</sup> Cass. soc., 28 janvier 1998, Dr. soc. 1998, p. 528, obs. G. COUTURIER ; JCP G. 1998, II, 10058, note C. LEFRANC : « *Le mode de rémunération d'un salarié constitue un élément du contrat de travail qui ne peut être modifié sans son accord [...]* ». – Cass. soc., 3 mars 1998, Dr. soc. 1998, p. 529, obs. G. COUTURIER ; RJS 3/98, n°274 : « *La rémunération du salarié constitue un élément du contrat de travail qui ne peut être modifié sans son accord* ». – Cass. soc., 19 mai 1998 ; Dr. soc. 1998, p. 885, JCP G. 1999, II, 10206, note F. MILLET. – Cass. soc., 18 mai 2011, Bull. civ. V, n°117.

Rappr. G. AUZERO et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, 2016, 30<sup>ème</sup> éd., n°646 : « *Le salaire est la contrepartie, la cause, du pouvoir de l'employeur. Il ne saurait être simultanément l'objet sur lequel porte ce pouvoir* ».

<sup>535</sup> Cass. soc., 13 février 1996, Bull. civ. V, n°53. – Cass. soc., 7 avril 1996, Bull. civ. V, n°206.

La jurisprudence ne semble cependant pas entièrement fixée. Déjà, il faut distinguer les simples primes, de la fixation de l'ensemble de la rémunération du salarié par le statut collectif (supra n°91 et 92). Ensuite, la Cour de cassation a parfois considéré que le caractère de l'usage (généralité, fixité, constance) avait permis de contractualiser la prime instaurée (Cass. soc., 11 mars 2008, Dr. ouvr. 2008, p. 489, note P. ADAM). Une telle solution paraît étonnante car elle reviendrait à contractualiser tous les usages. Au demeurant, la Cour de cassation a pu, à d'autres moments, insister sur la volonté des parties de contractualiser ou non l'avantage en question (Ex. : Cass. soc., 24 septembre 2008, n°07-42488).

<sup>536</sup> Cass. soc., 20 octobre 1998, Bull. civ. V, n°433. – Cass. soc., 23 janvier 2001, Bull. civ. V, n°19.

<sup>537</sup> Cass. soc., 28 janvier 2005, Bull. civ. V, n°35. – Cass. soc., 25 mai 2011, n°09-74026.

<sup>538</sup> La rémunération est fonction de la durée du travail : l'employeur rémunère davantage la « disponibilité temporelle » du salarié que ses performances, réserve faite des objectifs de résultat. (P. LOKIEC, *Droit du travail*, tome 1, *les relations individuelles de travail*, PUF, 2011, n°378 ; A. LYON-CAEN, *Les clauses de transfert des risques*, Dalloz, 1996, p. 153).

<sup>539</sup> Supra n°104.

**126. L'influence subsidiaire de l'ampleur du changement.** En principe, l'importance du changement n'est plus le critère permettant de jauger de la nécessité ou non de l'accord du salarié. Il arrive néanmoins que l'ampleur du changement envisagé soit telle qu'elle influe sur son appréciation et qu'un même élément relève tantôt du régime du changement des conditions de travail, tantôt de celui de la modification du contrat en fonction de l'importance de la variation en cause. Tel est le cas du lieu de travail. Celui-ci n'est « essentiel » qu'en tant que secteur géographique. À l'intérieur de ce secteur, l'employeur peut modifier unilatéralement le lieu de travail du salarié – sauf imposer le domicile de ce dernier<sup>540</sup> – en dehors, il doit obtenir son accord<sup>541</sup>. Ainsi, le lieu de travail à l'intérieur d'un même secteur géographique relève du changement des conditions de travail mais au-delà, de la modification du contrat. La notion de secteur géographique est justement fondée sur l'importance ou non de la modification du lieu de travail. De même, les horaires ne sont pas, en principe, considérés comme essentiels au contrat de travail<sup>542</sup>. Cependant, si le changement est trop important, ils relèveront du régime de la modification : lorsque le salarié est, par exemple, confronté à un bouleversement complet de ses horaires de travail ou à une modification de leur structure, son acceptation sera nécessaire<sup>543</sup>. La distinction selon l'ampleur de la modification n'est donc pas totalement abandonnée mais demeure alors objective.

---

<sup>540</sup> L'employeur ne peut imposer comme lieu de travail le domicile de son salarié, même placé dans le même secteur géographique : Cass. soc., 2 octobre 2001, JSL, 6 novembre 2001, n°89, p. 6, note M. HAUTEFORT.

<sup>541</sup> B. BOUBLI, « Le changement du lieu de travail », SSL, 6 septembre 2004, n°1180, p. 8 ; L. LE BERRE et F. CHAUTARD, « Les définitions du lieu de travail », JCP E. 2003, 1247 ; P. BOUAZIZ et I. GOULET « A propos de la modification du lieu de travail et de la clause de mobilité », Dr. soc. 2005, p. 634.

<sup>542</sup> Sauf pour les salariés à temps partiel qui bénéficient d'une réglementation particulière. L'article L. 3123-14, 2° du Code du travail prévoit en effet que le contrat de travail « définit les cas dans lesquels une modification éventuelle de la répartition [de la durée du travail] peut intervenir ainsi que la nature de cette modification ». À défaut d'une telle clause, dont la validité est subordonnée à la détermination de la variation possible et l'énonciation des cas pour lesquels la modification pourra intervenir (Cass. soc., 7 juillet 1998, Bull. civ. V, n°362, p. 274), l'employeur peut, dans le cadre de son pouvoir de direction, réviser l'horaire au sein même de la journée (Cass. soc., 17 octobre 2000, Dr. soc. 2001, p. 90, obs. J. SAVATIER). En revanche, il ne pourra unilatéralement décider d'un changement de la répartition de l'horaire sur la semaine ou les semaines du mois (Cass. soc., 23 novembre 1999, Bull. civ. V, n°449, p. 330 : « Mais attendu que tant la durée du travail que sa répartition sur la semaine ou le mois constituent, dans un contrat à temps partiel, des éléments qui ne peuvent être modifiés qu'avec l'accord du salarié »).

<sup>543</sup> Comme par ex. le passage d'un cycle de deux semaines dont l'une de trois jours et l'autre de quatre jours, à des semaines de cinq jours (Cass. soc., 10 mai 1999, Bull. civ. V, n°208, p. 152), le passage d'un horaire fixe à un horaire variable (Cass. soc., 14 novembre 2000, Bull. civ. V, n°365, p. 280), d'un horaire continu à un horaire discontinu (Cass. soc., 18 décembre 2000, Bull. civ. V, n°417), d'un horaire de jour à un horaire de nuit (Cass. soc., 27 février 2001, Dr. soc. 2001, p. 553), d'un horaire libre à un

## II. *Les imperfections du cadre*

**127. *Les entorses.*** Si les limites de l'encadrement posé ne sont pas inébranlables, c'est en raison de la prise en considération de la vie professionnelle et/ou la vie personnelle du salarié (A). En outre, étonnamment, la jurisprudence accepte quelques hypothèses où un changement de conditions de travail entraînera une modification du contrat. Autrement dit, est parfois admise une modification unilatérale indirecte par l'employeur d'un élément essentiel du contrat (B).

### A. *L'influence de la situation du salarié sur le régime applicable*

**128. *Les fonctions du salarié.*** La Cour de cassation admet des mutations occasionnelles hors du secteur géographique lorsque les fonctions du salarié impliquent une certaine mobilité et que cette mutation répond à l'intérêt de l'entreprise<sup>544</sup>. Plus généralement, la jurisprudence admet des mutations temporaires<sup>545</sup> motivées par l'intérêt de l'entreprise et justifiées par des circonstances exceptionnelles<sup>546</sup>. Il s'agit alors d'éviter l'arbitraire de l'employeur. Cette solution jurisprudentielle, même si elle brouille l'opposition élément essentiel/conditions de travail, se justifie par la prise en compte de ces conditions de temporalité<sup>547</sup> et de finalité particulières. C'est pourquoi, il peut alors sembler étonnant que la Cour de cassation refuse cette solution aux horaires de travail<sup>548</sup>. Il aurait été cependant possible d'admettre qu'une modification des horaires de travail, temporaire, justifiée par des « circonstances exceptionnelles » puisse être unilatéralement imposée par l'employeur. Mais la difficulté se serait déplacée sur un autre terrain : celui de l'éventuelle modification corrélative d'un autre élément du

horaire fixe (Cass. soc., 12 décembre 2000, Bull. civ. V, n°417, p. 319), d'un horaire fixe à un horaire continu suivant un cycle de deux semaines, l'une le matin, l'autre l'après-midi (Cass. soc., 6 juillet 2004, n°02-44331. – Cass. soc., 8 juillet 2008, n°06-45769).

<sup>544</sup> Cass. soc., 22 janvier 2003, RJS 3/03, n°313 : « *Le déplacement occasionnel imposé à un salarié en dehors du secteur géographique où il travaille habituellement ne constitue pas une modification du 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* ». Sur l'intérêt de l'entreprise, cf. infra n°160 et s.

<sup>545</sup> Rappr. le recours aux heures supplémentaires infra n°132.

<sup>546</sup> Cass. soc., 3 février 2010, Bull. civ. V, n°31, préc. – Cass. soc., 3 février 2010, JCP S. 2010, 1148, note V. ROULET et 1431, note S. BÉAL ; Dr. soc. 2012, p. 22, note J.-Y FROUIN ; Dr. ouvr. 2012, p. 359, note B. LARDY-PÉLISSIER.

<sup>547</sup> Le salarié doit être informé préalablement dans un délai raisonnable du caractère temporaire de la mesure et de sa durée prévisible.

<sup>548</sup> Cass. soc., 18 septembre 2013, n°12-18065.

contrat considéré comme essentiel par nature, la rémunération « contractuelle » par exemple. En effet, dès lors qu'est instauré un travail de nuit, ou, au contraire, qu'est ordonnée sa suppression, l'impact sur la rémunération du salarié est probable.

**129. La vie privée du salarié.** La jurisprudence n'a pas abandonné tout raisonnement subjectif<sup>549</sup>. La vie privée et personnelle du salarié<sup>550</sup> en est un exemple caractéristique. L'évolution de la jurisprudence sur ce point en témoigne. En effet, la prise en considération de la vie personnelle et familiale du salarié lui a d'abord permis de déqualifier le refus du salarié de se conformer à un changement de ses conditions de travail de faute grave en faute simple<sup>551</sup>, avant que la Cour de cassation n'opère un revirement en considérant que le refus du salarié de se soumettre à ce changement n'était plus, par principe, une faute grave mais simplement une faute sérieuse<sup>552</sup>. Ensuite, cette vie privée et personnelle lui a permis, via le recours à l'article L. 1121-1 du Code du travail, de considérer le refus du salarié comme non fautif en cas d'atteinte injustifiée et/ou disproportionnée<sup>553</sup>. La jurisprudence est même allée plus loin dans le cadre du contentieux relatif aux horaires de travail soumis habituellement au pouvoir de l'employeur. La chambre sociale de la Cour de cassation paraît, en effet, avoir changé

---

<sup>549</sup> F. FAVENNEC-HÉRY, « Modification du contrat de travail : le glissement de l'objectif vers le subjectif », RJS 6/03, p. 459.

<sup>550</sup> Pour de plus amples développements sur la vie privée et familiale du salarié comme limite aux droits potestatifs de l'employeur, cf. infra n°596 et s.

<sup>551</sup> Le refus du salarié d'exécuter le contrat aux nouvelles conditions de travail était alors en principe une faute grave (Cass. soc., 10 juillet 1996, Bull. civ. V, n°278, préc.) mais la faute pouvait être qualifiée de simple en fonction des circonstances de l'espèce (Cass. soc., 9 avril 2002, Bull. civ. V, n°123, p. 130) tenant not. à la vie privée et personnelle du salarié (Cass. soc., 3 avril 1997, RJS 5/97, n°523. – Cass. soc., 17 octobre 2000, Bull. civ. V, n°327 et 328. – Cass. soc., 14 décembre 2004, D. 2006, p. 1087, note C. LEFRANC-HAMONIAUX).

<sup>552</sup> Désormais « *Le refus par le salarié d'un changement de ses conditions de travail, s'il rend son licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse, ne constitue pas à lui seul une faute grave* » : Cass. soc., 23 février 2005, D. 2005, p. 1678, note H. KOBINA GABA ; Dr. soc. 2006, p. 634, note P. BOUAZIZ et I. GOULET ; JCP G. 2005, II, 10076, note D. CORRIGNAN-CARSIN.

<sup>553</sup> Cass. soc., 14 octobre 2008, D. 2008, p. 2672, note L. PERRIN ; D. 2009, p. 590, note A. FABRE et p. 1427 chron. P. LOKIEC ; RDT 2008, p. 731, note G. AUZERO. – Cass. soc., 13 janvier 2009, Dr. soc. 2009, p. 614, obs. Ch. RADÉ ; D. 2009, p. 1799, note M.-C. ESCANDE-VARNIOL et p. 2128, note B. REYNÈS ; RDT 2009, p. 300, note A. DUMERY ; RDC 2009, p. 642, obs. Ch. NEAU-LEDUC ; LPA, 3 avril 2009, n°67, p. 5, note V. FRAISSINIER-AMIOT. – Cass. soc., 23 mars 2011, n°09-69127.

Rappr. L'article L. 2242-22 du Code du travail issu de la loi de sécurisation de l'emploi n°2013-504 du 14 juin 2013 relatif aux accords de mobilité interne à l'entreprise imposant des limites « *dans le respect de la vie personnelle et familiale du salarié conformément à l'article L. 1121-1[du Code du travail]* » ainsi que des « *mesures visant à concilier la vie professionnelle et la vie personnelle et familiale et à prendre en compte les situations liées aux contraintes de handicap et de santé* ».

de perspective. Elle a, dans un arrêt du 3 novembre 2011<sup>554</sup>, décidé 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 du travail sur la journée relève du pouvoir de direction de l'employeur* ». *A contrario*, et le visa de l'article 1134 du Code civil induit cette analyse, un changement d'horaires constituerait une modification du contrat dès lors qu'il porte une « *atteinte excessive au droit du salarié au respect de sa vie personnelle et familiale ou à son droit au repos* ». Ainsi, ce qui autrefois n'était qu'un changement des conditions de travail devrait, en considération de la vie privée du salarié, être requalifié en modification du contrat nécessitant l'accord du salarié. Une telle solution impose de prendre en considération la vie personnelle et familiale du salarié en aval de la décision de l'employeur afin de savoir s'il lui faudra appliquer le régime de la modification du contrat ou celui du changement des conditions de travail. La question de la portée d'une telle jurisprudence se pose nécessairement. Si elle paraît aujourd'hui limitée au changement d'horaires, rien n'interdit de l'étendre ultérieurement à d'autres hypothèses, notamment au lieu de travail. Dans ces conditions, un changement du lieu de travail dans un même secteur géographique pourrait devenir une modification du contrat de travail s'il devait porter une atteinte excessive à la vie privée du salarié. Que soient pris en considération des éléments de la vie privée et personnelle du salarié auquel est imposé un changement des conditions de travail est légitime, mais il n'était pas nécessaire que cette prise en compte entraînant le passage d'un changement des conditions de travail à celui d'une modification du contrat. Cette difficulté transparaît particulièrement lorsque la mesure envisagée par l'employeur est collective. Il paraît effectivement plus aisé d'appliquer à l'ensemble des salariés le régime du changement des conditions de travail et ensuite *a posteriori* d'analyser les éventuels refus au regard de la vie personnelle des salariés que de réserver un régime différent à une même mesure selon les salariés concernés.

**130. Le salarié protégé.** Selon la Cour de cassation, la distinction entre les éléments essentiels et les conditions de travail ne vaut pas pour les salariés dits protégés. Peu importe alors la nature de l'élément considéré, tout changement nécessite l'accord du

---

<sup>554</sup> Cass. soc., 3 novembre 2011, RDT 2012, p. 31, note S. TOURNAUX ; JCP G. 2011, 1285, note C. LEFRANC-HAMONIAUX ; SSL, 14 novembre 2011, n°1513, p. 10, obs. A. MARCON ; JCP E. 2012, 1082, note A. MARTINON ; D. 2012, p. 67, note P. LOKIEC ; JSL, 21 décembre 2011, n°311, p. 20, note J.-Ph. LHERNOULD ; Rev. Lamy dr. aff., 2012, n°67, p. 47, note P.-H. ANTONMATTEI.

salarié<sup>555</sup>. Le caractère impératif du statut protecteur est ainsi réaffirmé. La solution jurisprudentielle peut cependant apparaître trop stricte. Ce qui importe est que le salarié puisse exercer normalement ses fonctions représentatives. Il pourrait être admis qu'un simple changement des conditions de travail n'entravant pas le salarié dans ses fonctions, ne puisse être légitimement refusé par ce dernier. Cette solution se rapprocherait de celle retenue par la juridiction administrative. En effet, le Conseil d'État considère que le refus du salarié protégé de se soumettre à un simple changement de ses conditions de travail demeure fautif justifiant, le cas échéant, un licenciement et donc l'autorisation de licencier<sup>556</sup>. Mais le Conseil conclut à l'absence de gravité suffisante de la faute tirée du refus du salarié lorsque le changement des conditions de travail a pour effet « *de contrevenir à l'exécution normale des mandats dont [le salarié] est investi* »<sup>557</sup>. Le raisonnement diffère donc. La solution du Conseil d'État permet un abus du salarié. Une telle approche se conçoit d'autant plus lorsque la mesure est collective. Mais il serait également possible de préférer la voie du licenciement non fautif, et l'on songe en particulier au licenciement pour trouble objectif, ou celle, proposée par un auteur<sup>558</sup>, de déplacer la demande d'autorisation administrative du stade du licenciement à celui du changement des conditions de travail.

---

<sup>555</sup> Cass. soc., 23 octobre 1991, Dr. soc. 1991, p. 961 (rendu sous la jurisprudence distinguant modification substantielle et non substantielle mais transposable à la nouvelle jurisprudence). – Cass. soc., 23 septembre 1992, Dr. soc. 1992, p. 925. – Cass. soc., 30 avril 1997, Bull. civ. V, n°154. – Cass. soc., 21 novembre 2006, JCP S. 2006, 1265, note J.-Y. KERBOURC'H.

Plusieurs étapes ont été nécessaires à la solution actuelle de la jurisprudence judiciaire. Se prononçant d'abord dans le cadre de la mise en œuvre d'une clause de mobilité, la Cour affirmait qu'une telle clause ne pouvait « *priver le salarié du bénéfice des mesures spéciales prévues par la loi en cas de rupture du contrat de travail résultant d'une décision de l'employeur* » (Cass. soc., 28 janvier 1988, D. 1988, p. 457, note J.-M. VERDIER). Quelque temps plus tard, la Cour de cassation étendait sa solution aux hypothèses de modification accessoire (selon la terminologie de l'époque) du contrat de travail (Cass. soc., 12 décembre 1990, Bull. civ. V, n°667). Mais la question alors posée était celle de la rupture du contrat. Or la jurisprudence relative aux salariés ordinaires allait par ailleurs évoluer en considérant que tout refus du salarié de se soumettre ne valait plus rupture du contrat imputable à ce dernier. L'employeur devant désormais en tirer lui-même les conséquences, le cas échéant, par un licenciement (Cass. soc., 25 juin 1992, Bull. civ. V, n°419, préc.). Il a fallu attendre l'arrêt du 23 septembre 1992, Bull. civ. V, n°477, préc. pour que la Cour de cassation consacre le droit des salariés protégés de s'opposer à un simple changement des conditions de travail. Cf. J. MOULY, « Le changement dans les conditions de travail des salariés protégés, à l'aune des jurisprudences judiciaire et administrative. Légitime divergence d'appréciation ou contrariété de jurisprudence ? », Dr. soc. 2011, p. 1083.

<sup>556</sup> Ex. : CE, 14 novembre 2008, JCP S. 2009, 1393, note J.-Y. KERBOURC'H ; Dr. soc. 2009, p. 419, concl. R. KELLER.

<sup>557</sup> CE, 29 décembre 2000, RJS 3/01, n°316.

<sup>558</sup> J. MOULY, « Le changement dans les conditions de travail des salariés protégés... », art. préc.

## B. *L'admission de modifications unilatérales indirectes*

**131. *Le refus de principe.*** Le changement d'une condition de travail ne devrait pas pouvoir entraîner de modification d'un élément considéré comme essentiel. La jurisprudence ne procède pas autrement lorsqu'elle précise que le changement des horaires consistant en une nouvelle répartition de l'horaire de la journée n'est pas une modification du contrat tant que la durée du travail et la rémunération restent identiques<sup>559</sup>, ou qu'elle exige l'accord du salarié pour un changement de tâches entraînant une modification de ses fonctions<sup>560</sup>. De la même manière la Cour de cassation refuse qu'un changement du lieu de travail à l'intérieur du même secteur géographique ou en application d'une clause de mobilité, puisse entraîner une modification d'un élément essentiel du contrat<sup>561</sup>. Il existe cependant des exceptions. La jurisprudence accepte que certains éléments soumis au pouvoir de l'employeur puissent influencer sur des éléments essentiels du contrat. Les hypothèses concernées ne paraissent pas toutes légitimes. Il est ainsi plus aisé d'accepter une éventuelle indétermination lorsqu'elle est temporaire et à l'abri de l'arbitraire de l'employeur.

**132. *La modification du contrat via le recours aux heures supplémentaires.*** Le recours aux heures supplémentaires influe nécessairement sur la durée du travail et la rémunération. Tant que l'employeur reste dans la limite du contingent annuel prévu par convention, accord collectif, ou, à défaut, par décret<sup>562</sup>, il peut unilatéralement décider d'y recourir. Pour autant, les heures supplémentaires n'ont lieu d'être que pour répondre à des nécessités temporaires de l'entreprise<sup>563</sup>, l'employeur ne peut y recourir de façon systématique<sup>564</sup>. Le renvoi aux « *nécessités temporaires de l'entreprise* » permet ainsi

---

<sup>559</sup> Cass. soc., 22 février 2000, Bull. civ. V, n°67. – Cass. soc., 20 octobre 2010, Bull. civ. V, n°237.

<sup>560</sup> Cass. soc., 8 décembre 1993, n°90-45298.

<sup>561</sup> Cass. soc., 11 juillet 2001, Bull. civ. V, n°265. – Cass. soc., 15 décembre 2004, Bull. civ. V, n°336. – Cass. soc., 14 octobre 2008, D. 2008, p. 2725.

<sup>562</sup> Article L. 3121-11 et s. du Code du travail.

<sup>563</sup> Cass. soc., 10 mars 1998, Dr. soc. 1998, p. 492, obs. J. BARTHÉLÉMY. – Cass. soc., 9 mars 1999, Dr. soc. 1999, p. 630, obs. P. ANTONMATTEI. Selon la Cour de cassation, « *les heures supplémentaires imposées par l'employeur, dans la limite du contingent dont il dispose légalement et en raison des nécessités de l'entreprise, n'entraînent pas modification du contrat de travail* ».

<sup>564</sup> Cass. soc., 16 mai 1991, Dr. soc. 1994, p. 856, obs. J. MOULY. Cassation de l'arrêt qui n'avait pas recherché « *si le caractère systématique des heures supplémentaires imposées à la salariée [...] n'avait pas pour effet de modifier de façon substantielle le contrat de travail* » Jurisprudence rendue dans le cadre de la distinction entre les modifications non substantielles, possibles sans l'accord du salarié, et les

d'éviter l'arbitraire de l'employeur. C'est donc à la fois l'existence de contingences particulières et le caractère temporaire de celles-ci, et par voie de conséquence des heures supplémentaires, qui justifient l'application du régime du changement des conditions de travail alors même que des éléments essentiels par nature sont affectés. Se pose ici la problématique de l'indétermination du temps de travail<sup>565</sup>. L'entorse ainsi faite au principe de détermination *ab initio* du temps de travail ne peut être admise que dans la mesure où elle est limitée et encadrée. Limité par le contingent prévu et par un emploi non systématique, le recours aux heures supplémentaires échappe, en principe, à l'arbitraire de l'employeur puisque ce dernier doit arguer de nécessités particulières.

**133. La modification de la rémunération via le changement des objectifs.** Depuis un revirement de jurisprudence du 22 mai 2001<sup>566</sup>, l'employeur peut fixer unilatéralement les objectifs que le salarié doit atteindre. Autrement dit, les objectifs, à moins d'être « contractualisés », relèvent du pouvoir de direction de l'employeur. Pour autant, dès lors que ceux-ci ont vocation à influencer sur la rémunération, du moins sur une partie de celle-ci, il paraît justifié de devoir alors recueillir l'accord du salarié. La jurisprudence semblait s'être fixée en ce sens<sup>567</sup> puisqu'elle considérait qu'il y avait modification du contrat nécessitant l'accord du salarié en cas d'« *augmentation des objectifs à réaliser, susceptible d'avoir une répercussion sur la part variable de sa rémunération* ». Mais, le 2 mars 2011<sup>568</sup>, la chambre sociale s'est positionnée en sens contraire. Après avoir rappelé que « *lorsque les objectifs sont définis unilatéralement par l'employeur dans le cadre de son pouvoir de direction, celui-ci peut les modifier dès lors qu'ils sont*

---

modifications substantielles du contrat, impossibles sans l'accord du salarié mais qui devrait s'appliquer à la nouvelle distinction changement des conditions de travail/modification du contrat de travail.

<sup>565</sup> E. DOCKÈS, « La détermination de l'objet des obligations dans le contrat de travail », *Dr. soc.* 1997, p. 140.

<sup>566</sup> Cass. soc., 22 mai 2001, *JSL*, 20 décembre 2001, n°92, p. 4, obs. D. BOISNARD ; *JCP G.* 2002, II, 10066, note V. RENAUX-PERSONNIC. – Cass. soc., 13 janvier 2004, *LPA*, 29 mars 2004, n°63, p. 4.

<sup>567</sup> Cass. soc., 7 juillet 2009, n°08-40963. V. égal. Cass. soc., 21 septembre 2005, n°03-46661 : « *Attendu que l'employeur imposait [au salarié] une augmentation de près de 80% des objectifs de prise de commandes à atteindre par rapport à l'année précédente, la cour d'appel en a exactement déduit qu'une telle augmentation, dès lors que la part variable de la rémunération était fonction des objectifs atteints par le salarié, constituait une modification du contrat de travail* ». – Cass. soc., 28 octobre 2008, n°07-40372, inédit : « *La société [...] avait 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'ouvertures de comptes et de réactivation de comptes, de sorte qu'il en résultait que l'employeur avait modifié unilatéralement le contrat de travail* ».

<sup>568</sup> Cass. soc., 2 mars 2011 (deux arrêts), *JCP S.* 2011, 1196, note P. MORVAN. – Cass. soc., 30 mars 2011, n°09-42737.

*réalisables et qu'ils ont été portés à la connaissance du salarié en début d'exercice* », la Cour considère comme inopérants les motifs tirés de la modification des objectifs imposés au salarié et de son incidence sur la rémunération. En d'autres termes, l'employeur peut, à la condition qu'ils soient réalisables<sup>569</sup>, modifier unilatéralement les objectifs dont dépend la part variable de rémunération. Les juges en contrôlant le caractère raisonnable et réaliste<sup>570</sup>. Subsiste la question de savoir si une clause du contrat prévoyant la possibilité pour l'employeur de modifier unilatéralement les objectifs du salarié est alors nécessaire. Si l'on considère que par principe les objectifs sont soumis au pouvoir de direction de l'employeur, il paraît inutile de devoir le préciser par une clause du contrat. Cependant, à partir de l'instant où la rémunération peut être affectée, une telle clause peut en définitive apparaître comme nécessaire. La lettre des arrêts du 2 mars 2011 insistait précisément sur l'existence d'un « *avenant au contrat [qui] stipulait que la détermination des objectifs conditionnant la rémunération variable du salarié relevait du pouvoir de direction de l'employeur* »<sup>571</sup>.

**134. Variation de la rémunération non « contractuelle » via un changement des conditions de travail.** La rémunération considérée comme non contractuelle de par sa source, car prévue par le statut collectif (négocié ou non), fait l'objet d'un traitement particulier. Sa suppression unilatérale par voie de dénonciation est certes possible<sup>572</sup> mais la jurisprudence admet également qu'elle puisse être affectée par un changement des conditions de travail décidé par l'employeur. La Cour de cassation a ainsi pu accepter l'hypothèse selon laquelle

---

<sup>569</sup> Ex. : Cass. soc., 14 novembre 2000, Bull. civ. V, n°367. – Cass. soc., 13 janvier 2004, Bull. civ. V, n°37. – Cass. soc., 5 mai 2010, n°08-44404 à 08-44408.

<sup>570</sup> Cass. soc., 16 janvier 1992, n°90-42556. – Cass. soc., 30 mars 1999, Bull. civ. V, n°143.

<sup>571</sup> Dans les arrêts de 2011, le contrat de travail prévoyait que les objectifs seraient unilatéralement fixés par l'employeur. Mais la Cour n'insiste sur cette stipulation que dans les arrêts du 2 mars (Cass. soc., 2 mars 2011, n°08-44977 et n°08-44978, préc. Comp. Cass. soc., 30 mars 2011 n°09-42737, préc.). Les auteurs semblent partagés à ce sujet. Cf. P. MORVAN, note sous Cass. soc., 2 mars 2011, JCP S. 2011, 1196 ; Ph. GRIGNON, chron. « Droit de la force de vente. Synthèse de jurisprudence », Rev. Lamy dr. aff., 2011, n°61, p. 67. V. cpdt. Cass. soc., 29 juin 2011, Bull. civ. V, n°181. En l'espèce, un contrat de travail prévoyait une part variable de rémunération composée de primes calculées selon un plan d'intéressement à établir. Une fois établi pour 2002, ce plan avait été modifié par l'employeur pour 2003 et 2004. Le salarié réclamait le paiement de rappel de salaires sur la base du plan initial. La Cour de cassation censure la Cour d'appel qui, déboutant le salarié, n'avait pas « *constaté [son] accord sur la modification des objectifs dont la réalisation détermine le montant de la part variable de la rémunération prévue au contrat de travail* ». On peut s'interroger sur la portée d'un tel arrêt, s'il remet en cause la jurisprudence de mars 2011, s'il illustre la nécessité d'une clause précisant, dans les hypothèses où les objectifs déterminés conditionnent le montant de la rémunération de la partie variable, qu'ils font l'objet du pouvoir de direction de l'employeur.

<sup>572</sup> Supra n°91.

une prime variable puisse disparaître par la suppression unilatérale de la tâche annexe à laquelle elle était attachée<sup>573</sup>. De même la Cour a pu admettre la disparition d'une prime non contractuelle liée à des horaires particuliers modifiés unilatéralement par l'employeur dans le cadre de son pouvoir de direction<sup>574</sup>.

## **Section II. Les clauses potestatives de variation, cadre refusé de la volonté unilatérale de l'employeur**

**135. *Licéité et illicéité des clauses de variation dans le contrat de travail.*** Toute variation n'a pas à être condamnée. Les clauses de variation laissant à l'employeur la possibilité de modifier un élément du contrat peuvent être admises dès lors qu'elles répondent à certaines exigences. Il convient donc de s'intéresser aux conditions de licéité de telles clauses (I) avant de tirer les conséquences d'une éventuelle illicéité et de s'arrêter sur la sanction alors apportée (II).

### ***I. Les conditions de licéité des clauses de variation***

**136. *Problématique.*** La jurisprudence refuse en principe toute clause de variation dépendant de la volonté unilatérale de l'employeur. L'existence d'une exception, la clause de mobilité, trouble l'ordonnancement ainsi établi. Il importe d'apporter à cette incohérence du droit positif (A) une solution. Afin de répondre aux exigences renouvelées des articles 1129 et 1174 du Code civil, la nécessité d'un élément objectif déclencheur et la détermination à l'avance de l'ampleur de la modification limiteraient sans doute suffisamment le pouvoir de l'employeur. Un cadre clair de licéité des clauses de variation serait ainsi posé. Retrouver la cohérence du système serait sans doute à ce prix (B).

#### ***A. L'incohérence du droit positif***

**137. *Contradictions.*** La jurisprudence apparaît contradictoire lorsque d'un côté elle pose le principe de prohibition de toute clause potestative de variation (1) et de l'autre admet la clause de mobilité géographique (2). Cette prohibition devrait valoir pour toute clause

---

<sup>573</sup> Cass. soc., 16 mars 2011, JCP S. 2011, 1326, note A. BARÈGE.

<sup>574</sup> Cass. soc., 9 avril 2015, RDC 2015, p. 597, obs. G. LOISEAU.

potestative. Il est difficile de justifier l'existence d'une seule exception sauf à avancer des raisons autres que juridiques.

### 1. *Le refus de principe des clauses potestatives de variation*

**138. Le fondement jurisprudentiel.** La Cour de cassation a toujours, à l'exception notable de la clause de mobilité, invalidé les clauses par lesquelles l'employeur se réservait la possibilité de modifier unilatéralement un élément du contrat nécessitant habituellement l'accord du salarié. Elle a ainsi pu condamner les clauses de variation unilatérale de rémunération<sup>575</sup>, de durée du travail<sup>576</sup>, de volume du travail<sup>577</sup>, de fonction<sup>578</sup> ou de changement d'employeur<sup>579</sup>. Sans doute pourrait-on également ajouter celles qu'un auteur a qualifié de « déguisées » et consistant à prévoir l'accomplissement de tâches ne répondant pas à une même « nature » de travail<sup>580</sup>.

Dans un arrêt en date du 27 février 2001<sup>581</sup>, la chambre sociale de la Cour de cassation a posé le fondement de cette prohibition : « *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* ».

La référence à l'alinéa 2 de l'article 1134 du Code civil, « *[Les conventions] ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise* » surprend. L'assimilation qu'opère ainsi la Cour entre la révocation unilatérale et la modification unilatérale du contrat ne convainc pas totalement<sup>582</sup>. Ni le raisonnement par

<sup>575</sup> Ex : Cass. soc., 30 mai 2000, RJS 7-8/00, n°772 ; D. 2001, p. 738, note P. LOKIEC. – Cass. soc., 27 février 2001, D. 2001, p. 2166, note S. FROSSARD.

<sup>576</sup> Cass. soc., 29 juin 1999, RJS 8-9/99, n°1025 : en l'espèce une clause prévoyait que le contrat à durée déterminée à temps plein pourrait, selon la décision de l'employeur, devenir un contrat à durée indéterminée à temps partiel.

<sup>577</sup> CA Agen, ch. soc., 24 juin 2003, n°02/00699.

<sup>578</sup> Cass. soc., 13 juillet 2004, n°02-42372. – Cass. soc., 18 juillet 2001, n°99-44038.

<sup>579</sup> Cass. soc., 23 septembre 2009, RDT 2009, p. 647, note G. AUZERO ; JCP S. 2009, 1535, note S. BÉAL et P. KLEIN. – Cass. soc., 13 mars 2013, n°11-25576.

<sup>580</sup> N. COLLET-THIRY, « L'encadrement contractuel de la subordination », th. préc., n°80 et s. L'auteur fustige ainsi les clauses « d'employé polyvalent ». Une telle clause rend effectivement la prestation attendue indéterminée et indéterminable.

<sup>581</sup> Cass. soc., 27 février 2001, D. 2001, p. 2166, note S. FROSSARD ; Dr. et patr. 2001, n°97, p. 108, obs. P.-H. ANTONMATTEI ; JCP G. 2001, I, 330, note G. LOISEAU.

<sup>582</sup> *Contra* Ph. WAQUET, « Les objectifs », Dr. soc. 2001, p. 120 : « *[L'article 1134] qui donne force de loi aux conventions, [...] ajoute qu'elles ne peuvent être révoquées que [du] consentement mutuel [des parties], ce qui signifie que leur modification ne peut résulter que d'un accord mutuel* » ; M.-N. ROUSPIDE-KATCHADOURIAN, *Le juge et le contrat...*, th. préc. n°309 et s. ; V. aussi

analogie ni celui *a fortiori* ne paraissent pouvoir être valablement mobilisés. Il n'est pas certain que l'on puisse toujours considérer la modification du contrat comme pire que sa révocation. La jurisprudence antérieure décidait justement de l'inverse. Lorsque l'employeur pouvait unilatéralement et à tout moment rompre le contrat de travail, il pouvait également le modifier unilatéralement<sup>583</sup>. Ce qui confine également à l'absurde. Révoquer n'est pas la même chose que modifier. Si ce que la Cour de cassation cherche en réalité à défendre, est l'intangibilité du contrat, le fondement de l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1134 du Code civil aurait pu être préféré<sup>584</sup>. En affirmant que « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* », cette disposition exprime l'idée que le contrat une fois conclu est en principe immuable et que ni le juge, ni les parties ne peuvent le modifier unilatéralement<sup>585</sup>. On peut donc être étonné de la volonté de la Cour de cassation de se fonder exclusivement sur l'alinéa 2 de l'article 1134 du Code civil. À moins qu'elle n'ait voulu volontairement écarter l'alinéa 1<sup>er</sup>, qui, pris sous le prisme de la liberté contractuelle, permet justement aux parties de décider du contenu du contrat. En effet, si la modification unilatérale du contrat au cours de son exécution heurte effectivement le principe d'intangibilité du contrat, la clause en prévoyant sa révision ultérieure, même unilatérale, peut n'être perçue que comme une application de la liberté contractuelle. Dans ces conditions, l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1134 ne permettrait-il pas aux parties de prévoir une clause de modification unilatérale à laquelle elles seraient alors tenues<sup>586</sup> ? Une telle hypothèse peut paraître de prime abord heurter la logique contractuelle<sup>587</sup>. Cependant l'évolution de la notion de contrat invite à accepter un certain unilatéralisme. Les relations contractuelles ne s'inscrivent plus, ou

---

J. CARBONNIER, *Droit civil*, volume 2, *Les biens, Les obligations*, *op. cit.*, n°1061, p. 2173 : « *Modifier les conventions, ce serait les révoquer partiellement, or il n'y a ici, par définition, ni consentement mutuel des contractants, ni loi autorisant la révision* ». (Les termes employés sont ceux de l'alinéa 2 de l'article 1134).

<sup>583</sup> Cass. soc., 26 janvier 1978, Dr. soc. 1979, p. 287, obs. J. SAVATIER.

<sup>584</sup> Voir par ex. D. MAZEAUD, obs. sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 18 mars 2009, RDC 2009, p. 1358 : « *Siège de la stabilité du contrat, dont il interdit la modification unilatérale et la révision judiciaire, l'article 1134, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil rime parfois avec une certaine rigidité du contrat...* ». (C'est nous qui soulignons).

<sup>585</sup> G. PAISANT, « Introduction », in *Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat*, Dr. et patr. 1998, n°58, p. 42 et Ch. JAMIN, « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 », Dr. et patr., mars 1998, n°58, p. 46.

<sup>586</sup> Ch. RADÉ, « Haro sur le contrat. À propos de la prohibition des clauses de variation dans le contrat de travail », Dr. soc. 2001, p. 514.

<sup>587</sup> P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir...*, th. préc., n°259.

pas seulement, dans un « temps figé, immuable »<sup>588</sup> une fois conclues. La durée du contrat doit être prise en considération<sup>589</sup>. Dans ces circonstances, il pourrait être permis d'admettre des clauses de révision unilatérales. La modification unilatérale du contrat résultant de l'exercice de cette clause ne serait alors que la mise en œuvre du contrat<sup>590</sup>. Encore faut-il que la liberté contractuelle permette effectivement l'insertion d'une telle clause.

**139. Les limites de la liberté contractuelle.** Principe à valeur constitutionnelle<sup>591</sup>, la liberté contractuelle n'en est pas moins sujette à certaines limites ou atteintes à la condition qu'elles soient proportionnées<sup>592</sup>. La liberté contractuelle n'est pas absolue. L'article 6 du Code civil précise d'ailleurs qu'« *on ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public* ». Le refus des clauses de variation dépendantes de la volonté unilatérale de l'employeur ne serait donc qu'une limite à la liberté contractuelle – et non à la force obligatoire<sup>593</sup> des conventions – participant alors du déclin de la théorie de l'autonomie de la volonté<sup>594</sup>. Il faut, dès lors, justifier cette limitation.

<sup>588</sup> D. MAZEAUD, « La révision du contrat », LPA, 30 juin 2005, n°129, p. 4.

<sup>589</sup> J. ROCHFELD, « Les modes temporels de l'exécution du contrat », RDC 2004, p. 47.

<sup>590</sup> X. CARSIN, *La renonciation en droit du travail*, thèse, Paris I, 2006, n°360.

<sup>591</sup> Le Conseil constitutionnel avait d'abord pu considérer qu'aucune disposition de la Constitution ne garantissait le principe de liberté contractuelle (Cons. const., 3 août 1994, n°94-348 DC relative à la loi sur la protection sociale complémentaire des salariés et portant transposition des directives n°92/49 et n°92/96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du Conseil des communautés européennes). Puis que sa méconnaissance pouvait néanmoins être invoquée devant le Conseil constitutionnel « *dans le cas où elle conduirait à porter atteinte à des droits et libertés constitutionnellement garantis* » (Cons. const., 20 mars 1997, n°97-388 DC relative à la loi créant des plans d'épargne retraite) avant enfin, de reconnaître la valeur constitutionnelle de ce principe découlant de l'article 4 de la déclaration de 1789 (Cons. const., 19 décembre 2000, n°2000-437 DC relative à la loi de financement de la sécurité sociale pour 2001. – Cons. const., 30 mars 2006, n°2006-535 relative à la loi pour l'égalité des chances. – Cons. Const., 13 juin 2013, n°2013-672 DC relative à la loi de sécurisation de l'emploi).

<sup>592</sup> V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », in *Dossier le réalisme en droit constitutionnel*, Cahier du Conseil constitutionnel n°22, juin 2007 : « *Il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle qui découlent de l'article 4 de la Déclaration de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi* ».

<sup>593</sup> P. ANCEL, « La force obligatoire, jusqu'où faut-il la défendre ? », in *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003, spéc. p. 167 et 168. V. égal. L.-K. GRATTON, *Les clauses de variation du contrat de travail*, th. préc., n°103 et s. spéc. n°108. L'auteur défend l'idée que l'article 1134 du Code civil ne peut s'appliquer que lors de l'exécution du contrat et non au moment de sa formation. Or il s'agit ici de considérer la validité de la clause donc de se placer au moment de sa conclusion.

<sup>594</sup> Cf. pour un exposé et une critique de cette théorie : E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse, Dijon, 1912. Il

**140. Le particularisme du contrat de travail.** Deux éléments peuvent être pris en considération.

Déjà, le consentement du salarié donné lors de son embauche peut faire l'objet de suspicion. Placé le plus souvent dans une situation d'infériorité vis-à-vis d'un employeur potentiel, le salarié peut être contraint d'accepter des stipulations qu'il n'est pas en mesure de négocier<sup>595</sup>. Il en est de même, il est vrai, au moment où l'employeur propose une modification car plane la crainte du licenciement. Mais le salarié bénéficie alors des garanties du droit du travail et notamment de celles entourant la rupture du contrat de travail par l'employeur.

Ensuite, l'objet même de l'obligation du salarié est la subordination de sa force de travail. Autrement dit, le salarié accepte par avance de se soumettre à la volonté de l'employeur. Une telle subordination n'est toutefois possible que si elle est bornée. La reconnaissance du pouvoir de droit de l'employeur va de pair avec son encadrement. Si celui-ci pouvait à sa guise s'octroyer davantage de droits sur son salarié, alors ce serait mettre à mal la nécessité de la délimitation de la sphère de subordination du salarié. C'est toute la justification du régime de la modification du contrat de travail en cours d'exécution. La Cour de cassation fait en réalité du droit pour le salarié de refuser une modification de son contrat<sup>596</sup> un droit d'ordre public. Il ne peut y renoncer par avance, même par une clause particulière, mais il peut y renoncer au moment où la modification lui est proposée.

semblerait cependant que ce dogme de l'autonomie de la volonté ait été davantage un mythe qu'une réalité : G. ROUHETTE, « La force obligatoire du contrat », in *Le contrat aujourd'hui, comparaison franco-anglaise*, LGDJ, 1987, p. 27 ; Ch. JAMIN, « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil », D. 2002, p. 901. *Adde* L. LEVENEUR, « La liberté contractuelle en droit privé : les notions de base (autonomie de la volonté, liberté contractuelle, capacité...) », AJDA 1998, p. 677.

En tout état de cause, le terme n'existait pas avant GOUNOT. Cf. V. RANOUIL, « L'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept », PUF, 1980 p. 76 à 78. Son influence sur la doctrine civiliste ne peut cependant pas être niée. *Adde* J.-P. CHAZAL, « De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil », RTD civ. 2001, p. 265.

<sup>595</sup> H. CAMANA, *La conception du contrat. De la jurisprudence contemporaine relative au contrat de travail*, thèse, Paris I, 2007, spéc. la première partie ; M. GOURVES, *La volonté du salarié dans le rapport de travail*, thèse, Lyon 2, 2010, spéc. titre 1 de la première partie.

<sup>596</sup> Un auteur avait pu considérer que les « droits » dont il était question étaient les règles protectrices du licenciement. (G. LOISEAU, note sous Cass. soc., 27 février 2001, JCP G. 2001, I, 30). Cependant, même si la clause de variation était admise, elle ne priverait pas l'employeur de l'obligation de mettre en œuvre la procédure de licenciement face au refus – alors illégitime – du salarié.

**141. Droit au refus du salarié, droit d'ordre public.** Nonobstant toute clause contraire, le salarié doit pouvoir toujours refuser la modification de son contrat de travail. Les juges entendent ainsi empêcher l'employeur de contourner par des clauses particulières les règles – qu'ils ont eux-mêmes fixées – régissant la modification du contrat de travail. À défaut, la distinction changement des conditions de travail/modification du contrat de travail n'aurait plus de sens s'il suffisait de prévoir une clause pour aller au-delà des simples conditions de travail. C'est dire que la jurisprudence fait du droit du salarié au refus de la modification de son contrat un droit d'ordre public auquel celui-ci ne peut renoncer par avance<sup>597</sup>. Au même titre que le salarié ne pourrait renoncer par avance à la réglementation spécifique et protectrice dont il bénéficie<sup>598</sup> en ce qui concerne, par exemple, les congés payés<sup>599</sup>, la durée du travail<sup>600</sup> ou le licenciement<sup>601</sup>. Il est vrai que les règles relatives à la modification du contrat de travail ne sont pas légales mais jurisprudentielles. Pour autant, elles ont pour finalité de protéger le salarié. C'est à ce titre qu'il ne peut y renoncer par avance.

**142. Le rapprochement avec les « clauses abusives » du droit de la consommation.** De par le rapprochement possible entre la situation du salarié perçu comme partie à protéger et celle du consommateur face au professionnel, un parallèle entre les clauses potestatives de variation dans le contrat de travail et les clauses dites « abusives » au sens du droit de la consommation, peut être fait. En effet, la réglementation consumériste prohibe les clauses stipulées au profit du professionnel lui permettant de bénéficier de la maîtrise du contrat<sup>602</sup>. Ainsi, l'article R. 132-1,3°, du Code de la consommation dispose qu'est irréfragablement présumée abusive la clause réservant « *au professionnel le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat relatives à sa durée, aux caractéristiques ou au*

---

<sup>597</sup> La Cour de cassation accepte en effet des hypothèses de renonciation dès lors que les droits concernés ne sont pas d'ordre public. Ex : validité de la renonciation par avance au droit de demander la résolution judiciaire, l'article 1184 n'étant pas d'ordre public : Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 3 novembre 2011, Bull. civ. III, n°178.

<sup>598</sup> Cf. J. PÉLISSIER, « Droit civil et contrat individuel de travail », Dr. soc. 1988, p. 387 et s., spéc. p. 389 : « *Pour l'exécution du contrat de travail, les juges appliquent la réglementation spécifique et abondante concernant les salaires, les congés payés, la durée du travail, la sécurité. Il n'est pas question de l'écarter en invoquant les principes généraux du droit des contrats, en particulier l'article 1134 du Code civil et les effets habituels du synallagmatisme* ».

<sup>599</sup> Articles L. 3141-1 et s. du Code du travail.

<sup>600</sup> Articles L. 3121-10 et s. du Code du travail.

<sup>601</sup> Article L. 1232-4 du Code du travail.

<sup>602</sup> C.-M. PÉGLION-ZIKA, *La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation*, thèse, Paris II, 2013, spéc. n°447 et s.

*prix du bien à livrer ou du service à rendre* ». En revanche, est « simplement » présumée abusive la clause<sup>603</sup> lui permettant de modifier unilatéralement les autres éléments du contrat. La même logique serait donc à l'œuvre en droit du travail et en droit de la consommation. Cette prohibition tiendrait à la situation particulière du salarié dans un cas, du consommateur dans l'autre. En ce sens peut se comprendre l'alinéa premier de l'article L. 132-1 du Code de la consommation réputant « abusives » « *dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs [...], les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* ». Le terme d'abus doit être ici compris au regard de la liberté contractuelle. Il ne s'agit pas de contrôler le comportement des parties mais de limiter leur faculté de déterminer le contenu même de leur contrat<sup>604</sup>. Inspiré de ce mécanisme<sup>605</sup>, le droit de la concurrence condamne également le déséquilibre significatif<sup>606</sup> en particulier dans les contrats conclus entre fournisseur et distributeur. Le souci de protection de la partie en situation de dépendance économique, ou du moins n'ayant pu négocier les clauses litigieuses, est ici aussi évident. Le rapprochement avec le contrat de travail se conçoit alors. La question se pose de savoir si une telle protection doit être réservée à certains contrats spéciaux ou si elle peut être étendue.

**143. Le rapprochement avec les clauses de « déséquilibre significatif » dans la réforme du droit des contrats.** L'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations du 10 février 2016, prenant sans doute en considération certaines critiques apportées au projet d'ordonnance de 2015<sup>607</sup>, restreint au contrat

---

<sup>603</sup> Article R. 132-2, 6° du Code de la consommation.

<sup>604</sup> Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, th. préc. n°347 ; C.-M. PEGLION-ZIKA, *La notion de clause abusive ...*, th. préc., n°147.

<sup>605</sup> M. MALAURIE-VIGNAL, « Faut-il avoir peur du déséquilibre significatif ? », CCC, juillet 2015, étude 9.

<sup>606</sup> Article L. 442-6 I, 2° du Code de commerce.

<sup>607</sup> Le projet d'ordonnance du 25 février 2015 n'opérait pas de distinction selon les personnes ou le domaine concernés. La formulation était la suivante : « *Une clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du cocontractant au détriment duquel elle est stipulée* ».

Nombreux ont été les commentateurs à préférer limiter le mécanisme, si ce n'est aux contrats d'adhésion, du moins aux clauses non négociées du contrat : F. CHÉNEDÉ, « L'équilibre contractuel dans le projet de réforme », in *Colloque sur le projet de réforme du droit des contrats*, RDC 2015, p. 655 ; N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Sur l'article 1169 du Projet », in *Observations sur le projet de réforme du droit des contrats et des obligations*, LPA, 4 septembre 2015, n°177, p. 70 ; S. BROS,

d'adhésion le mécanisme de prohibition des clauses « abusives » au sens du droit de la consommation. Au 1<sup>er</sup> octobre 2016, le nouvel article 1171 du Code civil disposant que, « dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite », entrera en vigueur. Pourtant, l'alinéa 2 de ce nouvel article 1171 du Code civil précise que « l'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation ». Une clause potestative de variation de l'objet du contrat ne serait donc pas concernée par la lutte contre le « déséquilibre significatif ». Cependant, une clause de variation laissant à l'une des parties la maîtrise de la portée de l'engagement souscrit ne devrait-elle pas être combattue, au-delà même du contrat de travail ? Peut-on accepter qu'un cocontractant puisse être libre de modifier à son gré les obligations de son cocontractant, lequel serait tenu de se soumettre au contrat par définition doté de force obligatoire ? Interviennent ici les articles 1129 et 1174 du Code civil. Il est d'ailleurs symptomatique que la doctrine travailliste, peu satisfaite du recours à l'alinéa 2 de l'article 1134 du Code civil, ait pu mobiliser tant l'un<sup>608</sup> que l'autre<sup>609</sup> pour justifier la prohibition des clauses potestatives de variation au sein du contrat de travail<sup>610</sup>. Si l'esprit des articles 1129 et 1174 du Code civil est bien de mettre

---

« Article 1169 : le déséquilibre significatif », in *Colloque Le projet de réforme du droit des contrats*, RDC 2015, p. 761 ; R. BOFFA, « Juste cause (et injuste clause) », D. 2015, p. 335 ; H. JUILLET-RÉGIS, *La force obligatoire du contrat, réflexion sur l'intérêt au contrat*, th. Paris II, 2015, n°260. Rapp. Article 1122-2 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription sous la direction de P. CATALA et l'article 67 de l'avant-projet de réforme du droit des contrats de l'Académie des Sciences morales et politiques sous la direction de F. TERRÉ.

*Contra* S. LE GAC-PECH, « Le contrôle de l'équilibre contractuel : législation schizophrène ou dispositif équilibré ? », LPA, 24 septembre 2015, n°191, p. 4.

<sup>608</sup> Not. proposé par Ph. WAQUET, « Le pouvoir de direction et les libertés du salarié », Dr. soc. 2000, p. 1052 ; P.-H. ANTONMATTEI, « Les clauses du contrat sous haute surveillance judiciaire », Liaisons sociales magazine, novembre 2000, p. 74 ; Ch. RADÉ, « Haro sur le contrat... », art. préc. ; P. MORVAN, « Les clauses relatives aux contreparties financières de l'activité du salarié », in *La négociation du contrat de travail*, Dalloz, 2004 ; L.-K. GRATTON, *Les clauses de variation ...*, th. préc.

<sup>609</sup> Not. proposé par X. CARSIN, *La renonciation...*, th. préc., n°361 ; P. MORVAN, « Les clauses relatives aux contreparties financières ... », art. préc. ; L.-K. GRATTON, *Les clauses de variation...* th. préc. ; M.-N. ROUSPIDE-KATCHADOURIAN, *Le juge et le contrat de travail...*, th. préc., n°338 et s. V. déjà en droit commun : G. ROUHETTE, « La révision conventionnelle du contrat », revue internationale de droit comparé, 1986, vol. 38, n°2, p. 369 : « *Le droit français règle ces problèmes [de validité des clauses de révision unilatérale] par le recours à la technique éprouvée de la nullité pour indétermination et – en dehors des relations d'affaires – à celle, en attente de développement, des clauses abusives* ».

<sup>610</sup> Ch. RADÉ, « Haro sur le contrat... », art. préc. ; P. MORVAN « Les clauses relatives aux contreparties financières... », art. préc., p. 45 ; L.-K. GRATTON, *Les clauses de variation...*, th. préc. ; G. AUZERO et E. DOCKÈS, *Droit du travail, op. cit.*, n°650.

*Contra* M. FABRE-MAGNAN, « Le forçage du consentement du salarié », Dr. ouvr. 2012, p. 459.

à l'abri de la seule volonté unilatérale d'une des parties le contenu du contrat, la prohibition des clauses laissant à l'une des parties la faculté de modifier le contenu du contrat comme elle l'entend devrait être générale. Il est en effet difficile de reconnaître force obligatoire à un contrat dont le contenu est soumis à la seule volonté d'une des parties. Cela étant, lorsque l'éventuelle modification est déterminée à l'avance, c'est-à-dire qu'elle est limitée, il est plus aisé de l'admettre. Et l'on songe par exemple aux contrats porteurs d'une obligation alternative<sup>611</sup>. Une marge de manœuvre peut être laissée au main d'un seul des cocontractants à la condition qu'elle soit limitée. Il convient donc de s'arrêter sur ce que devraient être ces limites, notamment au sein du contrat de travail. Faut-il soumettre la licéité des clauses de modification soit à l'exigence d'éléments objectifs déclencheurs – ce qui permettrait d'écarter le grief de « pure potestativité » – soit à la détermination à l'avance de l'ampleur éventuelle de la modification, ou bien faut-il cumuler les deux limites ? En acceptant les clauses de mobilité permettant à l'employeur de muter au-delà du secteur géographique initial son salarié sans avoir à recueillir son accord, la jurisprudence pose davantage de difficultés qu'elle n'en résout.

## 2. *L'admission problématique de la clause de mobilité*

**144. Les conditions de validité de la clause de mobilité.** La validité d'une clause de mobilité – à ne pas confondre avec une clause de résidence<sup>612</sup> – ne fait pas de doute. Il est intéressant de noter que dès le lendemain de sa décision prohibant de façon générale les clauses potestatives de variation, la Cour de cassation réaffirmait la validité de la clause de

---

<sup>611</sup> Supra n°83.

<sup>612</sup> Une clause de résidence ou de domiciliation est la clause imposant au salarié de résider sur son lieu de travail ou à proximité. Une telle clause est soumise à un contrôle strict dans la mesure où elle a vocation à porter atteinte au droit au respect du domicile du salarié prévu notamment à l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (sur ce point voir infra n°523). La jurisprudence n'admet alors, selon l'article L. 1121-1 du Code du travail, une telle clause que si elle est justifiée par la nature des tâches à accomplir et proportionnée au but recherché (Ex. Cass. soc., 13 avril 2005, RJS 2005, n°708. Cf. B. BOSSU, note sous Cass. soc. 12 novembre 2008, JCP S. 2009, 1111, note B. BOSSU ; Dr. soc. 2005, p. 909, obs. J. SAVATIER). Dans l'hypothèse où, eu égard aux fonctions du salarié, une telle clause serait valable, une clause de mobilité dont l'exercice entraînerait dès lors un changement de résidence, serait-elle valable ? L'article L. 1121-1 du Code du travail trouverait de nouveau à s'appliquer, mais cette fois-ci, au stade de la mise en œuvre de la clause. Il conviendrait ensuite de s'interroger sur la suffisance du critère de l'intérêt de l'entreprise comme finalité de mise en œuvre de la clause (un arrêt de 1999 insiste sur le caractère indispensable pour l'entreprise du transfert de domicile, mais, en l'occurrence, le salarié proposait d'avoir une résidence – à défaut d'y établir son domicile – sur le nouveau lieu de travail : Cass. soc., 12 janvier 1999, Dr. soc. 1999, p. 287, obs. J.-E. RAY). Pourraient ici être exigés des événements objectifs déclencheurs.

mobilité<sup>613</sup>. Une telle clause, prévue par le contrat ou la convention collective<sup>614</sup> est soumise à plusieurs conditions. Elle doit prévoir à l'avance sa zone géographique d'application et être exercée dans l'intérêt de l'entreprise<sup>615</sup>. La première exigence permet *a priori* de satisfaire la nécessité de la détermination *ab initio* de l'ampleur de la modification éventuelle. L'article 1129 du Code civil peut être ainsi valablement mobilisé. Mais la seconde exigence va-t-elle jusqu'à écarter le grief de « pure potestativité » en ne permettant pas à la seule volonté de l'employeur de s'exprimer ? En d'autres termes, l'intérêt de l'entreprise suffit-il à considérer que ce n'est pas la seule volonté de l'employeur qui jouera ? L'hésitation est permise. En tout état de cause, on peut s'interroger sur ce qui justifie que seule la clause de mobilité soit acceptée. Une clause de variation portant sur un autre élément que le lieu de travail et répondant *a minima* aux mêmes exigences que celles posées pour la clause de mobilité ne devrait-elle pas également être admise ? Même à considérer que la clause de mobilité demeure une exception à la prohibition des clauses potestatives de variation, dans la mesure où le seul garde-fou de « l'intérêt de l'entreprise » ne serait pas jugé suffisant, toute variation ne devrait pas être condamnée. Si celle-ci est encadrée de telle sorte que tant le grief de l'indétermination que celui de « pure potestativité » sont écartés, ne devrait-elle pas pouvoir être acceptée ? Juridiquement, si cette variation est limitée et/ou à l'abri de la seule volonté d'une des parties, elle devrait pouvoir être admise. Économiquement, une telle variation pourrait même apparaître opportune au sein d'une relation de travail s'inscrivant dans la durée. Mais les solutions jurisprudentielles peinent à s'inscrire dans une cohérence globale.

### B. Vers une cohérence retrouvée

**145. Portée conjointe des articles 1129 et 1174 du Code civil.** Afin d'éviter que la variation unilatérale envisagée soit laissée à la seule emprise, illimitée, de l'employeur et, à ce titre, illicite, il est deux façons de procéder. D'une part refuser que l'employeur puisse avoir la maîtrise de la portée de l'engagement souscrit par le salarié en imposant une détermination à l'avance de l'ampleur de la variation (1). D'autre part refuser la

---

<sup>613</sup> Cass. soc., 28 février 2001, Bull. civ. V, n°64.

<sup>614</sup> Trois conditions sont nécessaires pour que la clause puisse être invoquée à l'encontre du salarié : la convention collective doit instituer la mobilité de manière obligatoire, la disposition conventionnelle doit se suffire à elle-même, le salarié doit avoir été mis en mesure d'en prendre connaissance au moment de son embauche : Cass. soc., 27 juin 2002, Bull. civ. V, n°216.

<sup>615</sup> Cass. soc., 7 juin 2006, D. 2006, p. 3041, note M.-C. ESCANDE-VARNIOL ; RDT 2006, p. 313, note J. PÉLISSIER ; JSL, 12 juillet 2006, n°193, p. 14, note J.-E. TOURREIL.

« pure » potestativité en exigeant des événements objectifs déclencheurs à la prise de décision unilatérale de l'employeur (2).

*1. Le refus de la maîtrise unilatérale de l'engagement : la détermination à l'avance de l'ampleur de la variation*

**146. L'inutilité d'une telle détermination dans le cas des clauses de variation de rémunération.** Une clause de variation de rémunération n'a pas à prévoir à l'avance l'ampleur de l'éventuelle modification. Cette dernière est simplement limitée par le respect du salaire minimum obligatoire. Mais cette absence de détermination initiale s'explique par l'absence de tout grief de potestativité. En effet, la volonté unilatérale de l'employeur est impuissante, en principe, à modifier la rémunération des salariés. Cette rémunération ne peut effectivement dépendre que de critères objectifs dont l'employeur n'a pas la maîtrise<sup>616</sup>. Dès lors une clause de variation de la rémunération ne nécessite pas le garde-fou d'une détermination *ab initio* de l'ampleur de l'éventuelle variation.

**147. L'utilité d'une telle détermination dans le cas où la volonté unilatérale de l'employeur joue un rôle.** Dans les hypothèses où une marge de manœuvre serait laissée à l'employeur, des limitations devraient être prévues. En effet, le salarié doit connaître, dès la conclusion de son contrat de travail, la portée de son engagement. Sa subordination doit rester limitée. Ainsi les clauses de variation portant sur les éléments du contrat (a) doivent déterminer à l'avance l'ampleur de l'éventuelle modification. Quant aux clauses de variation portant sur les modalités des clauses accessoires (b), elles paraissent par définition prohibées puisque ne permettant pas au salarié de connaître à l'avance la portée de son engagement.

*a. Les clauses de variation portant sur un élément du contrat de travail*

**148. Obligation déterminable par la détermination à l'avance de l'ampleur de la variation.** Une clause permettant à l'employeur de modifier unilatéralement un élément du contrat de travail, rend *a priori* celui-ci indéterminable. Si l'employeur peut modifier les éléments sur lesquels l'engagement du salarié porte, il est difficile de considérer que celui-ci était, au moment de la conclusion du contrat, en mesure de connaître l'étendue

---

<sup>616</sup> Supra n°88 et infra n°155.

de son engagement. Cependant, lorsque la clause de variation prévoit elle-même l'ampleur de la variation, il est possible d'admettre que l'obligation corrélative du salarié est bien déterminée ou du moins déterminable.

La clause de mobilité, pour être valable, doit prévoir une zone géographique précise de mutation<sup>617</sup>. De la même manière, la clause de variation d'horaires au sein des contrats de travail à temps partiel<sup>618</sup> est acceptée à la condition que l'ampleur de la variation soit déterminée dès l'origine<sup>619</sup>. En déterminant à l'avance l'ampleur de la variation, ces clauses semblent répondre elles-mêmes aux exigences de l'article 1129 du Code du travail<sup>620</sup>. Une difficulté doit cependant être soulignée : déterminer l'étendue de la variation n'est pas nécessairement la limiter. Une clause de mobilité peut prévoir une zone géographique claire et précise, tout en étant très large<sup>621</sup>. Or la sphère de subordination du salarié doit rester limitée. Se pose au moins la question d'une proportionnalité à respecter par rapport aux fonctions du salarié concerné. La jurisprudence n'impose pas une telle exigence à la validité de la clause de mobilité, sauf changement de domicile<sup>622</sup>. Certains le regrettent<sup>623</sup>. Cependant, l'examen dont fait l'objet l'exercice de la clause de mobilité permet sans doute d'y remédier. Pourrait être considéré comme abusif l'exercice d'une clause de mobilité disproportionnée par

<sup>617</sup> Cass. soc., 7 juin 2006, JCP S. 2006, 1917; Dr. soc. 2006, p. 926, note F. FAVENNEC-HÉRY. – Cass. soc., 1<sup>er</sup> juillet 2006, n°04-45396 (La clause prévoyant que « *les évolutions dans l'organisation de l'entreprise pouvaient amener cette dernière à modifier tant l'établissement que le bureau de rattachement* » n'est pas assez précise). – Cass. soc., 14 octobre 2008, JCP S. 2008, 1668, note B. BOSSU.

<sup>618</sup> Les contrats de travail à temps partiel procèdent d'une réglementation particulière qui veut que toute modification d'horaire – même minime – non prévue par le contrat, doit recueillir l'accord du salarié pour être effective. Article L. 3123-14 du Code du travail.

<sup>619</sup> Cass. soc., 7 juillet 1998, JSL, 17 septembre 1998, n°20, p. 14, note M. HAUTEFORT. – Cass. soc., 21 novembre 2000, n°98-43378 (5<sup>ème</sup> moyen). Article L. 3123-24 du Code du travail.

Rappr. Les accords de modulation du temps de travail. L'article L. 3122-2 du Code du travail impose à l'accord collectif de prévoir les « *conditions et délais de prévenance des changements de durée ou d'horaire de travail* » et « *les limites pour le décompte des heures supplémentaires* ».

<sup>620</sup> E. DOCKÈS, « La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail », art. préc. ; L.-K. GRATTON, *Les clauses de variation...*, th. préc., n°292.

Rappr. l'article L. 2242-18 du Code du travail qui impose que les accords de mobilité interne déterminent les limites géographiques maximales (au-delà de la « zone géographique d'emploi ») de mobilité du salarié.

<sup>621</sup> J. MOULY, « Validité d'une clause de mobilité géographique prévue pour la France entière », Dr. soc. 2014, p. 857.

<sup>622</sup> Cass. soc., 12 janvier 1999, D. 1999, jur. p. 645, note J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY ; RTD civ. 1999, p. 258 obs. J. HAUSER et p. 395, obs. J. MESTRE.

<sup>623</sup> Not. I. CORNESSE, *La proportionnalité en droit du travail*, Litec, 2001, n°151 ; J. PÉLISSIER, « Pour un droit des clauses du contrat de travail », RJS 07/05, p. 799 ; G. AUZERO, note sous Cass. soc., 14 octobre 2008, RDT 2008, p. 731 ; L.-K. GRATTON, *Les clauses de variation...*, th. préc. *Contra* D. CORRIGNAN-CARSIN, note JCP G. 2005, II, 10076.

rapport à l'emploi considéré. Dans ces conditions, si l'article 1129 du Code civil se satisfait d'une variation dont l'ampleur est déterminée à l'avance, alors d'autres clauses de variation unilatérale devraient être acceptées.

**149. L'extension des clauses de variation à d'autres éléments du contrat.** Dès lors que l'amplitude de la modification serait déterminée dès l'origine<sup>624</sup>, pourraient être admises les clauses de variation d'horaires – à l'instar de ce qui est prévu pour les contrats à temps partiel<sup>625</sup> – de mobilité professionnelle (modification des fonctions et de la qualification du salarié)<sup>626</sup> voire, peut-être, de changement d'employeur. Mais surgissent, néanmoins, quelques difficultés. D'une part, il faut intégrer les réglementations spécifiques au droit du travail, d'autre part, une clause de variation ne pourrait avoir pour effet de modifier unilatéralement un autre élément essentiel du contrat telle la rémunération. Or, une clause de modification d'horaire, s'il s'agit par exemple de passer d'un horaire de jour à un horaire de nuit ou inversement, s'accompagne en principe d'une modification de la rémunération. Il peut également être parfois difficile d'admettre une clause de modification des fonctions et/ou qualification du salarié sans impact sur sa rémunération<sup>627</sup>. Dans ces conditions, de telles clauses seraient vouées à l'échec. La clause de changement d'employeur pourrait, quant à elle, y échapper, mais d'autres obstacles méritent alors d'être contournés.

**150. L'exemple des clauses de changement d'employeur.** Le contrat de travail se présente comme un contrat conclu *intuitu personae* dominé par la prise en considération de la personne du salarié davantage sans doute que celle de l'employeur. Le choix par

---

<sup>624</sup> Rappr. Article L. 3123-14, 4° du Code du travail relatif aux heures complémentaires du contrat de travail à temps partiel : le contrat de travail à temps partiel doit mentionner « *les limites dans lesquelles peuvent être accomplies des heures complémentaires au-delà de la durée de travail fixée par le contrat* ». (Sur l'insuffisance du dispositif légal en ce qui concerne la répartition de la variation de la durée du travail sur une base mensuelle cf. L.-K. GRATTON, *Les clauses de variation...*, th. préc. n°342).

<sup>625</sup> Cass. soc., 7 juillet 1998, Bull. civ. V, n°373, préc.

<sup>626</sup> Cf. Les développements détaillés de L.-K. GRATTON, *Les clauses de variation...*, th. préc. n°397 et s. *Adde* E. DOCKÈS, « La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail », art. préc.

<sup>627</sup> Le législateur a d'ailleurs précisé que les accords de mobilité interne organisant une mobilité professionnelle et/ou géographique ne doivent pas entraîner « *une diminution du niveau de la rémunération ou de la classification personnelle du salarié et doivent garantir le maintien ou l'amélioration de sa qualification professionnelle* » (article L. 2242-18, alinéa 5, du Code du travail).

l'employeur de ses collaborateurs a valeur constitutionnelle<sup>628</sup>. Les salariés sont embauchés en considération de leurs qualités professionnelles et personnelles, encore que des nuances puissent être apportées au regard de la taille de l'entreprise et des fonctions attribuées. La considération de l'employeur est, en revanche, souvent reléguée au second plan. Il est vrai que les conditions de travail et la rémunération importent en général davantage au salarié que son employeur proprement dit<sup>629</sup>. Le salarié est alors attaché en premier lieu à son activité plutôt qu'à son employeur<sup>630</sup>. Le Code du travail permet d'ailleurs, dans son article L. 1224-1<sup>631</sup>, le maintien des contrats de travail sans l'accord des salariés alors même qu'il y a changement d'employeur. C'est bien que le législateur privilégie le rapport matériel à celui, personnel, du contrat de travail. Reste qu'en dehors des cas de figure prévus à cet article, l'employeur est bien considéré comme un élément essentiel du contrat de travail qui ne peut être modifié sans l'accord du salarié<sup>632</sup>. Il est d'ailleurs intéressant de noter qu'au contraire, l'ordonnance du 16 février 2016 portant réforme du droit des contrats intègre un article 1333 disposant que « *la novation par changement de créancier requiert le consentement du débiteur. Celui-ci peut, par avance, accepter que le nouveau créancier soit désigné par le premier* ». Certes, une telle disposition ne devrait pas trouver à s'appliquer au contrat de travail.

---

<sup>628</sup> Entrent cependant en ligne de compte certaines considérations objectives. La lutte contre les discriminations par exemple limite la prise en considération de la personne du salarié : M.-A. PÉANO, « *L'intuitu personae dans le contrat de travail* », Dr. soc. 1995, p. 129.

<sup>629</sup> J. BOSSAN, « La considération de la personne du créancier », LPA, 3 avril 2008, n°45, p. 4.

Mais ces propos sont évidemment à nuancer. Certains salariés, notamment les cadres, attachent tout autant d'intérêt à l'image et à la marque de l'entreprise qui les emploie. *L'intuitu personae* dans le contrat de travail serait d'une certaine façon relatif. V. en ce sens P. MORVAN, « Application conventionnelle de l'article L. 122-12 [nouveau L. 1224-1] et accord du salarié : plaidoyer pour un revirement », JCP S. 2006, 1964 : « *Il ne fait d'abord aucun doute que le salarié qui entre au service d'une entreprise du secteur de la propreté ou de la sécurité, par exemple, ne conclut pas un contrat intuitu personae comme l'atteste le turn-over considérable dans ces activités mais exprime essentiellement un consentement sur la cause (le salaire) et l'objet (la nature de la tâche à accomplir) du contrat de travail* ».

<sup>630</sup> G.-H. CAMERLYNCK, « Identité d'entreprise ou identité d'emploi ? », D. 1978, chron. p. 269.

<sup>631</sup> Article L. 1224-1 du Code du travail : « *Lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise* ».

<sup>632</sup> Cass. soc., 5 mai 2004, Bull. civ. V, n°120 : « *Attendu, cependant, que le transfert du salarié d'une société à une autre constitue une modification du contrat de travail qui ne peut intervenir sans son accord, peu important que ces sociétés aient à leur tête le même dirigeant* ». – Cass. soc., 10 octobre 2006, Bull. civ. V, n°294 : « *Lorsque les conditions de l'article L. 122-12, alinéa 2, [L. 1221-1 nouveau] du Code du travail ne sont pas réunies, le transfert du contrat de travail d'un salarié d'une entreprise à une autre constitue une modification de ce contrat qui ne peut intervenir sans son accord exprès, lequel ne peut résulter de la seule poursuite du travail* ». – Cass. soc., 17 juin 2009, Bull. civ. V, n°151.

Pourtant, si le salarié connaissait, au moment de la conclusion de la clause litigieuse, le cadre géographique d'un éventuel transfert, même si cela implique un changement d'employeur, l'exigence de détermination initiale serait bien respectée<sup>633</sup>. Dans ces conditions, la licéité d'une telle clause pourrait être envisagée. Subsistent néanmoins certaines interrogations comme celle de savoir si un lien juridique et/ou économique préexistant entre les employeurs successifs devrait ou non être exigé. Les clauses de changement d'employeur rejetées par la jurisprudence prévoyaient une mobilité au sein d'un même groupe ou d'une même unité économique et sociale<sup>634</sup>. Or, dans cette hypothèse, à la condition de ne prendre en considération que les sociétés implantées au moment de la conclusion de la clause litigieuse, le salarié était à même de connaître les sociétés dans lesquelles il était susceptible d'être muté. Les liens économiques et juridiques tissés entre les différentes sociétés parties au groupe ou l'UES pourraient ainsi légitimer l'acceptation d'une clause de changement d'employeur. D'autant que la Cour de cassation n'hésite pas à recourir au périmètre du groupe lorsqu'il est question de reclassement<sup>635</sup> ou à celui de l'UES, telle est d'ailleurs sa finalité, en matière de représentation du personnel<sup>636</sup>. Accepter une telle clause permettrait, au demeurant, la même mobilité au sein d'entreprises ayant la même implantation territoriale mais dont l'une serait organisée en établissements distincts et l'autre en sociétés filiales<sup>637</sup>. Bien évidemment se poserait la question de savoir quand l'employeur pourrait mettre en œuvre une telle mobilité. Si le recours à l'intérêt de l'entreprise ne suffisait pas à écarter le grief de potestativité, il faudrait envisager, à l'avance, les hypothèses dans lesquelles pourrait être imposé un changement d'employeur.

Que conclure en l'absence même de liens juridiques et économiques préexistants entre les employeurs successifs ? Autrement dit, il s'agit de la problématique de l'application volontaire de l'article L. 1224-1 en dehors de son champ d'application<sup>638</sup>. Il faudrait

---

<sup>633</sup> Rappr. V. ROULET, « Variations sur la clause de mobilité personnelle », JCP S. 2010, 1077.

<sup>634</sup> Cass. soc., 23 septembre 2009, Bull. civ. V, n°191, préc.

<sup>635</sup> Cass. soc., 5 avril 1995, Bull. civ. V, n°123, puis article L. 1233-4 du Code du travail (issu de la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002).

<sup>636</sup> À propos du comité d'entreprise : Cass. crim., 23 avril 1970, Bull. crim, n°144, repris par la loi n°82-615 du 28 octobre 1982 dite « Auroux », relative au développement des institutions représentatives du personnel. (Aujourd'hui L. 2322-4 du Code du travail).

<sup>637</sup> Cf. Ch. NEAU-LEDUC, obs. sous Cass. soc., 23 septembre 2009, RDC 2010, p. 151 ; F. AUBONNET et L. GAMET, note sous même arrêt, SSL, 12 octobre 2009, n°1416, p. 12.

<sup>638</sup> Tel est le cas, par exemple, de la perte de marché (Cass. Ass. plén., 15 novembre 1985, JCP G. 1986, II, 20705, note G. FLÉCHEUX et M. BAZEX ; Dr. soc. 1986, p. 7, note G. COUTURIER. – Cass. Ass. plén., 16 mars 1990, D. 1990, p. 305, note A. LYON-CAEN. – CJCE, 11 mars 1997, D. 1997, IR, p. 84.

pour cela abandonner tout *intuitu personae* et ne mettre l'accent que sur le lien existant entre le salarié et son activité<sup>639</sup>. On peut concevoir ici le refus de la jurisprudence<sup>640</sup>, même lorsque l'application volontaire est prévue par convention collective, de ne réserver qu'à la loi la possibilité d'une substitution d'employeur sans l'accord des salariés.

*b. Les clauses de variation portant sur les modalités des clauses accessoires*

**151. Le sort des clauses d'extension unilatérale de la portée de clauses accessoires.** Il s'agit des hypothèses où l'employeur se réserve la possibilité de modifier de par sa seule volonté la portée d'une clause accessoire du contrat de travail, c'est-à-dire son contour. Tel serait par exemple le cas de la modification unilatérale des limites géographiques et/ou temporelles de clauses de non-concurrence, de mobilité, de période d'essai... Ici encore la jurisprudence refuse toute potestativité. Ont ainsi été condamnées les clauses prévoyant l'extension unilatérale de la portée d'une clause de non-concurrence<sup>641</sup>, ou d'une clause de mobilité<sup>642</sup> – la Cour de cassation réservant la possibilité de mutation aux établissements existants au jour de la conclusion de la clause<sup>643</sup> – ainsi que celle permettant la modification de la durée d'un préavis<sup>644</sup>. L'idée

<sup>639</sup> Ce qui a été défendu : P. MORVAN, « Application conventionnelle de l'article L. 122-12.. », art. préc.

<sup>640</sup> La jurisprudence rappelle de manière constante que, nonobstant toute clause contraire, le changement d'employeur hors cas de l'article L. 1224-1 du Code du travail nécessite l'accord du salarié. Ex.: Cass. soc., 25 octobre 2000, n°98-43.658. – Cass. soc., 4 avril 2001, n°99-40.871. – Cass. soc., 10 octobre 2006, RDT 2006, p. 391, note Ph. WAQUET.

<sup>641</sup> Cass. soc., 28 avril 1994, Bull. civ. V, n°150 : « Ayant relevé que l'employeur se réservait, à son seul gré, la faculté d'étendre la portée de la clause de non-concurrence dans l'espace et dans le temps, la cour d'appel a pu décider que ladite clause était nulle ».

<sup>642</sup> « Une clause de mobilité [...] ne peut conférer à l'employeur le pouvoir d'en étendre unilatéralement la portée » : Cass. soc., 7 juin 2006, JCP S. 2006, 1917, note B. BOSSU ; Dr. soc. 2006, p. 926, note F. FAVENNEC-HÉRY. – Cass. soc., 14 octobre 2008, JCP S. 2008, 1668, note B. BOSSU.

<sup>643</sup> Cass. soc., 19 avril 2000, n°98-41078. « 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 décembre 2006, n°05-43757 : « C'est par une interprétation nécessaire de la clause de mobilité litigieuse que la cour d'appel a estimé qu'elle ne s'appliquait qu'aux seuls établissements ou agences existants [...] au moment de la signature du contrat et par rapport auxquels la salariée a pu se déterminer et donner un accord valable ».

Comp. Cass. soc., 12 mai 2004, n°02-42018. Dans cet arrêt, il y a bien refus d'une mutation dans un établissement créé postérieurement à l'embauche du salarié mais la Cour d'appel semble avoir indiqué que c'était parce que la clause de mobilité n'énonçait pas expressément que la mobilité aurait pu s'exercer dans des établissements ouverts après signature du contrat. *A contrario*, elle semblait admettre une telle mutation si la clause de mobilité avait prévu l'hypothèse d'établissements créés ultérieurement.

<sup>644</sup> Cass. soc., 30 septembre 2003, D. 2004, p. 378, note Th. COLIN.

sous-jacente est que le salarié doit connaître, au moment de la conclusion de son contrat de travail, l'étendue de son engagement. Or, l'existence de clauses permettant de modifier les modalités des clauses accessoires rend indéterminée l'obligation accessoire sur laquelle elles portent. En effet, la détermination initiale du contour de ces clauses ne présente aucun gage de sécurité si l'employeur peut le modifier comme il l'entend. Par définition, le salarié ne peut connaître au moment de la conclusion de son contrat la réelle portée de son engagement. Celui-ci peut évoluer en fonction des décisions de l'employeur. L'article 1129 du Code civil peut donc valablement être mobilisé à l'appui de la condamnation de telles clauses.

**152. Le sort des clauses de réduction unilatérale de la portée de clauses accessoires.** Face à une clause prévoyant la possibilité de réduire la portée d'une clause accessoire du contrat de travail, la tentation est grande de faire appel au principe de faveur. Mais se posent alors deux questions. Celle de savoir si une telle réduction est nécessairement plus favorable au salarié, et, dans l'affirmative, si une telle réduction pourrait effectivement être imposée au salarié.

La question du caractère plus ou moins favorable de la réduction est fonction de la clause en question. La réduction d'un préavis peut porter au salarié autant préjudice que son éventuelle augmentation<sup>645</sup>. Le salarié, selon les circonstances, et notamment s'il est à l'origine ou non de l'action ayant entraîné l'exécution d'un préavis, peut avoir intérêt à une durée réduite ou augmentée. À la différence, une clause de mobilité ou une clause de non-concurrence assujettit nécessairement le salarié. Une éventuelle réduction devrait *a priori* être plus favorable au salarié.

Mais la jurisprudence a déjà considéré qu'une modification du contrat – en l'occurrence de la rémunération du salarié – même plus favorable au salarié, nécessite l'accord de ce

---

<sup>645</sup> Cass. soc., 30 septembre 2003, n°01-44454, préc. En l'espèce la cour d'appel avait considéré que l'employeur pouvait réduire la durée du préavis car « *il résult[ait] de la comparaison du contrat de travail et de son avenant que la commune intention des parties a été de fixer une clause de préavis supérieur au minimum légal dans l'intérêt exclusif de la société, que la clause litigieuse n'a institué à la charge de l'employeur qu'une seule obligation, celle d'informer le salarié dans un délai, qui a été respecté, de sa renonciation à exiger l'exécution d'une obligation dont il était créancier* ». Cassation : « *Attendu cependant que la durée du préavis telle qu'elle est fixée par le contrat de travail est convenue dans l'intérêt de l'une et de l'autre des parties et que sa modification, qui constitue une modification du contrat de travail, suppose nécessairement l'accord des deux parties, qu'en statuant comme elle l'a fait alors que l'employeur ne pouvait se prévaloir d'une clause contractuelle lui réservant le droit de modifier unilatéralement la durée du préavis, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ».

dernier<sup>646</sup>. Dans ces conditions, il est difficile d'admettre que l'employeur puisse réduire unilatéralement la portée d'une clause accessoire au contrat sous prétexte que le résultat serait plus favorable au salarié. Mais surtout, l'on peine à trouver l'intérêt de l'employeur à se réserver une telle possibilité. S'il désire diminuer la portée d'une clause de mobilité, aurait-il besoin d'une clause le lui permettant ? Ne pourrait-il pas le faire *de facto* ? Il lui suffirait de ne pas user de la clause de mobilité dans les limites prévues.

En revanche, la clause de non-concurrence est davantage problématique. Bien qu'elle porte atteinte à la liberté de travail du salarié, la Cour de cassation la considère stipulée dans l'intérêt des deux parties<sup>647</sup> dès lors qu'une contrepartie financière est nécessaire à sa validité. Dans ces conditions, la diminution de la portée de la clause de non-concurrence ne peut plus être considérée comme nécessairement plus favorable au salarié, à partir du moment où ce dernier voit corrélativement diminuer la contrepartie financière prévue. L'employeur ayant cependant le droit d'éteindre une clause de non-concurrence par une clause dite de renonciation<sup>648</sup>, il s'agit de savoir s'il ne pourrait pas également la réduire.

La Cour de cassation admet que le juge puisse limiter la portée géographique et/ou temporelle d'une clause de non-concurrence qu'il estimerait excessive<sup>649</sup>. La portée de cette jurisprudence a néanmoins été limitée dans la mesure où, désormais, elle ne

---

<sup>646</sup> Cass. soc., 28 janvier 1998, Bull. civ. V, n°40. – Cass. soc., 27 février 2001, Bull. civ. V, n°60, préc.

<sup>647</sup> Cass. com., 3 décembre 1985, Bull. civ. IV, n°286. – Cass. soc., 17 février 1993, D. 1993, p. 347, note Y. SERRA. – Cass. soc., 4 juin 1998, Bull. civ. V, n°299.

<sup>648</sup> Infra n°229.

<sup>649</sup> Cass. soc., 25 mars 1998, Bull. civ. V, n°174 et Bull. civ. V, n°176 ; D. 1999, somm. comm. p. 107, obs. Y. SERRA ; TPS, juillet 1998, n°231, note P.-Y. VERKINDT. – Cass. soc., 18 septembre 2002, JSL, 24 octobre 2002, n°110, p. 9, note M.-Ch. HALLER ; D. 2002, p. 3229, note Y. SERRA, préc. ; RDC 2003, p. 150, obs. Ch. RADÉ.

Ce pouvoir modérateur du juge peut être contesté au regard du principe de l'intangibilité des conventions, mais pourrait se justifier dès lors qu'est en cause une liberté du salarié. (cf. 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). V. cependant, la nullité comme sanction de principe à l'atteinte excessive à une liberté du salarié, infra n°623 et s.

Quant à la contrepartie financière de la clause de non-concurrence, elle ne peut faire l'objet du pouvoir de modification du juge. En tant que cause de l'obligation du salarié, son absence entraîne nécessairement la nullité de la clause. Or la Cour de cassation considère que si son montant est dérisoire, il équivaut à son absence. Dans ces conditions, le juge ne peut se substituer aux parties pour prévoir une contrepartie suffisante (Cass. soc., 16 mai 2012, Bull. civ. V, n°153). Dans l'hypothèse d'une contrepartie excessive, l'article 1152 du Code civil serait impuissant à permettre une réduction.

s'applique qu'à la demande du salarié<sup>650</sup>. La question qui se pose alors est celle de savoir si l'employeur ne pourrait s'octroyer cette même possibilité, c'est-à-dire réduire la durée, le champ géographique et/ou le champ professionnel<sup>651</sup> de la clause de non-concurrence. La contrepartie financière serait toujours due mais ramenée au prorata du temps finalement passé à respecter la clause ou diminuée proportionnellement à la réduction du champ géographique ou professionnel.

La Cour de cassation a pu admettre de telles clauses de réduction : « *La faculté laissée à l'employeur concernait non pas l'instauration d'une clause de non-concurrence, déjà prévue aux contrats de travail, mais la possibilité pour ce dernier d'en limiter la durée d'application, selon le cas, soit en cours d'exécution du contrat de travail, soit au moment de la rupture du contrat de travail, soit avant l'expiration du délai de deux ans suivant la rupture* »<sup>652</sup>. *A priori*, l'employeur aurait ainsi la possibilité de se réserver la faculté de réduire, au moins dans le temps, la portée de la clause de non-concurrence. Néanmoins, l'évolution de la position de la Cour de cassation à propos de la renonciation aux clauses de non-concurrence doit sans doute être prise en considération. En effet, celle-ci, après quelques hésitations, impose que la faculté de renonciation soit exercée au moment du départ matériel du salarié de l'entreprise<sup>653</sup>. Puisqu'il s'agit d'anéantir l'obligation de non-concurrence, et partant, sa contrepartie financière, le salarié doit être rapidement prévenu de la décision de l'employeur afin de ne pas être contraint de respecter une obligation de non-concurrence dont il sera, en définitive, dispensé. La jurisprudence refuse donc que l'employeur puisse renoncer à la clause de non-concurrence à « *tout moment en cours d'exécution de celle-ci* »<sup>654</sup>. Il serait alors logique d'admettre la même solution en ce qui concerne la réduction de la clause de non-concurrence. Autrement dit l'employeur ne pourrait réduire la portée de la clause de

---

<sup>650</sup> Revirement : Cass. soc., 12 octobre 2011, JCP S. 2012, 1005, note J.-F. CESARO ; Dr. soc. 2012, p. 198, obs. J. MOULY. Ce qui enlève une grande portée à la jurisprudence. D'autant que celle-ci considère que la stipulation même d'une clause de non-concurrence nulle, cause nécessairement un préjudice au salarié (Cass. soc., 12 janvier 2011, Dr. soc. 2011, p. 468, note J. MOULY).

<sup>651</sup> Tel que le type d'activités, la liste des clients, la nature des produits... (cités par F. FAVENNEC-HÉRY, « Tempête sur la clause de non-concurrence », SSL, 21 octobre 2002, n°1094, p. 6 et s.).

<sup>652</sup> Cass. soc., 13 avril 2010, n°09-40230,09-40232 et 09-40233, lexbase hebdo éd. soc. 6/05/2010, n°393, obs. Ch. RADÉ (Cassation de l'arrêt allouant des dommages-intérêts au salarié).

<sup>653</sup> Cass. soc., 10 avril 2013, n°12-12717. V. Infra n°231.

<sup>654</sup> Cass. soc., 13 juillet 2010, Bull. civ. V, n°174 : « *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* ».

non-concurrence qu'au départ matériel du salarié de l'entreprise. Deux difficultés subsistent. En premier lieu, le même reproche que celui adressé à l'encontre des clauses de renonciation à la clause de non-concurrence<sup>655</sup> peut être énoncé : le salarié peut s'être senti contraint de respecter la clause dans sa portée initiale et avoir, par exemple, refusé un départ de son entreprise initiale pour cette raison. En second lieu se pose la question de la détermination à l'avance de l'ampleur de la variation. Au regard de la position de la jurisprudence relative à la clause de mobilité, ou celle concernant le changement d'horaires des travailleurs à temps partiel<sup>656</sup>, une telle exigence est concevable. En effet, la validité de ces clauses est soumise à la détermination par avance de l'ampleur de la variation. Dans ces conditions, non seulement devraient être déterminées à l'avance la réduction du champ géographique, temporel et/ou professionnel de la clause, mais également la diminution corrélative de la contrepartie financière. Une telle clause perd certainement de son utilité pour l'employeur et paraît, sur certains points, difficilement réalisable. S'il est possible de prévoir à l'avance que la durée de l'obligation de non-concurrence pourra passer de 5 à 3 ans, ou que le champ géographique pourra passer de 10 à 5 km, il est peut-être plus difficile de prévoir à l'avance de quels changements le champ professionnel (types d'activités concernés, liste de clients etc...) pourrait faire l'objet.

2. *Le refus de la potestativité « pure » : l'exigence d'éléments objectifs déclencheurs*

**153. Le grief de « pure potestativité ».** Classiquement, l'article 1174 du Code civil sanctionnait la condition portant sur le consentement même du débiteur<sup>657</sup>, c'est-à-dire sur la réalité même de l'existence ou non d'un lien contractuel. L'action conjointe de la doctrine et de la jurisprudence en a élargi la portée. Désormais est combattu le grief de « pure potestativité » consistant à laisser à la seule volonté de l'une des parties le contenu du contrat ou de certains de ses éléments. Ajouter un élément objectif à la volonté unilatérale de l'employeur suffit donc à écarter ce grief. Dans ces conditions, une clause prévoyant à l'avance les cas objectifs déterminés pour lesquels l'employeur aurait la possibilité de mettre en œuvre une variation portant sur un autre élément que le

---

<sup>655</sup> Infra n°229.

<sup>656</sup> Infra n°154.

<sup>657</sup> Supra n°19.

lieu de travail pourrait être acceptée<sup>658</sup>. Pourraient ainsi être concernés les horaires du salarié, ses fonctions et/ou qualification<sup>659</sup>, voire le changement d'employeur.

**154. L'insuffisance du critère de l'intérêt de l'entreprise.** On sait la mise en œuvre de la clause de mobilité subordonnée à l'intérêt de l'entreprise. La question se pose alors de savoir si le respect de cette finalité suffit à écarter le grief de « pure potestativité ». La clause de mobilité s'en satisfait à la condition qu'elle précise à l'avance l'ampleur de l'éventuelle modification. Pourrait-on transposer le raisonnement aux autres éléments du contrat de travail ? La détermination, dès l'origine, de la variation assortie au respect de l'intérêt de l'entreprise suffirait-elle à la licéité des clauses de variation ? Il est permis d'en douter. Ici, le particularisme du contrat de travail plaçant le salarié dans une situation de subordination doit être souligné. L'absence de réelle négociation pourrait également être prise en considération. La distinction changement des conditions de travail/modification du contrat conserverait alors son sens. Le pouvoir de direction de l'employeur doit rester limité. Une clause du contrat ne pourrait alors prévoir une véritable modification (ce qui en réalité est le cas de la clause de mobilité) que si la volonté unilatérale de l'employeur est limitée. Subordonner la licéité de la clause à la fois à l'existence d'un élément objectif déclencheur et à une détermination à l'avance de l'ampleur de la modification paraît nécessaire. Ainsi conviendrait-il, à l'instar de ce qui est prévu pour les clauses de variation d'horaires dans les contrats à temps partiel<sup>660</sup>, de préciser à l'avance les cas de figure pour lesquels les clauses de variation pourraient être mises en œuvre. Etant entendu que, selon la jurisprudence, ces cas doivent être précisément déterminés. Les formules imprécises comme « *si les circonstances le demandent* »<sup>661</sup> ou « *si besoin se fait sentir* »<sup>662</sup> ne répondent pas à l'évidence aux

---

<sup>658</sup> Rappr. Position de L.-K. GRATTON sur les heures complémentaires dans le contrat de travail à temps partiel (*Les clauses de variation...*, th. préc., n°341).

<sup>659</sup> Ph. WAQUET, « Variations sur le thème de la modification du contrat de travail », Dr. ouvr. 2007, p. 175 ; L.-K. GRATTON, *Les clauses de variation...*, th. préc., n°175.

<sup>660</sup> Article L. 3123-14 du Code du travail. Cf. : Cass. soc., 7 juillet 1998, Bull. civ. V, n° 373. – Cass. soc., 6 avril 1999, Bull. civ. V, n°166. – Cass. soc., 7 décembre 1999, Bull. civ. V, n°479. – Cass. soc., 21 novembre 2000, n°98-43378 : « *A défaut de déterminer la variation possible de l'horaire et les cas dans lesquels la variation peut intervenir, la clause qui prévoit la modification des horaires de travail par l'employeur est inopposable au salarié* ».

<sup>661</sup> Cass. soc., 7 juillet 1998, JCP G. 1999, II, 10009, note M. DEL SOL ; JSL, 17 septembre 1998, n°20, p. 14, note M. HAUTEFORT.

<sup>662</sup> CA Toulouse, 20 avril 2006, n°RG : 05/01455.

exigences légales. Mais il en est de même « *des nécessités* »<sup>663</sup> ou « *des besoins* »<sup>664</sup> du service. En revanche, seraient valables le remplacement de salariés, l'accroissement temporaire de travail, des travaux à accomplir dans un délai déterminé et la réorganisation des horaires collectifs de l'entreprise<sup>665</sup>, soit des éléments ne tenant pas toujours à la seule volonté de l'employeur.

La clause de mobilité n'ayant à respecter que l'intérêt de l'entreprise demeurerait, à ce titre, une exception.

**155. Le particularisme des clauses de variation de la rémunération.** La jurisprudence est davantage exigeante dans les hypothèses de variation de la rémunération. À défaut d'exiger à l'avance l'ampleur éventuelle de la variation, toute potestativité est, en principe, écartée. En effet, si une clause de variation de la rémunération ne doit pas faire porter le risque de l'entreprise sur le salarié ni avoir pour effet de réduire la rémunération en dessous des minima légaux et conventionnels<sup>666</sup>, elle est surtout à l'abri de l'unilatéralisme de l'employeur. Seules les variations automatiques – c'est-à-dire sans intervention unilatérale de l'employeur – dépendant d'éléments objectifs arrêtés dès la conclusion du contrat sont possibles. Non seulement la variation ne doit pas être soumise à la volonté unilatérale directe de l'employeur, mais elle ne doit pas non plus dépendre d'éléments dont ce dernier aurait la maîtrise. Ainsi en serait-il d'une rémunération variant selon l'embauche ou non des candidats sélectionnés<sup>667</sup> dès lors que l'embauche dépend justement de la seule volonté de l'employeur. De la même manière, la clause prévoyant le remboursement de frais professionnels dans le seul cas de la poursuite du travail jusqu'au terme de la période d'essai sera nulle<sup>668</sup> puisque cette rupture dépend de la seule volonté de l'employeur (sous réserve, il est vrai, du respect de la finalité de la période d'essai<sup>669</sup>). Mais au-delà des éléments dont l'employeur a la maîtrise, ceux, *a priori* objectifs mais qu'il pourrait influencer, posent une nouvelle difficulté. Il faudrait ici, sur le fondement de l'abus de

---

<sup>663</sup> Cass. soc., 6 avril 1999, TPS, juin 1999, n°225, note P.-Y. VERKINDT.

<sup>664</sup> Cass. soc., 6 janvier 2010, n°08-41596.

<sup>665</sup> Exemples cités par D. JOURDAN in « L'horaire à temps partiel : élément légalement contractuel », TPS, juin 1999, chron. n°11. Adde L.-K. GRATTON, *Les clauses de variation...*, th. préc.

<sup>666</sup> Cass. soc., 2 juillet 2002, Bull. civ. V, n°229.

<sup>667</sup> CA Paris, 3 juin 1993, 91/17782. – CA Paris, 10<sup>ème</sup> ch., 15 décembre 2010, n°09/13280. – CA Lyon, 3<sup>ème</sup> ch., 28 mars 1997, JurisData 1199-041451.

<sup>668</sup> CA Rennes, 5<sup>ème</sup> ch., 6 avril 2010, n°09/07122.

<sup>669</sup> Sur la période d'essai v. infra n°253 et s.

droit, appliquer le même raisonnement que celui de l'article 1178 du Code civil permettant de condamner le comportement du débiteur obligé sous condition qui en a empêché l'accomplissement. Autrement dit, il s'agirait de condamner l'employeur ayant volontairement influé sur un élément *a priori* objectif faisant dépendre le montant de la rémunération. La licéité même de la clause de variation ne serait pas remise en cause, mais son effectivité pourrait éventuellement l'être en considération du comportement de l'employeur. L'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 2 juillet 2002<sup>670</sup> incite à admettre cette solution. En effet, la Cour a pu préciser que « *la cour d'appel [ayant] constaté qu'une partie de la rémunération du salarié était constituée par un pourcentage sur le chiffre d'affaires de la société et que ce dernier avait baissé pour des motifs indépendants de la volonté de l'employeur, a légalement justifié sa décision* ». Un raisonnement *a contrario*, permet de condamner l'employeur qui aurait volontairement fait baisser son chiffre d'affaires<sup>671</sup>. Cette hypothèse, sans doute d'école, a le mérite de condamner l'employeur qui, par son comportement, influe consciemment sur un élément censé être objectif et dont dépend la rémunération. Cette solution participerait du glissement opéré du contrôle de la formation à l'exécution du contrat.

La variation de la rémunération ne peut donc être potestative, à l'exception notable des variations dépendant d'objectifs fixés unilatéralement par l'employeur<sup>672</sup>. Ce dernier pouvant unilatéralement les modifier, la rémunération en étant fonction dépend ainsi indirectement de la volonté unilatérale de l'employeur. Il est permis de le regretter.

## ***II. La sanction des clauses illicites***

**156. La nullité de la clause.** Illicite, la clause potestative de variation doit être sanctionnée. Elle l'est alors en elle-même. Son illicéité ne rejaillit pas sur l'ensemble du contrat, même si elle a pour objet un élément essentiel du contrat de travail. Dans ce dernier cas, en toute orthodoxie juridique, la nullité, voire l'inexistence de l'engagement lui-même, était attendue. Dans la mesure où une clause laisse à l'un des cocontractant la maîtrise de l'engagement ou de l'une de ses obligations essentielles, on peut douter de la réelle existence d'un tel engagement. Néanmoins, la jurisprudence opte pour le maintien – même s'il ne sera que temporaire – du contrat de travail. Une telle solution apparaît

<sup>670</sup> Cass. soc., 2 juillet 2002, Bull. civ. V, n°229, préc.

<sup>671</sup> Rappr. licenciement pour motif économique, infra n°308 et 310.

<sup>672</sup> Supra n°133.

équitable : les droits du salarié ne seront pas bafoués, le sanction ne se retournant pas contre lui. Ainsi, seule la clause illicite est nulle<sup>673</sup> et non l'ensemble du contrat. Le rapprochement avec le sort des clauses abusives en droit de la consommation est possible. Celles-ci sont en effet réputées non écrites<sup>674</sup>. L'ordonnance du 10 février 2016 fait également ce choix pour les clauses créant un déséquilibre significatif au sein des contrats d'adhésion<sup>675</sup>. Le recours au concept du non écrit permet de ne pas s'interroger corrélativement sur la validité du contrat considéré. Seules les dispositions non écrites étant remises en cause, le contrat est nécessairement sauvegardé. Plus précisément, le réputé non écrit opérerait de plein droit<sup>676</sup> à la différence de la nullité. Une telle distinction perd en pratique de son intérêt dans la mesure où, en cas de contentieux, le recours au juge sera quasi systématique.

**157. L'éventualité de l'invalidation partielle de la clause.** Mais à côté de la condamnation de la clause en son ensemble peut se poser la question de réserver la condamnation aux seules dispositions illicites. Le juge a pu utiliser ce mécanisme dans le cadre de la clause de non-concurrence. Il considère comme non écrites les dispositions de la clause de non-concurrence qui minoreraient la contrepartie financière due en cas de démission<sup>677</sup> ou de faute du salarié<sup>678</sup>. Ce mécanisme ne pourrait-il pas être transposé à la clause de mobilité, seule clause de variation unilatérale acceptée ? Certes, il ne s'agirait pas de sauver une clause insuffisamment précise. Si le salarié ne peut véritablement savoir à l'avance où il pourrait être muté, le juge ne peut se substituer aux parties pour délimiter la clause. Car ce qui fait alors défaut est la détermination de son objet. En revanche, il est envisageable de distinguer au sein d'une

<sup>673</sup> Ex. : Cass. soc., 16 juin 2009, n°08-40020. La Cour de cassation emploie parfois l'expression « *nulle et de nul effet* » : Cass. soc., 26 mai 2010, n°09-40422. – Cass. soc., 9 janvier 2013, n°11-18790.

<sup>674</sup> Article L. 132-1, alinéa 6, du Code de la consommation.

<sup>675</sup> Article 1171, alinéa 1, nouveau du Code civil.

<sup>676</sup> Cf. sur ce point : J. KULLMANN, « Remarques sur les clauses réputées non écrites », D. 1993, p. 59 ; R. BAILLOD, « À propos des clauses réputées non écrites », in *Mélanges dédiés à Louis BOYER*, presse de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 15, et plus généralement, la thèse de S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, Economica, 2006.

<sup>677</sup> Cass. soc., 25 janvier 2012, n°10-11590. – Cass. soc., 20 février 2013, n°11-17941. – Cass. soc., 3 juillet 2013, n°12-13031 : « *La clause de non-concurrence n'était pas nulle mais devait être réputée non écrite en ses seules dispositions minorant la contrepartie en cas de démission* ».

*Contra* jurisprudence antérieure : Cass. soc., 31 mai 2006, Bull. civ. V, n°198 : « *Est nulle la clause de non-concurrence qui ne prévoit le versement d'une contrepartie pécuniaire qu'en cas de rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur* ».

<sup>678</sup> Cass. soc., 8 avril 2010, JCP E. 2010, 1656, note Ph. GRIGNON ; JCP S. 2010, 1288, note I. BEYNEIX ; D. 2010, p. 1085, note L. PERRIN.

clause de mobilité entre certaines dispositions. Tel serait par exemple le cas d'une clause prévoyant expressément qu'une mutation sera possible dans tous les établissements existants ou amenés à être créés ultérieurement dans telle zone géographique précise. On le sait, la jurisprudence refuse qu'une mutation puisse avoir lieu dans des établissements non encore créés au moment de la conclusion de la clause<sup>679</sup>. Dans ce cas ne pourrait-on pas considérer comme non écrite la disposition étendant la mobilité aux établissements créés postérieurement plutôt que d'annuler l'ensemble de la clause ? De la même façon, une clause de mobilité précisant que le salarié pourra être muté dans tout établissement de l'entreprise, ou toute société du groupe dont l'entreprise fait partie, existant au moment de la conclusion du contrat pourrait être sauvegardée. Seule la disposition « *ou toute société du groupe dont l'entreprise fait partie* » serait alors réputée non écrite.

Peut-être pourrait-on envisager de la même façon les clauses de mobilité licites accompagnées de stipulations permettant une variation illicite d'un élément du contrat de travail. Ainsi une clause de mobilité accompagnée d'une clause de variation unilatérale de rémunération ne serait pas nécessairement nulle. Seule la dernière disposition serait considérée comme non écrite. De la même façon, une clause de mobilité (licite) assortie d'une clause de résidence (illicite) ne serait pas condamnée en son entier. Une telle solution se conçoit d'autant plus lorsque l'employeur a effectivement mis en œuvre la clause litigieuse mais seulement dans ses dispositions licites. Un tel mécanisme empêcherait alors que le salarié puisse arguer de la nullité totale de la clause pour se soustraire à la mutation à laquelle il est contraint et qui, en elle-même, est licite. L'idée est donc à la fois de sauvegarder les intérêts de l'entreprise et d'éviter l'éventuelle mauvaise foi du salarié. Il est vrai qu'une autre problématique se pose alors, celle de la légitimité de l'intervention du juge dans le contrat et son pouvoir de réécriture.

**158. L'éventuelle portée de la nullité de la clause : l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement subséquent.** Le plus souvent le contrat a été rompu par l'employeur sur le fondement du refus du salarié à la variation unilatérale de son contrat. L'employeur se plaçant sur le terrain du changement des conditions de travail croyait

---

<sup>679</sup> Cass. soc., 19 avril 2000, n°98-41078, préc. – Cass. soc., 20 décembre 2006, n°05-43757, préc.

pouvoir imposer sa volonté au salarié. S'appuyant en réalité sur une clause illicite, le refus du salarié est nécessairement *de droit*. Partant, le licenciement prononcé est sans cause réelle et sérieuse.

**159. Conclusion du Chapitre 1.** Matériellement, les droits potestatifs modificatifs de l'employeur apparaissent limités. La jurisprudence a élaboré une distinction entre les éléments considérés comme objectivement essentiels (rémunération, durée, fonction, qualification ...) – *a priori* à l'abri de la volonté unilatérale de l'employeur – et les conditions de travail soumises, au contraire, à sa *potestas*. Le champ des droits de l'employeur apparaît ainsi restreint. Certaines entorses sont néanmoins admises.

D'une part, certains changements au-delà des conditions de travail classiques sont possibles. Ce sera par exemple le cas des mutations occasionnelles hors du secteur géographique ou lorsque le changement considéré entraînera une modification unilatérale indirecte (il en est ainsi ainsi du recours aux heures supplémentaires qui vient modifier la durée et la rémunération corrélatives du salarié, ou du changement des objectifs conditionnant la rémunération du salarié).

D'autre part, alors que la chambre sociale de la Cour de cassation paraît, de façon générale, sanctionner par la nullité les clauses de variation laissant à l'employeur la maîtrise d'un élément du contrat de travail (rémunération, fonction, qualification, *etc.*) ou des modalités de clauses accessoires (modification de la portée d'une clause de non-concurrence, de mobilité *etc.*), elle admet les clauses de mobilité. Ces dernières, à la condition de prévoir une zone géographique d'application et d'être exercées dans l'intérêt de l'entreprise, sont effectivement valables. Une telle exception apparaît aujourd'hui opportune. Pourtant, davantage de cohérence devrait être possible. Si la jurisprudence a mobilisé l'article 1134 alinéa 2 du Code civil pour prohiber les clauses de variation soumises à la *potestas* de l'employeur, les articles 1174 et 1129 du Code civil conviendraient sans doute davantage. En effet, en permettant d'exiger, d'une part, la détermination à l'avance de l'ampleur de la variation, et, d'autre part, des éléments objectifs déclencheurs afin d'écarter le grief de potestativité « pure », ces articles permettraient sans doute de poser plus clairement la frontière entre les clauses licites et les clauses illicites. À la condition de répondre à ces exigences, certaines clauses aujourd'hui refusées pourraient ainsi être admises. Il pourrait notamment en être ainsi de

la clause de changement d'employeur<sup>680</sup>. Reste que si la clause de mobilité répond sans doute à l'exigence de la détermination à l'avance de l'ampleur de la variation, le critère de l'intérêt de l'entreprise peut cependant apparaître insuffisant à écarter le grief de « pure » potestativité<sup>681</sup>.

---

<sup>680</sup> Cf. supra n°150.  
<sup>681</sup> Cf. supra n°154.

## Chapitre II. Les limites conceptuelles de la volonté unilatérale de l'employeur

**160. *L'intérêt de l'entreprise, révélateur d'un changement de nature du « droit » de l'employeur ?*** En imposant à son salarié un changement de ses conditions de travail, l'employeur modifie la situation juridique de ce dernier au moyen d'un acte unilatéral. Au regard de la définition donnée du droit potestatif : « *pouvoir par lequel son titulaire peut influencer sur les situations juridiques préexistantes en les modifiant, les éteignant ou en créant de nouvelles au moyen d'une activité propre unilatérale* »<sup>682</sup>, le changement des conditions de travail paraît pouvoir être qualifié de droit potestatif. Cependant, l'employeur ne doit agir que dans l'intérêt de l'entreprise. Ici convergent nombre de difficultés. Que recouvre cet *intérêt* ? Traduit-il l'existence d'un intérêt distinct de celui de l'employeur ? Dans l'affirmative, si l'employeur n'agit pas dans son propre intérêt, dispose-t-il toujours du « droit » de changer les conditions de travail de ses salariés ? Ne s'agirait-il pas plutôt d'un « pouvoir » par opposition au « droit subjectif » ? Une étude reconnue sur la notion de « pouvoir » le définit en effet comme la prérogative exercée dans un intérêt au moins partiellement distinct de celui de son bénéficiaire<sup>683</sup>. Si l'intérêt de l'entreprise devait répondre à cette définition, il révélerait alors un véritable changement de nature du « droit » de l'employeur de changer les conditions de travail de ses salariés. L'approche est séduisante. Encore faut-il que le critère de distinction proposé opposant droit subjectif et pouvoir puisse effectivement jouer dans le cadre de la relation de travail ou, plus globalement, dans celui de l'entreprise. Or il n'est pas certain que l'intérêt de l'entreprise soit réellement distinct de celui de l'employeur, même finalisé. Il ne s'agit pas pour autant de bannir du vocabulaire utilisé toute référence au pouvoir. Simplement, il ne paraît pas nécessaire d'opposer, dans le contrat de travail, le concept de droit subjectif à celui du pouvoir.

**161. *L'intérêt de l'entreprise, révélateur d'un amoindrissement de la potestativité du « droit » de l'employeur ?*** Compris comme l'intérêt professionnel de l'employeur,

---

<sup>682</sup> I. NAJJAR, *Le droit d'option...*, th. préc., spéc. n°98 à 102.

<sup>683</sup> E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, th. préc.

l'intérêt de l'entreprise se présente en réalité comme une finalité à respecter. Le droit de l'employeur de changer les conditions de travail de ses salariés peut ainsi être qualifié de droit potestatif. (Le lien de subordination n'est-il pas d'ailleurs la traduction du lien de sujétion<sup>684</sup> propre au droit potestatif?). S'il ne s'agit alors pas d'imposer l'arrivée d'événements objectifs déclencheurs, la question d'un éventuel amoindrissement de potestativité se pose néanmoins. Entre le droit « purement » potestatif et celui devant être justifié par un élément objectif ou du moins dont l'employeur n'a pas la maîtrise, il y a place pour des droits potestatifs finalisés. Le degré d'amoindrissement de la potestativité n'atteint certes pas celui des droits devant être justifiés mais il existe néanmoins.

**162. Plan.** Le respect de l'intérêt de l'entreprise lors du changement des conditions de travail du salarié pose deux questions. La première consiste à savoir si le recours à cet intérêt ne serait pas de nature à remettre en cause la qualification de droit subjectif du droit considéré, la seconde dans quelle mesure le respect d'une telle finalité affecte le caractère potestatif du droit. Ainsi l'intérêt de l'entreprise doit-il être mis à l'épreuve, tant du concept de droit subjectif (Section I) que du concept de droit potestatif (Section II).

### **Section I. L'intérêt de l'entreprise à l'épreuve du concept de droit subjectif**

**163. Problématique.** Le concept de droit subjectif s'opposerait à celui de pouvoir *via* le critère de « *l'intérêt partiellement distinct* » du titulaire<sup>685</sup>. La relation de travail, archétype *a priori* d'une relation de pouvoir semble répondre à ce critère par la référence à « l'intérêt de l'entreprise ». Encore faut-il s'assurer que cet intérêt de l'entreprise est bien distinct de celui de l'employeur. La nécessité d'opposer dans le contrat de travail le concept de droit subjectif à celui de pouvoir apparaît en réalité discutable.

---

<sup>684</sup> F. HAGE-CHAHINE, « *Essai d'une nouvelle classification des droits privés* », art. préc. L'auteur distingue les droits de créance caractérisés par un lien d'assujettissement patrimonial, les droits injonctifs caractérisés par un lien de charge et les droits potestatifs caractérisés par un lien de sujétion ; S. VALORY, « *La potestativité dans les relations contractuelles* » th. préc., n°7.

<sup>685</sup> E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, th. préc.

**164. Origines de l'opposition.** Les débats suscités par le concept de droit subjectif<sup>686</sup> sont bien connus<sup>687</sup>. Non sans heurts la doctrine s'est essayée à le définir. La polémique entre les tenants du « *pouvoir de volonté* »<sup>688</sup> et ceux de « *l'intérêt protégé* »<sup>689</sup> a fait couler autant d'encre que les critiques qu'elle a provoquées<sup>690</sup> et ouvert la porte à de nombreuses autres définitions, mixtes<sup>691</sup>, ou nouvelles<sup>692</sup>, du droit subjectif. S'est

<sup>686</sup> La conceptualisation du droit subjectif serait assez tardive, le terme ne datant que du XIX<sup>ème</sup>, mais l'idée du droit conçu comme un attribut du sujet et à son avantage du XIV<sup>ème</sup> siècle : M. VILLEY, *Philosophie du droit*, Dalloz, 1986, tome 1, rééd. Dalloz, 2001, n°80. Cf. supra n°30.

<sup>687</sup> On a même pu nier son utilité : L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Cujas 1927, rééd. Panthéon-Assas, 2007, p. 1 et s. Il est cependant difficile de le contester (cf. J. CARBONNIER, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 9<sup>ème</sup> éd. 1998, p. 179 à 185).

V. égal. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. Ch. EISENMANN, rééd., LGDJ, 2010.

<sup>688</sup> Conception de WINDSCHEID (B. WINDSCHEID, *Pandekten*, tome 1, Frankfort, 1900) et SAVIGNY (F.-C. Von SAVIGNY, *Traité de droit romain*, trad. GUENOUX, tome I) : le droit subjectif (reconnu par le Droit objectif) est vu comme un pouvoir laissé à la volonté individuelle de son titulaire.

<sup>689</sup> Conception de IHERING (R. Von IHERING, *L'esprit du droit romain*, trad. O de MEULENAERE, Maresq, 1878, tome IV, p. 326). Les droits subjectifs sont les droits reconnus aux individus – car ils ont pour ceux-ci un intérêt (matériel ou moral) considéré comme légitime (c'est-à-dire conforme aux valeurs de la société) – et sanctionnés par le Droit objectif. (Aujourd'hui, si cette conception est sans doute majoritairement acceptée, certains y ajoutent le désir. Ainsi le droit subjectif ne serait plus seulement la consécration d'un intérêt juridiquement protégé mais également d'un désir individuel. Cf. J. ROCHFELD, « Les droits subjectifs », in *Les grandes notions du droit privé, op. cit.*, p. 149 et s. spéc. n°6.

<sup>690</sup> Face au droit subjectif vu comme pouvoir de volonté, a été opposée la situation des incapables ou de ceux dans l'ignorance de leurs droits qui, pour autant, en bénéficient : J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, rééd. 2008, p. 56 à 64 ; J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé, op. cit.*, p. 153, n°4 ; H. COING, « Signification de la notion de droit subjectif », *Arch. phil. dr.*, t. 9, 1964, spéc. p. 5 ; J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 1990, 3<sup>ème</sup> éd., n°179. La conception de « l'intérêt protégé » veut que le Droit objectif reconnaisse des intérêts, des avantages (pécuniaires, matériels mais également moraux) qu'il estime légitimes et qu'il protège juridiquement. Mais on a pu alors se demander si cette protection n'était pas davantage la conséquence que le fondement du droit subjectif. (J. DABIN, *Le droit subjectif, op. cit.*, p. 68 à 72).

Pour une synthèse, voir par ex. J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil, Introduction au droit, op. cit.* n°693 et s.

<sup>691</sup> L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, LGDJ, 1932, 3<sup>ème</sup> éd., p. 107.

<sup>692</sup> « **L'appartenance-maîtrise** » de J. DABIN (*Le droit subjectif, op. cit.*) Selon cet auteur, le droit établit une relation entre le sujet et le bien, une relation d'appartenance. Le terme de « bien », objet de l'appartenance est à comprendre au sens large (biens matériels, biens ou valeurs inhérents à la personne physique, morale etc...). La maîtrise est alors « *le pouvoir de libre disposition de la chose* ». C'est-à-dire « *non seulement d'agir mais de choisir* ». L'auteur y ajoute la condition d'altérité, un droit n'existant que par rapport à autrui, même si « autrui » n'est pas une personne déterminée. Quant à la protection juridique, elle est présentée comme la sanction, conséquence nécessaire du droit subjectif sur le plan du droit positif.

Pour une critique de cette théorie, v. Ch. EISENMANN, « Une nouvelle conception du droit subjectif : la théorie de J. DABIN », *Rev. dr. pub.*, 1954, p. 753 et s.

« **L'inégalité légitime** » : J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil, Introduction générale, op. cit.*, n°186 à 193. Les auteurs considèrent que le droit subjectif « *traduit une relation sociale inégalitaire en faveur du sujet* ». Inégalité consacrée par la règle juridique. Le droit subjectif « *restreint au profit du sujet, la liberté d'autrui ; il établit, en faveur d'un individu déterminé une inégalité juridique entre les personnes* ».

ajoutée à la difficulté, la controverse entre Josserand et Ripert<sup>693</sup> sur le concept d'abus de droit, celui-ci étant justement fonction de la définition donnée du droit subjectif. Ainsi, tandis que le premier mettait en avant la finalité sociale des droits subjectifs et caractérisait l'abus de droit par le détournement du droit de sa finalité<sup>694</sup>, le second ne les admettait qu'« égoïstes » et ne considérait l'abus de droit que par le prisme de l'intention de nuire<sup>695</sup>. Excessives, ces positions ouvraient de nouveau la boîte de Pandore, permettant à la doctrine de proposer de nouvelles subdivisions, telles celles distinguant les « droits égoïstes » des « droits altruistes » ou les « droits-intérêts » des « droits-fonction » ou encore les « droits-pouvoir » des « droits-fonction »<sup>696</sup>. Ces diverses oppositions, si elles ne se recoupaient pas toujours exactement, annonçaient l'avènement d'une distinction plus formelle entre le droit subjectif proprement dit d'une part et le pouvoir d'autre part. L'articulation entre les deux concepts s'est alors faite autour de l'intérêt : le droit subjectif s'exerçant dans l'intérêt de son titulaire et le pouvoir dans un intérêt au moins partiellement distinct<sup>697</sup>. Aujourd'hui, la majorité de la doctrine fait sienne cette différenciation et oppose droit subjectif et pouvoir<sup>698</sup>.

Voir égal. la position de P. ROUBIER. L'auteur distingue les situations juridiques subjectives tendant à créer principalement des droits plutôt que des devoirs, des situations juridiques objectives qui, à l'opposé, créent principalement des devoirs plutôt que des droits. Parmi les premières, on retrouve la notion de droits subjectifs qui s'entend d'un avantage constituant un bien dont le titulaire peut disposer. L'auteur exclut ainsi not. les droits que l'on appelle droits de la personnalité. (P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Sirey, 1963, rééd. Dalloz, 2005, p. 82).

<sup>693</sup> J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil, Introduction générale, op. cit.* n°693 et s. ; F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 2015, 10<sup>ème</sup> éd., n°501 ; J.-L AUBERT et É. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, 2014, 15<sup>ème</sup> éd., n°184 et s. ; Ph. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, LexisNexis, 2015, 15<sup>ème</sup> éd., n°337.

<sup>694</sup> L. JOSSERAND, *De l'esprit des lois et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 1927, n°292. V. Déjà J. CHARMONT, « L'abus de droit », RTD civ. 1902, p. 113 et s. spéc. p. 123 citant SALLEILLES selon lequel la vraie formule « serait celle qui verrait l'abus de droit dans l'exercice anormal du droit, exercice contraire à la destination économique ou sociale du droit subjectif, exercice réprouvé par la conscience publique et dépassant par conséquent le contenu du droit, puisque tout droit, au point de vue social, est relatif, et qu'il n'y a pas de droits absolus, pas même la propriété ». (R. SALLEILLES, *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'empire allemand*, LGDJ, 1914, 3<sup>ème</sup> éd., p. 371).

<sup>695</sup> G. RIPERT, « La règle morale dans les obligations civiles », rééd. LGDJ, 2013.

<sup>696</sup> V. not. A. LÉGAL et J. BRËTHE DE LA GRESSAYE, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, Sirey, 1938 ; A. ROUAST, « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », RTD civ. 1944, p. 1 ; J. DABIN, *Le droit subjectif... op. cit.*

<sup>697</sup> E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé, op. cit.*, not. p. 45 et s. Notons ici une inversion de la terminologie, les droits subjectifs s'entendant des anciens droits-pouvoirs alors que le pouvoir correspond aux droits-fonctions ; H. LE NABASQUE, *Le pouvoir dans l'entreprise, Essai sur le droit d'entreprise*, thèse, Rennes I, 1986.

<sup>698</sup> V. not. Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, LGDJ, 2000, n°524 et n°688 et s. ; F. MARMOZ, *La délégation de pouvoir*, Litec, 2000, Chapitre sur l'opposition entre droit subjectif et pouvoir, p. 25 et s. ; S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, *L'abus de droit dans les relations de*

**165. Application aux droits potestatifs.** Selon cette approche, le droit potestatif ne peut être à la fois droit subjectif et pouvoir. Or, traditionnellement, les auteurs présentent le droit potestatif comme un droit subjectif<sup>699</sup>. Et ce, quelle que soit la définition qu'ils retiennent de ce dernier, qu'ils parlent de « *pouvoir de volonté* »<sup>700</sup>, de « *restriction légitime à la liberté d'autrui* »<sup>701</sup> ou de « *satisfaction d'un intérêt légitimement protégé* »<sup>702</sup>. Le droit potestatif est alors intégré dans les propositions de classification des droits subjectifs, à côté des droits de créance et des droits réels<sup>703</sup>. L'utilisation du terme « pouvoir » dans la définition du droit potestatif n'étant, dans ces conditions, que descriptive<sup>704</sup>.

Si les premiers investigateurs des droits potestatifs ne les ont pas confrontés au concept de pouvoir, c'est d'abord parce que leur appartenance à la catégorie des droits subjectifs leur paraissait évidente, et ensuite parce que la formalisation de l'opposition droit subjectif/pouvoir n'intervint qu'ultérieurement. Or, si l'on regarde les effets du pouvoir – en tant que prérogative unilatérale<sup>705</sup> – et ceux du droit potestatif, le rapprochement est évident<sup>706</sup>. Dans les deux hypothèses, il est possible de parler de « *prérogative susceptible de modifier l'ordre juridique, d'empiéter sur la sphère juridique*

*droit privé*, PUAM, 2004, n°308 et s. ; G. GOFFAUX-CALLEBAUT, *Du contrat en droit des sociétés, Essai sur le contrat instrument d'adaptation du droit des sociétés*, l'Harmattan, collection Presses universitaires de Sceaux, 2008, n°165 et s. ; Ph. RÉMY, « De « nouveaux » rapports de droit en droit du travail. À la lumière d'une comparaison des droits français et allemand en droit du travail », in *Les nouveaux rapports de droit*, IRJS éditions, 2013, p. 71 ; G. COURTIEU, « Droit à réparation. Abus de droit, notion », J.-Cl. *Civil, Code*, art. 1382 à 1384, fasc. 131-10, n°29 et s., octobre 2008.

V. déjà P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., n°23, part. p. 190 et 192.

<sup>699</sup> I. NAJJAR, *Le droit d'option...*, th. préc. ; G. MICHAELIDES-NOUAROS, « L'évolution récente de la notion de droit subjectif », RTD civ. 1966, p. 216 et s. spéc. p. 225 ; S. VALORY, *La potestativité...*, th. préc. n°41.

<sup>700</sup> G. MICHAELIDES-NOUAROS, « L'évolution récente de la notion de droit subjectif », art. préc.

<sup>701</sup> S. VALORY, *La potestativité...*, th. préc., n°41.

<sup>702</sup> I. NAJJAR, *Le droit d'option...*, th. préc., n°78.

<sup>703</sup> F. HAGE-CHAHINE, « Essai d'une nouvelle classification des droits privés », art. préc.

<sup>704</sup> I. NAJJAR, « La potestativité, notes de lecture », RTD civ. 2012, p. 601. V. égal. G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat, Essai de typologie*, LGDJ, 2012, deuxième partie « Les clauses de pouvoir », p. 440. L'auteur parle de « pouvoir » mais seulement dans le sens de droit potestatif.

<sup>705</sup> Il faut évidemment distinguer le pouvoir juridique du pouvoir factuel (v. not. E. DOCKÈS, « De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur », *Études offertes à Jean PÉLISSIER*, Dalloz, 2004, p. 203 ; P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir...*, th. préc., n°16 et s. ; rapp. A. JEAMMAUD, « Le pouvoir patronal visé par le droit du travail », in *L'identification du rapport de pouvoir*, SSL, 2 novembre 2008, suppl. n°1340, p. 15, qui distingue entre le pouvoir rapport-social et le pouvoir-prérogative).

<sup>706</sup> D. FENOUILLET, « La notion de prérogative... », art. préc., spéc. n°37. « *Si l'on définit le pouvoir par son effet, consistant à modifier la situation juridique d'autrui, la distinction [entre pouvoir et droit potestatif] devient floue* ».

*d'autrui* »<sup>707</sup>, « sans que le consentement du destinataire de cette modification soit requis »<sup>708</sup>. Ainsi, si l'on s'en tient à l'approche opposant le droit subjectif au pouvoir, le critère de distinction proposé a d'autant plus d'importance lorsqu'il s'agit de différencier le pouvoir du droit potestatif. Concrètement, si les changements des conditions de travail des salariés doivent se faire dans un « intérêt partiellement distinct » de celui de l'employeur, alors il n'est pas possible de parler de droit subjectif, fut-il potestatif<sup>709</sup>. Or il est possible de voir dans la formulation même de la Cour de cassation qui oblige l'employeur à agir dans l'intérêt de l'entreprise, un intérêt différent, au moins partiellement, du sien propre. Ce postulat résiste-t-il à l'analyse ?

**166. Plan.** Le concept de l'intérêt de l'entreprise est ambigu. Standard<sup>710</sup> limitant le pouvoir de l'employeur, il renvoie d'abord aux difficultés d'appréhension du concept même d'entreprise (I). Or, de l'approche faite de l'entreprise, dépend la définition de « son » intérêt (II).

### **I. Le concept d'entreprise**

**167. « Insaisissable et incontournable »**<sup>711</sup>. Il est difficile d'appréhender l'entreprise (A), particulièrement lorsqu'une personne morale l'organise (B).

---

<sup>707</sup> E. GAILLARD, *Le pouvoir...* th. préc., n°218 ; R. ENCINAS de MUÑAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, LGDJ, 1996, n°281 et 286.

<sup>708</sup> E. DOCKÈS, *Valeurs de la démocratie, huit notions fondamentales*, Dalloz, 2005, p. 93.

<sup>709</sup> Pour une telle approche cf. S. MIRABAIL, *La rétractation en droit privé français*, LGDJ, 1997, p. 176 et s. ; C. SÉVELY-FOURNIÉ, *Essai sur l'acte juridique extinctif...*, th. préc., n°316 à 346 ; M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, Étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, Economica, 2013, n°165 et s., spéc. en ce qui concerne l'employeur, n°184 et s. Les auteurs distinguent entre la rétractation ou l'extinction œuvre d'un pouvoir (car intérêt distinct du titulaire ou attribué dans le cadre d'une fonction) et la rétractation ou l'extinction œuvre d'un droit potestatif (intérêt propre du titulaire du pouvoir).

<sup>710</sup> V. not. B. TEYSSIÉ, « Intérêt de l'entreprise, aspects du droit du travail », D. 2004, p. 1680 ; G. COUTURIER, « L'intérêt de l'entreprise », in *Les orientations du droit contemporain. Écrits en l'honneur de Jean SAVATIER*, Presses universitaires de France, 1992 ; G. BOUCRIS-MAITRAL, « Intérêt social et intérêt de l'entreprise, des outils de contrôle du pouvoir privé », in *Le juge et la décision de gestion*, Dalloz, 2006, p. 25 ; Y. PAGNERRE, « L'intérêt de l'entreprise en droit du travail », in *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, Economica, 2011, p. 63 et s.

<sup>711</sup> A. SUPIOT, « Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise », RTD com. 1985, p. 621.

### A. La difficulté d'appréhension du concept d'entreprise

**168. Diversité des approches.** Mobilisant à la fois les sciences économiques, sociologiques et juridiques, le concept d'entreprise a suscité discussions et débats passionnés. Au sein même du droit, diverses branches s'y intéressent comme le droit commercial, le droit du travail, le droit fiscal et le droit de la concurrence<sup>712</sup>. Dès lors, les analyses sont souvent parcellaires. Les contours de l'entreprise apparaissent incertains et variables, dépendant du contexte dans lequel s'inscrit la réflexion<sup>713</sup>. Le droit du travail, par exemple, s'attache avant tout à la collectivité de travail<sup>714</sup> alors même qu'une entreprise peut se concevoir sans main-d'œuvre salariée. Il est difficile de parvenir à une notion univoque<sup>715</sup> d'autant plus qu'on est alors confronté à la diversité des entreprises, de leur taille, de leur activité et de leur mode de fonctionnement.

**169. L'entreprise, centre d'intérêts<sup>716</sup>.** Il est pourtant possible de parvenir à un certain consensus. Le plus souvent, l'entreprise est présentée comme une activité

---

<sup>712</sup> V. not. en droit du travail : M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, LGDJ, 1957 ; J. SAVATIER, « Les groupes de sociétés et la notion d'entreprise en droit du travail », in *Études de droit du travail offertes à André BRUN*, Librairie sociale et économique, 1974, p. 527 ; N. CATALA, *L'entreprise*, Dalloz, 1980 ; G. DUCHANGE, *Le concept d'entreprise en droit du travail*, LexisNexis, 2014.

Pour une critique de la théorie : G. et A. LYON-CAEN, « La doctrine de l'entreprise », in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Librairie technique, 1978, p. 599.

En droit commercial : G. BLANC, « Les frontières de l'entreprise en droit commercial (brève contribution...) », D. 1999, p. 415.

En droit de la concurrence : L. ARCELIN, *L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire*, Litec, 2003 ; L. IDOT, « La notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l'ordre concurrentiel », in *L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine PIROVANO*, éd. Frison-Roche, 2004, p. 523.

Pour la CJCE constitue une entreprise « toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de fonctionnement ». Ne correspondent pas à cette définition les organismes de sécurité sociale car leur fonction est exclusivement sociale. (CJCE, *Poucet et Pistre*, 17 février 1996, Rec. de jur. de la Cour de Justice, 1993, partie 1).

<sup>713</sup> F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz, 2005, 7<sup>ème</sup> éd., n°285.

<sup>714</sup> J. SAVATIER, « Les groupes de sociétés et la notion d'entreprise en droit du travail », art. préc. ; J. BARTHÉLÉMY, « Collectivité du personnel et notion d'entreprise », D. 2000, p. 279.

<sup>715</sup> Cf. not. P. DURAND, « La notion juridique d'entreprise, rapport », in *La notion juridique de l'entreprise, Travaux de l'Association Henri CAPITANT*, tome III, Dalloz, 1948, p. 45 ; J. HILAIRE, « Une histoire du concept d'entreprise », Arch. phil. dr., t. 41, 1997, p. 341 et s. ; Th. LAMARCHE, « La notion d'entreprise », RDT com. 2006, p. 709 ; P.-Y. VERKINDT, « L'entreprise », in *Les notions fondamentales du droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, 2009, p. 44 et s. ; Y. PAGNERRE, « L'intérêt de l'entreprise en droit du travail », art. préc.

<sup>716</sup> G. FARJAT, « Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts », RTD civ. 2002, p. 221.

économique<sup>717</sup>, organisée autour de moyens matériels et humains<sup>718</sup>, chapeauté par une autorité<sup>719</sup>, un centre de décision. Modèle d'actions collectives<sup>720</sup>, l'entreprise rassemble des intérêts multiples<sup>721</sup>. Appréhendée dans sa dimension interne, elle intègre les salariés. Appréhendée dans sa dimension externe, elle renvoie notamment à ses fournisseurs, ses créanciers et ses clients. L'éventuelle intervention d'une ou plusieurs personnes morales complexifie la problématique.

## B. *Entreprise et société*

**170. De l'autonomie du concept d'entreprise.** Si une seule personne physique peut être à la fois le fondateur, l'apporteur de biens et de capitaux et le dirigeant de l'entreprise, il y a le plus souvent dissociation. L'employeur, personne morale, prend alors fréquemment la forme d'une société. Aux conflits d'intérêts entre associés/actionnaires et dirigeants (1) s'ajoute alors la confusion, qu'il faut s'efforcer d'éviter, entre la société proprement dite et l'entreprise (2).

### 1. *Les conflits d'intérêts dans la société*

**171. Quel(s) intérêt(s) ?** Le droit des sociétés s'intéresse à l'entreprise, mais sous un angle particulier. Les commercialistes s'interrogent surtout sur l'organisation du pouvoir au sein de la société et sur le contrôle subséquent de ses dirigeants. La question a d'autant plus d'impact que la société est de type managérial<sup>722</sup>. Plus grandes sont les sociétés, plus la séparation entre la propriété et le contrôle de la société est

<sup>717</sup> L'activité économique ne se confondant pas nécessairement avec une activité lucrative : cf. P. LE CANNU, « La notion juridique d'entreprise », LPA, 14 mai 1986, p. 22 ; Th. LAMARCHE, « La notion d'entreprise », art. préc., spéc. n°23 à 28.

<sup>718</sup> Y. PAGNERRE, « L'intérêt de l'entreprise... », art. préc. ; M. COZIAN, A. VIANDER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 2015, 28<sup>ème</sup> éd., n°16.

<sup>719</sup> J. SAVATIER, « Les groupes de sociétés et la notion d'entreprise ... », art. préc., p. 528 ; N. CATALA, *L'entreprise, op. cit.*, n° 2 et s. ; Y. PAGNERRE, « L'intérêt de l'entreprise », art. préc., n°116 ; F. VARCIN, *Le pouvoir patronal de direction*, th. préc., n°10.

L'article L. 1224-2 et le transfert « d'entreprise » qu'il prévoit peut paraître difficilement conciliable avec l'existence d'une autorité (A. SUPLOT, *Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise*, art. préc. ; Y. PAGNERRE, « L'intérêt de l'entreprise... », art. préc.). Pourtant l'existence d'un encadrement a pu être pris en considération : Cass. soc., 18 juillet 2000, Dr. soc. 2000, p. 845.

<sup>720</sup> A. HATCHEL et B. SEGRESTIN, « La société contre l'entreprise ? Vers une norme d'entreprise à progrès collectif », in *Représentation, modèles et normes pour l'entreprise*, Dr. et Soc., 2007, n° 65, p. 27.

<sup>721</sup> J. PAILLUSSEAU, « L'EUURL ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle », JCP G. 1986, II, 14684.

<sup>722</sup> C'est-à-dire les sociétés au capital dispersé et dont les dirigeants ne sont pas actionnaires (ou ne détiennent qu'une part non significative du capital).

importante<sup>723</sup>. Les dirigeants bénéficient de fait de davantage d'autonomie. D'où la question récurrente de savoir dans quel(s) intérêt(s) ils doivent agir<sup>724</sup>. S'agit-il de l'intérêt des seuls associés<sup>725</sup> – pour lesquels il faut effectivement dégager un intérêt commun<sup>726</sup> – de la société en tant que personne morale<sup>727</sup> – si l'on admet qu'elle ait bien un intérêt propre distinct de celui des actionnaires<sup>728</sup> – ou de l'intérêt de l'entreprise alors compris comme un intérêt transcendant les différents acteurs intéressés à l'entreprise exploitée par la société ? De la réponse dépendent les contrôles dont les dirigeants peuvent ou doivent faire l'objet. C'est dans ce cadre que s'inscrit la réflexion

---

<sup>723</sup> Th. COUTROT et A. REBERIOUX, « Gouvernance d'entreprise : quels pouvoirs pour quelles finalités ? », in *Économie solidaire et démocratie économique*, travaux du Conseil scientifique d'Attac, 2005.

<sup>724</sup> A. PIROVANO, « La « boussole » de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? », D. 1997, p. 189.

<sup>725</sup> Position, not. de : D. SCHMIDT, « De l'intérêt social », JCP E. 1995, 488 ; J.-F. HAMELIN, *Le contrat-alliance*, Economica, 2012, spéc. n°164.

<sup>726</sup> Cf. art. 1833 du Code civil : « Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés ».

Sur cet intérêt commun, cf. D. SCHMIDT, « De l'intérêt commun des associés », art. préc. ; J.-F. HAMELIN, *Le contrat-alliance*, th. préc. n°148 et s. ; L. MAUPAS, « Intérêt commun : une notion conceptuelle et fonctionnelle », in *Le droit entre tradition et modernité, Mélanges à la mémoire de Patrick COURBE*, Dalloz, 2012, p. 431 ; S. LEQUETTE, *Le contrat-coopération...*, thèse préc., n°84 et s. et du même auteur : « Entre le contrat-échange et le contrat organisation : le contrat-coopération », RdA 2013, p. 66.

<sup>727</sup> Cf. C. MAILLY-MASSON, « L'intérêt social, une notion fondamentale », LPA, 9 novembre 2000, n°224, p. 6 ; Ph. BISSARA, « L'intérêt social » Rev. soc. 1999, p. 11.

Rappr. le célèbre arrêt « *Fruehauf* », CA Paris, 22 mai 1965, JCP G. 1965, II, 14274 bis ; D. 1968, p. 147, note R. CONTIN : « L'intérêt social n'est pas [...] réductible aux intérêts de l'unanimité des associés ». – CA Montpellier, 7 janvier 1980, Gaz. Pal., 1980, I, p. 362.

<sup>728</sup> Les auteurs s'appuient notamment sur l'abus de bien sociaux, l'infraction étant réprimée même lorsque la décision litigieuse a été approuvée par les associés, pour considérer qu'il y a bien un intérêt propre à la société, supérieur aux seuls actionnaires. (ex : Cass. crim, 30 septembre 1991, Rev. Soc., 1992, p. 356) cf. A. CONSTANTIN, « L'intérêt social, quel intérêt ? », in *Études offertes à Barthélémy MERCADAL*, éd. Francis Lefebvre, 2002, p. 317 ; P. BEZARD, « Face-à-face entre la notion française d'intérêt social et le gouvernement d'entreprise », LPA, 12 février 2004, n°31, p. 45.

Rappr. des définitions données de l'abus de majorité (décision prise « contrairement à l'intérêt général et dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment de ceux de la minorité » : Cass. com., 18 avril 1961, JCP G. 1961, II, 12164, note D. BASTIAN) et de minorité (décision « contraire à l'intérêt général de la société [qui] aurait interdit la réalisation d'une opération essentielle pour celle-ci, et dans l'unique dessein de favoriser [les] propres intérêts [des minoritaires] au détriment de l'ensemble des autres sociétés » : Cass. com., 15 juillet 1992, Bull. civ. IV, n°279. – Cass. com., 9 mars 1993, D. 1993, p. 363, note Y. GUYON ; JCP E. 1993, II, 148, note A. VIANDIER). (C'est nous qui soulignons).

sur la « gouvernance des entreprises »<sup>729</sup> tendant à responsabiliser les directions de sociétés<sup>730</sup>.

**172. Quel contrôle ?** Si le législateur a plutôt emprunté la voie de l'encadrement et du contrôle des pouvoirs des dirigeants au bénéfice des seuls actionnaires, la doctrine a pu défendre d'autres propositions. Ainsi se sont développées les théories dites des « stakeholders » (mot-à-mot « parties prenantes ») incitant les dirigeants à prendre en considération non seulement les intérêts des actionnaires mais également de tous ceux intéressés, au sens large, à la marche de l'entreprise<sup>731</sup>. De là, en quelque sorte, a-t-on pu assister à un renouveau de l'intérêt de l'entreprise. Mais la confusion qui a pu en résulter entre la société et l'entreprise doit être dénoncée<sup>732</sup>.

## 2. La distinction entre la société et l'entreprise

**173. Des contours différents.** L'amalgame est, il est vrai, aisé. Très souvent, l'entreprise épouse les contours de la société. Cependant, une entreprise peut exister en l'absence même de société ou, à l'inverse, en regrouper plusieurs. Tel est par exemple le cas de l'unité économique et sociale<sup>733</sup> ou du groupe de sociétés<sup>734</sup>. À l'inverse, s'il est

---

<sup>729</sup> « Le gouvernement des entreprises recouvre l'ensemble des mécanismes organisationnels qui ont pour effet de délimiter les pouvoirs et d'influencer les décisions des dirigeants, autrement dit, qui « gouvernent » leur conduite et définissent leur espace discrétionnaire » : G. CHARREAUX, *Le gouvernement des entreprises*, Economica, 1997, p. 1.

<sup>730</sup> Participe également de cette tendance la responsabilité sociale des entreprises (RSE), qui incite les dirigeants à prendre en considération les conséquences de l'activité déployée sur l'environnement social et environnemental de l'entreprise. Sur ce point, v. par ex. M. CAPRON et F. QUAIREL-LANOIZELÉE, *La responsabilité sociale d'entreprise*, éd. La découverte, 2004. Pour une typologie des principaux courants en matière de RSE, cf. A. ACQUIER et F. AGGERI, « Une généalogie de la pensée managériale sur la RSE », *Revue française de gestion* 11/2007, n°180 p. 131-157.

<sup>731</sup> Th. COUTROT et A. REBERIOUX, « Gouvernance d'entreprise : quels pouvoirs pour quelles finalités ? », art. préc. ; J.-F. HAMELIN, *Le contrat-alliance*, th. préc., n°159.

<sup>732</sup> J. TERRAY, « La société : une traduction bien vivante », *JCP G.* 1984, I, 3154 ; N. CATALA, *L'entreprise*, op. cit. ; F. DEBOISSY, « Le contrat de société, Rapport français », in *Le contrat, travaux de l'Association Henri CAPITANT*, Société de législation comparée, 2008, p. 119 et s. spéc. n°13 et s. ; J.-F. HAMELIN, « Le contrat-alliance », th. préc. n°160.

<sup>733</sup> V. sur ce point cf. not. G. BLANC-JOUVAN, « L'unité économique et sociale et la notion d'entreprise », *Dr. soc.* 2005, p. 68.

<sup>734</sup> V. sur ce point cf. not. J. SAVATIER, « Les groupes de sociétés et la notion d'entreprise en droit du travail », art. préc.

vrai que la société peut être considérée comme une technique d'organisation d'entreprise<sup>735</sup>, il ne s'agit pas là de sa seule vocation<sup>736</sup>.

**174. Des natures différentes.** Au demeurant, l'entreprise est dépourvue de la personnalité morale<sup>737</sup>, ce qui n'est pas le cas, en principe, de la société. La première intègre en son sein la collectivité des salariés, la deuxième en est l'employeur. Les salariés font partie de l'entreprise mais non de la société<sup>738</sup>. Il est, dans ces conditions, difficile d'admettre que l'intérêt social<sup>739</sup> puisse être celui de l'entreprise<sup>740</sup>. Demeure donc la question de l'existence d'un intérêt propre à l'entreprise. Ya-t-il, au-delà des conflits, place pour un intérêt supérieur à celui des différents membres de l'entreprise ? A défaut, pourrait-on, peut-être, arguer d'un intérêt commun.

## II. Les diverses approches de l'intérêt de l'entreprise

**175. Conceptions et idéologies.** De la représentation que chacun se fait de l'entreprise dépend l'appréhension de « son » intérêt. Il n'est pas certain qu'une conciliation puisse jamais exister tant sont en réalité en cause les conceptions idéologiques et philosophiques de leurs auteurs<sup>741</sup>. Ainsi a pu être défendue la

<sup>735</sup> J. PAILLUSSEAU, *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, Sirey, 1967, p. 196 et s. ; « L'efficacité des entreprises et la légitimité du pouvoir », LPA, 19 juin 1996, n°74, p. 17.

<sup>736</sup> M. COZIAN, A. VIANDER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 2014, 28<sup>ème</sup> éd., n°14 à 24. Les auteurs distinguent par exemple les sociétés, technique d'organisation d'entreprise, technique d'organisation du partenariat, technique d'organisation du patrimoine ou société simple instrument d'optimisation.

<sup>737</sup> J. HILAIRE, « Une histoire du concept d'entreprise », art. préc., spéc. p. 349.

<sup>738</sup> N. CATALA, *L'entreprise*, op. cit. Sauf les hypothèses de salarié-actionnaire dans certaines sociétés. Mais c'est en qualité d'actionnaire que ce dernier ferait partie de la société, et non en sa qualité de salarié.

<sup>739</sup> Sur l'intérêt social, v. not. M. COZIAN, A. VIANDER et F. DEBOISSY, *Droit des Sociétés*, op. cit., n°408 et 409 ; D. SCHMIDT, « De l'intérêt social », art. préc. ; A. CONSTANTIN, « L'intérêt social, quel intérêt ? », art. préc. ; G. GOFFAUX-CALLEBAUT, « La définition de l'intérêt social, retour sur la notion après les évolutions législatives récentes », RTD com. 2004, p. 35 ; D. MARTIN, « L'intérêt des actionnaires se confond-il avec l'intérêt social ? », in *Liber amicorum Dominique Schmidt*, éd. Joly, 2005, p. 360 ; G. BOUCRIS-MAITRAL, « Intérêt social et intérêt de l'entreprise... », art. préc. ; J.-F. HAMELIN, *Le contrat-alliance*, th. préc., n°157 à 166.

<sup>740</sup> *Contra* J. PAILLUSSEAU, *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, op. cit., p. 196 à 201.

<sup>741</sup> A. LYON-CAEN, note sous Cass. soc., 13 octobre 1977, D. 1978, jur. p. 350 ; J. SAVATIER, « Pouvoir patrimonial et direction des personnes », art. préc. ; A. SUPIOT, « Groupes de sociétés et paradigme ... », art. préc.

Le même débat d'idées oppose les sociologues et politologues lorsqu'ils définissent le concept de « pouvoir ». Il s'agit en réalité de défendre sa vision idéologique ou politique de la Société (S. LUKES

reconnaissance de l'existence d'un intérêt supérieur au groupement considéré (A), ou simplement commun (B). Mais ne devrait-on pas, plutôt, cesser de considérer « l'intérêt de l'entreprise » comme davantage que l'intérêt de l'employeur et l'analyser comme une part de ce dernier (C)?

*A. L'intérêt de l'entreprise, un intérêt supérieur ?*

**176. La théorie institutionnelle de l'entreprise.** Selon l'analyse institutionnelle, notamment inspirée des réflexions d'Hauriou sur l'administration publique<sup>742</sup>, l'entreprise est une organisation sociale où le pouvoir du responsable de l'organisation, nécessaire à son fonctionnement, apparaît inhérent à sa qualité<sup>743</sup>. Cette conception voit dans l'intérêt de l'entreprise davantage que la somme des parties qui la composent<sup>744</sup>. L'entreprise est considérée comme porteuse de valeurs propres, transcendant celles de ses membres<sup>745</sup>. Une telle position amène inéluctablement à une personnalisation de l'entreprise<sup>746</sup>.

Dans cette hypothèse, l'intérêt de l'entreprise apparaît effectivement comme au moins partiellement distinct de celui de l'employeur, que ce dernier soit une personne physique ou morale. Une telle analyse, compatible avec le critère de distinction proposé, invite

[Power : a radical view, Londres, Macmillan, 1974] cité par G. ROCHER in « Droit, pouvoir et domination », *Sociologie et sociétés*, vol. 18, n°1, 1986, p. 33. [en ligne] : <https://www.erudit.org/revue/socsoc/1986/v18/n1/001652ar.pdf>

<sup>742</sup> M. HAURIOU, « La théorie de l'institution et de la fondation », *Cahier de la Nouvelle journée*, 1910, n°4. Pour cet auteur, une institution suppose un groupement, une mission, une structure et un ordre juridique régissant les rapports internes.

<sup>743</sup> P. DURAND, *Traité du droit du travail*, tome 1, Dalloz, 1947 ; « Rapport sur la notion de l'entreprise », in *La notion juridique de l'entreprise, Travaux de l'Association Henri CAPITANT*, tome III, Dalloz, 1948, p. 45 et s. L'auteur établit un parallèle avec la société politique en considérant que le pouvoir de direction correspond au pouvoir exécutif, le pouvoir normatif au pouvoir législatif et le pouvoir disciplinaire au pouvoir judiciaire.

V. déjà A. LÉGAL et J. BRÈTHE DE LA GRESSAYE lesquels expliquaient le pouvoir dans l'entreprise par l'existence d'une collectivité hiérarchisée (in *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, *op. cit.*).

<sup>744</sup> V. déjà R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, Paris, 1910, rééd. La Mémoire du Droit, 2003, p. 508 : « Il n'est pas douteux qu'une collectivité [...] se distingue absolument de chacune des individualités qui la constitue. Elle constitue un mécanisme construit avec des individualités, mais distinct de la somme de ces individualités, exactement [...] comme une machine se distingue des rouages dont elle est formée ».

<sup>745</sup> B. TEYSSIÉ, « L'intérêt de l'entreprise, aspects de droit du travail », art. préc. ; G. BOUCRIS-MAITRAL, « Intérêt social et intérêt de l'entreprise... », art. préc. ; J. BARTHÉLÉMY, « L'intérêt de l'entreprise », *Les Cahiers du DRH*, 2008 ; J.-Y FROUIN, « Protection de la personne du salarié, intérêt de l'entreprise et construction prétorienne du droit du travail », *JCP E*, 2010, p. 1087.

<sup>746</sup> La formule de DESPAX est restée célèbre : « L'entreprise est un sujet de droit naissant » (*L'entreprise et le droit*, *op. cit.*). V. aussi Y. GUYON, *Droit des affaires*, tome 1. *Droit commercial général et sociétés*, 1986, 4<sup>ème</sup> éd., n°644.

alors à raisonner en termes de pouvoir par opposition à ceux de droit subjectif. Dès lors, il serait erroné de recourir au concept de droit potestatif. L'employeur n'aurait sur la situation juridique de ses salariés que des pouvoirs et non des droits. Le concept de droit potestatif serait inutile. Cependant, cette approche occulte la dimension conflictuelle pourtant inhérente au pouvoir en général<sup>747</sup> et à l'entreprise en particulier.

### *177. L'obstacle de l'antagonisme des intérêts présents dans l'entreprise.*

L'entreprise rassemble en son sein des intérêts qui peuvent se révéler parfois fortement opposés<sup>748</sup>, notamment lorsque celle-ci épouse les contours d'une société. Ainsi peuvent se heurter les intérêts des apporteurs de capitaux, celui des dirigeants et bien évidemment, celui des salariés. Pour certains, l'antagonisme est si fort que le concept d'entreprise est présenté comme une « *mystification* »<sup>749</sup>. D'autres, moins catégoriques, considèrent que l'entreprise est bien une réalité, mais que la reconnaissance des différentes catégories d'intérêts qui la composent interdit de lui reconnaître la personnalité morale<sup>750</sup>. Il est effectivement possible de considérer que les éléments nécessaires à la reconnaissance de la personnalité morale<sup>751</sup> ne sont pas suffisamment concrétisés dans l'entreprise. Pour autant, l'absence formelle de personnalité juridique n'interdit pas la reconnaissance d'un intérêt propre, du moins collectif, au groupe considéré<sup>752</sup>. Pourrait-on découvrir un tel intérêt dans l'entreprise ? La coexistence d'intérêts catégoriels antagonistes, ne serait-ce que ceux opposant l'employeur d'une

<sup>747</sup> E. FARGES, « Du pouvoir en général au pouvoir politique », DEES 107, Mars 1997, p. 45 et s. spéc. p. 47.

V. déjà M. WEBER, *Économie et Société*, 1921, trad. Française, Plon, 1959 : « *Le pouvoir est chaque chance d'imposer sa propre volonté au sein d'une relation sociale, même contre des résistances, peu importe sur quoi repose cette chance* » (c'est nous qui soulignons). Une telle approche du pouvoir implique une relation conflictuelle et inégalitaire entre le détenteur du pouvoir et ceux amenés à le subir.

<sup>748</sup> G. COUTURIER, « L'intérêt de l'entreprise », art. préc.

<sup>749</sup> G. et A. LYON-CAEN, « La doctrine de l'entreprise », art. préc.

<sup>750</sup> E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé...*, th. préc. ; N. BARUCHEL, *La personnalité morale en droit privé, éléments pour une théorie*, LGDJ, 2004, n°647 et s.

<sup>751</sup> « *Attendu que la personnalité civile n'est pas une création de la loi ; qu'elle appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés...* » : Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 28 janvier 1954, D. 1954, jur. p. 217, note G. LEVASSEUR ; JCP G. 1954, II, 7978, concl. LEMOINE (Comité d'établissement). – Cass. soc., 23 janvier 1990, JCP E. 1990, II, 15755, note M. NEVO ; Rev. soc. 1990, p. 144, note R. VATINET (Comité de groupe). – Cass. soc., 17 avril 1991, JCP E. 1991, II, 229, note H. BLAISE.

<sup>752</sup> Un exemple typique en est donné par les sociétés qui n'ont pas (encore) la personnalité morale. Cf. B. DONDERO, *Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé, contribution à la théorie de la personnalité morale*, PUAM, 2006 (qui d'ailleurs considère que pour l'entreprise un tel intérêt commun n'existe pas).

part, les salariés de l'autre, est telle qu'il paraît difficile de reconnaître l'existence d'un intérêt supérieur. Un intérêt convergent, commun, aux deux parties ne se dégagerait-il pas cependant ?

*B. L'intérêt de l'entreprise, un intérêt commun ?*

**178. L'intérêt commun, un intérêt partiellement distinct ?** L'intérêt de l'entreprise recouvre ce qui est nécessaire à son fonctionnement, à son développement et à sa survie<sup>753</sup>. Tous les acteurs de l'entreprise ont alors intérêt à sa prospérité. En ce sens, on peut admettre qu'il s'agisse bien d'un enjeu commun<sup>754</sup>. Des mécanismes incitent d'ailleurs le salarié, concrètement, à avoir intérêt à cette prospérité. La rémunération variable, fonction des résultats de l'entreprise, l'octroi de stock-options, les dispositifs de participation et d'intéressement en sont autant d'exemples. Ici la réussite de l'entreprise est en effet un intérêt partagé entre l'employeur et ses salariés. Mais les intérêts du salarié ne se réduisent pas à cet intérêt partagé. De plus, le système reste lacunaire<sup>755</sup>. En principe, si la réussite de l'entreprise est bien l'intérêt immédiat de l'employeur qui l'exploite, elle demeure l'intérêt médiate des salariés. Ces derniers contractent avant tout afin de se voir garantir un travail et une rémunération, non pour la plus-value qui pourrait en résulter<sup>756</sup>.

En outre, même à prôner un intérêt commun, il ne serait pas possible de le définir comme un intérêt partiellement distinct de son bénéficiaire. En effet, l'intérêt commun est en réalité une part de l'intérêt propre de chacun des acteurs. Il ne serait donc pas, à proprement parler, distinct de l'intérêt de l'un ou de l'autre. Dans ces conditions, le critère de distinction proposé entre le droit subjectif et le pouvoir perd de sa pertinence.

**179. La méthode du bilan des intérêts en présence.** Considérer que l'intérêt de l'entreprise est le point de convergence d'intérêts distincts nécessite de raisonner en

---

<sup>753</sup> B. TEYSSIÉ, « L'intérêt de l'entreprise », art. préc. ; J.-Y. FROUIN, « Protection de la personne ... », art. préc.

<sup>754</sup> N. CATALA, *L'entreprise, op. cit.* n°120 *in fine* et 165.

<sup>755</sup> Rappr. B. DONDERO, *Les groupements dépourvus de personnalité juridique...*, th. préc., n°446. Pour l'auteur, pour qu'il y ait un réel intérêt commun aux membres de l'entreprise, il faudrait que les salariés soient intéressés aux résultats de l'entreprise de la même manière que les actionnaires/associés le sont. On peut songer alors aux sociétés coopératives et participatives dont les salariés sont associés majoritaires.

<sup>756</sup> Rappr. Y. PAGNERRE, « La cause instrument de qualification du contrat de travail », *in La cause en droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, 2013, p. 30 et s., n°48 ; G. DUCHANGE, *Le concept d'entreprise en droit du travail*, th. préc., n°220.

termes de pesée des intérêts en présence. C'est ainsi que certains auteurs<sup>757</sup> ont proposé la « méthode du bilan » propre à la jurisprudence administrative. Mais une telle méthode ne revient-elle pas à promouvoir d'abord un intérêt catégoriel, à la condition qu'il soit légitime, pour ensuite le confronter aux autres intérêts catégoriels présents dans l'entreprise ? La réussite de l'entreprise ne permet-elle pas, justement, d'imposer des décisions aux salariés contraires à leurs intérêts personnels ? Lorsque l'employeur change les conditions de travail de ses salariés, c'est bien que la rentabilité de l'entreprise s'impose au détriment des intérêts de la collectivité ou des intérêts propres des salariés. Le volet économique est préféré au volet social. Autrement dit, ne s'agit-il pas (encore et toujours) d'opposer l'intérêt de l'employeur à celui des salariés ?

Au lieu de voir dans l'intérêt de l'entreprise davantage que le seul intérêt de l'employeur, ne faudrait-il pas, au contraire, l'appréhender comme une « part » de son intérêt propre ? L'ajout d'une finalité à un droit ne modifie pas sa nature. Son exercice demeure soumis à l'intérêt de son titulaire. N'est-ce pas la situation que l'on retrouve dans le contrat de travail où l'intérêt de l'entreprise renvoie en réalité au respect d'une finalité particulière, celle de l'activité économique poursuivie ?

### *C. L'intérêt de l'entreprise, une part de l'intérêt de l'employeur*

**180. De l'importance des relations considérées.** Les cartes sont en réalité brouillées dès lors que la problématique du pouvoir concerne tant la relation employeur-détenteur de pouvoir (1), intéressant surtout le droit commercial, que la relation employeur-salarié (2) intéressant en particulier le droit du travail. Or si dans la première hypothèse, la référence à un intérêt partiellement distinct est nécessaire – du moins lorsqu'il y a dissociation entre l'employeur (la société) et le détenteur du pouvoir (personne physique) – ce n'est pas le cas dans la seconde.

#### *1. La relation employeur-détenteur de pouvoir*

**181. L'hypothèse de la dissociation entre l'employeur et le détenteur du pouvoir.** Lorsque l'employeur est une personne morale, plus particulièrement une société pluripersonnelle, l'intervention d'une ou plusieurs personnes physiques est nécessaire. Il

---

<sup>757</sup> A. LYON-CAEN, note sous Cass. soc., 13 octobre 1977, préc. ; E. GAILLARD, *Le pouvoir...*, th. préc. n°301 et s., spéc. n°302 et « La représentation et ses idéologies en droit privé français », in *La représentation*, Droits, n°6, 1987, p. 91.

faut alors effectivement différencier les intérêts personnels que peut poursuivre le détenteur du pouvoir personne physique, de ceux de la personne morale proprement dite, ou de ses associés<sup>758</sup>. Mais le détenteur du pouvoir agit alors comme un simple représentant de l'employeur<sup>759</sup>. En arrêtant ses décisions au nom de la société et dans l'intérêt de cette dernière, il ne manifeste pas sa propre volonté mais celle de cette dernière<sup>760</sup>. Autrement dit, simple intermédiaire permettant à l'employeur de s'exprimer, il met en œuvre les droits subjectifs de celui-ci. Il est vrai que les organes d'une personne morale ne disposent pas seulement de pouvoirs de représentation mais aussi de pouvoirs propres<sup>761</sup>. Mais, vis-à-vis des salariés, c'est bien en tant que représentant de l'employeur que la personne physique agit<sup>762</sup>. Evidemment surgit la question de savoir si « un pouvoir de décider », une « liberté de choisir », le demeure lorsqu'il s'exerce par l'entremise de la volonté d'autrui<sup>763</sup>. On peut effectivement en douter, et ce d'autant plus si les dirigeants sont regardés comme les représentants de la personne morale en tant que telle. S'ils sont au contraire considérés comme les représentants des seuls actionnaires, le contrôle dont ils peuvent faire l'objet permet d'atténuer la remarque.

---

<sup>758</sup> F. GAUDU et R. VATINET, *Traité des contrats, Les contrats de travail, contrats individuels, conventions collectives et actes unilatéraux*, LGDJ, 2001, n°190 : « Dans les entreprises qui ont la forme d'une société, le chef d'entreprise agit pour le compte des détenteurs du capital (et en ce sens, il est effectivement détenteur de pouvoirs) ».

<sup>759</sup> Contra E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé...*, th. préc. ; M. CANTIN CUMYN, « Le pouvoir juridique », *Revue de droit McGill* 2007, vol. 52, p. 215. Les auteurs raisonnent par rapport à l'entreprise. Au vu des intérêts antagonistes au sein de celle-ci, ils considèrent que le chef d'entreprise ne peut pas être un simple représentant. Mais si la réflexion se fait par rapport à l'employeur, personne morale, ce raisonnement ne tient plus. (Que l'on reconnaisse à ce dernier un intérêt propre supérieur à ses membres, ou que l'on ne considère que l'intérêt commun des seuls actionnaires).

<sup>760</sup> Ph. MALAURIE, *Droit des personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, LGDI, 2016, 8<sup>ème</sup> éd., n°433 et 434 : « La personne morale ne peut agir elle-même ; elle ne peut le faire qu'au moyen d'organes qui expriment sa volonté.[...]L'organe est l'expression même de la personne morale dont la responsabilité est directement engagée ».

<sup>761</sup> F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 2013, 11<sup>ème</sup> éd., n°174 ; M. STORCK, « Contrats et obligations : représentation dans les actes juridiques », *J.-Cl. Civil, Code*, art. 1119, mai 2010.

<sup>762</sup> M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Les sociétés commerciales*, tome 2, LGDJ, 2014, 21<sup>ème</sup> éd., n°1667 : « L'administration de la société par ses organes résulte à la vérité de la mise en œuvre de deux pouvoirs différents et complémentaires qui sont parfois cumulés par les mêmes personnes. Le pouvoir de décision concerne le processus de l'élaboration de la volonté sociale. Le pouvoir de représentation concerne l'exécution, dans les rapports avec les tiers, des opérations autorisées par les organes de décision compétents. Une délibération prise par une assemblée d'associés relève du pouvoir de décision ; son exécution par les dirigeants met en œuvre le pouvoir de représentation ». (C'est l'auteur qui souligne).

<sup>763</sup> Ch. EISENMANN, « Une nouvelle conception du droit subjectif ... », art. préc., spéc. p. 763.

**182. L'hypothèse de la confusion entre le détenteur de pouvoir et l'employeur.** Dès lors qu'il n'est pas possible de distinguer deux personnes juridiques autonomes entre l'employeur et le détenteur de pouvoir, il ne peut s'agir de vérifier que l'un agit dans l'intérêt d'un autre. Sans doute faut-il rapprocher cette hypothèse de confusion *de droit*, lorsque l'employeur est une personne physique, des hypothèses de confusion *de fait*, lorsque l'employeur est bien une personne morale mais qu'elle est dominée et dirigée par une seule personne physique qui aurait apporté les biens et le capital nécessaires au fonctionnement de l'entreprise<sup>764</sup>.

Dans ces conditions, l'intérêt de l'entreprise ne peut pas être appréhendé sous l'angle d'un intérêt partiellement distinct du titulaire du pouvoir. En revanche, il peut l'être sous l'angle d'une finalité à respecter dès lors que ce qui prévaut est le contrat de travail, c'est-à-dire la relation entre l'employeur et le salarié.

## 2. La relation employeur-salarié

**183. La finalité économique poursuivie.** Peu importe en réalité la nature de l'exploitant. La référence à l'intérêt de l'entreprise dans le cadre du changement des conditions de travail concerne les relations employeur-salarié et non les éventuels rapports entre détenteur de pouvoir et employeur. Le concept de pouvoir demeure pertinent lorsqu'il s'agit d'appréhender l'autorisation dont dispose une personne à agir pour le compte d'autrui<sup>765</sup>. Mais l'intérêt d'autrui dont il est alors question, est l'intérêt de celui qui *subit* le pouvoir<sup>766</sup>.

Or, lorsque l'employeur change les conditions de travail de ses salariés, il ne s'agit pas pour lui d'agir dans l'intérêt de ces derniers mais de lier ses décisions à l'activité économique poursuivie. Autrement dit, l'employeur agit bien dans son intérêt mais dans son intérêt professionnel<sup>767</sup>. Il doit respecter une finalité particulière, celle résultant du fonctionnement, de la gestion de l'entreprise. À défaut, il le lui sera reproché<sup>768</sup>.

Il n'est donc pas certain que l'on puisse considérer que l'employeur agisse dans un intérêt partiellement distinct du sien. Dans ces conditions, l'existence même de contrats

<sup>764</sup> J. SAVATIER, « Pouvoir patrimonial ... », art. préc., spéc. p. 2 *in fine*.

<sup>765</sup> S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, *L'abus de droit dans les relations de droit privé*, th. préc., n°309.

<sup>766</sup> Ce qui est également le cas des hypothèses de pouvoir sans contrat, par ex. l'autorité parentale ou le pouvoir de l'Administration.

<sup>767</sup> Rappr. G. DUCHANGE, *Le concept d'entreprise en droit du travail*, th. préc., n°97.

<sup>768</sup> Sur le contrôle du respect de la finalité, V. infra n°369 et s. Sur la sanction du non-respect cf. infra n°450 et s.

de travail par lesquels les salariés acceptent de se soumettre à la subordination de l'employeur permet de raisonner en termes de « droit »<sup>769</sup> de l'employeur. Ce qui ne signifie pas pour autant que les intérêts des autres « parties prenantes » de l'entreprise, et notamment des salariés, n'ont pas à être pris en considération.

**184. La prise en considération du cocontractant.** Il n'est nul besoin d'affirmer l'existence d'un intérêt transcendant ou commun pour prendre en considération les intérêts des salariés. Au contraire, c'est bien la reconnaissance de la légitimité de leurs intérêts propres qui a permis, notamment, le développement des institutions représentatives du personnel et de la négociation collective. Il est possible de rester dans une approche conflictuelle des intérêts en présence<sup>770</sup> afin d'en faire prévaloir certains sur d'autres. Même l'éventuelle participation des salariés à la gestion de l'entreprise<sup>771</sup> – qui demeure limitée – ne se conçoit pas autrement que comme un conflit d'intérêts. En effet, si la finalité du dispositif est bien de prendre en considération le point de vue des salariés sur la stratégie de l'entreprise<sup>772</sup>, c'est bien que leur intérêt propre peut paraître différent de celui des actionnaires.

L'exercice d'un droit, même dit « égoïste » nécessite un minimum de prise en considération des intérêts d'autrui. N'est-ce pas le cas d'un propriétaire qui ne doit pas occasionner un trouble du voisinage ? Nul ne prétend pourtant admettre le droit de propriété comme un droit octroyé dans un intérêt partiellement distinct de celui de son propriétaire. En ce sens, il est vrai que le critère de l'intérêt partiellement distinct du

---

<sup>769</sup> F. GAUDU et R. VATINET, *Les contrats du travail...*, op. cit., n°190. À propos de l'expression de « pouvoir de direction », les auteurs s'interrogent justement sur la question de savoir « si l'employeur, comme c'est le cas, dirige le travail sur le fondement du contrat qui place le salarié en état de subordination, est-il titulaire d'un « pouvoir », ou pas plutôt d'un droit ? ». Et de conclure, après avoir expliqué les raisons de l'utilisation du vocabulaire utilisé, que « le contrat de travail, en obligeant le salarié à mettre sa force de travail à la disposition de l'entreprise, rend par là même l'employeur titulaire d'un droit de direction ».

<sup>770</sup> Le contrat de travail demeure un contrat-échange (S. LEQUETTE, *Le contrat coopération...*, th. préc., n°291). Pour autant, il faut bien une coopération du salarié. Celle-ci est nécessaire à « la réalisation [même] de l'échange » (G. DUCHANGE, *Le concept d'entreprise...*, th. préc., n°28 et s.).

<sup>771</sup> V. en particulier le système obligatoire instauré par la loi n°2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, consistant à imposer des représentants des salariés aux conseils de surveillance ou d'administration de sociétés (ou groupes) de plus de cinq mille salariés. Cf. E. JEANSEN et F. MARECHAL, « Participation des salariés à la gestion de l'entreprise, nouvelle formule », JCP S. 2013, 1272 ; G. AUZERO, « La représentation obligatoire des salariés dans les conseils d'administration et de surveillance », Dr. soc. 2013, p. 740.

<sup>772</sup> Article 13 de l'ANI du 11 janvier 2013 : « Afin de favoriser la prise en compte du point de vue des salariés sur la stratégie de l'entreprise, leur participation avec voix délibérative à l'organe de l'entreprise qui définit cette stratégie doit être assurée ».

titulaire peut prêter à confusion. Réservé au pouvoir par opposition au droit subjectif, on pourrait alors croire que l'intérêt d'autrui n'a jamais à être pris en considération lorsqu'est mis en œuvre un droit subjectif. Du moins, l'adverbe *partiellement* rend le critère relatif. C'est d'ailleurs pour cette raison que certains auteurs ne voient entre les droits subjectifs et les pouvoirs qu'une différence de degré et non de nature<sup>773</sup>.

En tout état de cause, il n'est pas nécessaire, dans la relation employeur-salarié, d'opposer le concept du pouvoir à celui de droit subjectif<sup>774</sup>. L'appréhension du changement des conditions de travail doit se faire à travers le contrat de travail. Il est alors légitime de parler de « droit ». Ce qui importe est l'intervention de l'unilatéralisme dans le contrat.

## Section II. L'intérêt de l'entreprise à l'épreuve du concept de droit potestatif

**185. Les caractéristiques du droit potestatif.** Un droit potestatif permet à son titulaire d'influer sur une situation juridique intéressant autrui (II) par une manifestation unilatérale de volonté (III). Il se caractérise par un lien de sujétion (I) interdisant à celui subissant la mesure de s'y opposer. Il s'agira ici de confronter ces critères au contrat de travail.

### I. Le lien de sujétion

**186. Le lien de sujétion du sujet passif.** Le droit potestatif se caractérise par un lien de sujétion unissant sujet actif et passif en vertu duquel le second est tenu de subir l'empiétement du premier sur sa situation juridique<sup>775</sup>. Ce lien de sujétion ne crée pas d'obligations à la charge du sujet passif mais empêche ce dernier de pouvoir s'opposer à l'exercice du droit potestatif. La volonté seule du titulaire suffit à modifier la situation juridique. L'efficacité du droit potestatif ne dépend pas de la volonté du sujet passif. Ce

---

<sup>773</sup> Position défendue not. par Ph. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, LGDJ, 2000, n°99 ; Th. FAVARIO, *L'intérêt de l'entreprise en droit privé français*, 2004, thèse, Lyon III, 2004, n°602 ; L. CADJET et Ph. le TOURNEAU, *Abus de droit*, Rép. civ. Dalloz, 2008, n°12.

V. d'ailleurs G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° Droit : le droit subjectif est défini comme une « *prérogative individuelle et sanctionnée par le Droit objectif qui permet à son titulaire de faire, d'exiger ou d'interdire quelque chose dans son propre intérêt ou, parfois, dans l'intérêt d'autrui* ». (C'est nous qui soulignons).

<sup>774</sup> E. DOCKÈS, *Valeurs de la démocratie*, op. cit.

<sup>775</sup> F. HAGE-CHAHINE, « Essai d'une nouvelle classification des droits privés », art. préc., spéc. n°48 à 50 ; S. VALORY, *La potestativité ...*, th. préc., n°37 et s.

dernier subit la décision de l'autre. En ce sens, le droit potestatif n'est, en lui-même, susceptible ni de violation ni d'inexécution, à la différence des droits réels et personnels traditionnels<sup>776</sup>. Certes, le sujet passif peut, ultérieurement, refuser la nouvelle situation résultant de l'exercice du droit potestatif, mais ce n'est pas remettre en cause l'établissement même de cette nouvelle situation. Autrement dit, l'efficacité du droit potestatif ne dépend pas de la volonté du sujet passif. Or le lien de subordination instauré par le contrat de travail entre l'employeur et le salarié permet ce même empiètement.

**187. Le lien de subordination du salarié.** On connaît la querelle ayant opposé au début du XX<sup>ème</sup> siècle les tenants de la subordination juridique à ceux de la subordination économique<sup>777</sup> et la position affirmée de la Cour de cassation en faveur de la première<sup>778</sup>. On connaît également l'évolution des entreprises – nouveaux schémas d'organisation du travail, introduction de nouvelles technologies, changement de la nature des prestations des salariés – et les incidences qu'elle a pu avoir sur l'appréhension de la subordination comme critère du contrat de travail<sup>779</sup>. Certes, l'amplitude et l'intensité de la subordination juridique varient selon d'une part

---

<sup>776</sup> I. NAJJAR, *Le droit d'option...*, th. préc., n°99 bis ; A. DUCROCQ, *Recherches sur la notion de droit potestatif*, mémoire préc., p. 24.

<sup>777</sup> La notion de subordination a rapidement émergé de la définition du contrat de travail, bien que le Code du travail n'en fasse pas état (cf. F. HORDERN, « Contrat de travail, lien de subordination et lois sociales », in *Du droit du travail aux droits de l'humanité, Études offertes à Philippe-Jean HESSE*, Presses universitaires de Rennes, 2003, p. 75). Les débats ont alors rapidement porté sur la question de savoir s'il devait s'agir d'une dépendance économique ou juridique. Certains prônaient la dépendance économique (cf. not. P. CUCHE, « Le rapport de dépendance, élément constitutif du contrat de travail », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1913, p. 412) mais la Cour de cassation a toujours consacré la dépendance juridique (Cass. civ., 24 avril 1925, DP 1927, I, 141, note Ch. FALCIMAIGNE). Pour autant ni celle-ci (En témoigne not. l'arrêt « Labbane » du 19 décembre 2000, Dr. soc. 2001, p. 227, obs. A. JEAMMAUD, prenant en considération la dépendance économique. Mais cet arrêt doit être davantage compris comme une sanction de la fraude à la loi plutôt que comme une réelle remise en cause du lien de subordination juridique) ni le législateur ne sont insensibles à la dépendance économique (cf. par exemple les extensions de la législation du travail à des travailleurs non salariés, ex. : articles L. 7321-1 et s. du Code du travail à propos des gérants de succursales et l'extension aux franchisés du régime légal par la jurisprudence : Cass. com., 4 décembre 2001, Bull. civ. V, n°373). Rapp. l'article L. 7412-1 du Code du travail sur les travailleurs à domicile précisant notamment « *qu'il n'y a pas lieu de rechercher s'il existe entre [ceux-ci] et le donneur d'ouvrage un lien de subordination juridique* ».

<sup>778</sup> Cass. civ., 6 juillet 1931, DP 1931, I, 121, préc. : « *La condition juridique d'un travailleur à l'égard de la personne pour laquelle il travaille ne saurait être déterminée par la faiblesse ou la dépendance économique du travailleur et ne peut résulter que du contrat conclu entre les parties [...]* ».

<sup>779</sup> V. par ex. en ce sens B. BOUBLI, « Le lien de subordination juridique : réalité ou commodité ? Réflexions sur la définition du contrat de travail à l'orée du XX<sup>ème</sup> siècle », *JSL*, 4 mai 1999, n°35, p. 4.

l'organisation et la forme de l'entreprise, et d'autre part le salarié considéré et la spécificité de son emploi. Mais si la relativité de cette subordination doit être soulignée, son existence doit être confirmée. Bien que transformé<sup>780</sup>, le lien de subordination juridique demeure<sup>781</sup>. L'employeur conserve la possibilité d'ordonner et de sanctionner. Au demeurant, le changement des conditions de travail tel qu'un changement d'horaires ou de lieu de travail concerne davantage les entreprises traditionnelles que les nouvelles formes de travail telles que le télétravail.

Ainsi, le salarié est tenu de se soumettre aux décisions unilatérales de l'employeur dès lors que celui-ci demeure dans les limites matérielles de son pouvoir. Le salarié n'a pas à consentir, il ne peut que subir. Que ce soit un changement des conditions de travail ou la mise en œuvre d'une clause de mobilité, une fois la décision de l'employeur prise, le salarié ne peut *a priori* qu'acter le changement dans sa situation juridique ainsi opéré. Certes, il pourrait refuser d'en tirer les conséquences, mais il se mettrait alors dans son tort. L'impossibilité d'obtenir l'exécution forcée tient en réalité au refus de recourir à la force physique<sup>782</sup>. Le changement des conditions de travail paraît ainsi bien relever de la catégorie des droits potestatifs.

## ***II. La modification unilatérale d'une situation juridique***

***188. Le contour de la situation juridique modifiée.*** La terminologie même employée par la chambre sociale de la Cour de cassation distinguant la modification du contrat de travail du changement des conditions de travail incite à ne pas considérer ces dernières comme des éléments du contrat de travail (A). Pourtant, en leur absence, le contrat ne pourrait être exécuté. Même à ne les considérer que comme des modalités, elles font partie du contenu du contrat (B).

### ***A. L'exclusion des conditions de travail***

***189. La portée de la distinction contrat/conditions de travail.*** Le droit potestatif a pour effet, si ce n'est de la créer ou de l'éteindre, de modifier la situation juridique du

---

<sup>780</sup> V. not. sur ce point J.-P. CHAUCHARD et A.-C. HARDY-DUBERNET (dir.), *La subordination dans le travail*, Cahier Travail et Emploi, la Documentation Française, 2003 ; N. PÉPIN, *Le lien de subordination juridique dans les relations de travail*, thèse, Montpellier 1, 2010.

<sup>781</sup> V. not., A. SUPIOT, « Les nouveaux visages de la subordination », *Dr. soc.* 2000, p. 132 et s.

<sup>782</sup> F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Droit des obligations*, 2013, 11<sup>ème</sup> éd., n°1113.

sujet passif. Il n'est pas certain que toutes les prérogatives unilatérales de l'employeur opèrent une telle modification<sup>783</sup>. Tout ordre, toute directive n'entraîne pas nécessairement – du moins directement – un changement, ne serait-ce que des conditions de travail<sup>784</sup>. Mais plus encore, un changement des conditions de travail révèle-t-il une véritable modification de la situation juridique du salarié ? Si la situation juridique en cause est comprise comme le contrat de travail proprement dit, ne peut-on pas en douter ? La Cour de cassation n'oppose-t-elle pas, justement, les changements des conditions de travail à la modification du contrat de travail<sup>785</sup> ? L'explication présentée par la doctrine consistant à opposer le contrat, intangible, au « pouvoir » de l'employeur<sup>786</sup> entérinerait cette approche. Ne faudrait-il pas alors, avec d'autres auteurs<sup>787</sup>, distinguer selon que le « pouvoir » de l'employeur procède ou non d'une clause particulière du contrat de travail ?

**190. La portée de l'existence ou non d'une clause potestative.** Lorsque les auteurs donnent des exemples de droits potestatifs, ils citent notamment des clauses « ajoutées » au contrat de travail, telles les clauses de variation dépendant de la volonté unilatérale de l'employeur ou de période d'essai<sup>788</sup>, mais jamais un changement de conditions de travail opéré sans mise en œuvre d'une clause. Faut-il approuver cette distinction ? C'est-à-dire ne réserver le concept de droit potestatif qu'aux seules clauses potestatives insérées dans le contrat ?

---

<sup>783</sup> A. JEAMMAUD, « Le pouvoir patronal visé par le droit du travail », art. préc.

<sup>784</sup> Et l'on songe notamment au blâme ou à l'avertissement qui ne se traduisent pas par des conséquences identifiables sur la situation du salarié au moment où ils sont prononcés (S. FROSSARD, « Les caractères de la sanction disciplinaire », RDT 2012, p. 685). Il est vrai cependant que le prononcé de ces sanctions peut ultérieurement servir à une sanction plus sévère influant sur le sort même du contrat de travail.

<sup>785</sup> Supra n°124 et s.

<sup>786</sup> Not. J.-M. BÉRAUD, « Les interactions entre le pouvoir unilatéral du chef d'entreprise et le contrat de travail », art. préc. ; J. MOULY, « Disciplinaire, donc non contractuel », Dr. soc. 2003, p. 395.

<sup>787</sup> A. CHIREZ, « Pouvoir de direction des personnes en droit français du travail : de l'unilatéralité à l'assentiment ? », Revue juridique polynésienne/New Zealand Association for Comparative Law, Yearbook 11, 2004, p. 185 et s. spéc. p. 188 ; L.-K. GRATTON, *Les clauses de variation du contrat de travail*, th. préc., n°686 et s.

<sup>788</sup> Not. S. VALORY, *La potestativité...*, th. préc., n°256 (la période d'essai) ; J. ROCHFELD, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », art. préc. (la clause de mobilité et la clause de non-concurrence en sommeil) ; Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, th. préc., n°711 et s. (la période d'essai) ; L.-K. GRATTON, *Les clauses de variation du contrat de travail*, th. préc. ; G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat ...* th. préc., spéc. n°381 (la clause de mobilité).

Ce qui permet une première remarque : soit il est fait abstraction d'une éventuelle opposition entre droit subjectif et pouvoir, soit il paraît évident que la clause est octroyée dans l'intérêt propre de l'employeur... même à admettre ensuite le respect d'une certaine finalité).

Des différences peuvent effectivement être relevées selon que le changement intervenu nécessite ou non la mise en œuvre d'une clause particulière. En présence d'une clause potestative, il est possible de faire abstraction du particularisme du contrat de travail. L'employeur est dans la même situation que n'importe quel contractant bénéficiant d'une clause potestative<sup>789</sup>. La clause de variation est facultative, tandis que le pouvoir « sans clause » est « inhérent » au contrat de travail<sup>790</sup>. La première est individuelle, le second peut s'exprimer de manière collective<sup>791</sup>. La clause potestative permet d'aller au-delà des conditions de travail. En effet, l'exercice d'une clause de mobilité a bien vocation à modifier le lieu de travail en dehors du secteur géographique initial, c'est-à-dire à dépasser le cadre habituel des conditions de travail. Autrement dit, pour reprendre les expressions de la Cour de cassation, il s'agit bien d'une « modification du contrat ». La terminologie employée par la Cour ne doit pas induire en erreur. Lorsqu'elle qualifie l'exercice d'une clause de mobilité de simple changement des conditions de travail<sup>792</sup>, ce n'est que pour pouvoir lui appliquer le régime corrélatif. Mais le propos mérite d'être nuancé.

### B. *L'inclusion des conditions de travail*

**191. Les conditions de travail, éléments du contrat de travail.** En premier lieu, le terme de « situation juridique » compris comme toute situation produisant des conséquences juridiques<sup>793</sup> est suffisamment large pour permettre d'englober les conditions de travail des salariés. Mais en second lieu se pose la question du rejet de ces dernières hors du contrat<sup>794</sup>. À quel titre exclure les conditions de travail du contenu même du contrat de travail ? L'existence d'une hiérarchie n'a pas pour effet d'écarter les éléments non essentiels du contrat de son contenu même. Le lieu de travail, les horaires de travail et les tâches du salarié sont partie intégrante du contrat de travail. Il est d'ailleurs difficile ici de concilier la distinction de la Cour de cassation entre les

<sup>789</sup> L.-K. GRATTON, *Les clauses de variation ...*, th. préc., n°689.

<sup>790</sup> La jurisprudence utilise d'ailleurs les termes de « *lien de subordination inhérent au contrat de travail* ». Ex.: Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 février 2010, n°09-11324. – Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 28 mai 2009, n°08-15687. – Cass. soc., 14 juin 2007, n°05-45463.

<sup>791</sup> B. BOUBLI, « Le lien de subordination juridique... », art. préc.

<sup>792</sup> Cass. soc., 10 juin 1997, Bull. civ. V, n°210. – Cass. soc., 30 septembre 1997, Dr. soc. 1997, p. 1094, obs. J.-E. RAY.

<sup>793</sup> F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 2015, 10<sup>ème</sup> éd., n°207 ; S. VALORY, *La potestativité...*, th. préc., n°33.

<sup>794</sup> Position de B. BOUBLI. (B. BOUBLI, « Le lien de subordination juridique : réalité ou commodité ? », art. préc.).

éléments essentiels du contrat et les conditions de travail avec celle opérée par Pothier entre les *essentialia* (éléments qui sont l'essence du contrat)<sup>795</sup>, les *naturalia* (éléments dérivant de la nature du contrat)<sup>796</sup> et les *accidentalia* (éléments résultant de l'insertion d'une clause particulière). L'existence d'un lieu de travail (serait-il le domicile du salarié) et des horaires de travail (seraient-ils à la disposition du salarié) sont nécessaires à l'exécution du contrat. Certes des clauses particulières peuvent les enserrer, mais leur absence ne les fait pas disparaître. Réapparaît alors la question de la mise en œuvre « obligée » du « droit » de l'employeur<sup>797</sup>. Si ce dernier est tenu de mettre en œuvre son pouvoir de direction peut-on toujours parler de « droit »? Ici encore l'objet même sur lequel porte ce pouvoir importe. Il s'agit du contenu même de l'obligation du salarié. Dans ces conditions, un changement du lieu de travail à l'intérieur d'un même secteur géographique, ou un changement d'horaires de travail au sein de la sphère temporelle du pouvoir de direction de l'employeur, modifie bien le contenu du contrat. En outre, rappelons-le, les frontières entre ce qui relèverait du contrat et ce qui n'en relèverait pas sont parfois poreuses : une modification temporaire du lieu de travail peut être un simple changement des conditions de travail<sup>798</sup>. Les distinctions opérées par la jurisprudence, notamment sa position sur les clauses informatives<sup>799</sup>, peuvent être contestées<sup>800</sup>. Au demeurant, opérer une distinction entre le « pouvoir » inhérent au contrat de travail et celui « ajouté » par une clause particulière du contrat perd de sa pertinence, dès lors que dans les deux hypothèses la source en est la même : le contrat de travail<sup>801</sup>.

**192. Le fondement du pouvoir de l'employeur.** Le pouvoir de l'employeur est le pendant, vu du sujet actif, de la subordination<sup>802</sup>. La source du pouvoir patronal a longtemps fait l'objet de débats et discussions dont il n'est pas certain qu'ils soient

---

<sup>795</sup> « [Choses] sans lesquelles le contrat ne peut subsister. Faute de l'une ou de l'autre de ces choses, ou il n'y a point du tout de contrat ou c'est une autre espèce de contrat ».

<sup>796</sup> « Le contrat peut subsister sans elles et [elles] peuvent être exclues du contrat par la volonté des parties ».

<sup>797</sup> Cf., sur la fixation unilatérale du prix, supra n°83 et s.

<sup>798</sup> À la condition que les fonctions du salarié justifient cette mobilité. V. supra n°128.

<sup>799</sup> Supra n°104.

<sup>800</sup> Voir not. M.-C. ESCANDE-VARNIOL, « Pour une évolution de la qualification juridique des changements d'horaires ou de lieu de travail », Dr. soc. 2002, p. 1064.

<sup>801</sup> E. DOCKÈS, « De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur », art. préc.

<sup>802</sup> E. DOCKÈS, E. PELSKE et C. WOLMARK, *Droit du travail*, HyperCours, Dalloz, 2010, 5<sup>ème</sup> éd. n°80 ; A. FABRE, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, th. préc., A. JEAMMAUD, « Le pouvoir patronal visé par le droit du travail », art. préc.

aujourd'hui entièrement taris<sup>803</sup>. Les diverses théories proposées sont connues. Pour s'en tenir d'abord à l'approche civiliste, deux fondements ont été avancés : celui du droit de propriété<sup>804</sup> et celui du contrat<sup>805</sup>. Il faut évoquer ensuite la théorie institutionnelle qui fait de la communauté de travail et des biens une institution où le pouvoir, borné par l'intérêt de l'entreprise, est inhérent au chef d'entreprise<sup>806</sup>. Enfin, le fondement légal a également pu être avancé<sup>807</sup>. Chaque courant se targuant d'une jurisprudence de la Cour de cassation<sup>808</sup> bien qu'en définitive, cette dernière privilégie l'analyse contractuelle<sup>809</sup>.

---

<sup>803</sup> A. FABRE, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, th. préc., n°14.

<sup>804</sup> Une telle approche n'est possible que si elle est adaptée à la relation de travail. Si le pouvoir de l'employeur-proprétaire peut effectivement s'exercer classiquement sur ses biens, il en est différemment du pouvoir sur ses salariés. Reste qu'un parallèle peut être fait entre les décisions d'un propriétaire et celles d'un employeur : unilatéralisme et parfois discrétion. (J. SAVATIER, « Pouvoir patrimonial et direction des personnes », art. préc. ; F. VARCIN, *Pouvoir patronal de direction*, th. préc., n°27 et s.). Cependant, l'employeur apparaît davantage comme un gestionnaire que comme un propriétaire.

<sup>805</sup> Ex. G. LYON-CAEN, « L'obligation implicite », Arch. phil. dr., t. 44, 2002, p. 109 ; N. COLLET-THIRY, *L'encadrement contractuel de la subordination*, th. préc., titre 1 de la 1<sup>ère</sup> partie ; J.-F. CESARO, « La subordination », art. préc. ; E. DOCKÈS, « De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur », in *Analyse juridique et valeurs en droit social, études offertes à Jean PÉLISSIER*, LGDJ, 2004, p. 203 et s., spéc. p. 108.

<sup>806</sup> P. DURAND, *Traité du droit du travail*, tome 1, Paris, Dalloz, 1947, not. n°348.

<sup>807</sup> A. FABRE, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, th. préc., n°12.

<sup>808</sup> Pour le droit de propriété ; l'arrêt « Brinon » : Cass. soc., 31 mai 1956, JCP G. 1956, II, 9397, note P. ESMEIN ; D. 1958, jur. p. 21, note G. LEVASSEUR.

Pour la théorie institutionnelle : égal. l'arrêt « Brinon », préc., Bull. civ. sec. soc. n°499. Mais surtout l'arrêt « Poliet et Chausson » se référant au « *pouvoir disciplinaire inhérent à la qualité [de patron]* », (Cass. soc., 16 juin 1945, Dr. soc. 1946, p. 427, note P. DURAND). V. cependant l'évolution de la jurisprudence sur la mise à pied disciplinaire : celle-ci n'est désormais possible que si le règlement intérieur la prévoit (ainsi que sa durée maximale) : Cass. soc., 26 octobre 2010, Bull. civ. V, n°243. – Cass. soc., 7 janvier 2015, n°13-15630.

Pour la loi : Cass. soc., 18 octobre 2006, D. 2007, p. 695, note J. MOULY ; RDC 2007, p. 714, note Y.-M. LAITHIER ; LPA, 28 février 2007, n°43, p. 10, note B. QUENTIN et V. ROBERT : « *[L'employeur] investi par la loi du pouvoir de direction et de contrôle des salariés placés sous sa subordination juridique* ».

Pour un rattachement au « principe fondamental de la liberté d'entreprendre » : Cass. soc., 13 juillet 2004, Bull. civ. V, n°205. Adde L. DARDALHON, « Droit constitutionnel et droit social, la liberté du travail devant le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation », *Revue française de droit constitutionnel*, 2005/4, n°61, p. 755. Pour une critique de cet arrêt v. E. DOCKÈS, « Le pouvoir patronal au-dessus des lois ? », Dr. ouvr. 2005, p. 1.

Pour l'analyse contractuelle : En premier lieu doit être cité l'arrêt « Bardou » : Cass. civ., 6 juillet 1931, DP 1931, 1, 131, note P. PIC ; J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD et E. DOCKÈS, *Les grands arrêts de droit du travail*, Dalloz, 2008, 4<sup>ème</sup> éd., n°1. (V. déjà Cass. civ., 14 février 1866, D. 1866, I, 84 rendu sur le fondement des articles 1134 et 1152 du Code civil et condamnant une salariée n'ayant pas respecté le règlement intérieur). Adde Cass. soc., 22 juin 1932, 30 juin 1932 et 1<sup>er</sup> août 1932, DP 1933, 1, 145, note P. PIC : « *La condition juridique d'un travailleur à l'égard de la personne pour laquelle il travaille [...] ne peut résulter que du contrat conclu entre les parties : la qualité de salarié implique nécessairement l'existence d'un lien juridique de subordination du travailleur à la personne qui l'emploie* ». Puis l'arrêt « Raquin » (8 octobre 1987, D. 1988, jur. p. 57, note Y. SAINT-JOURS ; Dr. soc. 1988, p. 135, note J. SAVATIER) exigeant l'acceptation expresse du salarié à une importante modification de son contrat, et enfin, l'arrêt « Le Berre » (Cass. soc., 10 juillet 1996, Bull. civ. V, n°278,

La question se résume sans doute à celle-ci : le pouvoir de l'employeur s'assied-il sur le pouvoir qu'il détient *de facto*, ou bien une « norme d'habilitation » est-elle nécessaire<sup>810</sup> ? L'apparition du pouvoir de l'employeur a certes précédé sa reconnaissance juridique<sup>811</sup>. Et il est vrai que lorsqu'il s'agit de s'interroger sur la qualification d'un contrat de travail<sup>812</sup> ou de déterminer quel est le véritable employeur du salarié<sup>813</sup>, la jurisprudence s'attache aux conditions *de fait*<sup>814</sup> dans lesquelles s'exerce la relation de travail. La Cour de cassation semble ainsi partir d'un constat pour en déduire l'existence d'un contrat de travail<sup>815</sup>. Mais cette « subordination de fait » dans lequel se trouve le salarié n'est que l'expression factuelle du pouvoir juridique découlant de la situation juridique (re)qualifiée en contrat de travail. Elle ne fait que révéler l'acceptation par le salarié de sa soumission à l'employeur<sup>816</sup>. Il est difficile de ne voir dans la relation de travail qu'une simple situation de fait<sup>817</sup>. En tout état de cause, c'est

préc.) instaurant la distinction entre la modification du contrat et les changements des conditions de travail.

<sup>809</sup> Cass. soc., 10 juillet 2002, n°00-42368. – Cass. soc., 5 novembre 2009, n°08-43112. – Cass. soc., 16 octobre 2013, n°12-18225 : « *L'employeur tient de son pouvoir de direction né du contrat de travail...* ».

<sup>810</sup> E. DOCKÈS, « De la supériorité du contrat de travail ... », art. préc.

<sup>811</sup> G. AUZERO et E. DOCKÈS, *Droit du travail, op. cit.*, n°628.

<sup>812</sup> Rappelons-le, le juge n'est pas lié par la dénomination que les parties ont donnée à leur convention. Ex : Cass. Ass. plén., 4 mars 1983, D. 1984, IR, p. 64, note J.-M. BÉRAUD. – Cass. soc., 17 avril 1991, Dr. soc. 1991, p. 516. – Cass. soc., 19 décembre 2000, Dr. soc. 2001, p. 227, obs. A. JEAMMAUD.

<sup>813</sup> La qualité de salarié n'est pas ici mise en cause mais on s'interroge sur le réel détenteur de l'autorité. Ex : Cass. soc., 23 novembre 2005, Dr. soc. 2006, p. 217, obs. B. GAURIAU. – Cass. soc., 12 juillet 2005, Dr. soc. 2005, p. 1045, obs. J. SAVATIER ; D. 2006, p. 344, note J. MOULY (reconnaissance d'employeurs conjoints).

<sup>814</sup> Par le biais du faisceau d'indices (circonstances de temps, de lieux, obligation de rendre compte, soumission à des ordres, directives...). Le travail au sein d'un « service organisé » est un indice de la subordination juridique du salarié (arrêt « Société générale » : Cass. soc., 13 novembre 1996, Bull. civ. V, n°386. Auparavant le « service organisé » était considéré comme un critère : Cass. Ass. plén. 18 juin 1976, D. 1977, p. 173, note A. JEAMMAUD. Mais une telle jurisprudence s'expliquait par le souci d'étendre le régime protecteur des salariés à certaines professions. L'apparition des régimes autonomes d'assurance maladie et de maternité créés au profit des travailleurs non salariés allait rendre ce souci d'extension inutile).

<sup>815</sup> A. JEAMMAUD, « L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail. À propos de l'arrêt Labbane », Dr. soc. 2001, p. 220 et s., spéc. p. 235 : « *La qualification de contrat de travail, engendrant un lien juridique de subordination du salarié à son employeur et fondant ainsi la soumission du premier au pouvoir du second, découlera de la constatation d'une situation de fait constitutive ou révélatrice d'un état de subordination* » ; E. DOCKÈS, « La notion de contrat de travail », Dr. soc. 2011, p. 546 et s. : « *Lors du débat sur la qualification de contrat de travail, ce qu'il s'agit de prouver est bien une subordination de fait, un « état de subordination » et non un lien de droit, une « subordination juridique »* ».

<sup>816</sup> Au demeurant, dans les hypothèses de fraude, il ne s'agit que de rétablir la volonté réelle des parties lesquelles savaient qu'elles consentaient à un contrat de travail.

<sup>817</sup> Cf. J.-F. CESARO, « La subordination ... », art. préc. : « *S'il s'agit d'une simple situation et non d'un lien d'obligation, il devient difficile de comprendre pourquoi on admet de sanctionner celui qui ne le*

bien le contrat qui demeure la source du rapport de travail<sup>818</sup>. Le pouvoir de l'employeur est légitime, non parce que son détenteur incarnerait un intérêt supérieur (théorie institutionnelle) mais parce que les salariés y ont consenti.

### *III. La volonté unilatérale*

**193. L'effet du respect d'une finalité sur la potestativité du droit considéré.** Un droit potestatif pur, par analogie avec la condition purement potestative, permet à la seule volonté unilatérale de son titulaire de modifier une situation juridique intéressant autrui sans que celui-ci puisse s'y opposer. Si la volonté seule ne suffit pas, la potestativité du droit en est corrélativement amoindrie. Il en est particulièrement ainsi si des événements ou des circonstances particulières objectives doivent être réunis pour que l'employeur puisse agir. Or, au sein même du cadre des conditions de travail (intégrant les éventuelles clauses potestatives), l'employeur doit respecter une certaine finalité, celle de l'intérêt de l'entreprise. La question qui se pose alors est celle de savoir si cette finalité est de nature ou non à amoindrir la potestativité du droit de l'employeur. À demeurer dans le domaine de l'intention, on peut considérer que la seule volonté de l'employeur suffise à changer les conditions de travail de ses salariés. L'amoindrissement de la potestativité ne serait qu'amorcé. Cet amoindrissement pourrait même être jugé insuffisant pour écarter le grief de pure potestativité. Au contraire, si un fait objectif, extérieur à la volonté de ce dernier, était nécessaire à l'exercice de son droit, l'amoindrissement de la potestativité serait consommé. Or si la Cour de cassation se devait, a minima, d'opérer un contrôle de l'intention de l'employeur (A), elle paraît tendre vers l'exigence d'un motif objectif (B).

#### *A. Le contrôle de l'intention de l'employeur*

**194. Le respect d'une finalité.** L'employeur a la faculté d'imposer un changement des conditions de travail à la condition de poursuivre un intérêt professionnel : la finalité économique de l'entreprise. Ainsi, les changements qu'il opère ne peuvent être liés qu'au fonctionnement de celle-ci. Ils doivent s'inscrire dans une politique de gestion. Si

---

*respecte pas, l'insubordination ne devrait pas justifier une réponse disciplinaire [de l'employeur] mais avoir pour conséquence, en tant que fait extérieur au droit, de changer la qualification du contrat ».*

*Contra* P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir*, th. préc.

<sup>818</sup> G. LYON-CAEN, « Défense et illustration du contrat de travail », *Arch. phil. dr.*, t. 13, 1968, p. 59.

sa décision devait répondre à un motif étranger à cette finalité, alors elle serait condamnée. Il en est ainsi des décisions dictées par la vengeance, la discrimination<sup>819</sup> ou dans l'intérêt d'un autre salarié et non de l'entreprise<sup>820</sup>. Tant l'intention de nuire que le détournement de pouvoir<sup>821</sup> tel que le connaît le droit administratif<sup>822</sup>, sont condamnés. Ce contrôle paraît alors assez restreint dès lors qu'il se limite à l'*intention* de l'employeur, à ses mobiles.

Mais vérifier que la décision de l'employeur n'est pas étrangère à l'intérêt de l'entreprise n'est pas exactement la même chose que de vérifier qu'elle est bien conforme à cet intérêt<sup>823</sup>. Or si au temps de « l'employeur seul juge »<sup>824</sup>, un contrôle minimal, négatif, de *l'absence* de détournement de pouvoir<sup>825</sup> pouvait apparaître satisfaisant, l'évolution jurisprudentielle et législative, en général, des prérogatives unilatérales de l'employeur<sup>826</sup>, impose d'y revenir. Glisser alors vers un contrôle de conformité de la décision à l'intérêt de l'entreprise via les effets de celle-là (la décision) sur la situation de celle-ci (l'entreprise)<sup>827</sup>, voire vers l'exigence d'un réel motif objectif peut sembler inéluctable. Certains arrêts paraissent effectivement s'attacher à relever

<sup>819</sup> Ph. WAQUET, rapp. sous Cass. soc., 15 mai 1991, Dr. soc. 1991, p. 619. V. égal. Cass. soc., 12 janvier 1993, n°91-42798 : « [...] La cour d'appel a relevé que pour justifier la modification d'horaire, l'employeur s'était créé un motif dépourvu de réalité, étranger à l'intérêt de l'entreprise, dissimulant une mesure discriminatoire au détriment de la salariée [...] ».

<sup>820</sup> Cass. soc., 27 mars 1991, n°89-42511.

<sup>821</sup> Ex. : Cass. soc., 9 juillet 1980, JurisData 1980-797093(intention malveillante). – Cass. soc., 11 octobre 1989, n°86-43267 (absence d'intention malicieuse). – Cass. soc., 9 mai 1990, JCP E. 1991, II, 126, note F. TAQUET (mutation, entre autres éléments de fait, compromettant l'avenir professionnel de la salariée). – Cass. soc., 14 octobre 1998, JCP G. 1998, IV, 2086 (malignité). – Cass. soc., 18 octobre 2000, n°98-44738 (la mutation « révélait l'intention de l'employeur de se séparer de la salariée »). – Cass. soc., 18 septembre 2002, Dr. soc. 2002, p. 997, obs. R. VATINET (« La société cherchait à se séparer de la salarié »).

<sup>822</sup> J. WALINE, *Droit administratif*, Dalloz, 2014, 25<sup>ème</sup> éd., n°633 à 635 ; P.-L. FRIER et J. PETIT, *Droit administratif*, LGDJ, 2015, 10<sup>ème</sup> éd., n°921 et s. ; Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, LGDJ, 2015, 21<sup>ème</sup> éd., n°304 et s. ; J. RIVERO, *Droit administratif*, Dalloz, 1960, rééd. Dalloz, 2011, n°247 à 249.

<sup>823</sup> J.-F. ASTRUC, note sous Cass. soc., 6 février 2001 in LPA, 29 octobre 2001, n°215, p. 12.

<sup>824</sup> Arrêt « Brinon » préc. (Cass. soc., 31 mai 1956, Bull. civ. sec. soc., n°499). Puis l'arrêt « SAT » : Cass. Ass. plén., 8 décembre 2000, Bull. civ. AP, n°11.

Cf. A. FABRE, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, th. préc., n°232 ; L.-K. GRATTON, *Les clauses de variation...*, th. préc., n°576 à 585.

<sup>825</sup> Formule empruntée à J. PÉLISSIER, « Le détournement par l'employeur de son pouvoir disciplinaire », in *Mélanges dédiés à Jean VINCENT*, Dalloz, 1981.

<sup>826</sup> Sur ce point v. not. A. FABRE, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, th. préc., n°235 et s., 290 et s., B. GÉNIAUT, *La proportionnalité dans les relations de travail, De l'exigence au principe*, Dalloz, 2009.

<sup>827</sup> Cass. soc., 2 mars 2005, n°02-47546 : « Attendu qu'appréciant les éléments de preuve qui lui étaient soumis, la cour d'appel a relevé qu'il n'était pas justifié que les propositions de mutation du salarié à Saint-Paul-lès-Dax, puis à Bordeaux, étaient décidées dans l'intérêt de l'entreprise et qu'au contraire le supérieur hiérarchique avait souhaité que M. X... reste à son poste et qu'il avait attesté que l'agence de Toulouse avait subi de fortes perturbations à cause de son départ ... ».

l'existence d'un motif objectif à la décision de l'employeur de changer les conditions de travail de son ou de ses salariés.

### B. Vers l'exigence d'un motif objectif ?

**195. La raison du changement des conditions de travail.** Le changement des conditions de travail s'inscrit traditionnellement dans le cadre du pouvoir d'organisation et de gestion d'entreprise que détient l'employeur (1). Néanmoins ce changement peut être décidé dans le but de sanctionner un salarié fautif (2). Si dans le premier cas, des doutes demeurent quant à l'exigence ou non d'un motif objectif déclencheur, ils disparaissent dans le second.

#### 1. Le changement des conditions de travail comme instrument de gestion

**196. Les doutes.** À la lecture de certains arrêts, la question de l'exigence d'un véritable motif objectif au changement des conditions de travail peut légitimement se poser. En effet, la Cour de cassation a paru parfois consacrer la nécessité d'un motif objectif et son contrôle. Elle a ainsi pu souligner que « *le changement du lieu de travail [...] n'était justifié par aucun motif* »<sup>828</sup>, que « *l'employeur n'avait jamais indiqué le motif du changement du lieu de travail en se bornant à invoquer l'intérêt de l'entreprise* »<sup>829</sup>, ou encore qu'un employeur avait muté le salarié « *sans pouvoir justifier cette mutation par un motif objectif* »<sup>830</sup>. Certains avaient pu conclure à l'exigence d'un motif objectif déclencheur à un changement des conditions de travail<sup>831</sup>. Mais ces arrêts ont été rendus avant que la Cour ne prenne position, de façon claire, sur la charge de la preuve. Avant 2005, le contrôle du changement des conditions de travail à l'aune de l'intérêt de l'entreprise pouvait se comprendre de telle sorte qu'il revenait à l'employeur de prouver la conformité de sa décision à l'intérêt économique de l'activité qu'il poursuivait. Depuis 2005<sup>832</sup>, la Cour de cassation fait peser la charge de la preuve

---

<sup>828</sup> Cass. soc., 18 octobre 2000, n°98 44738, préc.

<sup>829</sup> Cass. soc., 28 novembre 2001, n°99-45985.

<sup>830</sup> Cass. soc., 23 janvier 2002, RJS 4/02, n°392 ; JCP E. 2002, 954, note P. ADAM.

<sup>831</sup> Ch. VIGNEAU, « L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail », Dr. soc. 2004, p. 706.

<sup>832</sup> Cass. soc., 23 février 2005, D. 2005, p. 1678, note H. KOBINA GABA et p. 2499, note B. LARDY-PÉLISSIER et J. PÉLISSIER ; RTD civ. 2005, p. 395, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; Dr. soc. 2005, p. 576, obs. J. MOULY. – Cass. soc., 11 mai 2005, JCP G. 2005, II, 10177, note M. MEKKI.

sur le salarié. C'est donc à ce dernier de démontrer, le cas échéant, que le changement des conditions de travail est intervenu pour des raisons étrangères à l'intérêt de l'entreprise. La Cour de cassation présume la bonne foi de l'employeur, et, ce faisant, présume la conformité de la décision à l'intérêt de l'entreprise<sup>833</sup>. L'employeur n'a donc pas, *a priori*, à avancer l'existence d'une nécessité, d'un besoin ou d'une utilité pour l'entreprise à l'appui de sa décision.

Pourtant, des arrêts ultérieurs ont vu la Cour de cassation vérifier la réalité de l'existence d'un motif<sup>834</sup>. La Cour a pu par exemple relever que « *la raison avancée par la société pour justifier la mutation, à savoir la fermeture du site [...] n'était pas établie* »<sup>835</sup> ou que « *les motifs invoqués par [l'employeur] pour justifier que le travail exercé habituellement le samedi soit avancé au mercredi n'étaient pas réels* »<sup>836</sup>.

**197. La solution ?** La solution ne pourrait-elle pas provenir du recours à la méthode utilisée en cas de discrimination, c'est-à-dire à un aménagement de la charge de la preuve ? Il s'agirait en premier lieu, de faire peser la charge de la preuve sur le salarié, lequel pourrait présenter des éléments de fait laissant à penser que la décision a été prise pour un motif étranger à l'intérêt de l'entreprise. Et, en second lieu, il reviendrait à l'employeur de démontrer qu'il avait un motif légitime d'agir comme il l'a fait. D'autant que dans la plupart des décisions jurisprudentielles, l'abus de l'employeur ne résulte pas du seul doute quant au respect de l'intérêt de l'entreprise. Souvent s'ajoutent d'autres éléments comme une précipitation suspecte et/ou une atteinte à la vie personnelle et familiale du salarié<sup>837</sup>.

V. ceptend. déjà Cass. soc., 10 juin 1997, Bull. civ. V, n°210.

<sup>833</sup> M. MEKKI, comm. sous Cass. soc., 11 mai 2005, préc.

<sup>834</sup> Cass. soc., 12 juillet 2006, n°04-47687 : « *Mais attendu que, nonobstant un motif erroné faisant état de la nécessité pour l'employeur de démontrer que sa décision d'appliquer la clause de mobilité était conforme à l'intérêt de l'entreprise, la cour d'appel a constaté que l'employeur invoquait la nécessité d'une mutation des époux X... pour répondre à des impératifs commerciaux alors que l'indice de progression du magasin de Digne était toujours au-dessus de l'indice de réalisation fixé par l'employeur excepté pour le deuxième semestre 2000 et qu'il ressortait d'autres motifs que les conditions dans lesquelles la décision relative à la mutation avait été prise procédaient d'une décision suspecte vis-à-vis de salariés ayant une certaine ancienneté et ayant démontré leurs capacités de gestion ; qu'ainsi, elle a, sans encourir le grief du moyen, légalement justifié sa décision* ».

<sup>835</sup> Cass. soc., 21 janvier 2009, n°07-43070.

<sup>836</sup> Cass. soc., 8 novembre 2011, n°10-19339.

<sup>837</sup> Sur la brusquerie V. infra n°505 et s. Sur la vie privée et personnelle, V. infra n°604 et s.

**198. Absence de limites.** Même à exiger des motifs objectifs, l'employeur n'est pas restreint comme il l'est, par exemple, dans le cadre d'un licenciement pour motif économique<sup>838</sup>. Le changement des conditions de travail n'a pas à être nécessaire<sup>839</sup> ou indispensable à l'entreprise pour être accepté. Il peut répondre à des exigences de rentabilité, de meilleure répartition du travail *etc.* L'entreprise n'a pas à traverser des difficultés, il peut s'agir au contraire de la développer. Sans doute peut-on d'ailleurs distinguer deux hypothèses. Celle liée à la volonté de l'employeur motivée par le contexte économique de son activité ou la compétitivité de son entreprise, et, celle liée directement à des éléments extérieurs à sa volonté comme l'absence d'un salarié. L'intensité de la potestativité varie donc selon les circonstances.

Bien entendu, les parties peuvent en avoir décidé autrement. Une clause de mobilité peut restreindre elle-même sa mise en œuvre et prévoir à l'avance les cas de figure dans lesquels elle pourra être mise en œuvre<sup>840</sup>.

## 2. *Le changement des conditions de travail comme instrument de sanction*

**199. Acceptation jurisprudentielle.** Il arrive que l'employeur use comme mesure de sanction d'un moyen traditionnellement rattaché à son pouvoir de direction<sup>841</sup>. Si le contentieux concerne surtout la mutation géographique, plus particulièrement la mise en œuvre d'une clause de mobilité imposée au salarié à titre de sanction, d'autres hypothèses sont envisageables. En ce sens peut être cité un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation ayant considéré qu'un changement d'affectation d'un salarié conducteur d'un tramway après qu'il eut roulé à contre-sens, à la conduite d'un bus était une mesure de sanction. Certes, en l'espèce, l'Assemblée plénière, qui eut également à

---

<sup>838</sup> Notamment prononcé pour des difficultés économiques, cf. *infra* n°308.

<sup>839</sup> V. *cepend.* (mais rendu avant 2005) Cass. soc., 4 octobre 2000, n°98-44347 : « *L'employeur ne justifiait pas de la nécessité d'affecter la salariée [...] à de nouvelles tâches* ».

<sup>840</sup> Cass. soc., 23 novembre 1999, n°97-41295 : « *[...] Alors que le contrat de travail contenait une clause expresse de mobilité qui n'était pas limitée au cas d'une réorganisation de l'entreprise* ». *A contrario*, une telle clause aurait été possible. – Cass. soc., 11 octobre 2006, JCP S. 2007, 1004, note M. DEL SOL : « *Mais attendu que les juges du fond ont estimé que la clause selon laquelle, dans le cadre de sa mission, le salarié pourrait être amené à intervenir ponctuellement dans d'autres régions, avait été détournée de son objet par la décision de l'employeur, dès lors qu'elle ne correspondait pas à une intervention ponctuelle mais avait un objectif économique de rentabilité* ». Rapp. l'hypothèse du changement d'horaires des salariés à temps partiel : *supra* n°154.

<sup>841</sup> Pour une critique de cet usage cf. *infra* n°375.

connaître de l'affaire, refusa d'y voir une sanction disciplinaire<sup>842</sup>. Néanmoins, il est permis de considérer qu'un changement des conditions de travail autre que la mise en œuvre d'une clause de mobilité pourrait également être utilisé comme mesure de sanction, en particulier lorsque la mesure est individuelle.

**200. Exigence d'un motif objectif.** L'article L. 1331-1 du Code du travail définit la sanction comme « *toute mesure, autre que les observations verbales, prise par l'employeur à la suite d'un agissement du salarié considéré par l'employeur comme fautif* ». Malgré cette formulation, la faute n'est pas une notion subjective laissée à la seule appréciation de l'employeur. Le juge vérifie son existence et la proportionnalité de celle-ci à la mesure prononcée<sup>843</sup>. L'employeur est donc doublement limité. Il ne peut imposer un changement des conditions de travail à son salarié que dans l'hypothèse d'un comportement fautif de ce dernier et à la condition que sa décision soit proportionnée. S'exerce ainsi un contrôle d'adéquation de la mesure à la faute, un contrôle du moins de l'erreur manifeste<sup>844</sup>. Certes, à l'intérieur de ces limites, l'employeur peut effectivement imposer au salarié le changement de ses conditions de travail. Subsiste donc un rôle à la volonté unilatérale de l'employeur. Celui-ci conserve le choix de la sanction, plus encore, celui de décider ou non de la sanction<sup>845</sup>. Mais ce droit n'est pas purement potestatif. Un événement extérieur à la volonté de l'employeur est nécessaire.

**201. Conclusion du Chapitre II.** Le changement des conditions de travail, ou la mise en œuvre d'une clause de mobilité, doit s'opérer dans l'intérêt de l'entreprise. Or la référence à cet intérêt peut d'abord remettre en cause le recours au concept même de

---

<sup>842</sup> Cass. Ass. plén., 6 janvier 2012, RDT 2012, p. 145, note P. LOKIEC ; JCP G. 2012, 254, note B. BOSSU ; Ph. WAQUET, « Sanction disciplinaire et mesure de gestion. Une position peu orthodoxe », SSL, 30 janvier 2012, n°1523, p. 10.

<sup>843</sup> Article L. 1333-1, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code du travail : « *En cas de litige, le conseil de prud'hommes apprécie la régularité de la procédure suivie et si les faits reprochés au salarié sont de nature à justifier une sanction* ». Article L. 1333-2 du Code du travail : « *Le conseil de prud'hommes peut annuler une sanction irrégulière en la forme ou injustifiée ou disproportionnée à la faute commise* ».

Sur ce point, v. not. R. BERNARD-MENORET et V. FRAISSINIER-AMIOT, « Le contrôle de proportionnalité par le juge judiciaire en droit du travail », LPA, 5 mars 2009, n°46, p. 102 ; B. GÉNIAUT, *La proportionnalité dans les relations du travail...*, th. préc. n°246 à 283.

V. à propos du licenciement disciplinaire infra n°393.

<sup>844</sup> A. MAZEAUD, « Proportionnalité en droit social », in *Colloque : Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?*, LPA, 30 Septembre 1998, n°117, p. 64.

<sup>845</sup> G. COUTURIER, « Le risque du tout disciplinaire », in *Le droit social. Le droit comparé. Études dédiées à la mémoire de Pierre Ortscheidt*, Presses universitaires de Strasbourg, 2003, p. 87.

droit subjectif. En effet, selon la conception retenue de ce que recouvre cet intérêt, le changement des conditions de travail peut tant apparaître comme un « droit subjectif » que comme un « pouvoir » au sens juridique du terme. Plusieurs doctrines ont dû être confrontées. Celle institutionnelle voyant dans l'intérêt de l'entreprise un intérêt supérieur à l'employeur, celle y voyant un intérêt commun aux acteurs de l'entreprise et celle, au contraire, confondant intérêt de l'entreprise et intérêt de l'employeur. À l'analyse, il paraît en réalité difficile de voir l'intérêt de l'entreprise comme un « intérêt partiellement distinct » de l'employeur. Au contraire, s'il s'agit bien de respecter une certaine finalité (économique), il s'agit toujours de l'intérêt de l'employeur. En d'autres termes, l'intérêt de l'entreprise peut s'entendre comme une part de l'intérêt de l'employeur : son intérêt professionnel. Le concept de droit potestatif peut dès lors être mobilisé. Mais le respect de cette finalité pose une autre question, celle du degré d'amoindrissement de la potestativité du droit en question. Respecter une finalité semble impliquer que la volonté unilatérale de l'employeur est encadrée. Cependant, tant qu'il ne s'agit que de contrôler l'intention de l'employeur, l'amoindrissement demeure limité. Reste que la jurisprudence tend parfois à exiger l'existence d'un motif objectif au changement des conditions de travail. Si une telle conception se conçoit lorsque le changement est utilisé comme mesure de sanction (encore qu'on pourrait y voir un détournement du droit de sa finalité<sup>846</sup>), elle est davantage critiquable dans le cas où le changement des conditions de travail est bien utilisé à titre de gestion de l'entreprise. Sauf à vouloir aller au-delà du seul respect d'une finalité. Mais, même dans cette hypothèse, l'employeur n'est pas autant restreint que face à un licenciement pour motif économique. Le changement des conditions de travail peut, par exemple, répondre au simple souci d'opérer des économies.

**202. Conclusion du Titre II.** L'acceptation des droits potestatifs de modification de l'employeur demeure matériellement assez restreinte. En effet, seules les conditions de travail (horaires de travail, tâches du salarié et lieu de travail à l'intérieur du secteur géographique) sont soumises à la volonté unilatérale de l'employeur. Quant aux clauses de variation du contrat, elles ne sont admises que si elles ne laissent pas à l'employeur la maîtrise de l'engagement du salarié. Ainsi, les clauses potestatives accordant à

---

<sup>846</sup> Infra n°375.

l'employeur la faculté de modifier unilatéralement un élément du contrat de travail sont prohibées, à l'exception, certes notable, de la clause de mobilité. Si l'on peut alors effectivement parler de droit potestatif lorsque l'employeur change les conditions de travail de ses salariés, il faut encore souligner que ce dernier doit exercer son droit dans l'intérêt de l'entreprise. Même si cet intérêt demeure l'intérêt professionnel de l'employeur, en tant que finalité à respecter, il exprime l'amorce d'un amoindrissement de la potestativité du droit. Parfois même, le respect de cette finalité amène la jurisprudence à imposer la prise en considération d'éléments dont l'employeur n'a pas la maîtrise. L'amoindrissement de la potestativité est alors consacré.

### TITRE III. LES DROITS POTESTATIFS D'EXTINCTION

**203. Plan.** Le titulaire d'un droit potestatif extinctif a la faculté d'imposer unilatéralement à son cocontractant l'extinction de l'engagement qui les lie. Deux hypothèses sont alors envisageables. Celle où la volonté seule suffit à l'extinction et celle où, au contraire, un élément déclencheur est nécessaire. Dans le premier cas, aucune justification ne peut être exigée à l'appui de la mise en œuvre du droit potestatif, la potestativité est « pure » (Chapitre 1). Dans le second cas, la décision ne pourra être prise qu'après l'arrivée d'un événement objectif déterminé. La potestativité est nécessairement amoindrie. (Chapitre 2).

## Chapitre I. Les droits purement potestatifs d'extinction

**204. Droit potestatif inhérent ou ajouté.** La faculté d'éteindre unilatéralement un engagement à exécution successive peut résulter soit de la nature même de l'engagement considéré – il s'agit alors des facultés unilatérales inhérentes aux engagements à durée indéterminée (Section I) – soit de la volonté des parties. Dans cette dernière situation, les cocontractants décident eux-mêmes d'insérer une clause purement potestative d'extinction (Section II), octroyant à l'un d'entre eux (ou au deux) la possibilité d'éteindre le contrat par simple manifestation de volonté. Dans le premier cas, la licéité d'un tel droit ne pose aucune difficulté. Il en va différemment du second.

### Section I. La faculté de résiliation unilatérale inhérente aux engagements à durée indéterminée

**205. Droit potestatif justifié.** Qualifier la faculté unilatérale de résiliation (I) de droit potestatif ne préjuge pas de sa licéité. Des obstacles peuvent s'opposer à sa reconnaissance. L'alinéa 2 de l'article 1134 du Code civil paraît se heurter de front avec la reconnaissance d'une libre résiliation unilatérale des engagements à durée indéterminée. Il faut alors s'interroger sur sa justification (II).

#### *I. La qualification de la faculté unilatérale de résiliation dans les contrats à durée indéterminée*

**206. Le rejet du recours à la « condition ».** La qualification de droit potestatif permet de passer outre les difficultés qu'implique l'analyse conditionnelle. Au-delà même de l'oxymore que contiennent les termes de « condition purement potestative »<sup>847</sup> (A), le caractère inhérent de la faculté de résiliation unilatérale interdit de la voir comme simple modalité accessoire du contrat (B).

---

<sup>847</sup> V. déjà supra n°16 et s.

### A. *L'oxymore de la condition purement potestative*

**207. La conception classique de la condition purement potestative**<sup>848</sup>. Les auteurs classiques<sup>849</sup>, à la suite de Pothier<sup>850</sup>, ne plaçaient dans le champ de l'article 1174 du Code civil que les « conditions » dites *si voluero*, autrement dit les conditions suspensives purement potestatives, c'est-à-dire soumises à la seule volonté du débiteur. L'engagement assujéti à une telle condition était considéré comme inexistant, le lien de droit ne pouvant s'être formé puisque le débiteur « obligé » réservait en réalité son consentement. En d'autres termes, l'article 1174 du Code civil n'était que l'écho de l'article 1108 du Code civil<sup>851</sup>. Le terme même de « condition potestative » était dès l'origine inadéquat, en ce sens que la condition, modalité accessoire de l'engagement, ne peut porter sur un élément essentiel du contrat, ce qu'est le consentement. La « condition » *si voluero* n'est pas une condition. Plus encore, conceptuellement, la condition, même porteuse d'une part de potestativité, n'a pas vocation à laisser au débiteur la maîtrise de l'engagement. C'est ainsi que doit se comprendre la doctrine classique distinguant les conditions purement potestatives – seules prohibées – des conditions simplement potestatives, autorisées. Pourtant, la distinction peut paraître faible. La condition faisant dépendre l'exécution de l'engagement d'un événement au pouvoir du débiteur de le faire arriver ou empêcher ne revient-elle pas, peu ou prou, à celle dépendant directement de la volonté de ce dernier ? C'est oublier alors l'article 1178 du Code civil. Et c'est là que surgit la première entorse à la nature de la condition. Car soit les parties ont entendu soumettre leur engagement à une véritable condition, quand bien même l'événement considéré serait sous l'emprise du débiteur, soit elles ont véritablement voulu donner un « droit » au débiteur de faire survenir ou non l'événement<sup>852</sup>. Or, en écartant de l'application de l'article 1178 du Code civil les conditions simplement suspensives, les auteurs classiques autorisaient le

---

<sup>848</sup> Pour des développements substantiels sur la condition potestative, retraçant et critiquant les différentes positions doctrinales, cf. M. LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, th. préc., n°295 et s. ; Adde F. CHÉNEDÉ, « Charles Demolombe, la condition potestative (2<sup>ème</sup> partie) », RDC 2013, p. 1131.

<sup>849</sup> Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, tome XXV, 1878, n°313 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, t. II, Larose, 1902, n° 781 et s. ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. I, 6<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 1930, p. 81 et s.

<sup>850</sup> R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, tome I, pub. par M. SIFFREIN, Paris, 1821, n°205.

<sup>851</sup> F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XVII, Paris, 1878 ; M. LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, th. préc., n°306 ; W. DROSS, « L'introuvable nullité des conditions potestatives », art. préc.

<sup>852</sup> En ce sens : M. LATINA, *Essai sur la condition...*, th. préc., n°371 ; Th. GÉNICON, obs. sous. Cass. soc., 20 septembre 2011, RDC 2012, p. 407.

débiteur à se réserver un pouvoir sur l'événement considéré. Autrement dit, ils autorisaient ce qui n'était plus une véritable condition mais une faculté. Parallèlement, ils écartaient les conditions résolutoires même purement potestatives du champ de l'article 1174 du Code civil dans la mesure où ils considéraient qu'une telle condition, à l'opposé de celle suspensive, ne détruisait pas initialement le lien de droit<sup>853</sup>. L'existence de l'engagement, n'étant à leur sens pas en cause, de telles « conditions » étaient valables. Mais là encore, en permettant au débiteur de se libérer par sa seule volonté, les auteurs rangeaient sous la bannière de la « condition » ce qui était en vérité une véritable faculté de se libérer.

**208. La conception moderne de la condition potestative.** En plaçant le curseur des « conditions » prohibées et de celles autorisées non plus sur l'inexistence initiale du lien contractuel, mais sur le critère de l'arbitraire<sup>854</sup>, la doctrine, dans un essai de systématisation de la jurisprudence, a sans doute accentué l'amalgame. Les juges ont en effet étendu la prohibition de l'article 1174 du Code civil d'abord aux conditions suspensives simplement potestatives<sup>855</sup>, puis aux conditions résolutoires purement et simplement potestatives<sup>856</sup>. Non

---

<sup>853</sup> Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, tome XXV, *op. cit.*, n°328 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XVII, 1875, n°65 ; M.-L. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, tome 2, *op. cit.*, p. 76.

<sup>854</sup> J. GHESTIN, « L'indétermination du prix de vente ... », art. préc. et « La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 du Code civil », art. préc. *Adde* J. CARBONNIER, *Droit civil*, volume 2, *Les biens, Les obligations*, *op. cit.*, n°1053 : « *Le vrai est que l'on peut se faire de la condition potestative deux conceptions : l'une purement théorique (potestas = volonté), l'autre sociale (potestas = puissance). Suivant cette dernière conception, ce qu'il faudrait rechercher, pour appliquer l'article 1174, ce n'est pas si l'obligation dans son mécanisme abstrait, est subordonnée à la volonté du débiteur, mais bien plutôt si celui-ci, concrètement, tient le créancier sous sa puissance* ».

<sup>855</sup> Ex. : Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 13 octobre 1993, D. 1994, somm. comm. p. 231, obs. G. PAISANT ; JCP G. 1994, II, 22280, note Y. DAGORNE-LABBE.

<sup>856</sup> Ex. : Cass. com., 28 juin 1965, Bull. civ. III, n°405 (faculté de résiliation réservée à un concessionnaire bénéficiant d'une exclusivité d'achat d'un appareil pour une durée de cinq ans : ladite clause renferme une condition purement potestative). – Cass. com., 20 septembre 2011, RDC 2012, p. 407, obs. Th. GÉNICON. Il s'agissait en l'espèce d'une clause de « dédit-résiliation » dans un contrat à durée déterminée. Esso avait conclu successivement plusieurs contrats à durée déterminée avec l'exploitant d'une station service : « *Mais attendu qu'après avoir constaté que la clause de résiliation du contrat ne sanctionne pas un comportement fautif du distributeur, l'arrêt relève qu'elle offre à la société Esso, et à elle seule, la possibilité, purement discrétionnaire, de mettre fin au contrat avec un préavis très court [...] ; qu'ayant ainsi fait ressortir que la réalisation de la condition litigieuse [...] dépendait de la seule volonté de la société Esso, et non de circonstances objectives qui seraient susceptibles de contrôle juridictionnel, la cour d'appel en a exactement déduit, sans dénaturation, que cette condition présentait un caractère purement potestatif* ».

L'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations s'inscrit dans cette lignée (Nouvel article 1304-2 du Code civil). (Le projet de 2015 quant à lui ne condamnait que les conditions suspensives).

seulement le débiteur, mais également le créancier pouvant alors être concerné<sup>857</sup>. Mais ce faisant, c'était encore confondre le mécanisme de la « condition » avec celui des « droits potestatifs ». Or, une « véritable » condition (ce que ne peut être la condition *si voluero*) se satisfait de l'application de l'article 1178 à son égard<sup>858</sup>, n'ayant pas vocation à laisser le débiteur maître de l'engagement, au contraire du droit potestatif. Par définition même, la faculté de résiliation unilatérale dans les contrats à durée indéterminée ne correspond pas au mécanisme de la condition. Le concept de droit potestatif apparaît au contraire adéquat.

*B. La faculté de résiliation unilatérale dans les contrats à durée indéterminée*

**209. L'absence du caractère accessoire de la faculté de résiliation.** La faculté de résiliation unilatérale s'éloigne d'autant plus de la définition de la condition qu'elle est par définition inhérente aux engagements à durée indéterminée, qu'ils soient d'ailleurs synallagmatiques ou unilatéraux<sup>859</sup>. Tandis que la condition est une modalité accessoire de l'engagement<sup>860</sup>. La faculté de résiliation unilatérale participe de la nature même de l'engagement à durée indéterminée<sup>861</sup>. Elle est nécessaire à sa validité. Elle n'a d'ailleurs pas à être expressément stipulée<sup>862</sup> et ne peut être écartée<sup>863</sup>. Son existence ne peut être facultative. Dans ces conditions, le caractère accessoire de la modalité de la condition fait défaut. L'affirmation n'est cependant pas évidente si l'on compare la situation avec le terme. En effet, ce dernier, également considéré comme une modalité accessoire, ne devient-il pas

<sup>857</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 7 juin 1990, RTD civ. 1991, p. 334, obs. J. MESTRE. – Cass. soc., 12 avril 1995, Dr. soc. 1995, p. 668, obs. J. SAVATIER (clause de non-concurrence en sommeil, cf. supra n°110 et 230).

Sur ce point l'ordonnance du 10 février 2016, préc., ne condamne que la condition « dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur ». (Nouvel article 1304-2).

<sup>858</sup> En ce sens, M. LATINA, *Essai sur la condition...*, th. préc. ; F. CHÉNEDÉ, « Charles Demolombe, la condition potestative (2<sup>ème</sup> partie) », art. préc.

<sup>859</sup> L'employeur bénéficie d'une faculté de dénonciation unilatérale de ses engagements unilatéraux de volonté à durée indéterminée : Cass. soc., 25 février 1988, Dr. soc. 1988, p. 82, obs. A. PENNEAU. – Cass. soc., 13 février 1996, Bull. civ. V, p. 53. Même s'il faut alors respecter certaines conditions (le législateur a réglementé la dénonciation des conventions et accords collectifs [articles L. 2261-9 à L. 2261-14 du Code du travail] et la jurisprudence celle des usages et engagements unilatéraux [Cass. soc., 4 avril 1990, Bull. civ. V, n°161. – Cass. soc., 17 juin 1992, Bull. civ. V, n°408. – Cass. soc., 16 décembre 1992, Bull. civ. V, n°594]).

<sup>860</sup> Supra n°16.

<sup>861</sup> J. GHESTIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les obligations, Les effets du contrat*, LGDJ, 1992, n°236 *in fine*. Cf. Cass. soc., 9 octobre 1941, JCP G. 1942, II, 1797.

<sup>862</sup> Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 13 mai 1997, n°95-13637.

<sup>863</sup> Cass. civ., 4 janvier 1933, DH, 1933, p. 100. – Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 7 mars 2006, CCC, juillet 2006, comm. 125, L. LEVENEUR ; Dr. et patr. 2006, n°152, p. 97, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; RTD civ. 2006, p. 762, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

inhérent et nécessaire au contrat à durée déterminée ? Une nuance peut néanmoins être apportée. En droit du travail, un contrat à durée déterminée sans terme serait en réalité un contrat à durée indéterminée, alors qu'un contrat à durée indéterminée sans aucune faculté de résiliation devrait être nul car perpétuel. Au demeurant, le terme demeure un élément à l'abri de la volonté des parties.

## II. *La licéité de la faculté de résiliation unilatérale*

**210. Justification.** Inhérente aux engagements à durée indéterminée, la faculté de résiliation unilatérale se fonde d'abord sur la prohibition des engagements perpétuels. Mais plus encore, c'est de protection de liberté dont il s'agit (A). Une telle faculté se justifie d'autant plus qu'elle n'a pas vocation à remettre en cause le consentement initialement échangé (B). En d'autres termes, il ne s'agit pas de revenir sur l'existence même de l'engagement passé.

### A. *Le fondement*

**211. La prohibition des engagements perpétuels.** De la condamnation – héritée de la Révolution – de la perpétuité de certains contrats par le législateur<sup>864</sup>, la doctrine en déduit un principe général<sup>865</sup> de prohibition des engagements perpétuels<sup>866</sup>. Le droit du travail offrait

---

<sup>864</sup> V. not. les articles 1709 (le louage de choses), 1780 alinéa 2 (le louage de service), 1794 (le marché à forfait), 1944 (le dépôt), 2003 (le contrat de mandat) du Code civil.

<sup>865</sup> **Si une majorité de la doctrine s'accorde effectivement sur l'existence d'un principe général de prohibition des engagements perpétuels** (A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, LGDJ, 2014, 14<sup>ème</sup> éd., n°312 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 2013, 11<sup>ème</sup> éd. ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Les obligations*, tome 2, *Contrat*, Litec, 1998, 6<sup>ème</sup> éd., n°1395 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, LGDJ, 2015, 7<sup>ème</sup> éd., n°885 ; Ch. LARROUMET et S. BROS, *Traité de droit civil*, tome 3, *Les obligations. Le contrat*, op. cit., n°208 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, 1. *L'acte juridique*, op. cit., n°292, 380), **fondé sur la liberté individuelle et, pour certains, également, sur l'ouverture à la concurrence** (L. et J. VOGEL, « Vers un retour des contrats perpétuels ? Évolution récente du droit de la distribution », CCC, août-septembre 1991, chron. 8-9, p. 1 ; M. CHAGNY, note sous Cass. com., 5 octobre 2004, JCP E. 2005, 622, n°3) **et l'utilité sociale du contrat** (J. GHESTIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les obligations, les effets du contrat*, LGDJ, 2001, 3<sup>ème</sup> éd., n°189), **une partie de la doctrine a cependant pu le tempérer** (I. PETEL-TEYSSIE, J.-Cl. *Civil*, Code, Art. 1780, 1991, n°30 ; R. LIBCHABER, « Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés ». *Rev. Soc.* 1995, p. 437 : « Là où la liberté individuelle est menacée par la perpétuité, elle est interdite ; là où à l'inverse la perpétuité, ou une durée excessive, n'entrave pas la liberté de l'individu, le principe s'affaiblit » ; J. GHESTIN, « Existe-t-il en droit positif français un principe général de prohibition des engagements perpétuels ? », in *Mélanges en l'honneur de Denis TALLON*, Sté Législation comparée, 1999, p. 251 ; J. GHESTIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, 2001, 3<sup>ème</sup> éd., n°198 ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, tome 1. *Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 2012, 3<sup>ème</sup> éd., p. 692 et 420). **Il est vrai que la jurisprudence a pu**

d'ailleurs un terrain privilégié à l'essaimage de cette théorie. D'une part, l'article 1780, alinéa 1, du Code civil affirmait la rupture avec le régime féodal en énonçant qu'« *on ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée* », de l'autre, soucieux de ne pas condamner des contrats de travail consentis sans durée limitée, la jurisprudence d'abord<sup>867</sup>, le législateur ensuite<sup>868</sup>, consacrèrent, en l'absence de durée déterminée, l'existence d'une faculté unilatérale de résiliation. Celle-ci permet donc, concrètement, d'éviter la perpétuité<sup>869</sup>. En conséquence, dès lors que la prohibition des engagements perpétuels était étendue à l'ensemble des contrats à durée indéterminée, la reconnaissance d'une faculté de résiliation unilatérale devait également l'être<sup>870</sup>. L'ordonnance du 10 février

**accepter des engagements perpétuels dès lors qu'étaient en cause des personnes morales** (Cass. civ., 25 juin 1907, DP 1907, jur. p. 337, note H. BARTHÉLÉMY).

<sup>866</sup> V. à ce propos : F. RIZZO « Regards sur la prohibition des engagements perpétuels », in *Dossier Le droit face au temps*, Dr. et patr. 2000, p. 78 ; O. LITTY, *Inégalité des parties et durée du contrat, étude de quatre contrats d'adhésion usuels*, LGDJ, 1999 ; I. PÉTEL, *Les durées d'efficacité du contrat*, thèse, Montpellier 1, 1984 ; J. AZÉMA, *La durée des contrats successifs*, LGDJ, 1969 ; R. ENCINAS de MUÑAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, th. préc.

<sup>867</sup> Cass. civ., 8 février 1859, DP 1859, jur. p. 57 : « *Attendu qu'on ne peut engager ses services qu'à temps ou pour une entreprise déterminée, que si un louage de service a été consenti pour une durée illimitée, il dépend sans doute de la volonté de l'une ou de l'autre des parties de le faire cesser* ». – Cass. civ., 5 février 1872, S. 1872, 1, p. 132. – Cass. civ., 17 mai 1887, S. 1887, 1, p. 378.

<sup>868</sup> « *Le louage de service fait sans détermination de durée peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes* ». Article issu de la loi du 27 décembre 1890 sur le contrat de louage et sur les rapports des agents de chemin de fer avec les compagnies, JO, 28 décembre 1890, D. 1991, législ. p. 33. Pour une analyse de cette loi, v. E. BARTHÉLÉMY, *De la résiliation du louage de service (loi du 27 décembre 1890)*, thèse, A. Pédone, 1896.

Cet article du Code civil a été repris lors de la codification du Code du travail par la loi du 28 décembre 1910 (article 23, al. 1 du livre 1<sup>er</sup>). Il est devenu l'article L. 122-4 du Code du travail par la recodification opérée par loi du 2 janvier 1973 (« *Le contrat de travail conclu sans détermination de durée peut cesser à l'initiative d'une des parties contractantes sous réserve de l'application des règles ci-après définies* ») puis L. 1231-1 par la dernière recodification opérée par la loi n°2008-596 du 25 juin 2008 (« *Le contrat de travail à durée indéterminée peut être rompu à l'initiative de l'employeur ou du salarié [...], dans les conditions prévues par les dispositions du présent titre* »).

<sup>869</sup> « *Il n'y a pas d'engagement perpétuel dès lors qu'il y a faculté de résiliation [...]* » : Cass. com., 3 avril 2002, CCC, août 2002, comm. 119, note L. LEVENEUR.

<sup>870</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 5 février 1985, RTD civ. 1986, p. 105, obs. J. MESTRE : « *Dans les contrats à exécution successive dans lesquels aucun terme n'a été prévu, la résiliation est, sauf abus [...], offerte aux deux parties* ».

V. les analyses de la doctrine : J. AZÉMA, *La durée des contrats successifs*, th. préc., n°16 et s., n°182 et s. ; B. HOUIN, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, th. préc., p. 117, n°332 ; I. PÉTEL, *Les durées d'efficacité du contrat*, th. préc., n°332 et s. ; O. LITTY, *Inégalité des parties et durée du contrat, étude de quatre contrats d'adhésion usuels*, th. préc. n°16 et s. ; J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, *Les obligations. Les effets du contrat*, op. cit., n°195 et s. ; N. VIGNAL, « La vie du lien contractuel », Lamy droit civil, droit des contrats, 1999, n°405-73 ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 2013, 11<sup>ème</sup> éd., n°481-2 ; A. MARTINON, *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, Dalloz, 2005, n°513 et s.

2016 la consacre d'ailleurs<sup>871</sup>. Pourtant, durée indéterminée et durée perpétuelle ne sont pas synonymes<sup>872</sup>.

**212. Indétermination et perpétuité<sup>873</sup>.** Les conséquences d'un contrat perpétuel et d'un contrat à durée indéterminée sont opposées puisque le premier est en principe sanctionné par la nullité<sup>874</sup>, alors que le second est par principe valable<sup>875</sup>. Dans ces conditions, un contrat perpétuel serait toujours condamné. Il peut cependant paraître opportun de maintenir le contrat, du moins pendant le temps où il a été exécuté. L'annulation, non du contrat dans son ensemble, mais de la seule « clause de perpétuité » serait alors la solution<sup>876</sup>. La jurisprudence a d'ailleurs pu en juger ainsi<sup>877</sup>. Le contrat « deviendrait » ainsi un contrat à durée indéterminée assortie d'une faculté de résiliation unilatérale. Il serait expurgé de ses causes de nullité, évitant des restitutions qui, en pratique, s'avèreraient délicates et permettant

---

<sup>871</sup> Nouvel article 1211 du Code civil : « Lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable ».

<sup>872</sup> R. LIBCHABER, « Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés », art. préc., p. 437 ; M. BARBERIS, *La liberté de rompre unilatéralement le contrat de travail*, mémoire, Université de Versailles, Saint-Quentin-en-Yvelines, 2002.

<sup>873</sup> Deux conceptions de la perpétuité coexistent, celle objective et celle subjective. En droit du travail, cette dernière prévaut. C'est en effet à l'aune de la vie humaine ou, plus exactement, professionnelle du salarié qu'elle est estimée. Ex. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 janvier 2000, Bull. civ. V, n°16 : « L'engagement, qui avait commencé à courir en 1966, ven[ant] à expiration, en principe, en 2002, la cour d'appel a retenu qu'il ne respectait pas la liberté individuelle de celui qui l'avait souscrit, ce laps de temps étant égal ou supérieur à la durée moyenne de l'activité professionnelle d'un exploitant agricole ». V. aussi Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 juillet 1973, Bull. civ. I, n°228 : « Attendu que [...] dans les sociétés à capital variable, chaque associé peut se retirer de la société lorsqu'il le juge convenable, à moins de convention contraire ; que les statuts sociaux ne peuvent limiter l'exercice de ce droit que dans la mesure compatible avec le respect de la liberté individuelle ; que tel n'est pas le cas lorsque l'engagement est conclu pour une durée illimitée ou même pour un laps de temps supérieur à la durée moyenne de la vie humaine ». Comp. en matière de bail : celui-ci n'est pas considéré comme perpétuel lorsque le terme prévu est le décès du locataire : Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 30 novembre 1983, Bull. civ. III, n°249.

<sup>874</sup> Ex. : nullité d'un contrat de travail perpétuel : Cass. civ., 28 juin 1887, S. 1887, 1, p. 380 ; DP. 1888, I, 296 ; nullité d'un contrat de bail perpétuel : Cass. com., 3 janvier 1989, RTD civ. 1989, 534 et 535, obs. J. MESTRE. – Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 15 janvier 1976, Bull. civ. III, n°16.

Dans le cadre d'un contrat de travail, cette nullité ne peut être demandée que par le salarié « dans l'intérêt duquel elle est prévue » : Cass. soc., 5 novembre 1984, JCP G. 1985, II, 20510, note N. S, ce qui est discutable. D'ailleurs, un arrêt de la Cour d'appel d'Agen envisage bien la possibilité de juger de la nullité d'une clause d'indemnisation (excessive) en cas de licenciement au regard de la prohibition des engagements perpétuels : CA Agen, 9 mai 2006, NR/SBA 05/00143.

<sup>875</sup> « La validité de l'engagement à durée indéterminée constitue un principe de notre droit des contrats » : J. AZÉMA, *La durée des contrats successifs*, th. préc. n°135 et s.

<sup>876</sup> Sous réserve, peut-être, de l'interprétation jurisprudentielle de l'article 1172 du Code civil. (« La nullité d'une clause d'un contrat n'entraîne la nullité du contrat lui-même que si la stipulation exprimée apparaît comme une condition dont les parties ont entendu faire dépendre l'existence de l'obligation » : CA Paris, 30 avril 1963, D. 1963, p. 428, note A. ROUAST).

<sup>877</sup> Cass. civ., 19 décembre 1860, DP 1861, I, 115. – Cass. civ., 25 mars 1868, DP 1869, I, 277. – Req., 2 mai 1882, DP 1883, I, 168.

de protéger le salarié. En tout état de cause, l'existence d'une faculté de résiliation unilatérale reste indubitablement liée à la prohibition des engagements perpétuels.

**213. La protection de la liberté individuelle : démission et licenciement.** Derrière la prohibition des engagements perpétuels, c'est la liberté individuelle des cocontractants qui se profile. Le Conseil constitutionnel l'a d'ailleurs expressément reconnu<sup>878</sup>. Il s'agit d'éviter un « esclavage conventionnel »<sup>879</sup>. Dès lors, la rupture est possible sans motif et à tout moment<sup>880</sup> : la faculté est purement potestative.

Le salarié engagé dans un contrat à durée indéterminée peut éteindre le contrat par une simple manifestation de volonté quand il le veut et pour quelle que raison que ce soit. Sa *seule envie* suffit dès lors que sa volonté est certaine, c'est-à-dire libre, éclairée, et non équivoque<sup>881</sup>. Le comportement du salarié, qui refuserait, par exemple, de poursuivre l'exécution de son contrat ne suffit pas à caractériser une démission<sup>882</sup>. En revanche, dès lors que la décision du

<sup>878</sup> « La liberté qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 justifie qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement par l'un ou l'autre des contractants », Cons. const., 9 novembre 1999, n°99-419 DC, « Loi relative au pacte civil de solidarité », JO, 16 novembre 1999, p. 16962 ; RTD civ. 2000, p. 109, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

<sup>879</sup> A. ROUAST et P. DURAND, *Précis de droit du travail*, 1961, 2<sup>ème</sup> éd., n°407 ; J. HÉMARD, note sous Cass civ. 1<sup>ère</sup>, mars 1965, D. 1965, jur. p. 73.

<sup>880</sup> Sous réserve que l'engagement conserve une certaine utilité. Une rupture trop rapide peut être considérée comme abusive.

<sup>881</sup> Ex. : Cass. soc., 3 juin 1997, Bull. civ. V, n°201 : « Le salarié avait librement maintenu sa démission alors qu'il était « manifestement apprécié de la direction » et qu'il n'avait subi aucune pression pour quitter l'entreprise ; que [la cour d'appel] a pu en déduire que la rupture résultait de la volonté claire et non équivoque du salarié de démissionner ». Au contraire, l'existence d'un différend antérieur ou contemporain à la démission sera un indice du caractère équivoque de la démission (Cass. soc., 9 mai 2007, Bull. civ. V, n°70. – Cass. soc., 19 décembre 2007, Bull. civ. V, n°218).

Le caractère équivoque d'une démission ne doit pas être confondu avec un éventuel vice du consentement. Dans le premier cas, la démission pourra être analysée comme une prise d'acte. Dans le second, la démission sera nulle : Cass. soc., 9 mai 2007, JCP S. 2007, 1577, note P. POCHET : « La démission est un acte unilatéral par lequel le salarié manifeste de façon claire et non équivoque sa volonté de mettre fin au contrat de travail ; [...] lorsque le salarié, sans invoquer un vice du consentement de nature à entraîner l'annulation de sa démission, remet en cause celle-ci en raison de faits ou manquements imputables à son employeur, le juge doit, s'il résulte de circonstances antérieures ou contemporaines de la démission, qu'à la date à laquelle elle a été donnée, celle-ci était équivoque, l'analyser en une prise d'acte de la rupture ». – Cass. soc., 17 mars 2010, Bull. civ. V, n°68 : « Le salarié ne peut tout à la fois invoquer un vice du consentement de nature à entraîner l'annulation de sa démission et demander que cet acte de démission soit analysé en une prise d'acte, par lui, de la rupture de son contrat de travail en raison de faits et manquements imputables à l'employeur ».

<sup>882</sup> Cass. soc., 18 juillet 1995, n°92-40344 : « La seule absence irrégulière du salarié ne constitue pas une manifestation claire et non équivoque de la volonté du salarié de démissionner ». – Cass. soc., 28 février 2001, n°99-40921 : « Le refus d'un changement des conditions de travail ne constitue pas une manifestation claire et non équivoque de démissionner ». Le manquement aux obligations contractuelles qui en résulterait serait cependant constitutif *a minima* d'une cause réelle et sérieuse de licenciement.

salarié est claire et non équivoque, elle est irrévocable<sup>883</sup>. Il est d'ailleurs intéressant d'observer qu'une rétractation – *a priori* inconcevable – du salarié opérée très peu de temps après sa « démission », ne sera pas toujours considérée comme inefficace mais pourra être traitée comme un indice du caractère justement équivoque de la démission, notamment au regard des circonstances de fait entourant ladite « démission »<sup>884</sup>. L'employeur est alors cantonné à un rôle passif<sup>885</sup>. Les parties ne pourraient amoindrir la potestativité du droit du salarié en exigeant, par exemple, une cause réelle et sérieuse de démission<sup>886</sup>.

Mais si le droit de démissionner du salarié est effectivement demeuré libre et discrétionnaire (sous la réserve de l'abus de droit), celui de licencier s'est vu peu à peu limité et encadré, notamment par l'exigence d'une cause réelle et sérieuse. Cette différence s'explique par l'objet de la liberté en cause. Le droit de démissionner du salarié procède de la liberté du travail<sup>887</sup>, liberté originellement fondée, selon la doctrine, sur le décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791<sup>888</sup> et la loi Le Chapelier des 14 et 17 juin 1791<sup>889</sup>. La doctrine rattache la

<sup>883</sup> Cass. soc., 19 mars 1981, Bull. civ. V, n°239.

<sup>884</sup> Ex. : Pour une démission faite sous la pression d'accusation de vol et rétractée le lendemain : Cass. soc., 20 février 2013, n°11-20797. Pour une démission le jour où le salarié est mis à pied : Cass. soc., 5 décembre 2012, n°11-14440. Pour une démission rétractée le jour même par une salariée fragilisée par son état de grossesse : Cass. soc., 26 octobre 2011, n°10-14139 (la rupture produira d'ailleurs les effets d'un licenciement nul). Pour une démission faite « sous le coup de la colère », rétractée le jour même : Cass. soc., 11 mars 2009, n°07-42090.

<sup>885</sup> J. DUPUY, « La démission », D. 1980, chron. p. 254.

<sup>886</sup> Comp. le licenciement pour lequel les parties ou les partenaires sociaux peuvent exiger davantage que la loi. Cf. infra n°315 et s.

<sup>887</sup> Le Conseil constitutionnel n'a jamais explicitement consacré son principe alors que la chambre sociale de la Cour de cassation n'hésite pas à citer expressément le « *principe constitutionnel de la liberté du travail* ». Ex. : Cass. soc., 19 novembre 1996, Bull. civ. V, n°392. – Cass. soc., 10 mars 1998, Bull. civ. V, n°126. – Cass. soc., 18 décembre 1998, Bull. civ. V, 459.

Cf. J. PÉLISSIER, « La liberté du travail », Dr. soc. 1990, p. 19 ; Th. REVET, « La liberté du travail », in *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 2010, 16<sup>ème</sup> éd., p. 765, n°971 ; J. SAVATIER, Rep. dr. tr., Dalloz, V° Liberté du travail, janvier 2005.

**Considérée par la doctrine comme une composante de la liberté d'entreprendre** (M. GUIBAL, Rep. dr. com. Dalloz, V° Commerce et Industrie, n°58, janvier 2015 ; J.-P. LE CROM, « La liberté du travail en droit français. Essai sur l'évolution d'une notion à usages multiples », *Diritto romano attuale*, 2006, *Libertà lavoro diritto*, p. 139 à 162 consultable sur [http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/64/72/68/PDF/La\\_libertA\\_du\\_travail\\_en\\_droit\\_franA\\_ais.pdf](http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/64/72/68/PDF/La_libertA_du_travail_en_droit_franA_ais.pdf)), **ou un complément** (G. AUZERO et E. DOCKÈS, Droit du travail, *op. cit.*, n°697 ; A. MARTINON, *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, th. préc. n°525).

<sup>888</sup> « *Il sera libre à toute personne de faire tel négoce, ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon* ».

<sup>889</sup> **Une controverse doctrinale subsiste sur la question de l'articulation de la liberté du commerce et de l'industrie avec la liberté d'entreprendre. Deux approches sont possibles. On considère soit qu'elles ont des contenus proches** (S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, Montchrestien, 2012, 3<sup>ème</sup> éd., n°52. Il est vrai que lorsqu'une restriction à une activité économique est mise en avant, les deux libertés peuvent être tout autant invoquées) **soit que l'une découle de l'autre, et c'est là que les opinions divergent. En effet, certains auteurs estiment que la liberté de l'industrie et du commerce a un contenu plus restreint que la liberté d'entreprendre et que par conséquent la première n'est**

démission à la liberté de travail comme composante<sup>890</sup> ou comme un complément<sup>891</sup> de la liberté d'entreprendre. Mais le droit de démissionner du salarié ne relève pas que d'une simple liberté économique : en concluant un contrat de travail, il engage *sa personne*<sup>892</sup>, au contraire de l'employeur. Il se place sous la subordination de ce dernier, il restreint sa liberté, au sens premier du terme. Il doit donc pouvoir la recouvrer à tout moment sous peine de travail forcé. La démission apparaît comme une notion subjective<sup>893</sup> protectrice de la liberté même du salarié. Ainsi, la démission exprime la liberté *stricto sensu* du salarié. Le licenciement de l'employeur est, pour sa part, l'expression de la liberté économique d'entreprendre<sup>894</sup>. Les enjeux différant, on conçoit que la démission demeure libre et discrétionnaire au contraire du licenciement. En outre, intervient ici le souci de protection d'une partie considérée comme faible et pour laquelle il a paru légitime d'assurer une certaine stabilité du contrat de travail au nom de considérations économiques et sociales<sup>895</sup>. Le droit de résilier unilatéralement pour l'employeur le contrat de travail n'est pas nié, il est simplement borné par l'exigence d'un événement, en principe, à l'abri de la volonté de l'employeur<sup>896</sup>.

---

**qu'une composante de la seconde, aux côtés d'autres libertés telles celle de la concurrence** (P. DELVOLVÉ, *Droit public de l'économie*, Dalloz, 1998, p. 108 ; G. DRAGO, *Les libertés économiques*, éd. Panthéon-Assas, 2003, p. 31. La jurisprudence du Conseil d'État a pu faire sienne cette position : CE, ord. 12 novembre 2001, n°239840, Commune de Montreuil-Bellay. – CE, ord. 22 mai 2003, n°256848, Commune de Théoule-sur-Mer). **D'autres soutiennent le contraire** (L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN *et alii*, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 2012, 6<sup>ème</sup> éd., n°279 ; D. LINOTTE et R. ROMI, *Droit public économique*, lexisNexis, 2012, 7<sup>ème</sup> éd., n°320 et s. ; J.-Ph. COLSON et P. IDOUX, *Droit public économique*, LGDJ, 2012, 6<sup>ème</sup> éd., n°185 ; G. CARCASSONNE, « La liberté d'entreprendre », in *L'entreprise et le droit constitutionnel*, colloque du CREDA du 26 mai 2010 ; N. CATALA, « Liberté d'entreprendre et droit à un emploi », in *Études à la mémoire du Professeur Bruno OPPETIT*, Litec, 2009, p. 99).

<sup>890</sup> M. GUIBAL, Rep. dr. com. Dalloz, V°Commerce et Industrie, n°58, préc. ; J.-P. LE CROM, « La liberté du travail en droit français. Essai sur l'évolution d'une notion à usages multiples », art. préc.

<sup>891</sup> G. AUZERO et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, op. cit., n°697 ; A. MARTINON, *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, th. préc. n°525).

<sup>892</sup> V. infra n°97 et s.

<sup>893</sup> J. MOULY, note sous Cass. soc., 30 mai 2000, D. 2000, jur. p. 805 ; A. POUSSON, « La volonté du salarié de rompre le contrat de travail », in *De la volonté individuelle*, Presses de l'université Toulouse 1 Capitole, 2009.

<sup>894</sup> Cons. const. 20 juillet 1988, n°88-244 DC, Dr. soc. 1988, p. 755, note X. PRÉTOT.

<sup>895</sup> Cf. A. MARTINON, *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, th. préc., n°173 et s. ; Y. PAGNERRE, *L'extinction unilatérale des engagements*, th. préc., n°483.

<sup>896</sup> Cf. infra n°305 et s.

Notons que le droit, pour l'employeur, de dénoncer le statut collectif négocié ou non ne vaut que lorsque ce dernier est à durée indéterminée. Dès lors que la convention, l'accord collectif ou l'engagement unilatéral de volonté est à durée déterminée, la faculté de résiliation unilatérale n'existe pas. La justification de ce droit de dénoncer est donc celle qui vaut pour les contrats à durée indéterminée.

## B. L'absence de remise en cause du consentement initial

**214. L'absence du caractère rétroactif de la faculté de résiliation.** La résiliation unilatérale inhérente au contrat à durée indéterminée ne peut jouer que pour le futur. Elle ne se conçoit pas rétroactive. Si cette absence de rétroactivité ne peut être vue comme un critère de plus pour la distinguer de la condition<sup>897</sup>, elle permet cependant de considérer qu'en la mettant en œuvre, le cocontractant ne remet pas en cause l'engagement initialement pris. Celui-ci ne se contredit pas. En d'autres termes, cette faculté de résiliation ne s'apparente pas à une faculté de dédit. Si une telle affirmation est vraie lorsqu'est en cause un contrat engageant d'ores et déjà l'ensemble des cocontractants, des doutes surgissent lorsqu'il s'agit d'avant-contrats.

**215. La promesse unilatérale d'embauche à durée indéterminée.** La jurisprudence a longtemps admis, dans les hypothèses de promesse unilatérale conclue sans durée déterminée, que le promettant pouvait valablement éteindre le contrat à la condition de mettre le bénéficiaire en demeure de lever l'option<sup>898</sup>. Les juges du fond<sup>899</sup> ont pu, de la sorte,

---

<sup>897</sup> **Bien que l'article 1183 du Code civil définisse la condition résolutoire comme celle qui, « lorsqu'elle s'accomplit, opère la révocation de l'obligation, et qui remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé », il n'y a pas toujours de rétroactivité. Cette dernière étant fondée sur l'intention des parties** (cf. F. BIGOT de PRÉAMENEU commentant l'article 1183 devant le Corps législatif : « L'intention des contractants lorsqu'ils stipulent une condition résolutoire, est que cette condition lorsqu'elle s'accomplit opère la révocation de l'engagement et qu'elle remette les choses au même état que si l'engagement n'avait pas été contracté ». A. COLIN et H. CAPITANT, *Traité de droit civil*, tome II, 1959, n°1693), **celles-ci peuvent valablement l'écarter** (Cass. req., 10 février 1925, S. 1925, 1, p. 61 ; Gaz. Pal. 1925, 1, p. 763. – Cass. civ., 29 avril 1931, Gaz. Pal. 1931, 2, p. 85). **En outre, une distinction est traditionnellement opérée entre les contrats à exécution instantanée et ceux à exécution successive** (Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de droit civil français*, tome 4, 1942, 6<sup>ème</sup> éd., n°302, p. 110 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil, Les obligations*, tome 2, *Le régime*, Sirey, n°88 ; Ch. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, *Cours de droit civil français*, tome 8, 1936, n°747. **Si, dans le premier cas, la condition n'a d'utilité que si elle est rétroactive** (M. LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, th. préc. n°683.), **dans le second, elle peut ne valoir que pour l'avenir** (cf. J. CARBONNIER, *Droit civil*, volume 2. *Les biens, Les obligations*, op. cit. n°1053, p. 2161 : « On conçoit une condition simplement extinctive, mettant fin au contrat sans rétroactivité (par ex. la clause dite de fonctionnaire, dans les baux ancien style, stipulant que le bail serait résilié, c'est-à-dire prendrait fin, mais pour l'avenir seulement, dans le cas où le locataire fonctionnaire serait muté hors de la localité) ». **Les auteurs ont d'ailleurs proposé le concept de « condition extinctive »** (J.-J. TAISNE, *La notion de condition dans les actes juridiques...*, th. préc., n°93 ; I. PÉTEL, *Les durées d'efficacité du contrat*, th. préc., n°317). **Sur ce point la différence entre condition et faculté de résiliation est peu probante, sauf peut-être à considérer que la faculté de résiliation n'est jamais rétroactive alors que la condition peut l'être.**

<sup>898</sup> Cass. civ., 10 juin 1941, RTD civ. 1940-1941, p. 602, obs. J. CARBONNIER : « L'auteur d'une promesse de vente qui a eu lieu sans limitation de temps ne peut en être dégagé qu'après avoir mis celui à qui elle a été faite en demeure de l'accepter dans un délai déterminé, à moins qu'il ne soit établi que le

considérer qu'une lettre de l'employeur pouvait valoir engagement, peu important que « *la date de prise de fonctions du salarié [...] n'ait pas été fixée et qu'aucun délai n'ait été impartie à l'intéressé* ». Dans cette hypothèse, « *il était loisible à l'employeur, s'il estimait que ce salarié tardait trop à faire connaître cette date, de le mettre en demeure de la préciser* ». Mais, le 25 mars 2009<sup>900</sup>, la 3<sup>ème</sup> chambre civile de la Cour de cassation a opéré un revirement en considérant qu'une simple notification de la « rétractation » du promettant suffisait désormais à faire tomber la promesse unilatérale. Cette simple notification peut-elle intervenir à tout moment ? Si la réponse est affirmative, le rapprochement avec un véritable droit de dédit permettant à un cocontractant de revenir sur son engagement est permis. Or, au-delà même des doutes pesant sur la licéité d'une telle faculté<sup>901</sup>, une clause est nécessaire. En l'absence d'une telle clause, et afin que la résiliation unilatérale de la promesse – légitime en l'absence de durée déterminée de délai d'option – ne puisse se confondre avec un véritable dédit, ne pourrait-on pas, à l'instar de l'offre<sup>902</sup>, considérer qu'un retrait trop rapide de la

*bénéficiaire a renoncé à s'en prévaloir* ». – Cass. civ. 3<sup>ème</sup> 24 avril 1970, RTD civ. 1971, p. 134, obs. Y. LOUSSOUARN.

<sup>899</sup> CA Paris, 6 mai 1993, RJS 7/93, n°818, préc.

<sup>900</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 25 mars 2009, RDC 2009, p. 995 à 999, obs. Y.-M. LAITHIER et p. 1089 à 1095, obs. S. PIMONT ; JCP G. 2009, 213, note F. LABARTHE.

<sup>901</sup> Infra n°219 et s.

<sup>902</sup> **La jurisprudence a toujours, à juste titre, considéré qu'une offre faite sans indication de durée était librement révocable** (F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 2013, 11<sup>ème</sup> éd., n°118 ; Ch. LARROUMET et S. BROS, *Les obligations, Le contrat*, tome 3, Economica, 2014, 7<sup>ème</sup> éd., n°239 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations, op. cit.*, n°470 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, et É. SAVAUX, *Les obligations, 1. L'acte juridique, op. cit.*, n°140 ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, tome 1, *Contrat et engagement unilatéral, op. cit.*, p. 265 et s.). **Cependant, le pollicitant devait respecter un délai raisonnable** (Cass. Req., 28 février 1870, DP 1871, 1, 61), **implicite ou fixé par le juge** (Ch. JUILLET, obs. sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 20 mai 2009, LPA, 4 novembre 2009, n°220, p. 7.) **lorsqu'elle était faite à personne déterminée, avant de pouvoir la révoquer. Le défaut de respect de ce délai raisonnable était alors sanctionné par l'octroi de dommages-intérêts. Mais un arrêt de la troisième chambre civile en date du 20 mai 2009** (Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 20 mai 2009, RDC 2009, p. 1325, obs. Y.-M. LAITHIER ; LPA, 29 octobre 2009, n°216, p. 9, obs. Ch. COUTANT-LAPALUS ; LPA, 4 novembre 2009, n°220, p. 7, obs. Ch. JUILLET) **semble avoir modifié la donne. En effet, en sanctionnant une cour d'appel pour ne pas avoir recherché si l'acceptation de l'offre n'était pas « intervenue dans le délai raisonnable nécessairement contenu dans toute offre de vente non assortie d'un délai précis », la Cour de cassation paraît considérer qu'une offre à durée indéterminée devient caduque** (moyen du pourvoi), **passé un délai raisonnable**. Mais dans ces conditions, il faudrait alors soumettre au même régime la révocation de l'offre faite pendant la durée déterminée, si elle est à durée déterminée, ou pendant la durée « raisonnable » si elle est à durée indéterminée. Et, par voie de conséquence, faire le choix soit du seul octroi de dommages-intérêts, soit de l'inefficacité de la « rétractation ». Mais au-delà du délai raisonnable, que conclure ? Si la caducité est effectivement encourue, aucune notification d'une résiliation ne serait nécessaire pour faire tomber l'offre. **L'ordonnance du 10 février 2016 intègre cette exigence de délai raisonnable « [l'offre] ne peut être rétractée avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, l'issue d'un délai raisonnable » mais fait le choix, en cas de violation, de l'octroi de dommages-intérêts sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle.** (Nouvel article 1116 du Code civil).

promesse demeure fautif ? En d'autres termes, il s'agirait d'admettre que le promettant ne puisse résilier sa promesse qu'après un certain délai « raisonnable ». Une telle approche pose alors la question de savoir si la « résiliation » est effectivement nécessaire ou si la caducité ne serait pas plutôt encourue une fois ce délai passé. Quant au qualificatif de « raisonnable », on le sait, il souffre des difficultés inhérentes à un concept subjectif laissé à l'appréciation des juges du fond.

Il est vrai que s'est ajoutée à la problématique, la jurisprudence du 12 juillet 2006 de la Cour de cassation<sup>903</sup> refusant d'admettre l'existence d'une promesse d'embauche lorsque n'étaient mentionnés « *ni l'emploi occupé, ni la rémunération, ni la date d'embauche, ni le temps de travail* ». Il était alors possible de considérer que cette énumération était cumulative, et, par voie de conséquence que la date d'embauche était nécessaire à la reconnaissance d'un engagement de l'employeur. Dans ces conditions, la durée de l'engagement ne pouvait qu'être à durée déterminée. Mais la jurisprudence n'est pas toujours aussi exigeante. Il lui arrive d'admettre, selon le contexte, la réalité d'une promesse alors que manque un élément *a priori* essentiel. Dans ces conditions, l'absence de date d'embauche pourrait effectivement permettre une résiliation unilatérale de l'employeur.

**216. Le pacte de préférence conclu sans durée limitée.** Les pactes de préférence sont pour la plupart à durée indéterminée. Or, cette notion de durée n'est pas la même qu'en matière de promesse unilatérale de contrat. Dans cette dernière hypothèse, le promettant étant d'ores et déjà engagé au contrat définitif, il est légitime de limiter son engagement et sa sujétion à une durée relativement courte et de recourir ainsi à la notion de délai « raisonnable ». En revanche, dans le pacte de préférence, le promettant reste libre de contracter ou non le contrat projeté. La durée de son engagement peut valablement être de plusieurs années. Il faut donc distinguer entre la durée du pacte proprement dit et celle résultant de la décision du promettant de conclure le contrat projeté. Le point de départ de la première est bien la conclusion du pacte, alors que celui de la seconde correspond au moment où le promettant donne son consentement au contrat projeté. C'est ce deuxième temps qui est, selon la Cour de cassation<sup>904</sup>, le point de départ de la prescription extinctive. La jurisprudence considère ainsi que le promettant reste tenu tant qu'il ne s'est pas décidé au contrat projeté. Se

---

<sup>903</sup> Cass. soc., 12 juillet 2006, RDT, 2006, p. 311, note G. AUZERO ; JCP S. 2006, 1725, note C. PUIGELIER.

<sup>904</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 décembre 1959, JCP G. 1960, note P. ESMEIN ; RTD civ. 1960, p. 323, obs. J. CARBONNIER.

pose alors la question de la prohibition des engagements perpétuels. Comme tout engagement à durée indéterminée, les parties devraient pouvoir bénéficier d'un droit potestatif de résiliation<sup>905</sup>. Mais puisque le droit de priorité octroyé par un pacte de préférence n'a d'effet qu'à partir du moment où le promettant se décide à conclure, il suffirait au promettant de mettre en œuvre son droit de résiliation avant de se décider à conclure le contrat projeté pour ne plus être tenu par son engagement. Permettre au promettant d'un pacte de préférence de résilier unilatéralement son pacte revient à lui laisser la possibilité de revenir sur son engagement. Là encore la faculté unilatérale de résiliation peut se confondre avec un véritable dédit.

Pour pallier cet écueil, deux possibilités peuvent être envisagées : soit revenir sur la jurisprudence de 1959<sup>906</sup> et admettre la prescription extinctive à compter de la conclusion du pacte (celle-ci ayant été ramenée à cinq ans par la réforme du 17 juin 2008<sup>907</sup>), soit mettre en place un système de durée raisonnable, notion certes subjective<sup>908</sup>, à respecter avant toute résiliation. Mais le respect d'un tel délai ne revient-il pas, peu ou prou, à faire du pacte de préférence un pacte à durée limitée ? Subsiste la question de savoir s'il conviendrait, au-delà de cette durée « raisonnable », de conclure à la caducité du pacte ou si la notification d'une résiliation unilatérale demeurerait nécessaire.

## Section II. Les clauses purement potestatives d'extinction

**217. Portée de la liberté contractuelle.** Les parties peuvent s'être mises d'accord sur l'insertion de clauses octroyant à l'une d'entre elles la faculté d'éteindre l'engagement pris<sup>909</sup>. Les clauses dites de dédit permettent ainsi à leur bénéficiaire de revenir sur leur engagement. Ce mécanisme, remettant en cause l'engagement pris, pose la question de

<sup>905</sup> P. PUIG, *Contrats spéciaux*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd. 2007, n°135, p. 110.

<sup>906</sup> J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, 2001, 2<sup>ème</sup> éd., n°11505, p. 420, note 22.

<sup>907</sup> Loi n°2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, cf. l'article 2224 du Code civil.

<sup>908</sup> Contrairement à la promesse unilatérale, cette durée se compterait davantage en années qu'en mois et devrait tenir compte des spécificités propres au pacte de préférence en question. Dans l'arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 23 septembre 2009 (Bull. civ. III, n°203), la Cour insiste sur la légitimité du pacte ayant prévu une durée et un prix déterminés – le prix de revente ne devait pas excéder celui de l'achat – eu égard au particularisme de l'opération en cause. Il s'agissait « d'empêcher la spéculation sur le bien, dans un contexte marqué par la rareté de l'offre et le décrochage des possibilités financières de la plupart des ménages par rapport à l'envolée des prix de l'immobilier ».

<sup>909</sup> Une telle clause ne pourrait éteindre que l'ensemble du contrat. Dans un contrat synallagmatique, un droit potestatif ne pourrait pas éteindre l'obligation essentielle d'une des parties, laissant l'obligation réciproque intacte.

sa licéité (I). Si la majorité de la doctrine n'y paraît pas hostile, certains obstacles juridiques méritent néanmoins d'être soulignés. Surtout, le particularisme du droit du travail joue ici un rôle non négligeable. En revanche, la période d'essai, figure éprouvée du contrat de travail, paraît plus facilement acceptable (II). Nul ne songerait à la remettre en cause. C'est que le respect de sa finalité la fonde tout autant qu'elle la justifie.

### *I. L'admission discutée des clauses de dédit dans le contrat de travail*

**218. Objet du dédit.** Le dédit peut porter sur l'engagement lui-même (A), le bénéficiaire du droit ayant ainsi la faculté de remettre en cause l'engagement qu'il avait initialement pris. Mais le dédit peut également porter sur la durée même de l'engagement (B). Dans cette hypothèse, les parties se sont accordées pour s'engager pour un temps déterminé, mais l'un ou les cocontractants bénéficient de la faculté de se libérer avant le terme du contrat.

#### *A. Le dédit portant sur l'engagement*

**219. Obstacles au dédit.** La licéité d'un mécanisme permettant à l'un des cocontractants de se dédire n'est pas évidente. Certains obstacles tirés du droit commun (1) semblent s'y opposer. La doctrine et la jurisprudence n'y paraissent cependant pas si hostiles. Mais au-delà, les règles propres au droit du travail (2), s'opposent *a priori* à ce que les parties puissent se laisser la possibilité de revenir sur leur consentement.

#### *1. Arguments du droit commun*

**220. Les différentes approches de la formation du contrat.** Traditionnellement, la formation du contrat est considérée comme instantanée. Le droit de rétractation s'exprime ainsi au sein d'un contrat d'ores et déjà formé<sup>910</sup>. Mais face aux contrats pour lesquels le législateur a offert des droits de rétractation légaux, une partie de la doctrine

---

<sup>910</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil*, volume 2, *Les biens, Les obligations*, *op. cit.*, n°1030, p. 2121 : « C'est à l'intérieur d'un contrat déjà conclu que vient jouer le repentir contractuel » ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, tome 1, *Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, p. 283 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 2013, 11<sup>ème</sup> éd., n°263.

a pu proposer une analyse progressive de la formation du consentement<sup>911</sup>. Le contrat ne se formerait pas instantanément mais nécessiterait un temps de consolidation avant qu'il ne soit considéré comme définitif<sup>912</sup>.

Le choix opéré entre la conception instantanéiste ou progressiste de la formation du contrat revient en réalité à assumer ou non l'atteinte à la force obligatoire de l'article 1134 du Code civil. Par définition, une faculté de dédit s'exerçant pendant une période de formation du contrat ne peut remettre en cause la force obligatoire d'un engagement non encore définitivement formé<sup>913</sup>. Plus encore, il faudrait alors analyser la faculté de se dédire davantage comme un délai de réflexion offert au bénéficiaire – pendant lequel ce dernier pourrait changer d'avis à son gré – que comme un réel droit potestatif<sup>914</sup>. Il en va différemment lorsqu'il est considéré qu'une faculté de dédit a vocation à s'exprimer au sein d'un contrat d'ores et déjà formé. Il est alors porté atteinte à l'irrévocabilité des engagements.

Bien que séduisante, l'approche progressive de la formation du contrat n'est pas à l'abri de certains écueils. Pour la défense de cette analyse a surtout été mis en avant un élément psychologique<sup>915</sup>. Dans l'esprit des parties, le contrat ne serait véritablement conclu qu'au terme du délai pendant lequel la rétractation est possible. Mais un tel argument peut conduire à la solution opposée. À tel individu ne considérant pas le contrat comme d'ores et déjà formé, tel autre, au contraire, l'estimera bel et bien formé. En outre, si le contrat n'est pas déjà formé, comment comprendre les contrats où les parties ont déjà exécuté ou commencé à exécuter leurs obligations ? Une telle analyse n'est-elle pas antinomique avec un commencement d'exécution ? La difficulté est certes

---

<sup>911</sup> J.-M. MOUSSERON, « La durée dans la formation des contrats », in *Études offertes à Alfred JAUFFRET*, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, p. 509 et s. ; G. CORNU, « La protection du consommateur et l'exécution du contrat », in *La protection des consommateurs, Travaux de l'Association Henri CAPITANT*, tome XXIV, Dalloz, 1975, p. 131 ; J. CALAIS-AULOY, « La loi sur le démarchage à domicile et la protection des consommateurs », D. 1973, chron. p. 266 ; G. ROUHETTE, « Droit de la consommation et théorie générale du contrat », in *Études offertes à René RODIÈRE*, Dalloz, 1982, p. 247 ; R. BAILLOD, « Le droit de repentir », art. préc. ; L. BOYER, « La clause de dédit », art. préc.

<sup>912</sup> R. LIBCHABER, « Réflexions sur les effets du contrat », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux. Mélanges offerts à Jean-Luc AUBERT*, Dalloz, 2005, p. 211, n°5.

<sup>913</sup> Lorsqu'une seule personne bénéficie d'une faculté de se dédire, la situation pourrait s'analyser comme une promesse unilatérale renversée, le cocontractant étant, pour sa part, d'ores et déjà engagé.

<sup>914</sup> En ce sens H. BARBIER, qui considère que la « nature du droit de rétractation est moins celle d'un acte que d'un délai » : obs. sous Cass. civ., 3<sup>ème</sup>, 13 mars 2012, Rev. Lamy dr. civ., 2012, n°96, p. 7.

<sup>915</sup> D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, th. préc., n°306.

éludée lorsque le législateur<sup>916</sup> ou les parties ont convenu qu'il n'y aurait pas d'exécution tant que le délai de rétractation ne serait pas écoulé. Au demeurant, la jurisprudence préfère encore l'analyse classique de la formation du contrat<sup>917</sup>.

**221. La remise en cause du consentement initial.** En admettant que le contrat se forme instantanément dès l'échange des consentements, le dédit se conçoit comme un véritable « droit à l'inconstance »<sup>918</sup>. Il permet de revenir sur l'engagement pris<sup>919</sup> en substituant à la volonté initiale une volonté nouvelle contraire<sup>920</sup>. Étymologiquement, le terme « rétractation » signifie bien revenir en arrière<sup>921</sup>. Le législateur a réservé des droits de rétractation à certaines catégories de cocontractants tels les consommateurs<sup>922</sup>

---

<sup>916</sup> Ce qui est, par exemple, le cas dans l'hypothèse d'un crédit à la consommation : l'article L. 311-13 du Code de la consommation interdit la remise des fonds avant l'expiration du délai de rétractation. Le même mécanisme se retrouve en droit du travail à l'article L. 6353-6 où le législateur a prévu « qu'aucune somme ne peut être exigée du stagiaire avant l'expiration du délai de rétractation prévu à l'article L. 6353-5 ». (article L. 6353-5 : « Dans le délai de dix jours à compter de la signature du contrat [de formation entre une personne physique et un organisme de formation], le stagiaire peut se rétracter [...] »). V. aussi l'article L. 1237-13 du Code du travail qui offre aux parties un droit de rétractation à la rupture conventionnelle du contrat. La convention n'est valable que si elle est homologuée (article L. 1237-14, al. 3, du Code du travail). Or l'homologation ne peut avoir lieu qu'après l'écoulement du délai de rétractation.

<sup>917</sup> Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 10 juin 1992, Bull. civ. I, n°178 : « Le contrat était formé dès la commande et [...] la faculté de renonciation était limitée à 7 jours à compter de celle-ci ». – Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 13 février 2008, RTD civ. 2008, p. 293, obs. B. FAGES ; D. 2008, p. 1530, note Y. DAGORNE-LABBE ; JCP E. 2008, n°37, p. 25, note Ph. STOFFEL-MUNCK. – Cass. civ., 3<sup>ème</sup>, 13 mars 2012, JCP G. 2012, note G. LOISEAU ; Rev. Lamy dr. civ., 2012, n°94, p. 66, obs. V. PERRUCHOT-TRIBOULET et n°96, p. 7, obs. H. BARBIER. Dans ces arrêts, la Cour de cassation n'admet pas que le bénéficiaire d'une faculté de rétractation puisse revenir sur celle-ci. C'est considérer que la rétractation s'exerce bien sur un contrat d'ores et déjà formé et qu'elle a pour effet définitif l'anéantissement du contrat. S'il ne s'était agi que d'un contrat en cours de formation, le bénéficiaire aurait pu changer d'avis autant de fois qu'il l'aurait souhaité tant que le délai n'était pas écoulé. V. cependant, admettant la renonciation à une renonciation : Cass. civ., 2<sup>ème</sup>, 25 février 2010, RDC 2010, p. 838, obs. Y.-M. LAITHIER. Cette divergence de jurisprudence exprime soit un désaccord entre les deuxième et troisième chambres civiles, soit une simple hésitation de la Cour de cassation. Il est également possible de voir dans cette arrêt la prise en considération des intérêts d'un tiers (lequel tirait avantage du maintien du contrat. cf. obs. Y.-M. LAITHIER préc., sous 25 février 2010, préc.).

<sup>918</sup> Terme emprunté à R. MORTIER in « Contre le droit de repentir en droit des sociétés », Rev. Soc. 2009, p. 547.

<sup>919</sup> Ph. BRUN, « Le droit de revenir sur son engagement », Dr. et patr., mai 1998, n°60, p. 78.

<sup>920</sup> Cf. J. BARRÈRE, « La rétractation du juge civil », in *Mélanges offerts à Pierre HÉBRAUD*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 1 ; S. MIRABAIL, *La rétractation en droit privé français*, LGDJ, 1997.

<sup>921</sup> Rétractation du latin *retractare*, dérivé de *tractare* (traiter), *re* (de nouveau) : remanier, revenir sur un sujet, retirer c'est-à-dire « faire revenir en arrière ». V. site du CNRTL.

<sup>922</sup> En cas de contrats conclus à distance, à la suite d'un démarchage téléphonique et hors établissement : articles L. 121-21 et s. du Code de la consommation.

ou l'auteur d'une œuvre de l'esprit<sup>923</sup>. Mais au-delà, en offrant aux parties à un contrat de vente une faculté de réméré (article 1659 du Code civil) et une faculté de dédit (article 1590 du Code civil), la question de la validité de principe des clauses de dédit s'est nécessairement posée.

On le sait, la condition *si voluero* du droit romain renvoie à l'inexistence de l'engagement<sup>924</sup>. S'engager « si on le veut » n'est pas s'engager. Le même raisonnement ne peut-il valoir pour son équivalent résolutoire qu'est le dédit ? S'engager, tout en prévoyant la possibilité de se désengager, est-ce vraiment s'engager ? On pourrait effectivement en douter<sup>925</sup>. Pourtant, la doctrine classique<sup>926</sup>, reprise par une partie de la doctrine actuelle<sup>927</sup>, s'est inscrite en faux contre cette affirmation. À la différence de la condition *si voluero*, ces auteurs considèrent que la convention a bel et bien été consentie et, partant, que l'existence de l'engagement ne fait pas, *ab initio*, défaut. Autrement dit, le lien de droit a été valablement créé. Sa disparition ne tient pas à un défaut de consentement dès l'origine mais à l'exercice du droit de dédit. Le doute, pourtant, persiste. Peut-on véritablement considérer l'engagement initial comme non équivoque si dans le même temps est réservée la possibilité de reprendre sa parole ? L'admission des clauses de dédit ne va, en vérité, pas de soi. Pourtant, on le sait, le législateur n'a pas hésité à y recourir<sup>928</sup>. En opposition, on parle même d' « irrévocabilité spéciale » des donations lorsqu'il s'agit de souligner l'impossibilité de prévoir des clauses de dédit au sein de ce type de contrat<sup>929</sup>. Il est vrai qu'il peut

---

<sup>923</sup> Article L. 121-4 du Code de la propriété intellectuelle. (L'auteur doit, dans ce cas, indemniser son cocontractant, lequel bénéficie alors d'un droit de priorité en cas de contre-repentir).

<sup>924</sup> Supra n°17.

<sup>925</sup> J.-J. TAISNE, *La notion de condition dans les actes juridiques...*, th. préc., n°93.

<sup>926</sup> Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, tome XXV, *op. cit.*, n°328.

<sup>927</sup> S. VALORY, *La potestativité...* th. préc., not. n°174 et s. ; M. LATINA, *Essai sur la condition...*, th. préc., not. n°305 (et les références citées en note de bas de page 44) et n°370 ; F. CHÉNÉDÉ, « Charles Demolombe, la condition potestative (2<sup>ème</sup> partie) », RDC 2013, p. 1131, spéc. n°20 et 25 ; H. JUILLET-RÉGIS, *La force obligatoire...*, th. préc., n°492.

<sup>928</sup> Cf. en dernier lieu le délai de rétractation de l'offre prévu par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016. Le nouvel article 1122 du Code civil dispose que « la loi ou le contrat peuvent prévoir un délai de réflexion, qui est le délai avant l'expiration duquel le destinataire de l'offre ne peut manifester son acceptation ou un délai de rétractation, qui est le délai avant l'expiration duquel son bénéficiaire peut rétracter son consentement ».

<sup>929</sup> Sur l'irrévocabilité spéciale des donations, cf. not. : Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et C. BRENNER, *Les successions et libéralités*, LGDJ, 2014, n°459 et s. ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, S. GAUDEMET, *Droit civil, Les successions, Les libéralités*, Dalloz, 2013, 4<sup>ème</sup> éd., n°493 et s. ; Th. GÉNICON, « De l'irrévocabilité spéciale des donations à l'ordre public des transferts de propriété à titre gratuit », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard CHAMPENOIS*, Défrénois, 2012, p. 303.

Pour des articles illustrant le débat sur le maintien ou la disparition de cette irrévocabilité spéciale, cf. H. LÉCUYER, « L'irrévocabilité spéciale des donations », in *Études offertes à Pierre CATALA, Le droit*

paraître – du moins psychologiquement – plus difficile d’admettre de forcer un consentement lorsque la « condition » *si voluero* est suspensive – matériellement le contrat n’existe effectivement pas – que lorsque la « condition » en cause est résolutoire car alors, concrètement, tant que le dédit n’est pas exercé, les effets du contrat se déploieront comme s’il avait bel et bien force obligatoire. L’ensemble de la doctrine paraît ainsi s’accorder sur la réalité et l’efficacité de l’engagement. À partir du moment où les « conditions » résolutoires purement potestatives sont traitées différemment des « conditions » suspensives purement potestatives, la validité des clauses de dédit ne doit guère poser de difficultés<sup>930</sup>. Sauf à considérer que même sans porter sur le consentement au contrat, le grief de pure potestativité peut tout de même être opposé<sup>931</sup>. Soit, en faisant sienne l’approche renouvelée de l’article 1174 du Code civil qui veut que soient condamnées les situations laissant l’un des cocontractants à la merci de l’autre<sup>932</sup>, soit, si l’approche classique réservant le champ d’application de l’article 1174 du Code civil aux seules « conditions » suspensives<sup>933</sup> est préférée, en attribuant un régime propre aux droits potestatifs contractuels. Ceux-ci, comme tout droit subjectif octroyé par le contrat, étant alors soumis aux règles régissant les contrats, notamment l’article 1134 du Code civil. Or certains auteurs présentent effectivement le droit de se dédire comme portant atteinte à la force obligatoire des conventions<sup>934</sup>. Quel que soit le

*privé français à la fin du XX<sup>ème</sup> siècle*, Litec, 2001, p. 405 ; W. DROSS, « L’irrévocabilité spéciale des donations existe-t-elle ? », RTD civ. 2011, p. 25.

<sup>930</sup> Rapp. W. DROSS, « L’introuvable nullité des conditions potestatives », art. préc. ; J. GRANOTIER, « *Le droit unilatéral de rompre le contrat : de la faculté de dédit à la clause de « break-up fees* », D. 2014, p. 1960

<sup>931</sup> Rapp. Y. PAGNERRE, *L’extinction unilatérale des engagements*, th. préc., n°692 et s. L’auteur considère que l’article 1174 du Code civil a surtout vocation à s’appliquer aux conditions potestatives résolutoires et non suspensives (pour ces dernières, l’article 1174 du Code civil serait inutile).

<sup>932</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil*, volume 2, *Les biens, Les obligations*, op. cit., n°1053 ; J. GHESTIN, « L’indétermination du prix de vente et la condition potestative... », art. préc. et « La notion de condition potestative... », art. préc. ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, 3, *Le rapport d’obligation*, Sirey, 2015, 9<sup>ème</sup> éd., n°314 et s.

<sup>933</sup> Approche not. de POTHIER (R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, in *Œuvres complètes de Pothier*, 1835, n°205) et des auteurs classiques. Cf. Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, tome XXV, op. cit ; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, tome II, Larose, 1902, n°781 et s. ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, tome 1.

Pour des auteurs contemporains reprenant cette approche, cf. M. LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, th. préc., not. n°306 et 370 (l’auteur préconise l’abandon de l’article 1174 du Code civil) ; F. CHÉNEDÉ, *Charles Demolombe, la condition potestative*, 2<sup>ème</sup> partie, art. préc. (l’auteur défend néanmoins le maintien de l’article 1174 du Code civil).

<sup>934</sup> C. HUMANN, « La spécificité de la clause de dédit », RDI 1997, p. 169. V. égal. à propos des droits de rupture unilatérale anticipée considérés comme autant d’atteintes à la force obligatoire du contrat (à

choix opéré, c'est en réalité la même argumentation qui prévaut. Celle de la portée d'un engagement prévoyant, dans le même temps, la faculté de se désengager. Les articles 1174 et 1134 du Code civil se rejoignent ici. La question de la validité d'une faculté laissant à l'une des parties au contrat la maîtrise de l'engagement souscrit demeure. Même à mobiliser la liberté contractuelle, la suspicion à l'égard des clauses de dédit se ressent.

Il est en réalité deux approches possibles, soit celle concluant à une validité de principe de tels droits, quitte à ce que la réglementation de certains droits spéciaux vienne les interdire, soit, au contraire, une prohibition de principe, quitte à autoriser des exceptions. Il n'est pas certain que la jurisprudence soit entièrement fixée. Si elle a pu affirmer la validité de la clause de dédit gratuite dans le contrat de vente – l'arrêt est cependant inédit<sup>935</sup> – elle a pu, par ailleurs, condamner une clause de « résiliation-débit »<sup>936</sup> dans un contrat à durée déterminée<sup>937</sup> (ce qui, il est vrai, n'est pas probant, la jurisprudence pouvant adopter un raisonnement différent selon que le dédit touche à l'engagement lui-même ou à sa durée). Ainsi, la doctrine est partagée. D'aucuns ne doutent pas de la validité de principe du mécanisme du dédit<sup>938</sup>, d'autres<sup>939</sup>, plus méfiants, le subordonnent à une bilatéralisation – du moins lorsque le contrat n'est pas

durée déterminée) : S. AMRANI-MEKKI, « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », LPA, 12 août 2002, n°160, p. 8, spéc. n°7.

<sup>935</sup> Cass. com., 30 octobre 2000, D. 2001, somm. comm. p. 3241, obs. D. MAZEAUD ; CCC, février 2001, comm. 21, obs. L. LEVENEUR.

<sup>936</sup> Le terme est emprunté à Th. GÉNICON, cf. note sous Cass. soc., 20 septembre 2011, RDC 2012, p. 407, préc.

<sup>937</sup> Cass. soc., 20 septembre 2011, RDC 2012, p. 407, note Th. GÉNICON ; JCP E. 2012, 1027, note P. MOUSSERON : « *Mais attendu qu'après avoir constaté que la clause de résiliation du contrat ne sanctionne pas un comportement fautif du distributeur, l'arrêt relève qu'elle offre à la [société], et à elle seule, la possibilité, purement discrétionnaire, de mettre fin au contrat avec un préavis très court [...]; qu'ayant ainsi fait ressortir que la réalisation de la condition litigieuse tenant à la refonte complète de la station-service, en vue de réorienter ses activités, son mode de gestion ou d'exploitation, dépendait de la seule volonté de la [société], et non de circonstances objectives qui seraient susceptibles de contrôle juridictionnel, la cour d'appel en a exactement déduit, sans dénaturation, que cette condition présentait un caractère purement potestatif* ». En l'espèce néanmoins, la clause aurait pu être comprise comme celle offrant une faculté de résiliation en cas « *d'exigences économiques d'une refonte des systèmes de distribution* » dont le juge aurait pu contrôler la réalité au titre de l'article 1178 du Code civil.

Comp. Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 16 octobre 2001, JCP G. 2002, I, 134, obs. J. ROCHFELD ; D. 2002, p. 2839, note D. MAZEAUD : une clause prévoyait la résiliation d'un contrat entre une clinique et des médecins au cas où « *la clinique cesse[rait] d'exercer en tant qu'établissement au service des malades et d'hospitalisation* ». La clause avait été considérée comme non purement potestative dans la mesure où la résiliation était possible pour des événements extérieurs à la volonté des cocontractants. Elle avait été ensuite passée au crible de l'article 1178 du Code civil. Il ressortait de l'espèce, que « *la clause n'avait été mise en oeuvre que sous la pression d'événements économiques irrésistibles* ».

<sup>938</sup> W. DROSS, « De l'introuvable nullité des conditions potestatives », art. préc.

<sup>939</sup> J. ROCHFELD, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », art. préc. ; D. FENOUILLET, « La notion de prérogative... », art. préc.

structurellement déséquilibré<sup>940</sup> – ou au versement d’une contrepartie financière. Cette dernière est souvent présentée comme évasive du grief de pure potestativité<sup>941</sup>. Si l’arbitraire du bénéficiaire de la clause est sans doute effectivement écarté dans cette hypothèse, il n’est pas certain que la potestativité – tant au sens de volonté unilatérale que de puissance – le soit<sup>942</sup>. La jurisprudence semble cependant s’en satisfaire<sup>943</sup>. De la même manière, la bilatéralisation du dédit n’amointrit pas la potestativité. Elle permet simplement de donner les mêmes armes aux cocontractants, et, en ce sens, de présumer d’un équilibre contractuel. En tout état de cause, échapperaient nécessairement au grief de pure potestativité les clauses permettant au(x) cocontractant(s) de se dédire à l’arrivée d’événements déclencheurs objectifs.

Même à admettre le principe des clauses de dédit, l’exigence d’un délai déterminé d’exercice de la faculté paraît adéquat<sup>944</sup>. Le législateur en use déjà dans certains cas (droits de rétractation de la consommation, faculté de réméré...), la jurisprudence y semble à l’occasion également sensible. En témoignent, par exemple, les clauses de renonciation aux clauses de non-concurrence<sup>945</sup>. Pour autant, le droit du travail lui-même semble réfractaire à l’insertion de clauses de dédit.

## 2. *Arguments du droit du travail*

**222. Des obstacles dépassés.** Le régime auquel est soumis le contrat de travail s’oppose en principe à ce qu’une clause de dédit portant tant sur le contrat de travail (a) que sur des clauses accessoires (b) puisse être valablement insérée au contrat. La jurisprudence paraît cependant parfois permissive.

### a. *Le dédit portant sur le contrat de travail*

**223. L’employeur bénéficiaire.** Les parties ne peuvent contractuellement déroger aux règles encadrant la rupture du contrat à durée indéterminée. L’article L. 1231-4 du Code du

---

<sup>940</sup> Car alors, le droit de se dédire peut (doit) être réservé à la partie « faible ».

<sup>941</sup> P.-Y. GAUTIER, obs. préc. sous Cass. soc., 18 mars 1992 ; Y. PAGNERRE, *L’extinction unilatérale des engagements*, th. préc., n°799.

<sup>942</sup> Infra n°246.

<sup>943</sup> Ex. clause de rachat. Cf. infra n°244 et s.

<sup>944</sup> J.-M. MOUSSERON, « La durée de la formation des contrats », art. préc., spéc. p. 522 ; D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, LGDJ, 1992, p. 171 ; C. HUMANN, « La spécificité de la clause de dédit », art. préc.

<sup>945</sup> Infra n°229 et 231.

travail, comme la jurisprudence<sup>946</sup>, le rappelle<sup>947</sup>. Les règles protectrices du licenciement sont d'ordre public. Aucune clause de dédit, du moins au bénéfice de l'employeur, ne pourrait être insérée au sein du contrat de travail, réserve faite de la période d'essai<sup>948</sup>. Il devrait en être de même de la promesse unilatérale d'embauche dans la mesure où elle vaut contrat de travail<sup>949</sup>.

**224. *Le salarié bénéficiaire.*** Le doute survient cependant lorsque le dédit est au bénéfice du salarié. Certes, dans l'hypothèse d'un contrat à durée indéterminée, ce dernier bénéficie d'une faculté de résiliation purement potestative rendant *a priori* inutile l'insertion de clause de dédit, sauf à la faire jouer pour le passé. Encore que des restitutions seraient nécessaires. Ce qui rend alors absurde l'hypothèse. Une telle clause aurait en revanche davantage de sens au sein de contrats à durée déterminée. La question s'est d'ailleurs effectivement posée, du moins dans le cadre de contrats de travail de sportifs<sup>950</sup>. Reste l'hypothèse d'une promesse unilatérale de la part du salarié. Là encore une telle clause ne semble avoir d'utilité qu'au sein de promesses ou engagements unilatéraux à durée déterminée. Sauf à considérer que face à une promesse unilatérale à durée indéterminée, un délai raisonnable de non-résiliation doit être respecté. Dans ces conditions, une clause de dédit contrariant ce délai raisonnable aurait son utilité. Serait-elle pour autant licite ? Au vu de la jurisprudence favorable en principe à l'insertion de clause de dédit, on pourrait le penser. À moins d'admettre que la promesse unilatérale dispose d'une force obligatoire « décuplée » à l'instar de « l'irrévocabilité spéciale des donations ». Ce qui pourrait se concevoir au regard de l'unilatéralisme et de l'objet même de l'engagement souscrit.

*b. Le dédit portant sur une clause accessoire du contrat de travail*

**225. *Définition et licéité.*** Toute faculté d'extinction d'une clause accessoire au contrat de travail ne peut être qualifiée de droit potestatif. Il importe, dans ces conditions, de s'arrêter sur la définition même de ce dernier pour déterminer les

---

<sup>946</sup> Ex. : Cass. soc., 25 mars 2009, JCP S. 2009, 1337, note F. BOUSEZ. – Cass. soc., 28 septembre 2011, JCP S. 2011, 1521, note Th. LAHALLE. – Cass. soc., 25 janvier 2012, JCP S. 2012, 1166, note F. DUMONT.

<sup>947</sup> « *L'employeur et le salarié ne peuvent renoncer par avance au droit de se prévaloir des règles prévues par le présent titre [rupture du contrat de travail à durée indéterminée]* ».

<sup>948</sup> Infra n°252.

<sup>949</sup> Supra n°69.

<sup>950</sup> Infra n°244.

hypothèses dans lesquelles l'extinction considérée est effectivement l'exercice d'un dédit (i) avant de s'intéresser à sa licéité (ii).

### *i. Définition*

**226. La nécessité d'un acte contraignant pour autrui.** Le concept de droit potestatif extinctif nécessite que la décision de rompre puisse être imposée à une partie qui ne la souhaite pas. Autrement dit, l'exercice du droit potestatif est nécessairement contraignant envers autrui. Il a, par définition, vocation à porter un préjudice au sujet passif. Au contraire, une « renonciation » est l'abandon d'un droit propre<sup>951</sup>, l'abdication d'une prérogative<sup>952</sup>. Elle contraint son auteur lui-même. Elle ne pose guère de difficultés d'acceptation<sup>953</sup> hors les droits d'ordre public<sup>954</sup>. En l'absence de sujet passif, ou si l'extinction décidée est dans l'intérêt personnel de celui auquel elle est opposée, on ne peut la considérer comme l'exercice d'un droit potestatif. Une personne peut, par un acte de volonté unilatérale<sup>955</sup>, renoncer à un droit dont seul, il tire profit. Même si la finalité de la renonciation n'est pas toujours l'intention libérale – elle est alors libératoire – elle n'est pas pour autant celle de contraindre autrui, de porter atteinte à ses intérêts<sup>956</sup>. Autrement dit, si elle doit nuire, ce ne peut être qu'au renonçant lui-même<sup>957</sup>. Le concept de droit potestatif ne correspond pas à cette philosophie. Renonciation et droit potestatif poursuivent un but opposé. Lorsque dans un contrat il s'agit pour une partie de faire disparaître une clause intéressant son cocontractant, l'utilisation du terme de « renonciation » est erronée. Il faut alors préférer celui de « dénonciation » ou de « rétractation ». Une distinction est ainsi nécessaire selon que l'extinction est une charge

<sup>951</sup> F. HÉNOT, *La renonciation du salarié*, thèse, Paris I, 1996, n°42.

<sup>952</sup> D. HOUTCIEFF, Rep. dr. civ. Dalloz, V° Renonciation, janvier 2015.

<sup>953</sup> Code Justinien cité in M. TOURNIER, *Le droit civil français selon l'ordre du Code civil*, tome 1, Bruxelles, 1837, p. 26 et in M. CARBONNIER, « Les renonciations au bénéfice de la loi en droit privé », in *Les renonciations au bénéfice de la loi, Travaux de l'Association Henri CAPITANT*, tome XIII, Dalloz, 1963, p. 283 et s.

<sup>954</sup> Cf. J.-D. BREDIN, « Les renonciations au bénéfice de la loi en droit privé français », in *Les renonciations au bénéfice de la loi, Travaux de l'Association Henri CAPITANT*, tome XIII, Dalloz, 1963, p. 355 et s.

<sup>955</sup> Certains auteurs réservent le terme de « renonciation » aux actes unilatéraux abdicatifs (P. RAYNAUD, « La renonciation à un droit. Sa nature et son domaine en Droit civil », RTD civ. 1936, p. 763, n°12 ; J.-D. BREDIN, « Les renonciations au bénéfice de la loi... », art. préc. ; D. HOUTCIEFF, Rep. dr. civ. Dalloz, V° Renonciation, n°10, janvier 2012), d'autres l'admettent également pour des conventions (S. LESSONA, « Essai d'une théorie générale de la renonciation en droit civil », RTD civ. 1912, p. 361).

<sup>956</sup> C. SÉVELY-FOURNIÉ, *Essai sur l'acte juridique extinctif...*, th. préc., n°232 ; D. HOUTCIEFF, Rep. dr. civ. Dalloz, V° Renonciation, n°30, janvier 2015.

<sup>957</sup> R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, tome 1, Librairie Arthur Rousseau, 1923, p. 36.

ou une faveur faite au cocontractant. Il convient dès lors de différencier les clauses du contrat de travail selon la partie qui en tire bénéfice.

**227. La nécessité d'une clause accessoire favorable au salarié.** On s'intéresse ici aux clauses accessoires du contrat de travail, c'est-à-dire aux hypothèses où une clause du contrat pourrait être unilatéralement éteinte sans entraîner l'extinction corrélative de l'ensemble du contrat. Ne peuvent dès lors être concernées que les clauses accessoires. Il est alors nécessaire de différencier celles qui renforcent la subordination du salarié<sup>958</sup> (comme, par exemple, une clause de mobilité) de celles qui lui sont au contraire favorables (telles les clauses de garantie d'emploi ou les clauses d'indemnités supérieures à celles prévues par la loi ou le statut collectif). L'extinction des premières s'apparenterait à une renonciation de la part de l'employeur<sup>959</sup>. Au contraire, l'extinction des secondes procéderait effectivement de l'exercice d'un droit potestatif. Leur validité est alors contestable.

#### ii. Licéité

**228. Le principe : refus du dédit.** Si la contradiction résultant de l'ajout d'une faculté de dédit à une clause accessoire favorable au salarié ne suffit pas en elle-même à condamner le mécanisme, existeraient-ils d'autres obstacles à sa reconnaissance ? La jurisprudence relative aux clauses potestatives de modification peut être valablement mobilisée. On connaît la formule employée par la Cour de cassation : « *Le salarié ne [peut] valablement renoncer aux droits qu'il tient de la loi* ». Certes, la loi prend ici les traits du régime de la modification du contrat de travail issu de la jurisprudence. Mais en octroyant la faculté à l'employeur de pouvoir anéantir certaines clauses du contrat au bénéfice du salarié, c'est bien lui offrir la possibilité de modifier unilatéralement le contrat. Or la jurisprudence refuse cette hypothèse, à l'exception de la clause de mobilité, quand bien même la clause éviterait le grief de pure

---

<sup>958</sup> Cf. A. JEAMMAUD, « Les polyvalences du contrat de travail », in *Les transformations du droit du travail, Études offertes à Gérard LYON-CAEN*, Dalloz, 1989, p. 299 ; M.-C ESCANDE-VARNIOL, « La sophistication des clauses du contrat de travail », *Dr. ouvr.*, 1997, p. 478 ; A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT et A. LYON-CAEN, « L'ordonnancement des relations de travail » *D.* 1998, p. 359 ; F. VARCIN, *Pouvoir patronal de direction*, th. préc., n°31.

<sup>959</sup> On peut sans doute citer la dispense de préavis. Une indemnité compensatrice égale aux salaires que le salarié aurait perçus étant alors due, il s'agit bien d'une faveur faite au salarié.

potestativité<sup>960</sup>. Il semble dès lors cohérent de conclure à l'illicéité de principe des clauses de dédit ajoutées aux clauses accessoires favorables au salarié.

Mais s'il est *a priori* facile de distinguer les clauses favorables au salarié de celles qui lui sont défavorables, certaines paraissent davantage équivoques. L'acceptation de la clause de renonciation à la clause de non-concurrence apparaît ainsi controversée.

### **229. L'exception : la clause de « renonciation » à la clause de non-concurrence.**

La clause de non-concurrence est désormais, en principe, considérée comme autonome et synallagmatique<sup>961</sup>. Cette approche invite à s'interroger sur le caractère éventuellement potestatif d'une clause permettant d'y renoncer : l'existence d'une contrepartie financière ne fait-elle pas basculer le mécanisme dans la catégorie des droits potestatifs ? De fait, l'employeur n'abandonne pas seulement l'obligation à la charge du salarié, mais également celle à sa charge. La Cour de cassation considère elle-même que la clause de non-concurrence n'est pas seulement instituée dans l'intérêt de l'employeur mais également dans celui du salarié<sup>962</sup>. C'est pour cette raison qu'elle n'accepte la « renonciation » que si celle-ci est prévue au contrat<sup>963</sup> ou dans la convention collective applicable<sup>964</sup>. On ne peut cependant se défendre de considérer que la clause de non-concurrence demeure avant tout stipulée dans l'intérêt de l'entreprise. Le terme utilisé « renonciation » pourrait même en être un indice. Comment concevoir l'intérêt du salarié au maintien d'une clause de non-concurrence alors même qu'elle porte atteinte à sa liberté ? Force est cependant de constater que dans le contentieux sur la renonciation à la clause de non-concurrence, ce sont le plus souvent les salariés qui contestent cette renonciation. C'est bien qu'ils voient un avantage à la clause de non-concurrence. Mais dès lors que cet avantage se confond avec la contrepartie financière, n'est-ce pas faire le constat d'une certaine dérive de la clause de non-concurrence ? La

---

<sup>960</sup> Supra n°154.

<sup>961</sup> M. GOMY, « L'autonomie de la clause de non-concurrence post-contractuelle en droit du travail », art. préc. ; B. REYNÈS, « La renonciation à la clause de non-concurrence : la portée du revirement jurisprudentiel de 2002 », D. 2004, p. 1543.

<sup>962</sup> Cass. com., 3 décembre 1985, Bull. civ. IV, n°286. – Cass. soc., 17 février 1993, Bull. civ. V, n°57. – Cass. soc., 4 juin 1998, Bull. civ. V, n°299.

<sup>963</sup> Cass. soc., 17 février 1993, D. 1993, p. 347, note Y. SERRA. Pour des arrêts après le revirement de jurisprudence exigeant une contrepartie financière à toute clause de non-concurrence, cf. Cass. soc., 27 février 2007, n°05-43600. – Cass. soc., 22 septembre 2010, n°09-41631.

*Contra* jurisprudence antérieure : Cass. soc., 4 juin 1975, Bull. civ. V, n°301. – CA Versailles, 19 décembre 1988, D. 1990, note Y. SERRA.

<sup>964</sup> Ex. : Cass. soc., 22 septembre 2010, n°09-41635.

contrepartie ne serait qu'une indemnité de rupture de plus. Il paraît bien mercantile de faire prévaloir l'intérêt pécuniaire du salarié sur sa liberté. Mais déjà une nuance doit être apportée. Le salarié engagé dans un contrat de travail assorti d'une clause de non-concurrence peut légitimement s'être senti tenu de la respecter au long de l'exécution de son contrat de travail. Dans ces conditions, il peut paraître facile *a posteriori* à l'employeur de se défaire d'une clause que le salarié a effectivement respectée. Mais pourquoi alors réserver un sort différent à la clause de non-concurrence dite « en sommeil »<sup>965</sup> ?

**230. La contradiction : le rejet de la clause de non-concurrence « en sommeil ».**

La question de la contradiction entre la jurisprudence acceptant les clauses de « renonciation » à la clause de non-concurrence et celle condamnant les clauses dénommées « en sommeil » se pose nécessairement. Dans un cas, il s'agit d'engager le salarié dans une clause de non-concurrence à laquelle l'employeur pourra « renoncer » au moment de la rupture du contrat, dans l'autre, il s'agira de permettre à l'employeur de décider éventuellement de mettre en œuvre une clause de non-concurrence à la rupture du contrat. Ne s'agit-il pas, dans les deux hypothèses, de permettre à l'employeur d'exiger ou non du salarié de se soumettre à une clause de non-concurrence ? Il est vrai que, dans un cas, il s'agit de créer une obligation, dans l'autre de l'éteindre. Dans un cas l'exercice de la clause libère le salarié, dans l'autre il le lie. Pour autant, un salarié soumis à une clause de non-concurrence « en sommeil » peut se sentir autant contraint qu'un salarié soumis à une clause de non-concurrence assortie d'une clause de « renonciation », dans la recherche d'un nouvel emploi<sup>966</sup>. Il n'est pas certain que l'incertitude du salarié soit plus importante dans un cas que dans l'autre. *De facto* les deux situations sont sensiblement les mêmes. Il paraîtrait cohérent de réserver le même sort à ces deux types de clause. Soit toute potestativité est refusée et la clause, quelle qu'elle soit, doit être condamnée. Soit, au contraire, au nom de l'intérêt de l'entreprise, devraient être admises tant la « renonciation » à la clause de non-concurrence que la clause de non-concurrence « en sommeil ». Reste ce qui a pu être

<sup>965</sup> Supra n°110. Cass. soc., 12 février 2002, Bull. civ. V, n°62.

<sup>966</sup> A. CHARBONNEAU, note sous Cass. soc., 13 mars 2013, RDT 2013, p. 326 : « Si la clause de non-concurrence a vocation à limiter la liberté d'embauche du salarié après la rupture du contrat, elle n'est cependant pas sans incidence, par anticipation, dans les recherches d'emploi que celui-ci peut effectuer durant l'exécution de son contrat de travail ». Ce qui explique, pour l'auteur, pourquoi une clause de non-concurrence irrégulière cause nécessairement un préjudice au salarié.

souligné plus haut : la « renonciation » permet finalement de respecter la liberté individuelle du salarié, au contraire de la clause de non-concurrence « en sommeil ».

**231. Les limites : l'encadrement jurisprudentiel de la clause de « renonciation » à la clause de non-concurrence.** On le sait, une clause de non-concurrence ne peut être insérée dans le contrat de travail que dans la mesure où l'intérêt de l'entreprise le commande<sup>967</sup>. Ainsi en doit-il être de même pour sa « renonciation ». Il faut que la situation de l'entreprise, ou du salarié, ait changé de telle manière que l'intérêt de l'entreprise ne nécessite plus le maintien de l'obligation de non-concurrence. À défaut, c'est l'insertion même de la clause de non-concurrence qui devrait être remise en cause, avec les conséquences que l'on connaît : une clause de non-concurrence irrégulière cause nécessairement un préjudice au salarié<sup>968</sup>. Autrement dit, la Cour de cassation devrait vérifier qu'au moment de la renonciation, la situation de l'entreprise ne commande effectivement *plus* l'exigence d'une obligation de non-concurrence. Ce qui implique la prise en considération d'éléments internes à l'entreprise, ou externes (situation du salarié), qui diminuent d'autant le degré de potestativité du droit de l'employeur. Peut, par exemple, être envisagé le cas d'une entreprise en cessation d'activité ou celui du départ à la retraite du salarié. Par ailleurs, se pose la question du temps échu à l'employeur pour procéder à son choix de renoncer ou non à la clause de non-concurrence. On retrouve ici le critère temporel auquel certains auteurs soumettent l'exercice de la clause de dédit. Afin de ne pas laisser le salarié trop longtemps dans l'incertitude, le temps laissé au moment de la rupture du contrat à l'employeur pour renoncer ou – si l'on accepte l'hypothèse – activer l'obligation de non-concurrence doit être bref. La jurisprudence refuse qu'une renonciation puisse avoir lieu à tout moment après la rupture<sup>969</sup> et tend de plus en plus à réduire le délai de réflexion laissé à l'employeur. En l'absence de dispositions contractuelles ou conventionnelles, la Cour de

---

<sup>967</sup> Une clause de non-concurrence n'est licite que « *si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives* ». (Cass. soc., 10 juillet 2002, Bull. civ. V, n°239).

V. not. B. REYNÈS, « La renonciation à la clause de non-concurrence... », art. préc.

<sup>968</sup> Cass. soc., 12 janvier 2011, Dr. soc. 2011, p. 468, obs. J. MOULY ; JCP S. 2011, 1042, note I. BEYNEIX.

<sup>969</sup> Cass. soc., 13 juillet 2010, D. 2010, p. 1885, note L. PERRIN ; JCP S. 2010, 1410, note S. BRISSY ; Dr. soc. 2010, p. 1118, note J. MOULY.

cassation, après avoir mobilisé le concept de « délai raisonnable »<sup>970</sup>, considère dorénavant que la renonciation doit avoir lieu au moment même du licenciement<sup>971</sup> (ou de la démission), c'est-à-dire à la date de l'envoi de la notification de la rupture<sup>972</sup>. En présence de dispositions contractuelles ou conventionnelles fixant un délai de renonciation, une jurisprudence récente a modifié le régime jusqu'alors dégagé. La Cour de cassation acceptait qu'un délai soit prévu et respecté à la condition de ne pas être excessif<sup>973</sup>. Mais un arrêt du 13 mars 2013 est venu préciser que « *l'employeur doit, s'il entend renoncer à l'exécution de la clause de non-concurrence, le faire au plus tard à la date du départ effectif de l'intéressé de l'entreprise nonobstant stipulations ou dispositions contraires* »<sup>974</sup>. Il faut donc distinguer selon qu'il y ait ou non un délai de préavis à respecter. Dans l'hypothèse où le salarié en est dispensé, le délai de renonciation prévu par le contrat ne joue pas. La même solution que celle prévue en l'absence de disposition contractuelle ou conventionnelle s'applique alors. Au contraire, dans l'hypothèse où le salarié n'est pas dispensé du préavis, un délai de renonciation peut être prévu. Il ne doit cependant pas dépasser la date du départ effectif de l'entreprise. Autrement dit, le délai de renonciation ne peut dépasser celui du préavis<sup>975</sup>. L'intérêt de cette jurisprudence est qu'elle écarte l'hypothèse où le salarié serait, entre son départ effectif et la date de renonciation, contraint de respecter une obligation de non-concurrence dont il serait, en définitive, dispensé. Elle ne permet cependant pas de libérer le salarié de la contrainte dans laquelle le soumet l'existence d'une clause de

<sup>970</sup> Cass. soc., 13 juin 2007, RDT 2007, p. 579, note J. PÉLISSIER ; Dr. soc. 2007, p. 1052, note J. MOULY ; JCP S. 2007, 1674, note G. BLANC-JOUVAN.

<sup>971</sup> Cass. soc., 10 avril 2013, n°12-12717.

<sup>972</sup> Cass. soc., 30 mars 2011, RDT 2011, p. 390, note E. SERVERIN et Th. GRUMBACH.

<sup>973</sup> Cass. soc., 6 mai 2009, Bull. civ. V, n°122. La renonciation devait avoir lieu « *dans les quinze jours qui sui[vaient] la notification du préavis ou, en cas de non-observation du préavis, dans le mois qui sui[vaît] la rupture effective du contrat de travail* ».

Hypothèse contraire : Cass. soc., 14 octobre 2009, Bull. civ. V, n°220. Les parties avaient prévu une renonciation au plus tard à la date de la rupture. L'employeur n'avait alors notifié la renonciation à la clause de non-concurrence qu'au moment de la rupture effective (deux jours plus tard). Or la rupture du contrat de travail se situant à la date où l'employeur avait manifesté sa volonté d'y mettre fin, la renonciation était trop tardive.

<sup>974</sup> Cass. soc., 13 mars 2013, JCP G. 2013, n°14, p. 662, note C. LEFRANC-HAMONIAUX ; RDT 2013, p. 326, note A. CHARBONNEAU ; Dr. soc. 2013, p. 455, note J. MOULY ; LPA, 4 juin 13, n°111, p. 12, note F. HEMADACHE ; JCP S. 2013, n°24, p. 17, note I. BEYNEX.

V. déjà Cass. soc., 22 juin 2011, D. 2011, p. 1829 : « *La date de départ de l'obligation de non-concurrence, la date d'exigibilité de la contrepartie financière de la clause de non-concurrence et la date à compter de laquelle doit être déterminée la période de référence pour le calcul de cette indemnité, sont celles du départ effectif de l'entreprise* ».

<sup>975</sup> Cass. soc., 25 novembre 2009, Bull. civ. V, n°266. Arrêt prévoyant une notification dans les deux semaines suivant le début du préavis. Cette jurisprudence demeurerait valable.

non-concurrence et *de facto* limite sa décision de démissionner durant l'exécution de son contrat.

### B. Le dédit portant sur la durée de l'engagement

**232. Détermination des clauses.** Il s'agit de s'intéresser ici aux clauses permettant de revenir sur un engagement de durée. On songe alors tant aux clauses de dédit-formation (1) qu'à celles de rupture anticipée au sein des contrats à durée déterminée (2). Mais la problématique se complexifie dès lors qu'est ajoutée à la clause une contrepartie financière. En effet, l'existence d'un prix peut avoir pour effet d'influer sur l'intensité de la potestativité ou, plus encore, d'affecter la nature même du droit considéré.

#### 1. La clause de dédit-formation

**233. La problématique de la nature de la clause de dédit-formation.** La clause de dédit-formation<sup>976</sup> oblige le salarié à rembourser les frais engagés par son employeur en contrepartie d'une formation qu'il a reçue, s'il quitte l'entreprise<sup>977</sup> avant un certain délai. La validité d'une telle clause est soumise à diverses conditions de forme<sup>978</sup> et de fond<sup>979</sup> et fait l'objet de deux analyses antagonistes : l'une la considère comme une

---

<sup>976</sup> J.-P. CHAUCHARD, « La clause de dédit-formation ou la liberté surveillée appliquée aux salariés », Dr. soc. 1989, p. 388 ; P.-H. MOUSSERON, « La fidélisation du personnel », Dr. soc. 1989, p. 479 ; J. PÉLISSIER, « La liberté du travail », Dr. soc. 1990, p. 19 ; F. GAUDU, « Fidélité et rupture », Dr. soc. 1991, p. 419.

<sup>977</sup> La jurisprudence a également admis le remboursement en cas de licenciement pour faute grave : Cass. soc., 14 décembre 2005, n°04-42660. *A fortiori*, le licenciement pour faute lourde entraînerait également le remboursement des frais. Encore faut-il que le contrat prévoie ces hypothèses : Cass. soc., 10 mai 2012, n°11-10571 : « *La clause de dédit-formation stipulée au contrat de travail n'était pas applicable en cas de rupture à l'initiative de l'employeur* » (Certains ont déduit de cet arrêt que seule la démission permettrait à l'employeur de mettre en œuvre la clause de dédit-formation. L'arrêt est pourtant rendu au visa de l'article 1134 du Code civil. *A contrario*, une clause prévoyant une application en cas de rupture à l'initiative de l'employeur peut se concevoir. Une telle jurisprudence devrait cependant se limiter aux hypothèses où la rupture est « imputable » au salarié dans la mesure où c'est une faute de sa part qui a justifié le licenciement. La question qui demeure serait celle de savoir si une faute grave serait nécessaire ou si une faute simplement sérieuse suffirait. Le parallèle avec la prise d'acte est ici possible. Une faute grave serait alors, *a minima*, nécessaire). En revanche, dès lors que la rupture est « imputable » à l'employeur, même si elle est à l'initiative du salarié, la mise en œuvre de la clause est évidemment écartée (cf. par ex. Cass. soc., 11 janvier 2012, Bull. civ. V, n°14).

<sup>978</sup> La clause de dédit-formation doit faire l'objet d'une convention particulière avant le début de la formation, laquelle doit préciser la date, la nature, la durée de la formation, le coût réel pour l'employeur, le montant et les modalités de remboursement du salarié : Cass. soc., 4 février 2004, JCP E. 2004, 1056, note F. BOUSEZ ; RPDS 2004, n°715, p. 346, obs. C. AHUMADA.

<sup>979</sup> Celles-ci ne sont licites que « *si elles constituent la contrepartie d'un engagement pris par*

clause pénale<sup>980</sup> et l'autre comme une clause de dédit<sup>981</sup>. La première implique de considérer la rupture anticipée du contrat par le salarié comme une inexécution contractuelle. Partant, elle ne peut être regardée comme un « droit » potestatif. Si *potestas* il y a, ce ne serait qu'une *potestas* factuelle. La seconde, en revanche, permet de voir dans la rupture du contrat l'exercice d'un droit potestatif, le dédit, dont le caractère pur ou altéré dépend alors de l'analyse de l'indemnisation demandée.

**234. L'engagement du salarié à une stabilité temporaire.** La jurisprudence a pu accepter l'application de l'article 1152 du Code civil aux clauses de dédit-formation<sup>982</sup>. Ce faisant, elle paraissait admettre la qualification de clause pénale. Dans ces conditions, le départ du salarié équivaldrait à l'inexécution de son obligation que le prix convenu, éventuellement diminué, viendrait sanctionner. Mais, par ailleurs, la jurisprudence a assez tôt considéré que le salarié engagé par une clause de dédit-formation conservait sa faculté de démission (la Cour de cassation en a même fait une condition de validité)<sup>983</sup>. C'est donc considérer que le salarié, toujours libre de rompre son contrat, ne s'est pas engagé au maintien de son contrat pendant un temps déterminé. Le cercle est vicieux. Le raisonnement ne peut tenir, car en réalité, et quoiqu'en disent

*l'employeur d'aller 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 sa faculté de démissionner* : Cass. soc., 5 juin 2002, Bull. civ. V, n°192. – Cass. soc., 21 mai 2002, Dr. soc. 2002, p. 902, obs. J. SAVATIER.

<sup>980</sup> D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, th. préc., n°328.

<sup>981</sup> A. MARTINON, *La stabilité...*, th. préc., n°559.

<sup>982</sup> Cass. soc., 18 juin 1981, Bull. civ. V, n°587. – Cass. soc., 23 janvier 1985, Bull. civ. V, n°58.

<sup>983</sup> Cass. soc., 23 novembre 1983, Bull. civ. V, n°576 : « [La salariée] qui avait bénéficié de la formation professionnelle, dont la société avait avancé le coût, conservait la faculté de rompre à tout moment le contrat de travail ». – Cass. soc., 17 juillet 1991, Bull. civ. V, n°373. – Cass. soc., 21 mai 2002, Bull. civ. V, n°169, préc. – Cass. soc., 5 juin 2002, Bull. civ. V, n°192, préc.

Comp. l'hypothèse des mandats à durée déterminée ou « irrévocables » pendant un temps déterminé. La révocation *ad nutum* du mandat reste, selon la jurisprudence, toujours possible. Elle serait alors à la fois un droit – malgré la clause le mandant n'a pas renoncé à sa faculté de révocation (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juin 1970, D. 1971, p. 261, note J.-L. AUBERT) – et une faute : la responsabilité du mandant peut être engagée : « Mais attendu que le mandat même stipulé irrévocable (...) ne prive pas le mandant du droit de renoncer à l'opération ; que la révocation produit, alors, tous ses effets, sous réserve de la responsabilité du mandant envers le mandataire » : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 5 février 2002, D. 2002, p. 288, note L. AYNÈS et p. 2640, note Y. DAGORNE-LABBE ; RTD com. 2002, p. 530, obs. B. BOULOC ; JCP G. 2003, II, 10029, note D.-R. MARTIN. Un choix est nécessaire. Soit le mandant conserve effectivement son droit, soit au contraire la rupture du mandat est fautive. Dans le premier cas, le droit est potestatif, il emprunte la nature du dédit, dans le second, l'irrégularité de la rupture permet l'octroi de dommages-intérêts mais la rupture du contrat reste efficace. Dans les deux cas, la justification en est la perte de confiance légitime.

les juges<sup>984</sup>, une clause de dédit formation porte bien atteinte à la liberté du salarié. Il s'agit bien, pour ce dernier, de s'engager pendant un temps au maintien de son contrat, en contrepartie d'une formation. Bien entendu, se pose alors la question de la licéité d'un tel engagement. Le salarié peut-il effectivement s'engager, pendant une durée déterminée, à la stabilité de son contrat ? Certains en doutent<sup>985</sup>. Cependant, l'article L. 1121-1 du Code du travail permet des atteintes aux droits et libertés du salarié à la condition qu'elles soient proportionnées et justifiées. Or il est permis de considérer qu'une clause de dédit-formation répond à ces conditions dans la mesure où l'atteinte alors portée à la liberté du salarié se justifie par l'engagement de formation pris par l'employeur, et qu'elle est proportionnée car limitée dans le temps. En outre, son exercice est écarté lorsque la rupture est imputable à l'employeur. En effet, le salarié ne perd pas sa faculté de prendre acte de la rupture pendant la période d'engagement prévue<sup>986</sup>. Dans ces conditions, si l'on admet que l'atteinte est alors ni disproportionnée ni injustifiée<sup>987</sup>, elle est autorisée. Dès lors qu'on accepte qu'un salarié puisse valablement s'engager au maintien de son emploi pendant un temps déterminé, la clause de dédit-formation peut être analysée de différentes manières.

**235. La clause de dédit-formation comme clause de dédit.** Si l'on considère qu'une clause de dédit-formation est une véritable clause de dédit, elle ne peut, pour autant, être l'expression du droit de démissionner. Par définition, le salarié a restreint ce droit en garantissant son maintien dans l'entreprise pour un certain temps. La clause de dédit lui permet *justement* de revenir sur son engagement de durée. Comment justifier alors la contrepartie financière due ? Deux approches sont possibles. Soit l'indemnité due n'est que le prix du droit potestatif de rétractation ainsi offert (songeons, par exemple, au prix

---

<sup>984</sup> CA Paris, 3 mai 1984, D. 1985, jur. p. 156, note J. AMIEL-DONAT et Y. SERRA : « *L'obligation [...] de rester pendant trois ans au service de son employeur en contrepartie des frais que ce dernier a pris en charge pour assurer sa formation ne paraît pas trop lourde eu égard à la spécificité du domaine informatique et ne doit pas être considérée comme portant atteinte à la liberté qu'a tout salarié de choisir son emploi* ».

<sup>985</sup> A. MARTINON, *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, th. préc., n°557 et s. L'auteur considère que l'engagement de stabilité du salarié est illicite, l'ordre public interdisant à ce dernier de renoncer à son droit de résiliation unilatérale.

<sup>986</sup> Cass. soc., 4 juillet 1990, n°87-43787. – Cass. soc., 28 mars 1995, n°91-45088. – Cass. soc., 15 juin 2000, n°982873. – Cass. soc., 25 février 2003, Bull. civ. 2003, V, n°64. – Cass. soc., 11 janvier 2012, Bull. civ. V, n°14.

<sup>987</sup> En ce sens M.-N. ROUSPIDE-KATCHADOURIAN, *Le juge et le contrat de travail...*, th. préc., spéc. n°521 et 739.

d'immobilisation dans les avant-contrats de vente qui n'est que le prix du droit potestatif de création offert à l'éventuel acquéreur), le prix ayant alors vocation à écarter l'arbitraire du bénéficiaire<sup>988</sup>. Soit elle est, en réalité, l'expression de la restitution des obligations déjà exécutées. En effet, un droit potestatif d'extinction éteint les obligations réciproques des parties et non seulement celles de son bénéficiaire. À défaut, l'obligation du cocontractant deviendrait sans cause. Des restitutions peuvent donc être nécessaires. Or, la formation reçue par le salarié ne pouvant faire l'objet d'une restitution en nature, elle se fera par équivalent. Mais ici la proportionnalité se substituerait à l'équivalent puisque le montant de l'indemnité de dédit doit être proportionné aux frais de formation engagés<sup>989</sup>. Dans ces conditions, l'indemnisation peut ainsi être analysée comme la conséquence de l'anéantissement de l'engagement pris. Reste cependant la question de la sanction d'une clause de dédit-formation prévoyant une indemnisation excessive. À défaut de pouvoir appliquer l'article 1152 du Code civil réservé, selon la jurisprudence, aux clauses pénales<sup>990</sup>, toute réduction serait-elle impossible ? En posant comme condition de licéité de la clause un montant d'indemnisation proportionné aux frais engagés et ne privant pas le salarié de sa faculté de démissionner, la sanction encourue d'un montant excessif semble effectivement, devoir davantage être celle de la nullité. Au-delà du non-respect de la commune intention des parties, c'est priver l'employeur de la restitution de l'obligation qu'il aurait pour sa part exécutée.

**236. La clause de dédit-formation comme clause pénale.** L'intention des parties, du moins de l'employeur, lorsqu'une clause de dédit-formation est insérée dans un contrat de travail, semble bien être celle de s'assurer de la fidélité de son cocontractant

---

<sup>988</sup> Infra n°247.

<sup>989</sup> Cass. soc., 5 juin 2002, Bull. civ. V, n°192, préc. – Cass. soc., 21 mai 2002, Dr. soc. 2002, p. 902, préc.

<sup>990</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 janvier 1985, RTD civ. 1986, p. 103, obs. J. MESTRE ; JCP G. 1986, II, 20661, note G. PAISANT. Position qui est d'ailleurs critiquée par une partie de la doctrine. Cf. D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, th. préc., spéc. n°278 et « Pour la énième fois, même manifestement excessive, la clause de dédit ne peut pas être révisée par le juge ! », Rep. Defrénois, 1998, p. 328; A. PINTO-MONTEIRO, « La clause pénale en Europe », in *Le contrat au début du XXI<sup>ème</sup> siècle, Études offertes à Jacques GHESTIN*, p. 720 et s., spéc. p. 746 *in fine*. V. infra n°246.

Sous le vocable de « clause pénale », la jurisprudence range souvent les véritables clauses pénales (poursuivant une fonction comminatoire) et les clauses d'indemnisation forfaitaire (ne poursuivant pas nécessairement de fonction comminatoire) : J. MESTRE, « De la notion de clause pénale et de ses limites », RTD civ. 1985, p. 372 ; J.-S. BORGHETTI, « La qualification de clause pénale », RDC 2008, p. 1158.

davantage que d'offrir au salarié un droit de revenir sur son engagement quand bien même ce droit serait assorti d'une contrepartie financière. Dans ces conditions, le remboursement dû peut effectivement s'analyser comme la sanction de l'inexécution de l'engagement du salarié.

Dans ce contexte, l'hypothèse d'une indemnisation dérisoire devrait laisser au juge, en application de l'article 1152 du Code civil, la possibilité de réévaluer le montant prévu. Mais en cas d'indemnisation excessive, la solution est moins simple. Le jeu traditionnel de l'article 1152 du Code civil devrait permettre d'en diminuer le montant<sup>991</sup>, mais l'atteinte disproportionnée portée à la liberté du salarié pourrait inciter à conclure à la nullité de la clause<sup>992</sup>. Le salarié serait-il alors à l'abri de toute réparation ? À partir du moment où l'on considère que le salarié avait bel et bien pris un engagement de stabilité en contrepartie du bénéfice d'une formation particulière, son inexécution ne devrait-elle pas permettre, en cas de préjudice subi, l'octroi de dommages-intérêts à l'employeur sans qu'une clause pénale soit nécessaire ? On pourrait le penser.

Mais la chambre sociale de la Cour de cassation semble faire de l'article 1152 du Code civil la sanction exclusive des clauses pénales excessives. En effet, dans l'hypothèse d'une clause pénale excessive stipulée au profit du salarié, la Cour de cassation paraît écarter l'argument de l'atteinte disproportionnée à la liberté de l'employeur – et donc la nullité de la clause – pour préférer la seule réduction de cette dernière<sup>993</sup>. La question se pose

---

<sup>991</sup> Ce qu'a admis une jurisprudence déjà ancienne : Cass. soc., 18 juin 1981, Bull. civ. V, n°587, préc. – Cass. soc., 23 janvier 1985, Bull. civ. V, n°58 préc.

<sup>992</sup> En ce sens: M.-N. ROUSPIDE-KATCHADOURIAN, *Le juge et le contrat de travail...*, th. préc., n°739.

Rappr. le sort des clauses de non-concurrence excessives : la jurisprudence a d'abord posé comme principe celui de la réduction de la clause : Cass. soc., 25 mars 1998, Bull. civ. V, n°174. – Cass. soc., 18 septembre 2002, D. 2002, p. 3229, note Y. SERRA. *Adde* J. PÉLISSIER « Conditions de validité de la clause de non-concurrence », D. 2002, p. 3111. – Cass. soc., 10 novembre 2002, Dr. soc. 2002, p. 1007, obs. R. VATINET. – Cass. soc., 7 mars 2007, n°05-45280. (Il est vrai qu'alors le juge s'est octroyé un pouvoir de modification en l'absence de texte, à la différence des clauses pénales pour lesquelles joue expressément l'article 1152 du Code civil). La Cour de cassation semble cependant avoir modifié son approche : dans un arrêt en date du 12 octobre 2011, la Cour de cassation confirme la position de la cour d'appel ayant refusé de réduire le champ d'application de la clause dans la mesure où seule la nullité était invoquée par le salarié (Cass. soc., 12 octobre 2011, JCP S. 2012, 1005, note J.-F. CESARO ; Dr. soc. 2012, p. 198, obs. J. MOULY). Pour la nullité des clauses de non-concurrence excessives cf. not. F. CANUT, « Clause de non-concurrence illicite et responsabilité civile de l'employeur », JCP S. 2006, 1575.

<sup>993</sup> En l'espèce, la cour d'appel avait considéré qu'au vu du montant élevé de l'indemnité contractuelle prévue, la clause « *[annihilait] le droit de l'employeur de rompre unilatéralement le contrat de travail et [portait] ainsi une atteinte excessive et injustifiée à la liberté du travail* ». La Cour de cassation reproche alors à la cour d'appel de ne pas avoir caractérisé « *en quoi cette indemnité contractuelle, [que la cour d'appel] avait le pouvoir de réduire, même d'office, si elle présentait un caractère manifestement excessif, était de nature à faire*

néanmoins de la portée d'une telle jurisprudence. Est-elle réservée aux seules clauses pénales stipulées au profit du salarié, ou s'étend-elle à celles au profit de l'employeur ? L'hésitation persiste. On sait la jurisprudence plus conciliante, en la matière, envers le salarié qu'envers l'employeur.

En revanche, lorsque le montant prévu apparaît excessif non au vu de la faculté de démissionner du salarié, mais au vu des frais de formation engagés, la révision se conçoit davantage que la nullité. Toutefois, en ayant fait du maintien de la faculté de démission un élément de licéité de la clause de dédit-formation, la problématique demeure posée.

**237. La clause de dédit-formation comme clause offrant un droit potestatif d'option.** Il est une autre façon de concevoir la clause de dédit-formation consistant à en faire une obligation alternative. Selon cette approche, en contrepartie de la formation reçue, le salarié aurait l'obligation soit de rester dans l'entreprise pendant un certain temps, soit de payer un certain prix. La différence entre une telle analyse et celle de dédit est que, dans l'hypothèse d'une obligation alternative, le salarié exécute son obligation – il demeure débiteur quel que soit le choix opéré – alors que dans le cas d'un dédit, il a le choix entre effectivement exécuter son obligation en restant dans l'entreprise, ou se libérer sans être tenu à une quelconque exécution. Mais analyser l'obligation à la charge du salarié comme une obligation alternative pose la même question : comment résoudre la difficulté procédant d'un prix excessif ? Faut-il considérer que le salarié n'a plus d'autre choix que le maintien dans l'entreprise ? Car à suivre le régime prévu par le législateur, l'article 1192 du Code civil dispose que *« l'obligation est pure et simple, quoique contractée d'une manière alternative, si l'une des deux choses promises ne pouvait être le sujet de l'obligation »*. Or une telle situation ne peut-elle résulter de l'hypothèse où l'une des prestations prévues est impossible ou illicite<sup>994</sup> ? Et ne serait-ce pas le cas de la clause ayant prévu un prix excessif ? L'impasse semble inévitable puisqu'alors le salarié serait tenu de rester dans l'entreprise, privé de toute possibilité de démissionner, ce qui va à l'encontre des conditions de validité posées par la Cour de cassation.

---

*échec au droit de licenciement reconnu à l'employeur* » : Cass. soc., 5 mars 2014, Dr. soc. 2014, p. 481, obs. J. MOULY.

<sup>994</sup> En ce sens Y. PICOD, Rep. dr. civ. Dalloz, V° Obligations, n°65, octobre 2015.

## 2. Les clauses de rupture anticipée

**238. Admission controversée.** Bien que des obstacles, tant de droit commun que de droit spécial, paraissent s'opposer à la validité des clauses de rupture anticipée au sein des contrats à durée déterminée (a), la jurisprudence n'y paraît pas toujours totalement hostile (b).

### a. Les obstacles à la reconnaissance de clauses de rupture anticipée

**239. De la coexistence concomitante d'un terme et d'une faculté de résiliation unilatérale.** La coexistence d'un terme et d'une faculté de résiliation unilatérale à tout moment est antinomique, puisque l'un caractérise le contrat à durée déterminée, et l'autre le contrat à durée indéterminée<sup>995</sup>. Afin de résoudre cette problématique, la jurisprudence sociale a recouru au mécanisme de requalification-interprétation<sup>996</sup>. Les juges considérant que la possibilité de dénoncer le contrat à tout moment sans justification rendait la durée du contrat ni fixe ni prévisible<sup>997</sup> ont pu ainsi requalifier les contrats à durée déterminée en contrat à durée indéterminée<sup>998</sup> et ce, même si une seule des parties s'en était réservé le bénéfice<sup>999</sup>. Mais ce faisant, la jurisprudence ne s'attachait pas nécessairement à l'intention réelle des parties puisqu'elle semblait toujours privilégier la faculté de résiliation unilatérale sur l'existence d'un terme. Il est vrai que le contrat à durée indéterminée a très vite été considéré comme le contrat de

---

<sup>995</sup> Cass. soc., 14 novembre 1963, JCP G. 1964, II, 13471, note G.-H. CAMERLYNCK : « *Le contrat litigieux était un contrat à durée indéterminée en raison de la clause permettant à l'une des parties de le dénoncer à tout moment au cours de sa durée sans avoir à justifier des raisons de cette décision* ».

Adde G.-H. CAMERLYNCK, « L'allergie du droit du travail à la notion civiliste de *dies incertus* », in *Études de droit du travail offertes à André BRUN*, Librairie sociale et économique, 1974, p. 1.

<sup>996</sup> Requalification-interprétation du contrat de travail. En vertu de l'article 12 du NCPC, le juge peut requalifier un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée si sa nature juridique est indécise. Cf. J. MOULY, note sous Cass. soc., 18 mars 1992, JCP G. 1992, II, 21953 ; C. ROY LOUSTAUNAU, note sous Cass. soc., 22 juin 1993, D. 1993, jur. p. 592.

<sup>997</sup> Cass. civ., 26 novembre 1928, DH 1929, p. 2. – Cass. soc., 27 octobre 1976, Bull. civ. V, n°529. – Cass. soc., 8 juin 1979, Bull. civ. V, n° 503. – Cass. soc., 6 novembre 1984, Bull. civ. V, n°410. – Cass. soc., 27 mars 1991, D. 1991, IR, p. 124.

<sup>998</sup> Cass. civ., 26 novembre 1928, S. 1929, I, 55. – Cass. soc., 26 mai 1983, n°80-42179. – Cass. soc., 27 mars 1991, D. 1991, IR, p. 124. – Cass. soc., 18 juin 1991, n°88-41983. – Cass. soc., 17 janvier 1995, n°91-43883.

<sup>999</sup> Pour une faculté de rupture unilatérale au seul bénéfice du salarié : Cass. soc., 21 mars 1952, Bull. civ. IV, n°176 ; pour une faculté de rupture unilatérale au seul bénéfice de l'employeur : Cass. soc., 5 mai 1959, Bull. civ. IV, n°440. – Cass. soc., 14 novembre 1963, Bull. IV, n°783. Dans ces hypothèses, le contrat étant à durée indéterminée, la faculté de résiliation unilatérale « devient » réciproque.

droit commun<sup>1000</sup>. Pourtant, depuis les ordonnances de 1982 et les lois qui ont suivi<sup>1001</sup>, le recours au contrat de travail à durée déterminée est particulièrement encadré<sup>1002</sup> – celui-ci « *quel que soit son motif ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise* »<sup>1003</sup>. En outre, les cas de recours sont limitativement prévus<sup>1004</sup>. Ainsi, si le contrat conclu se situe dans ce cadre et respecte les conditions de forme<sup>1005</sup> imposées par la législation, il est légitime de penser que l'intention des parties a bien été celle de conclure un contrat à durée déterminée, nonobstant l'existence d'une faculté de résiliation unilatérale. Resterait alors le mécanisme de la requalification-sanction<sup>1006</sup>.

**240. De la problématique des clauses de rupture anticipée purement potestatives.** Il s'agit de s'intéresser à la licéité des clauses permettant une rupture anticipée d'un contrat à durée déterminée, à tout moment et sans motif. Le rapprochement avec les clauses de dédit permettant à leur bénéficiaire de revenir sur leur engagement est permis. La problématique paraît similaire : peut-on valablement à la fois s'engager et prévoir la possibilité de se désengager ? Peut-on valablement prévoir un terme déterminé et, dans le même temps, se réserver la possibilité de rompre à tout moment ? Le « dédit » est cependant particulier puisqu'il ne porte que sur le terme convenu. Seule la durée du contrat est remise en cause et non le contrat dans son ensemble. La jurisprudence ne paraît pas en définitive fixée. Des arrêts déjà anciens semblaient admettre l'hypothèse, la Cour de cassation considérant que la clause en question avait pour effet non de porter

---

<sup>1000</sup> Cass. soc., 8 juillet 1943, Dr. soc. 1944, p. 34 : « *À défaut de fixation par écrit, ou par l'usage, des lieux, ou par la nature des services loués, le contrat de travail est réputé conclu pour une durée indéterminée, et c'est à la partie qui se prévaut de la durée déterminée de l'engagement à prouver la modalité dont elle excipe* ».

<sup>1001</sup> Le droit positif provient des ordonnances du 5 février 1982, n°82-130 (sur le contrat de travail à durée déterminée) et 82-131 (sur le contrat de travail temporaire), de l'ordonnance du 11 août 1986, n°86-948 (modifiant les dispositions du code du travail relatives au contrat à durée déterminée, au travail temporaire et au travail à temps partiel) et de la loi du 12 juillet 1990, n°90-613, favorisant la stabilité de l'emploi par l'adaptation du régime des contrats précaires, reprenant les points majeurs de l'Accord national interprofessionnel du 24 mars 1990.

<sup>1002</sup> G. COUTURIER, « L'avenir du contrat à durée déterminée », SSL, 25 février 1985, n°250.

<sup>1003</sup> Article L. 1242-1 du Code du travail.

<sup>1004</sup> Articles L. 1242-2 et L. 1242-3 du Code du travail.

<sup>1005</sup> Article L. 1242-12 du Code du travail.

<sup>1006</sup> Requalification-sanction, ouverte au seul salarié, dans l'hypothèse de contrats à durée déterminée contrevenant aux conditions de fond ou de forme des articles L. 1242-1 et s. du Code de travail : Cass. soc., 16 juillet 1987, Bull. civ. V, n°481. – Cass. soc., 13 février 1991, Dr. soc. 1991, p. 413, obs. J. SAVATIER. – Cass. soc., 12 avril 1995, D. 1995, p. 461, note C. ROY-LOUSTAUNAU. (La requalification d'office est d'ailleurs impossible : Cass. soc., 2 novembre 2005, n°03-47772).

atteinte à l'existence ou l'efficacité de l'engagement mais à sa durée<sup>1007</sup>. Un tel raisonnement permettait à la clause d'échapper à l'article 1174 du Code civil compris alors de manière stricte, c'est-à-dire seulement applicable aux conditions suspensives purement potestatives. Or, en tout état de cause, une clause de rupture anticipée ne peut répondre à la définition de la condition suspensive purement potestative. Fallait-il pour autant en conclure à sa validité de principe ? Il est permis d'en douter. La dernière jurisprudence en la matière paraît, au contraire, réfractaire à de telles clauses<sup>1008</sup>. En revanche, des clauses de rupture anticipée ne dépendant pas de la seule volonté de leur bénéficiaire échappant au grief de pure potestativité ne devraient poser aucun problème de validité. En effet, la contradiction de l'existence cocomitante d'un terme et d'une faculté de résiliation unilatérale ne se conçoit que si cette faculté est purement potestative c'est-à-dire pouvant être mise en oeuvre à tout moment et sans motif. Lorsque le droit de rupture conventionnel ne peut jouer à tout moment et/ou ne peut être mis en œuvre que pour des motifs déterminés, la contradiction n'a plus lieu d'être. Certains arrêts de la première chambre civile et de la chambre commerciale de la Cour de cassation paraissent effectivement s'inscrire dans ce raisonnement<sup>1009</sup>. Les clauses de rupture

---

<sup>1007</sup> Cass. civ., 1<sup>er</sup> mars 1899, DP 1899, 1, p. 360 : « Une telle clause, qui limite éventuellement la durée de l'obligation sans en détruire l'efficacité... ». – Cass. civ., 2 mai 1900, DP 1900, jur. p. 392 ; S. 1901, 1, p. 217, note WAHL : « La faculté que le directeur d'un théâtre s'[était] réservée dans le contrat d'engagement d'un artiste, de résilier sans indemnité ledit contrat à la fin du premier mois, tous les trois mois et à la fin de chaque saison ne [pouvait] être considérée comme une condition potestative rendant nulle l'obligation du directeur ; ladite clause ne port[ant] aucune atteinte à l'efficacité de cette obligation dont elle limit[ait] éventuellement la durée ». – Cass. civ., 7 février 1955, Gaz. Pal. 1955, 1, p. 254 : « La faculté pour le prêteur de se faire rembourser à l'époque fixée par lui constitue non pas une condition potestative affectant l'existence même de l'obligation, mais une simple modalité d'exécution de l'engagement contracté ». – Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 16 janvier 1974, Bull. civ. III, n°22 : « La clause réservant au bailleur une faculté de reprise en cours de bail n'affecte pas l'existence de la convention, mais seulement sa durée ».

<sup>1008</sup> Cass. soc., 20 septembre 2011, JCP E. 2012, 1027, obs. P. MOUSSERON ; RDC 2012, p. 407, obs. Th. GÉNICON.

<sup>1009</sup> Cass. com., 28 juin 1965, Bull. civ. IV, n°405. En l'espèce, un contrat à durée déterminée prévoyait au bénéfice d'un des contractants une faculté de résiliation si ce dernier n'arrivait pas à écouler deux mille appareils par an. Le pourvoi considérait que la clause n'était pas potestative puisque la convention dépendait de la vente des deux mille appareils. La Cour de cassation relève qu'« aucun contrôle, aucune vérification n'était réservée au cocontractant [le vendeur] alors que par une appréciation subjective et unilatérale ce dernier avait la faculté de refuser, en cours d'exécution, de tenir les engagements par lui initialement pris ». *A contrario* et sous réserve de la bonne foi, la clause aurait pu être valable si le non-écoulement des appareils ne dépendait pas de la seule volonté du vendeur. (On aurait pu d'ailleurs en l'espèce mobiliser l'article 1178 du Code civil). – Cass. com., 8 juin 1999, n°96-18108 : Validité dans un contrat de concession d'une clause de résiliation anticipée en cas d'agissements du concessionnaire susceptibles de nuire à la réputation ou aux intérêts du concédant. – Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 octobre 2001, JCP G. 2002, I, 134, note J. ROCHFELD ; RTD civ. 2002, p. 97, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; D. 2002, p. 2839, note D. MAZEAUD : la clause prévoyant la rupture sans indemnité de contrats liant des

anticipée seraient donc acceptées à la condition de ne pas être purement potestatives. Reste la place du droit spécial du droit du travail en la matière.

**241. Du caractère d'ordre public de l'article L. 1243-1 du Code du travail.** Malgré l'absence du grief de pure potestativité, la jurisprudence sociale refuse désormais<sup>1010</sup> que les parties puissent prévoir des clauses de rupture anticipée, même objectives, autres que celles prévues par le législateur<sup>1011</sup>. Les parties ne peuvent ainsi déroger à l'article

médecins à une clinique si celle-ci « cessait d'exercer en tant qu'établissement au service des malades et d'hospitalisation [...] n'avait été mise en œuvre que sous la pression d'événements économiques irrésistibles ». Si la fermeture de la clinique dépendait bien de l'auteur de la rupture, celui-ci avait été contraint à cette fermeture par des éléments objectifs ne dépendant pas de sa seule volonté. (Néanmoins, en l'espèce, si les contrats liant la clinique aux médecins étaient à durée indéterminée, pouvait se poser la question de la faculté de résiliation unilatérale fondée sur l'interdiction des engagements perpétuels). – Cass. com., 20 septembre 2011, JCP E. 2012, 1027, obs. P. MOUSSERON ; RDC 2012, p. 407, obs. Th. GÉNICON. La clause de résiliation anticipée dans un contrat à durée déterminée dans le cas d'une « refonte de la station service, en vue de réorienter ses activités, son mode de gestion ou d'exploitation, dépendait de la seule volonté de la société fournisseur, et non de circonstances objectives qui seraient susceptibles de contrôle juridictionnel ». *A contrario*, l'existence d'éléments ne dépendant pas de la seule volonté de la société fournisseur aurait rendu la clause valable. (On peut d'ailleurs douter qu'en l'espèce la clause dépende effectivement de la seule volonté du fournisseur. Ce dernier aurait pu mettre en avant des éléments ne dépendant pas de lui seul, tels qu'un souci de concurrence ou des difficultés financières, l'ayant amené à procéder à une refonte de la station-service).

<sup>1010</sup> La jurisprudence antérieure l'acceptait : Cass. soc., 9 novembre 1961, D. 1962, somm. comm. p. 84 : un contrat à durée déterminée prévoyait une résiliation anticipée (avec paiement forfaitaire) en cas de dissolution de la société. La dissolution ayant eu lieu, le contrat avait été rompu. La cour de cassation considère que la dissolution ayant été justifiée par la situation financière de la société, la condition prévue n'était pas (purement) potestative. – Cass. soc., 28 octobre 1963, cité par G. CAMERLYNCK, in JCP G. 1964, II, 13471, obs. sous Cass. soc., 14 novembre 1963 (validité de la clause permettant la résiliation dans l'hypothèse de l'arrêt de fabrication de certains produits : « La clause ne constituait pas un droit unilatéral abandonné à la volonté arbitraire d'une seule des parties »). – Cass. soc., 10 avril 1975, Bull. civ. V, n°188 : « Les juges du fond [...] ont pu estimer que cette clause résolutoire qui se référait à la survenance d'une situation, dont l'existence ne dépendait pas de la seule volonté de l'une des parties, n'avait pas pour effet de laisser à l'autre la faculté de rompre avant terme le contrat conclu pour six années ni de conférer à cet accord le caractère d'une convention à durée indéterminée ».

<sup>1011</sup> Cass. soc., 11 mai 1988, Bull. civ. V, n°283 : « Les parties liées par un contrat de travail à durée déterminée [...] ne peuvent déroger aux dispositions de [l'article L. 122-3-9] prévoyant que la rupture anticipée dudit contrat n'est possible pour faute que si celle-ci revêt le caractère d'une faute grave ». – Cass. soc., 27 mai 1992, Bull. civ. V, n°342 : Viole l'article L. 122-3-9 alors applicable, la cour d'appel qui, pour débouter un salarié de sa demande tendant à faire condamner son ancien employeur au paiement d'une somme à titre d'indemnité pour rupture anticipée de son contrat de travail « énonce que l'article L. 122-3-9 alors applicable n'interdisait pas aux parties de prévoir, au moment de la conclusion du contrat à durée déterminée qu'un événement extérieur à la volonté de l'une ou de l'autre des parties et exactement défini puisse constituer, s'il venait à se produire, une clause de résiliation anticipée, [...] alors que le salarié ne [pouvait], par avance, accepter la rupture par l'employeur de son contrat de travail à durée déterminée pour une cause non prévue par les dispositions d'ordre public de l'article L. 122-3-9 ». – Cass. soc., 26 octobre 1999, n°98-41465 : « Attendu qu'aux termes de l'article L. 132-3-8 du Code du travail, sauf accord des parties, le contrat à durée déterminée ne peut être rompu avant l'échéance du terme qu'en cas de faute grave ou de force majeure et qu'il résulte de ces dispositions d'ordre public que le salarié ne peut par avance accepter la rupture du contrat par l'employeur pour d'autres causes que celles prévues par le texte ; qu'il s'ensuit que la cour d'appel a décidé à bon droit

L. 1243-1 du Code du travail considéré d'ordre public : « *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, de force majeure ou d'inaptitude constatée par le médecin du travail* ». Quels que soient les termes de la clause (faculté de résiliation unilatérale, à tout moment, à échéances fixes ou soumise à événements ne dépendant pas de la seule volonté de son auteur), elle est nulle et n'entraîne pas la requalification du contrat<sup>1012</sup>. Une certaine doctrine considère cependant que n'est en cause que l'ordre public social, ce qui permettrait d'admettre de telles clauses au bénéfice du seul salarié.

*b. Vers une admission des clauses de rupture anticipée ?*

**242. La portée de l'ajout d'une contrepartie financière.** Les clauses de rupture anticipée insérées dans les contrats à durée déterminée peuvent être prévues avec (ii) ou sans (i) contrepartie financière. Or, l'ajout d'un prix peut changer l'analyse d'une telle faculté, et partant, sa licéité.

*i. Les facultés gratuites*

**243. L'argument tiré de l'ordre public social.** Certains auteurs<sup>1013</sup> considèrent que l'article L. 1243-1 du Code du travail relève de l'ordre public social et que, par voie de conséquence, le salarié pourrait se prévaloir de dispositions plus favorables à son égard. Autrement dit, les clauses de rupture anticipée au bénéfice du salarié seraient valables. Il n'est cependant pas certain que le législateur ait voulu traiter différemment l'employeur

*que la clause permettant à l'employeur de dénoncer le contrat avant son terme était nulle* ». (En l'espèce, la clause prévoyait une faculté de résiliation en cas d'insuffisance de résultat ou de comportement incompatible avec l'esprit du club sportif).

V. égal. CA Metz, ch. soc., 22 mars 2005, D. 2006, p. 490, note C. LEFRANC-HAMONIAUX.

<sup>1012</sup> Cass. soc., 17 octobre 2000, n°98-41815 : « *Attendu 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 à durée indéterminée* ». – Cass. soc., 24 octobre 2000, n°98-40447 (nullité d'une clause permettant la résiliation au bout d'un an d'un contrat à durée déterminée de 3 ans). – Cass. soc., 5 juillet 1995, D. 1996, p. 281, note J. MOULY (nullité d'une clause de résiliation permettant une rupture anticipée à échéance fixe. *Contra* cependant *a contrario* l'arrêt antérieur de la chambre sociale du 7 décembre 1994, Bull. civ. V, n°334 : « *Les parties ne peuvent résilier le contrat à l'issue de la première saison que si une clause du contrat le prévoit expressément* »).

<sup>1013</sup> J. MOULY, note sous Cass. soc., 5 juillet 1995, D. 1996, jur. p. 280 ; C. LEFRANC-HAMONIAUX, « *Départ du salarié en raison du comportement de l'employeur et imputabilité de la rupture* » JCP S. 2008, 1201 ; G. AUZERO, « *La validité des clauses de rupture anticipée dans les contrats de travail à durée déterminée* » Dr. soc. 2001, p. 17.

du salarié dans le cadre de la rupture anticipée des contrats à durée déterminée<sup>1014</sup>. Les articles L. 1243-1 et s. du Code du travail sanctionnent tant l'employeur que le salarié des ruptures anticipées non justifiées par un des motifs légalement prévus. Il n'y a de différence que dans le régime non dans l'existence même d'une réparation.

Pourtant, la jurisprudence semble effectivement admettre une différence de traitement selon que la clause bénéficie à l'employeur ou au salarié. La condamnation est évidente dans la première hypothèse<sup>1015</sup>. Un arrêt de la Cour de cassation du 23 mars 1999 est à ce titre explicite : « *Attendu, ensuite, que la Charte du football professionnel, qui a valeur de convention collective, ne peut déroger aux dispositions d'ordre public des articles L. 122-3-8, [L. 1243-1 nouveau] L. 122-32-2 [L. 1226-6,-13,-18 nouveau] et L. 122-32-9 [L. 1226-20, -21 nouveau] du Code du travail que dans ses dispositions plus favorables au salarié* »<sup>1016</sup>. Les juges du fond ont également eu l'occasion d'insister sur le caractère protecteur des règles régissant la rupture anticipée du contrat à durée déterminée<sup>1017</sup>.

Demeure cependant la question de savoir, dans l'hypothèse où elle serait admise, si la clause de rupture anticipée au bénéfice du salarié peut être purement potestative. La réponse n'est pas certaine dès lors qu'en matière civile et commerciale, la jurisprudence semble, lorsqu'elle admet de telles clauses, ne les accepter qu'exemptées du grief de pure potestativité. Il est vrai que le législateur, pour sa part, permet parfois qu'une seule partie s'engage à une durée déterminée tandis que l'autre bénéficie, au contraire, d'une faculté de résiliation unilatérale. C'est le cas en matière de bail d'habitation<sup>1018</sup> ou de

---

<sup>1014</sup> En ce sens : J.-P. KARAQUILLO, « Une illustration de l'application du droit du travail aux activités sportives : les singularités du contrat de travail à durée déterminée du sportif professionnel », in *Apprendre à douter. Questions de droit, questions sur le droit, Études offertes à Claude LOMBOIS*, Pulim, 2004, p. 257 et s., spéc. p. 268 ; note sous Cass. soc., 9 janvier 2008, D. 2009, p. 148.

<sup>1015</sup> « *Le salarié ne peut par avance accepter la rupture du contrat par l'employeur pour d'autres causes que celles prévues par le texte* » : Cass. soc., 27 mai 1992, Bull. civ. V, n°342, préc. – Cass. soc., 16 décembre 1998, Dr. soc. 1999, p. 285, obs. C. ROY-LOUSTAUNAU, et p. 397, obs. J.-P. KARAQUILLO ; JCP E. 1999, 1298, note J. MOULY, D. 2000, p. 30 note P. ALAPHILIPPE. – Cass. soc., 26 octobre 1999, n°98-41465, préc.

<sup>1016</sup> Cass. soc., 23 mars 1999, Bull. civ. V, n°136.

<sup>1017</sup> CA Rouen, 21 février 1991, D. 1991, jur. p. 614, note J.-P. KARAQUILLO : « *Attendu qu'il résulte de l'article L. 122-3-8 du Code du travail que sauf accord des parties le contrat à durée déterminée ne peut être rompu avant l'échéance du terme qu'en cas de faute grave ou de force majeure, la méconnaissance par l'employeur de ces dispositions ouvrant droit pour le salarié à des dommages-intérêts d'un montant au moins égal aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme de contrat, qu'il ne peut être fait application de la clause d'un contrat dérogeant à ce texte, une telle clause étant en effet illicite comme faisant échec aux règles légales de protection des salariés* ».

<sup>1018</sup> Article 1 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986. En matière de bail professionnel, le preneur

crédit à la consommation<sup>1019</sup>. Autrement dit lorsqu'il considère qu'une partie mérite d'être protégée<sup>1020</sup>. Ce qui pourrait alors s'appliquer au salarié. L'employeur conservant un intérêt à s'être engagé à une durée déterminée puisqu'il resterait exempté du respect des règles régissant le licenciement<sup>1021</sup>.

Les doutes persistent néanmoins quant à l'acceptation de clauses de rupture anticipée purement potestatives au bénéfice du seul salarié. En revanche, les clauses de rupture anticipée au bénéfice de l'employeur demeurent clairement condamnées. Dans ces conditions, un contrat à durée déterminée comprenant une clause de rupture anticipée purement potestative au profit des cocontractants devrait permettre au salarié soit de se prévaloir, seul, du bénéfice de la clause (si elle est admise à son profit) soit de demander la requalification-sanction de son contrat en contrat à durée indéterminée<sup>1022</sup>.

À l'analyse plus fine de la jurisprudence, les seules clauses de rupture anticipée qui semblent avoir été admises sont celles, présentes dans certains contrats de sportifs, dites de « rachat », c'est-à-dire assorties d'une contrepartie financière. Or, l'existence d'un « prix » change la donne. Elle permet soit de faire disparaître l'arbitraire de l'exercice d'un droit potestatif, soit de la qualifier de clause pénale.

---

bénéficie également d'un droit de résiliation unilatérale : article 57 A de la loi n°86-190 du 23 décembre 1986 tendant à favoriser l'investissement locatif, l'accession à la propriété de logements sociaux et le développement de l'offre foncière. En matière de bail commercial, le preneur ne bénéficie pas d'un droit de résiliation avant terme à tout moment mais tous les trois ans (qui n'est cependant pas d'ordre public) : article L. 145-4 du Code de commerce.

<sup>1019</sup> Article L. 311-12 du Code de la consommation.

<sup>1020</sup> Cf. Ch. CORGAS-BERNARD, *La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée*, PUAM, 2006 ; A. VAISSIÈRE, « A propos de la résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », *Rev. Lamy dr. civ.*, 2006, n°29, p. 70 ; C. CHABAS, *Rep. dr. civ. Dalloz*, V° Résolution-résiliation, n°273 et s., septembre 2012. Les auteurs avancent trois fondements aux dérogations législatives : le caractère *intuitu personae* pour les contrats dits « de confiance » (mandat, dépôt, prêt), l'inégalité des parties aux contrats impliquant une protection particulière pour la partie faible (baux d'habitation, droit de la consommation) et les contrats pour lesquels une certaine souplesse est inhérente à « l'économie du contrat ». *Adde* B. HOUIN, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, thèse, Paris II, 1973, II, n°95 et s.

<sup>1021</sup> N'est-ce pas d'ailleurs l'absence de soumission aux règles du licenciement qui incite l'employeur à conclure des contrats à durée déterminée ? (A. MARTINON, *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, th. préc., n°479).

<sup>1022</sup> V. par ex. CA Dijon, 12 novembre 1991, *Gaz. Pal.*, 1998, somm. comm. p. 592 : « *Les dispositions prévues par les articles L. 122-1 et s. du Code du travail ont été édictées dans un souci de protection du salarié qui seul peut se prévaloir de leur inobservation. Il s'ensuit que l'employeur n'est pas admis à faire valoir qu'en sanction de l'irrégularité de cette clause, le contrat devrait être réputé à durée globale indéterminée avec faculté de dénonciation unilatérale pour chacune des parties* ».

ii. *Les facultés onéreuses*

**244. La problématique de la nature des clauses dites « de rachat ».** La question de la validité des clauses dites de « rachat » ou « libératoires » se pose notamment dans le monde du sport où elles sont fréquentes<sup>1023</sup>. (Il est même permis de se demander si elles ne leur seraient pas réservées). À l’instar de la clause de dédit-formation, la doctrine les analyse tantôt comme clause de dédit<sup>1024</sup>, tantôt comme clause pénale<sup>1025</sup>. Il faudrait alors s’interroger sur la raison de l’insertion d’une telle clause : est-ce pour offrir un droit de rupture anticipée à titre onéreux au bénéficiaire ou au contraire s’agit-il de garantir l’exécution du contrat jusqu’à son terme ? La jurisprudence ne paraît pas encore certaine en la matière. Si les juges du fond tendent à qualifier une telle disposition, de clause pénale<sup>1026</sup>, la Cour de cassation ne semble pas s’être véritablement prononcée<sup>1027</sup>. Or, de la qualification de la clause, dépend l’application d’un régime propre.

Si l’on privilégie la logique du dédit, le raisonnement tenu plus haut doit s’imposer. La validité de la clause dépend de l’analyse des articles L. 1243-1 du Code du travail et suivants. Si devait leur être reconnue l’estampille de l’ordre public social, alors la validité de clauses de rupture anticipée au seul bénéfice du salarié devrait être reconnue. La question demeurant celle de savoir si le droit potestatif ainsi octroyé est « pur » ou

<sup>1023</sup> Cf. K. PAGANI, *Sport et droit du travail : entre droit commun et droit spécial*, thèse, Paris II, 2012, spéc. sur les « clauses de libération anticipée » : n°224 et s.

<sup>1024</sup> P.-Y. GAUTIER, obs. sous Cass. soc., 18 mars 1992, RTD civ. 1992, p. 590 ; F. RIZZO, note sous CA Lyon 21 mai 2008, LPA, 10 avril 2009, n°72, p. 10 (l’auteur parle d’obligation alternative) ; L. FLAMENT, note sous Cass. soc., 17 mars 2010, JCP E. 2010, 1636.

<sup>1025</sup> G.-H. CAMERLYNCK, *Droit du travail, le contrat de travail*, t.1, Dalloz, 1980, 2<sup>ème</sup> éd., n°670 ; J.-P. KARAQUILLO, note sous CA Reims 7 mai 2008, D. 2009, p. 2261.

<sup>1026</sup> CA Montpellier, 18 juillet 2007, 18 juillet 2007, Cah. dr. sport, 2007, n°10, p. 45, obs. F. BUY. – CA Lyon 21 mai 2008, LPA, 10 avril 2009, n°72, p. 10, note F. RIZZO. – CPH Paris, 21 novembre 2008, JCP S. 2008, 1079, note L. FLAMENT ; LPA, 29 mars 2010, n°62, p. 7, obs. J.-M. MARMAYOU.

<sup>1027</sup> La Cour de cassation préfère éluder la question : Cass. soc., 18 mars 1992, préc. (la Cour ne se prononce que sur la requalification du contrat et non sur la question de la validité de la clause). Mais à propos d’une promesse synallagmatique : V. Cass. soc., 17 mars 2010, Bull. civ. V, n°69 : les parties (un club de rugby et un sportif) avaient inséré une clause prévoyant l’octroi de dommages-intérêts à la partie qui serait lésée par le non-respect d’une des obligations prévues, en l’occurrence, celle de signer, après la réalisation de diverses conditions, le contrat répondant au formalisme imposé par la ligue sportive. Le salarié n’ayant pas donné suite à sa promesse, il fut condamné à des dommages-intérêts en application de la clause qualifiée de « dédit » par la Cour de cassation. Mais la formule employée est ambiguë : « *Le joueur était tenu de respecter les engagements qu’il avait souscrits de sorte que le non-respect de ses obligations justifiait l’application de la clause de dédit* ». D’un côté les juges se placent sur le terrain de l’inexécution fautive de la promesse, de l’autre sur le terrain du dédit. Certains juges du fond s’étaient prononcés pour la qualification de clause pénale (CA Montpellier, JurisData n°2007-352563, préc.) La doctrine y était favorable (J.-M. MARMAYOU, « L’efficacité des promesses d’embauche au cœur des opérations de transfert », Lamy dr. sp., Actualités, n°68, juillet 2009, p. 1.).

altéré ( $\alpha$ ). En revanche si la qualification de clause pénale devait être préférée, la question serait celle de savoir si les parties peuvent prévoir des dommages-intérêts d'un montant différent de celui prévu par la loi. La clause ne porterait pas atteinte à l'article L. 1243-1 du Code du travail, puisqu'il ne s'agit pas d'offrir aux parties un *droit* de rupture anticipée autre que ceux légalement prévus, mais aux articles L. 1243-3 et L. 1243-4 du Code du travail réglant les conséquences indemnitaires des ruptures anticipées injustifiées. En d'autres termes, il s'agit de savoir si les conséquences pécuniaires du non-respect d'un contrat à durée déterminée jusqu'à son terme peuvent être prévues par les parties ( $\beta$ ).

*a. La clause de rachat comme clause de dédit : potestativité pure ou altérée ?*

**245. De l'amoindrissement de la potestativité.** Si la clause de rachat est analysée comme une clause de dédit, c'est bien admettre que les articles L. 1243-1 du Code du travail et suivants relèvent de l'ordre public social, et que les parties sont libres d'y déroger de façon plus favorable. Mais la présence d'une contrepartie financière à la clause invite à s'interroger sur le degré de potestativité de la clause. L'existence d'un « prix » écarte-t-il le grief de potestativité ? Plus encore, la clause de rachat peut être subordonnée à l'arrivée d'événements dont le salarié n'a pas la maîtrise. Dans ces conditions, le grief de potestativité est nécessairement écarté.

- L'existence d'une contrepartie financière

**246. La potestativité altérée ?** S'il paraît cohérent d'affirmer de prime abord que la gratuité des droits potestatifs est la garantie de leur efficacité<sup>1028</sup>, dès lors que l'efficience du droit est, malgré l'existence d'une contrepartie financière, préservée, peut-on considérer que le droit potestatif perd alors de sa pureté ? La doctrine<sup>1029</sup> et la

---

<sup>1028</sup> O. LITTY, *Inégalité des parties et durée du contrat...*, th. préc., n°225 : la gratuité « *garantit l'efficacité du droit de repentir. Tout versement indemnitaire constituerait une entrave au libre exercice de la dénonciation* ».

<sup>1029</sup> P.-Y. GAUTIER, note sous Cass. soc., 18 mars 1992, spéc. p. 592 *in fine*.

Rappr. Ph. BRUN, « Le droit de revenir sur son engagement », *Dr. et patr.*, mai 1998, n°60, p. 78 : une clause de dédit stipulée sans contrepartie ne pourrait pas « *échapper à la prohibition des engagements sous conditions potestatives* » ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Unilatéralisme et consentement », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999, n°23 : « *La validité de la clause de dédit tient au fait que celle-ci n'est unilatérale que dans son exercice et non dans son économie* ».

jurisprudence<sup>1030</sup> ont pu l'affirmer. La question mérite néanmoins d'être posée. Il faut, pour pouvoir parler d'altération de la potestativité, un élément extérieur au bénéficiaire, sur lequel ce dernier n'a pas prise. Pour autant, toute décision, même de volonté pure, n'est pas à l'abri de contingences, à partir du moment où elle est un acte de *raison*. En prenant en considération le « prix » dû, avant d'arrêter sa décision d'user ou non de son droit de se dédire, ne s'agit-il pas, là aussi de simples contingences ? Si ce prix n'a pas vocation à l'empêcher d'user de son droit, sa décision ne reste-t-elle pas celle de sa seule volonté ?

On ne peut nier pour autant que la frontière entre le prix comme élément subjectif de réflexion et le prix comme élément objectif est faible. Reste qu'en réalité, il s'agit surtout d'éviter l'arbitraire de l'auteur, mais non d'écarter son « pouvoir » unilatéral.

**247. L'arbitraire écarté.** Tentons quelques parallèles : la bilatéralisation d'un droit potestatif n'a pas pour conséquence de diminuer la potestativité de chacun des droits mais d'éviter l'abus. La contrepartie financière d'une clause de non-concurrence n'a pas pour effet de diminuer l'atteinte à la liberté du salarié, mais de rendre cette atteinte acceptable<sup>1031</sup>. Le « prix » du droit potestatif ne remplirait-il pas cette même fonction ? Ne s'agirait-il pas de légitimer un droit purement potestatif qui ne serait pas justifié par une protection particulière, tel que les droits de rétractation offerts au consommateur<sup>1032</sup>,

---

<sup>1030</sup> Req., 21 janvier 1878, D. 1878, I, 160 : « Attendu que si le marché à terme et à prime [...] réserve à l'acheteur la faculté d'y renoncer en payant la prime, cette restriction au libre exercice de la faculté concédée lui enlève le caractère d'une condition potestative et rend la convention valable ».

<sup>1031</sup> Les arrêts du 10 juillet 2002 exigeant une contrepartie financière à la clause de non-concurrence ont été rendus aux vises de l'article L. 120-2 du Code du travail (devenu 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 justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché », et du principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle (Cass. soc., 10 juillet 2002, D. 2002, p. 2491, note Y. SERRA ; JSL, 19 septembre 2002, n°108, p. 7, note M.-Ch. HALLER ; JCP E. 2002, 1422, note S. BÉAL ; JCP G. 2002, II, 10162, note F. PETIT ; Dr. soc. 2002, p. 949, obs. R. VATINET ; RTD civ. 2003, p. 58, obs. J. HAUSER ; RDC 2003, p. 148, obs. Ch. RADÉ). Autrement dit, il serait possible « d'acheter » une part de liberté... Sans doute faut-il alors préférer fonder cette exigence de contrepartie financière sur la théorie de la cause. (cf. not. J. PÉLISSIER, « Droit civil et contrat individuel de travail », Dr. soc. 1988, p. 393 ; M. GOMY, « L'autonomie de la clause de non-concurrence post-contractuelle en droit du travail », art. préc., spéc. n°15 et 16 ; G. DAMY et S. PELLI, « La clause de non-concurrence dans les relations de travail », JCP E. 2008, I, 133. Cf. égal. notes précitées de F. PETIT sous Cass. soc., 10 juillet 2002, in JCP G. 2002, II, 10162 et de R. VATINET in Dr. soc. 2002, p. 949).

Il n'en demeure pas moins que ce sont sans doute des arguments d'équité et un souci de rééquilibrage qui ont permis ce revirement jurisprudentiel.

<sup>1032</sup> Les droits de rétractation octroyés au consommateur dans un souci de protection du consentement ne sont pas soumis au versement d'une contrepartie financière.

et d'éviter ainsi les risques d'abus et d'arbitraire ? Si la potestativité comprise comme volonté unilatérale n'est alors pas altérée, en revanche, l'arbitraire peut être considéré comme écarté. Dans ces conditions, on comprend que les auteurs ne remettent pas en cause la validité de droits de dédit assortis de contrepartie financière dès lors qu'ils rejoignent l'approche moderne de la condition potestative, consistant à faire en réalité de l'article 1174 du Code civil un instrument contre l'arbitraire des prérogatives unilatérales des cocontractants.

Faudrait-il dès lors, au-delà d'éventuelles restitutions<sup>1033</sup>, aller jusqu'à rendre la contrepartie obligatoire ? La jurisprudence, on a pu le voir, ne paraît pas vouloir exiger une contrepartie financière<sup>1034</sup>. Les auteurs sont davantage partagés. Il est également possible de distinguer selon que le contrat présuppose l'égalité des cocontractants ou non. Les clauses de rachat se retrouvent dans les contrats de travail, certes, mais de sportifs professionnels qui peuvent ne pas être considérés comme une « partie faible ».

**248. La contrepartie excessive.** Les parties sont-elles libres d'inscrire le montant qu'elles souhaitent, même excessif, ou doit-on vérifier que le montant réclamé laisse bien le bénéficiaire libre de la maîtrise du contrat en droit *et* en fait<sup>1035</sup> ? Cette seconde branche de l'alternative devrait être privilégiée si l'on veut défendre l'utilité du droit de revenir sur son engagement. Bien que ce ne soit pas la voie prise par la Cour de cassation lorsqu'elle admet la validité de clauses de dédit aux montants parfois (trop)

---

<sup>1033</sup> Ex. article 1659 du Code civil : « *La faculté de rachat est un pacte par lequel le vendeur se réserve de reprendre la chose vendue, moyennant la restitution du prix principal et le remboursement dont il est parlé à l'article 1673* » ; Article 1794 du Code civil : « *Le maître peut résilier, par sa seule volonté, le marché à forfait, quoique l'ouvrage soit déjà commencé, en dédommageant l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux, et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise* ».

<sup>1034</sup> Cass. com., 30 octobre 2000, D. 2001, p. 3241, obs. D. MAZEAUD.

<sup>1035</sup> C'est toute la question de l'indemnité d'immobilisation dans les promesses unilatérales de vente. Pendant longtemps la jurisprudence prenait en considération le montant prévu pour requalifier le cas échéant la promesse unilatérale en promesse synallagmatique valant vente : Cass. com., 20 novembre 1962, Bull. civ. III, n°470. – Cass. com., 8 novembre 1972, Bull. civ. IV, n°280. *Adde* J.-M. OLIVIER, note sous Cass. civ., 3ème, 5 décembre 1984, Rep. Defrénois 1986, art. 33653.

Un arrêt de la première chambre civile est alors revenu sur cette jurisprudence : Cass. civ., 1ère, 1er décembre 2010, RTD civ. 2011, p. 346, obs. B. FAGES ; D. 2012, p. 459, note S. AMRANI-MEKKI et M. MEKKI ; RDC 2011, p. 420, obs. Y.-M. LAITHIER, en considérant que le montant presque égal au prix de vente n'empêchait pas la promesse de rester unilatérale.

Mais un arrêt ultérieur de la troisième chambre civile revient sur cette décision en considérant que la cour d'appel doit rechercher si le montant de l'indemnité prévue n'était pas tel qu'il privait le bénéficiaire d'acheter ou de ne pas acheter : Cass. 3ème civ., 26 septembre 2012, D. 2013, p. 391, note S. AMRANI-MEKKI et M. MEKKI ; RTD civ. 2012, p. 723, obs. B. FAGES ; RDC 2013, p. 59, obs. Y.-M. LAITHIER.

élevés<sup>1036</sup>, le *quantum* du dédit ne devrait pas être si dissuasif qu'il empêche *de facto* le salarié de faire usage de son droit. Puisque la nature de dédit exclut l'effet comminatoire qu'aurait au contraire la clause pénale<sup>1037</sup>, l'indemnisation due ne devrait pas avoir, en théorie, d'effet dissuasif sur son bénéficiaire. Il est à ce titre regrettable que la Cour de cassation s'en tienne à la lettre de l'article 1152 du Code civil pour le cantonner aux clauses pénales. Les juridictions du fond avaient cependant pu admettre un tel raisonnement en considérant que les « *indemnités de dédit ne sont pas révisables judiciairement, sauf si, en raison de leur montant, elles dissuadent le débiteur d'exercer sa faculté de repentir* »<sup>1038</sup>.

- L'existence d'éléments ne dépendant pas de la seule volonté du salarié

**249. Disparition du grief de « pure potestativité ».** Le grief de pure potestativité est nécessairement écarté si le salarié ne peut mettre en jeu sa faculté de dédit qu'à l'arrivée d'événements ne dépendant pas de sa seule volonté. C'est, par exemple, le cas lorsque la rétractation n'est possible qu'en cas de résultats trop faibles de l'équipe, de changement de ligue<sup>1039</sup> etc. Dans l'hypothèse, sans doute peu probable, où le joueur bénéficiaire de la clause aurait été à l'origine des mauvais résultats ou du changement de ligue, il est toujours loisible, si l'on reste dans une logique de « condition », de faire jouer l'article 1178 du Code civil, ou, si l'on choisit la logique du droit subjectif qu'est le droit potestatif, de mobiliser l'abus.

Exiger des éléments ne dépendant pas de la seule volonté du salarié n'a de sens que dans la mesure où la clause de dédit purement potestative ne serait pas acceptée. Au vu de la jurisprudence, voire de la doctrine, la contrepartie financière pourrait suffire à en valider le principe. Reste, rappelons-le, que l'acceptation de clauses de dédit dont la

---

<sup>1036</sup> Cass. com., 18 janvier 2001, RDC 2011, p. 812, obs. É. SAVAUX. Rapp. à propos du mandat, Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 6 mars 2001, JCP G, 2002, II, 10067 ; CCC, juillet 2001, comm. 102, note L. LEVENEUR (indemnité prévue égale au montant des rémunérations qui auraient dû être perçues si le mandat était allé à son terme).

V. égal. pour un exemple de contrat de maintenance de cinq ans : Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 17 Juin 2009, n°08-15156 (indemnité de rupture prévue égale à 95% du montant de la somme calculée sur la moyenne réalisée précédemment jusqu'à la date d'expiration normale du contrat).

<sup>1037</sup> D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, th. préc.

<sup>1038</sup> Cass. com., 18 janvier 2011, RDC 2011, p. 812, note É. SAVAUX, préc.

<sup>1039</sup> Cass. soc., 18 mars 1992, JCP G. II, 21953, note J. MOULY ; RTD civ. 1992, p. 590, P.-Y. GAUTIER : « *La clause ne laissant au salarié la faculté de racheter son contrat à l'issue de la saison [...] qu'en cas de maintien du club en seconde division n'[a] pas pour effet de conférer à elle seule au contrat de travail un caractère indéterminé* » (c'est nous qui soulignons).

potestativité serait altérée demeure subordonnée, dans le contrat de travail, à l'analyse selon laquelle les articles L. 1243-1 du Code du travail et suivants ne relèveraient que de l'ordre public social. Dans ces conditions, l'employeur ne pourrait bénéficier de telles clauses, même à ce qu'elles ne lui donnent pas, à lui seul, la maîtrise de l'engagement. Il en va différemment si celles-ci devaient être analysées en clause pénale.

*β. La clause de rachat comme clause pénale : l'appréciation de l'indemnité contractuelle prévue*

**250. L'employeur, auteur de la rupture.** Si la clause de rachat est analysée comme une clause pénale, il s'agit simplement pour les parties de prévoir à l'avance le montant forfaitaire dû en cas de rupture anticipée du contrat. La difficulté tient à ce que le Code du travail prévoit déjà une indemnisation, à hauteur du préjudice subi pour l'employeur, et du montant des salaires restant à courir pour le salarié. Les parties peuvent-elles prévoir un montant autre ? Dans l'hypothèse où l'employeur serait responsable de la rupture anticipée, l'ordre public social devrait jouer. L'employeur ne devrait pas pouvoir prévoir un montant moindre que celui prévu par l'article L. 1243-4, alinéa 1, du Code du travail. En revanche, en cas de montant excessif, l'article 1152 du Code civil devrait pouvoir s'appliquer<sup>1040</sup>.

**251. Le salarié, auteur de la rupture.** Lorsque c'est le salarié qui est à l'initiative de la rupture anticipée, la question est celle de savoir si les parties peuvent prévoir un montant forfaitaire supérieur ou inférieur à celui prévu par le législateur, c'est-à-dire au préjudice subi. Si le principe de faveur devait s'appliquer<sup>1041</sup>, les parties ne pourraient prévoir de montant supérieur, mais pourraient valablement prévoir un montant inférieur (ce qui aurait sans doute pour effet d'altérer le caractère comminatoire de la clause). L'article 1152 du Code civil permettant néanmoins une réévaluation à la hausse en cas de montant dérisoire. On peut s'interroger cependant sur la question de savoir si la référence au préjudice subi n'interdit pas tout recours à la clause pénale<sup>1042</sup>.

---

<sup>1040</sup> En ce sens M.-N. ROUSPIDE-KATCHADOURIAN, *Le juge et le contrat...*, th. préc., n°788. *Adde* D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, th. préc., n°388.

<sup>1041</sup> En ce sens : J. MOULY, note sous Cass. soc., 18 mars 1992, JCP G. 1992, II, 21953.

<sup>1042</sup> En ce sens : D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, th. préc., n°386 et « Les clauses pénales en droit du travail », *Dr. soc.* 1994, p. 343 et s, spéc. n°33.

## II. *L'admission justifiée de la rupture potestative de la période d'essai*

**252. La validité de principe de la période d'essai.** La possibilité d'insérer une période d'essai dans le contrat de travail n'a jamais été mise en cause. Sa durée l'a été<sup>1043</sup>, l'absence de tout contrôle de l'abus également<sup>1044</sup>, mais non sa validité. Bien avant qu'elle ne fasse l'objet d'une réglementation spécifique, la jurisprudence l'acceptait en reconnaissant que les dispositions relatives à la rupture du contrat à durée indéterminée ne lui étaient pas applicables<sup>1045</sup>. Le législateur consacra cette position en 1973<sup>1046</sup> avant de lui dédier, en 2008, plusieurs articles dans le Code du travail<sup>1047</sup>. La rupture pendant la période d'essai peut donc intervenir sans formalité, ni indemnité, ni motivation. Elle paraît bien, d'un premier abord, purement potestative. Mais si la Cour de cassation qui, en premier lieu, en détermina les règles principales<sup>1048</sup>, affirma d'abord son caractère discrétionnaire et arbitraire<sup>1049</sup>, elle finit par en admettre l'éventuel abus<sup>1050</sup>.

---

<sup>1043</sup> Cass. soc., 21 octobre 1964, Bull. civ. n°685.

<sup>1044</sup> Cass. soc., 5 mai 2004, Bull. civ. V, n°123 : « *Mais attendu que si l'employeur peut discrétionnairement mettre fin aux relations contractuelles avant l'expiration de la période d'essai, ce n'est que sous réserve de ne pas faire dégénérer ce droit en abus* ».

<sup>1045</sup> Les dispositions de la loi du 19 juillet 1928 modifiant l'article 23 du livre 1<sup>er</sup> du Code du travail à propos du délai-congé (qui ne peut être inférieur aux usages ou conventions collectives) ne sont pas applicables à la période d'essai : Cass. civ., 9 décembre 1929, Gaz. Pal., 1930, 1, 311. – Cass. civ., 18 avril 1932, Gaz. Pal., 1932, 2, 183.

Même solution en ce qui concerne les indemnités de rupture, par extension de la loi du 18 juillet 1937 sur le statut légal des VRP (art. 29-m, livre 1<sup>er</sup>, de l'ancien Code du travail), à tous les travailleurs : Cass. soc., 5 janvier 1945, D. 1945, jur. p. 188 ; Dr. soc. p. 36, note J. CARBONNIER.

<sup>1046</sup> La loi du 13 juillet 1973 introduisit l'article L. 122-4 (devenu L. 1231-1) : Les « *dispositions [relatives au licenciement] ne sont pas applicables pendant la période d'essai* ».

<sup>1047</sup> Par la loi n°2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail. Pour le contrat à durée indéterminée : articles L. 1221-19 à L. 1221-26. Pour le contrat à durée déterminée : L. 1242-10 et L. 1242-11 du Code du travail.

<sup>1048</sup> Par exemple, la nécessité d'une clause particulière du contrat de travail, de la convention collective ou d'un usage.

<sup>1049</sup> Cass. civ., 5 janvier 1945, D. 1948, p. 188 ; Dr. soc. 1946, p. 36, obs. J. CARBONNIER : « *Pendant la période d'essai, le contrat peut, sauf convention contraire, être rompu à tout moment, quel que soit le motif, d'ordre technique ou non, pour lequel l'employé soumis à l'épreuve ne paraît pas convenir à l'emploi envisagé, sans que puisse intervenir la notion d'abus et sans qu'il puisse être question d'un retour au droit commun pour l'allocation d'indemnité* ».

<sup>1050</sup> D'abord par la réserve de l'intention de nuire (Cass. soc., 18 janvier 1957, JCP G. 1957, II, 9887, D. 1957, p. 253), puis en considération du comportement de l'employeur, soit qu'il ait laissé espérer à tort un emploi stable (Ex. Cass. soc., 25 mars 1985, Bull. civ. V, n°203 : « *Attendu que si en principe chaque partie au contrat de travail est libre de rompre sans donner de motif pendant la période d'essai, il n'en résulte pas nécessairement que cette rupture ne puisse être fautive, que la cour d'appel, qui a constaté qu'après avoir laissé espérer [au salarié] un emploi stable lors de l'embauche, bien que la situation de la personne à laquelle il devait succéder ne fut pas clarifiée, [l'employeur] l'avait licencié au seul motif que cette personne n'avait pas libéré son poste, a caractérisé la faute de l'employeur et*

**253. La finalité de la période d'essai.** Aujourd'hui la jurisprudence s'attache particulièrement au respect de sa finalité laquelle permet à la fois de justifier son existence et d'en encadrer la rupture<sup>1051</sup>. Dès lors la question se pose de savoir si la potestativité du droit n'en ressort pas altérée (B). Mais si la rupture de la période d'essai peut effectivement être qualifiée de droit potestatif<sup>1052</sup>, relève-t-elle du mécanisme de la rétractation ou de la simple faculté de résiliation ? C'est poser la question de sa qualification (A).

*A. La qualification de la rupture de l'essai*

**254. Une simple faculté unilatérale d'extinction ?** Par la discrétion, ou la « quasi-discrétion », qui caractérise la rupture pendant la période d'essai du contrat de travail, le rapprochement avec la faculté de résiliation unilatérale inhérente au contrat de travail paraît cohérent. La rupture de l'essai se compare d'ailleurs au licenciement ou à la démission. Dans ces conditions, la rupture pendant la période d'essai ne présenterait qu'une différence de degré et non de nature du droit de rupture<sup>1053</sup> en particulier lorsque la rupture procède de l'employeur. Il s'agirait de faciliter la rupture d'un contrat encore en phase de « consolidation »<sup>1054</sup>. L'absence de rétroactivité de l'éventuelle rupture de l'essai irait en ce sens. Néanmoins, la finalité même de l'essai, l'exigence d'une clause

*justifié sa décision* »), soit qu'il ait rompu trop brusquement la relation de travail (Cass. soc., 2 février 1994, n°90-43.836, D. 1995, p. 550, note P. PRZEMYSKI-ZAJAC. – Cass. soc., 6 décembre 1995, Bull. civ. V, n°330. Comp. avec la jurisprudence antérieure qui admettait que l'employeur puisse se défaire rapidement de son salarié en période d'essai : Cass. 5 décembre 1963, JCP G. 1964, IV, 6. – Cass. soc., 4 octobre 1979, Bull. civ. V, n°682, p. 501), ou tardivement (aujourd'hui, l'exigence du respect du délai de prévenance prévu aux articles L. 1221-25 et L. 1221-26 du Code du travail permet d'éviter cette dernière hypothèse, du moins pour l'employeur) ou, encore, dans des conditions vexatoires (Cass. soc., 28 octobre 1982, D. 1983. IR. p. 114).

<sup>1051</sup> D. NOGUÉRO, « Le devenir de la période d'essai du salarié », Dr. soc. 2002, p. 589.

<sup>1052</sup> La chambre sociale paraît elle-même avoir écarté l'analyse de la période d'essai comme avant-contrat ou comme contrat conclu sous condition résolutoire dans un arrêt du 5 mars 1975 (Bull. civ. V, n°112). En cassant l'arrêt de la cour d'appel ayant décidé que le contrat de travail à l'essai « *s'analyse comme un contrat préliminaire sous condition résolutoire qui peut devenir définitif si l'essai se révèle satisfaisant et qui, dans le cas contraire, devient inexistant* », en affirmant que les parties étaient déjà liées pendant la période d'essai et que le contrat de travail « *s'était trouvé rompu en cour d'exécution* » du fait de la rupture pendant l'essai, la Cour de cassation semble bien faire de celle-ci l'exercice d'un droit potestatif de rompre. Cf. J. PELISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMEAUD et E. DOCKÈS, *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, 2008, 4<sup>ème</sup> éd, n°43.

<sup>1053</sup> G. POULAIN « La liberté de rupture en période d'essai » Dr. soc. 1980, p. 469. Rapp., S. TOURNAUX, *L'essai en droit privé, contribution à l'étude de l'influence du droit du travail sur le droit privé*, LGDJ, 2011, n°544 et s.

<sup>1054</sup> H. SINAY, « Le travail à l'essai », Dr. soc. 1963, p. 150.

particulière du contrat ou de la convention collective, sa durée limitée dans le temps et sa place au début de la relation de travail<sup>1055</sup>, invitent également au rapprochement avec une véritable rétractation.

**255. Un véritable droit de rétractation ?** L'article L. 1221-20 du Code du travail<sup>1056</sup> définit la période d'essai comme la période permettant « 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 ». Autrement dit, il s'agit de laisser le temps aux intéressés de s'assurer que le contrat correspond à leurs attentes<sup>1057</sup>. L'essai peut alors être vu comme la période pendant laquelle les parties se laissent le loisir de la réflexion et du test afin d'être certaines de leur engagement. Cette définition permet des comparaisons tant avec d'autres clauses « d'essai » qu'avec le droit de la consommation.

L'essai non concluant dans le contrat de vente, par exemple, permet à l'acheteur de revenir sur son engagement. En d'autres termes, de bénéficier d'un véritable dédit. La rétroactivité est alors liée à la nature instantanée du contrat de vente. Au contraire, dans les hypothèses de contrat à exécution successive, un véritable droit de se désengager peut se concevoir sans rétroactivité. Des abonnements prévoyant ainsi un essai limité dans le temps pendant lequel le cocontractant peut librement rompre le contrat peuvent s'apparenter à des contrats assortis d'une faculté de dédit quand bien même la rupture ne serait pas rétroactive. L'absence de rétroactivité pourrait simplement s'expliquer par le souci pratique lié à l'effacement du passé. Or ce souci est particulièrement prononcé dans le cas où les relations passées concernent davantage des personnes que des biens ou services<sup>1058</sup>. De telles clauses d'essai sont d'ailleurs possibles dans des contrats à durée déterminée. Elles permettent bien de revenir sur un engagement de durée. De même, la

---

<sup>1055</sup> La période d'essai doit nécessairement se situer au commencement de l'exécution du contrat : Cass. soc., 25 février 1997, TPS, mai 1997, n°146, note P.-Y. VERKINDT. – Cass. soc., 28 juin 2000, RJS 9-10/2000, n°892. – Cass. soc., 5 juillet 2005, JCP S. 2005, 1204, note F. BOUSEZ.

<sup>1056</sup> Issu de la loi n°2008-596 du 25 juin 2008 procédant de l'ANI du 11 janvier 2008. Auparavant, c'était la jurisprudence qui s'en chargeait. V. par ex.: Cass. soc., 26 octobre 1999, n°97-43266 : « *La période d'essai [a] pour but de permettre l'appréciation des qualités du salarié* ».

<sup>1057</sup> Il avait même été proposé le concept de « contrat provisoire » au contrat de travail. Cf. R. DEMOGUE, « Des contrats provisoires », in *Études de droit civil à la mémoire de Henri CAPITANT*, 1939, rééd. 1977, p. 159. Sur cette théorie cf. S. TOURNAUX, *L'essai en droit privé...*, th. préc. n°85 et s.

<sup>1058</sup> Rapp. Les difficultés que représenterait la rétroactivité de l'annulation d'un acte de mariage (cf. L. LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, LGDJ, 1990, p. 224).

comparaison avec les droits de rétractation offerts au consommateur est permise. En effet, en droit du travail comme en droit de la consommation, il s'agit de s'assurer de la « solidité » du consentement<sup>1059</sup>. Certes, la justification n'en est pas la même puisque la réglementation consumériste a pour objectif de protéger une partie considérée comme « faible » de démarches « agressives » ou de « séduction »<sup>1060</sup> du professionnel, alors que la période d'essai s'écarte d'une telle approche. Bien qu'insérée dans un contrat structurellement déséquilibré, il ne s'agit pas ici de protéger la partie « faible »<sup>1061</sup>, mais de s'assurer que le travail correspond aux attentes des cocontractants. Il est d'ailleurs intéressant d'observer que les analyses doctrinales des droits de rétractation en droit de la consommation et celles de la période d'essai ont suivi le même cheminement. Dans les deux cas, la conception classique de la formation instantanée du contrat<sup>1062</sup> – où les mêmes débats ont opposé les tenants du caractère suspensif<sup>1063</sup> de la condition aux tenants de son caractère résolutoire<sup>1064</sup> – s'est opposée à la conception plus moderne de formation progressive du consentement<sup>1065</sup>.

---

<sup>1059</sup> Y. PAGNERRE, *L'extinction unilatérale des engagements*, th. préc., n°710 et s.

<sup>1060</sup> J. MESTRE, « L'évolution contemporaine du droit des contrats », in *L'évolution du contrat en droit privé français*, Journées SAVATIER, PUF, 1982, p. 44 et s.

<sup>1061</sup> Ce souci de protéger la partie dite faible n'est cependant pas absent du Code du travail, comme le démontre par exemple la possibilité de dénonciation du solde de tout compte dont bénéficie le salarié : Article L. 1234-20 du Code du travail. Cf. F. GAUDU et R. VATINET, *Traité des contrats, les contrats du travail*, op. cit., n°4 : « Regardée avec un œil des années 1960, nul doute que cette faculté de rétractation (le dénonciation du reçu) n'ait constitué une singularité du droit du travail. Mais depuis, l'essor du droit de la consommation a multiplié les cas où celui qui est considéré comme la partie faible au contrat dispose d'une faculté analogue, si bien que le régime du reçu du solde de tout compte peut désormais s'inscrire dans une tendance qui affecte l'ensemble du droit privé ».

<sup>1062</sup> En droit du travail cf. P. DURAND, « L'engagement à l'essai », Dr. soc. 1948, p. 341.

En droit civil et de la consommation cf. A. FRANÇON, « Rapport sur la protection des consommateurs dans la conclusion des contrats civils et commerciaux en droit civil français », in *La protection des consommateurs*, Travaux de l'Association Henri CAPITANT, tome XXIV, Dalloz, 1975, p. 117 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, les obligations, l'acte juridique*, op. cit., n°187 ; C. CHABAS, *L'inexécution licite du contrat*, LGDJ, 2002, n°55.

<sup>1063</sup> En droit du travail, l'analogie s'était faite avec la vente à l'essai de l'article 1588 du Code civil qui dispose que « la vente faite à l'essai est toujours présumée faite sous une condition suspensive ». Mais les effets du contrat de travail ne sont pas suspendus à la survenance de la « condition ». cf. H. SINAY, « Le contrat à l'essai », art. préc. ; G. POULAIN, « La liberté de rupture en période d'essai », art. préc.

En droit civil, cf. C. BIQUEZ, *Les promesses de vente de fonds de commerce*, thèse, Caen, 1958, p. 63 et s. ; B. BOCCARA, « De la notion de promesse unilatérale (régime fiscal et vente de fonds de commerce », JCP G. 1970, I, 2357 bis, n°6.

<sup>1064</sup> En droit du travail, v. A. BRUN et H. GALLAND, *Droit du travail*, tome 1, *Les rapports individuels de travail*, Sirey, 1978, 2<sup>ème</sup> éd., n°417, p. 478.

<sup>1065</sup> En droit du travail v. S. TOURNAUX, *L'essai en droit privé...*, th. préc., n°112 et s.  
En droit de la consommation et droit civil cf. supra n°220.

## B. L'altération limitée de la potestativité

**256. Droit potestatif pur ou droit potestatif altéré ?** La même problématique que celle relative au changement des conditions de travail est ici à l'œuvre : le respect d'une finalité permet-il d'écarter l'éventuel grief de « pure potestativité » ? Dans la mesure où les parties sont souveraines dans l'appréciation de la réussite ou l'échec de l'essai, il est permis d'en douter. Néanmoins, le contrôle opéré par la Cour de cassation laisse transparaître une certaine tendance à exiger un minimum d'objectivation, du moins lorsque la rupture est à l'initiative de l'employeur (1). Lorsqu'elle provient du salarié, la question qui se pose est en réalité celle de son utilité (2).

### 1. La rupture de l'essai à l'initiative de l'employeur

**257. L'appréciation de l'essai.** Il faut, pendant la période d'essai, distinguer les ruptures selon leurs motifs. S'il s'agit de l'échec de l'essai, la rupture exprime effectivement le regret d'un consentement donné. En revanche lorsqu'il s'agit de rompre pour une autre raison que l'échec de l'essai, le droit du licenciement reprend, semble-t-il, son emprise. C'est du moins la voie prise par la jurisprudence et ce, malgré la lettre de l'article L. 1231-1 du Code du travail écartant expressément les règles encadrant la rupture du contrat de travail à l'initiative notamment de l'employeur. C'est que la Cour de cassation s'attache à ce que la rupture à l'initiative de l'employeur pendant la période d'essai corresponde effectivement à sa finalité pour que le droit du licenciement soit valablement écarté.

Afin de bénéficier des règles propres à l'essai, la rupture à l'initiative de l'employeur doit être liée aux résultats de l'essai, c'est-à-dire aux qualités et capacités professionnelles du salarié<sup>1066</sup>. Le motif doit nécessairement être « *inhérent à la personne du salarié* »<sup>1067</sup>, à défaut, et quand bien même il apparaîtrait légitime, il y

---

<sup>1066</sup> Cass. soc., 15 décembre 2010, JCP S. 2011, 1282, note F. BOUSEZ. (Rupture abusive de la période d'essai, l'entreprise ayant fermé pour absence de neige).

<sup>1067</sup> Cass. soc., 20 novembre 2007, JCP S. 2008, 1215, note C. LEBORGNE-INGELAERE ; JCP G. 2008, II, 10005, note D. CORRIGNAN-CARSIN ; D. 2008, p. 196, note J. MOULY, RDT 2008, p. 29, note J. PÉLISSIER ; JSL, 11 décembre 2007, n°223, p. 11, note M.-Ch. HALLER ; SSL, 3 décembre 2007, n°1331, p. 7, note J. DUPLAT (suppression du poste pour lequel le salarié avait été embauché). – Cass. soc., 15 décembre 2010, n°09-42273, préc.

Comp. Cass. soc., 30 septembre 1992, Bull. civ. V, n°484, où la Cour considère que le non-remplacement d'un salarié n'est pas à lui seul constitutif d'un abus.

aurait détournement du droit. Il est donc légitime que la jurisprudence refuse d'appliquer les règles de l'essai à une rupture relevant en réalité d'un motif économique<sup>1068</sup>.

Mais qui est juge des résultats de l'essai ? Ceux-ci doivent-ils être abordés de manière objective<sup>1069</sup> ? Dans l'affirmative, l'altération de la potestativité serait certaine. Or, non seulement les compétences techniques du salarié entrent en ligne de compte, mais également des éléments subjectifs tels que sa personnalité<sup>1070</sup>, ses capacités relationnelles<sup>1071</sup>. Autrement dit, sont prises en considération tant les qualités professionnelles que personnelles du salarié, et c'est l'employeur qui est seul juge de cette appréciation<sup>1072</sup>. Le juge n'a pas, en principe, à en vérifier la réalité ou le bien-fondé<sup>1073</sup>. La perte de confiance, voire l'incompatibilité d'humeur, alors même qu'elle n'est plus un motif de licenciement, pourrait donc être un motif de rupture de la période d'essai<sup>1074</sup>. Dans ces conditions, le droit de rompre conserve sa « pureté ».

---

<sup>1068</sup> *Contra* jurisprudence antérieure favorable à la rupture pour motif économique : Cass. soc., 20 janvier 1971, Bull. civ. V, n°33. – Cass. soc., 2 juin 1981, D. 1982, p. 206, note J. MOULY.

Dans l'hypothèse où une cause réelle et sérieuse de licenciement pour motif économique existerait bel et bien, il paraît censé de permettre la rupture du contrat en respectant les règles propres à un tel licenciement. (cf. J. MOULY, « La résiliation de l'essai fondée sur un motif étranger à ses résultats. Pour une autre logique », Dr. soc. 2005, p. 614 ; J. PÉLISSIER, note sous Cass. soc., 20 novembre 2007, RDT 2008, p. 29).

<sup>1069</sup> « *L'essai se concrétise dans un résultat objectif, tandis que le repentir, le regret sont des états d'âme* » : J. CARBONNIER, *Droit civil*, volume 2, Les biens, Les obligations, *op. cit.*, n°1030 *in fine*.

<sup>1070</sup> D. NOGUÉRO, « Le devenir de la période d'essai du salarié », art. préc.

<sup>1071</sup> Cass. soc., 1<sup>er</sup> juillet 1976, Bull. civ. n°411 : « *Les juges d'appel ont relevé qu'il était reproché [au salarié] d'avoir [...] été l'auteur d'un incident regrettable avec un client important de la banque dans la cour appartenant à ce dernier et contiguë à celle de la banque ; qu'au lieu de reconnaître son erreur, il avait vivement critiqué [le client] et volontairement heurté sa voiture qui avait été légèrement endommagée ; que l'arrêt attaqué relève que cet incident regrettable en lui-même pouvait, à bon droit, permettre à l'employeur de douter des qualités [du salarié] sur le plan des relations humaines, qualités particulièrement nécessaires pour ses fonctions de prospecteur* ». (C'est nous qui soulignons).

<sup>1072</sup> Cass. soc., 18 janvier 1957, JCP G. 1957, II, 9887 : « *L'employeur est seul juge de la question de savoir si l'employé a fait preuve des qualités nécessaires pendant la durée de l'épreuve à laquelle il a consenti de se soumettre* ».

<sup>1073</sup> Cass. soc., 28 novembre 1963, Bull. civ. n°826 : « *Un employeur est seul juge du point de savoir si son employé lui donne satisfaction et de la manière dont il convient d'organiser les services de son entreprise, [...] les juges du fond ne peuvent sur ce point substituer leur appréciation à la sienne* ».

Cass. soc., 25 mars 1985, Bull. civ. V, n°202 : « *Les juges du fond [...] ont exactement énoncé qu'il ne leur appartenait pas de substituer leur appréciation à celle de l'employeur quant aux insuffisances professionnelles invoquées par celui-ci pour mettre fin à l'essai* ».

<sup>1074</sup> Cass. soc., 20 décembre 1977, Bull. civ. n°720 : « *La cour d'appel a estimé [...] qu'une collaboration fructueuse ne pouvait s'établir entre [l'employeur et le salarié] en l'absence de rapports de confiance mutuelle ; qu'en l'espèce la cessation de la période d'essai avait été motivée par des difficultés de relations et non par des problèmes de compétence. [Les juges ...] ont déduit que [le salarié] ne rapportait pas la preuve que [l'employeur] avait détourné ses pouvoirs en mettant fin à la période d'essai* ».

V. pourtant : Cass. soc., 26 juin 1974, Bull. civ. n°385 : « *La cour d'appel a pu estimer que [...] la société, qui avait congédié [le salarié] en lui faisant des reproches fallacieux destinés uniquement à*

Cependant, *de facto*, le juge peut être amené à vérifier que la rupture est bien en lien avec la finalité de l'essai. Autrement dit, que la raison de la décision de l'employeur se trouve effectivement dans l'insatisfaction de l'essai du salarié<sup>1075</sup>. À ce titre, l'article L. 1132-1 du Code du travail relatif à la discrimination est applicable à la période d'essai<sup>1076</sup>. Dès lors, toute rupture motivée par l'origine, le sexe, les mœurs, la situation de famille<sup>1077</sup>, l'âge *etc.* du salarié doit être nulle<sup>1078</sup>. Cette jurisprudence souffre difficilement de critiques<sup>1079</sup>.

*parvenir à son élimination, sans souci de ses qualités professionnelles, simplement parce qu'il ne plaisait plus, avait agi avec caprice et légèreté blâmable et non dans l'intérêt de l'entreprise* ». (C'est nous qui soulignons).

<sup>1075</sup> Ex. Cass. soc. 27 octobre 2009, n°08-42651 : « *Le moyen manque en fait dès lors que la cour d'appel a retenu que les faibles résultats en termes de chiffre d'affaires obtenus par le salarié en période d'essai justifiaient à eux seuls la rupture* ». – Cass. soc., 4 juillet 2001, n°99-44469 : « *La décision de rupture en cours de période d'essai était motivée par le refus du salarié d'accepter une proposition de l'employeur impliquant l'extension de son secteur d'activité à la Normandie au lieu de la seule région parisienne, ainsi que l'adjonction d'une clause de mobilité, qu'ayant ainsi fait ressortir que la résiliation ne pouvait avoir pour cause l'insuffisance des capacités professionnelles du salarié, la cour d'appel a pu décider [...] que l'employeur avait commis un abus* ».

<sup>1076</sup> Avant même sa nouvelle rédaction par la loi n°2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations et élargissant son champ d'application, l'ancien article L. 122-45 du Code du travail était considéré comme applicable à la période d'essai : Cass. soc., 16 février 2005, JSL, 22 mars 2005 n°164, p. 12, note M. HAUTEFORT ; SSL, 7 mars 2005, n°1205, p. 10, note F. V ; JCP G. 2005, II, 10098, note J. COLONNA.

*Contra* CA Versailles, 9 mai 1986, D. 1987, p. 5, note J.-P. KARAQUILLO.

Par ailleurs, la jurisprudence a considéré que les règles relatives à la protection contre le licenciement des salariés victimes d'accident du travail ou de maladie professionnelle étaient applicables à la période d'essai (Cass. soc., 19 avril 1989, JCP G. 1990, II, 21499, note J. MOULY ; D. 1990, p. 8, note C. PUIGELIER). De même le sont les règles exorbitantes de droit commun résultant du mandat ou des fonctions qu'exercent certains salariés dans l'intérêt collectif des travailleurs (Cass. soc., 26 octobre 2005, RJS 1/06, n°63. *Contra* jurisprudence antérieure à propos d'un conseiller prud'homme en fonction : Cass. soc., 13 mars 1985, D. 1985, jur. p. 442, note J. MOULY).

En revanche le dispositif de protection de la femme enceinte ne l'est pas (Cass. soc., 21 décembre 2006, Gaz. Pal., 16/03/2007 n° 75, p. 17, note B. BOUBLI ; JSL, 30 janvier 2007, n°204, p. 22, note J.-E. TOURREIL ; SSL, 15 janvier 2007, n°1290, p. 12, note F. C.) mais le législateur interdit expressément de « *prendre en considération l'état de grossesse d'une femme enceinte pour [...] résilier son contrat au cours de la période d'essai* » (article L. 1225-1 du Code du travail).

<sup>1077</sup> V. déjà cass. soc., 17 mars 1971, Bull. civ. V, n°216 : rupture abusive car fondée sur le mariage de la salariée.

<sup>1078</sup> Même si la jurisprudence a parfois hésité avant de véritablement consacrer la nullité du licenciement. Cf. par ex. la rupture fondée sur la grossesse de la salariée : obtention de dommages-intérêts et non de la nullité de la rupture : Cass. soc., 15 janvier 1997, TPS, mars 1997, n°73, note P.-Y. VERKINDT.

<sup>1079</sup> Rapp. la jurisprudence sur la dénonciation du statut collectif : « *Mais attendu que s'il est exact que la dénonciation d'un usage n'a pas à être motivée, elle est néanmoins nulle s'il est établi que le motif, qui a entraîné la décision de l'employeur, est illicite* ». En l'occurrence l'employeur avait tenté de faire échec au droit de grève de ses salariés (Cass. soc., 13 février 1996, CSBP 1996, n°79, act. 27, obs. A. PHILBERT).

*Adde* H. BLAISE, « La dénonciation d'un usage d'entreprise », in *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XX<sup>ème</sup>*, Mélanges en l'honneur de Claude CHAMPAUD, Dalloz, 1997, p. 73 et s.

Tant qu'il ne s'agit que d'un contrôle de l'intention de l'employeur, aucun motif objectif n'est exigé. L'employeur demeure juge de l'évaluation des compétences du salarié. Une part de subjectivité est donc inhérente au mécanisme. Le contrôle jurisprudentiel est limité, l'altération de la potestativité tout autant. De la même manière que dans le cadre du changement des conditions de travail<sup>1080</sup>, il n'est pas certain que le grief de « pure potestativité » soit alors réellement écarté. La Cour de cassation s'efforce cependant, dans la mesure du possible, de s'assurer que l'employeur a bien pris le temps de tester les performances de son salarié.

**258. Le temps de l'essai.** Le salarié doit avoir été mis à même de faire ses preuves. Lorsqu'objectivement il n'a pas eu le temps ou n'a pas été en situation de le faire<sup>1081</sup> ou, au contraire, avait déjà eu l'occasion de donner satisfaction<sup>1082</sup>, la rupture en période

---

<sup>1080</sup> Supra n°194.

<sup>1081</sup> Cass. soc., 20 février 2007, n°05-44533 : « *Attendu qu'ayant relevé que le salarié n'avait pas été mis en mesure d'exercer les fonctions de responsable de site qui lui avaient été attribuées par le contrat de travail et que la direction effective de l'agence avait été confiée à un autre salarié, la cour d'appel [...] a pu considérer que l'employeur avait agi avec une légèreté blâmable et abusé de son droit de résiliation* ». – Cass. soc., 15 novembre 2005, Bull. civ. V, n°321 : « *[le salarié] n'avait pas été mis en mesure de donner la preuve de ses véritables qualités et de sa capacité professionnelle compte tenu notamment de l'importance de ses fonctions* ». – Cass. soc., 2 février 1994, n°90-43836 : « *[...] le salarié [...] n'avait pas été mis en situation, durant la brève période qui avait précédé la rupture, de donner la preuve de sa capacité, [...] en mettant fin dans ces conditions à la période d'essai, la société avait commis un abus du droit de résiliation* ».

(Ex. de prolongation de la période d'essai en cas d'absence du salarié : Cass. soc., 18 janvier 1989, Bull. civ. V, n°36. – Cass. soc., 14 novembre 1990, Bull. civ. V, n°551).

<sup>1082</sup> Cass. soc., 9 octobre 1996, Bull. civ. n°318 : « *Et attendu qu'ayant relevé que pendant les quinze ans qu'avait duré le premier contrat la société n'avait jamais discuté les capacités professionnelles du salarié, la cour d'appel a constaté que le salarié avait été réembauché en la même qualité de chauffeur quelques jours après la cessation du précédent contrat, et qu'au cours de ce nouveau contrat l'employeur lui avait demandé d'effectuer de nombreuses heures supplémentaires attestant de la confiance qu'il avait en ses capacités ; Qu'ayant ainsi fait ressortir que la résiliation ne pouvait avoir pour cause l'insuffisance des capacités professionnelles du salarié, elle a pu décider, sans encourir les griefs du moyen, que l'employeur avait commis un abus dans l'exercice de son droit de résiliation* » (c'est nous qui soulignons). – Cass. soc., 17 juillet 1996, Bull. civ. n°289 : « *La promotion d'un salarié démontrait que l'employeur avait jugé l'intéressé apte à un emploi de qualification supérieure, par conséquent la rupture de l'essai quatre jours plus tard était abusive* ». – Cass. soc., 11 octobre 2002, n°98-42772 : « *Et attendu qu'ayant relevé que M. X... avait été réembauché par le même employeur en la même qualité de directeur après avoir exercé les mêmes responsabilités dans la même agence et que ce reclassement avait été effectué en étroite collaboration avec une société du même groupe, [la cour d'appel] a pu en déduire que la résiliation ne pouvait avoir pour cause l'insuffisance des capacités professionnelles du salarié et a pu décider, sans encourir les griefs du moyen, que l'employeur avait commis un abus dans l'exercice de son droit de résiliation* ».

d'essai est abusive. Elle manifeste en réalité une incohérence répréhensible dans le comportement de l'employeur<sup>1083</sup>.

**259. La rupture de l'essai comme instrument de sanction.** Il faut d'abord distinguer selon que le comportement du salarié à l'origine de la rupture est effectivement blâmable ou non. Il est évident qu'est abusive une rupture due à une mesure de rétorsion de l'employeur<sup>1084</sup> à la suite de réclamations justifiées du salarié<sup>1085</sup>. En revanche, il en est différemment lorsqu'il s'agit de sanctionner un comportement véritablement répréhensible du salarié. Dans cette hypothèse la rupture est légitime. La jurisprudence ne l'interdit d'ailleurs pas, mais elle impose, lorsqu'est invoqué un motif disciplinaire à l'appui de la rupture, l'application du droit corrélatif<sup>1086</sup> prévu à l'article L. 1332-1 du Code du travail, c'est-à-dire entretien préalable, notification par écrit des motifs de la sanction, *etc.* Un tel régime est extrêmement proche de celui du licenciement pour faute. Ce qui pose *in fine* la question de savoir si une telle rupture demeure une rupture de l'essai ou un véritable licenciement<sup>1087</sup>. En tout état de cause, l'exigence d'une faute objective du salarié, même moindre que celle nécessaire à la justification d'un licenciement pour faute, altère nécessairement la potestativité de la rupture.

## 2. La rupture de l'essai à l'initiative du salarié

**260. De l'utilité de la période d'essai pour le salarié.** Lorsque c'est le salarié qui est à l'initiative de la rupture pendant la période d'essai, il est plus délicat, et sans doute peu opportun, de distinguer la véritable rupture d'essai de la démission. Il est vrai que

---

<sup>1083</sup> D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, PUAM, 2001, tome 2, spéc. n°1073.

<sup>1084</sup> Cass. soc., 10 mai 1973, Bull. civ. n°296 : « *Le renvoi [des salariés] intervenu au cours de la période d'essai, non seulement était sans rapport avec les conditions ou les résultats de l'essai lui-même, mais encore, trouvant en dehors d'eux sa cause, procédait d'une exclusive jetée par la [société] sur la famille toute entière [des salariés] et apparaissait ainsi comme une mesure de rétorsion* ».

<sup>1085</sup> Par exemple : rupture à la suite d'une demande d'éclaircissement sur un nouveau contrat proposé (Cass. soc., 7 janvier 1988, Bull. civ. V, n°13) ou d'une lettre soulignant le climat d'insécurité résultant de la prolongation, acceptée, de la période d'essai (Cass. soc., 20 avril 1989, Bull. civ. V, n°300) ou encore d'une réclamation au sujet de la rémunération (Cass. soc., 17 janvier 1990, n°86-43.065. – Cass. soc., 20 octobre 1998, n°97-41.087).

Cf. L. BIGIAOUI-DUHAMEL, *L'abus de droit en droit du travail*, thèse, Paris I, 2002, spéc. n°122 et s.

<sup>1086</sup> Cass. soc., 10 mars 2004, JCP G. 2004, II, 10088, note D. CORRIGNAN-CARSIN ; D. 2004, p. 2189, note B. GÉNIAUT ; Dr. soc. 2004, p. 733, chron. M. DUBERTRET.

<sup>1087</sup> *Infra* n°376.

dans la première hypothèse le salarié n'a qu'un délai de prévenance, bref<sup>1088</sup>, à suivre, alors qu'en cas de démission il peut être amené à devoir respecter, selon les prescriptions de son contrat ou de la convention collective applicable, un préavis plus long. Mais si l'employeur ne peut pas prévoir dès le commencement de l'exécution du contrat de travail que l'embauche du salarié ne vaudra que pour le temps de l'essai, c'est que le détournement de l'essai se confond avec une fraude à la loi<sup>1089</sup>. Le salarié ne rencontre pas les mêmes obstacles dans la mesure où la démission lui offre la possibilité de rompre par *simple envie*. Pour autant, un salarié ayant par exemple fait miroiter à son employeur une collaboration de longue durée alors même qu'il savait qu'il ne resterait en place que pendant sa période d'essai, se rend coupable d'un abus. Mais de la même manière que sa décision serait abusive si, en l'absence de période d'essai, il avait démissionné rapidement en contradiction avec ce qu'il avait pu faire espérer à l'employeur. Autrement dit, l'abus dans la rupture de l'essai est sans doute le même que celui pourchassé en cas de démission : la brutalité, la rapidité, la manière de procéder davantage que le motif proprement dit.

**261. Conclusion du Chapitre 1.** Les droits purement potestatifs d'extinction renvoient à l'hypothèse où la volonté unilatérale seule suffit à rompre le contrat de travail. Deux situations sont ainsi concernées, celle de la faculté unilatérale de résiliation dans les contrats à durée indéterminée et celle des droits de dédit. Leur existence et leur licéité ne sont pas nécessairement appréhendées de la même manière selon que leur titulaire en est l'employeur ou le salarié.

En effet, les droits de rupture de l'employeur ne paraissent acceptés qu'au prix d'un amoindrissement de leur potestativité, au contraire de ceux du salarié. Ainsi, si l'employeur, limité par le droit du licenciement, doit exciper de motifs amoindrissant d'autant la potestativité de son droit lorsqu'il rompt le contrat<sup>1090</sup>, le salarié bénéficie pour sa part d'un droit purement potestatif de rupture : la démission. Même la rupture du contrat par l'employeur pendant la période d'essai implique déjà l'amorce d'un amoindrissement

---

<sup>1088</sup> Article L. 1221-26 du Code du travail : « *Lorsqu'il est mis fin à la période d'essai par le salarié, celui-ci respecte un délai de prévenance de quarante-huit heures. Ce délai est ramené à vingt-quatre heures si la durée de présence du salarié dans l'entreprise est inférieure à huit jours* ».

<sup>1089</sup> L'employeur ayant en effet recours à la période d'essai pour éluder le régime du licenciement. Sur la distinction fraude à la loi, rupture abusive de l'essai cf. infra n°372.

<sup>1090</sup> Infra n°305.

dans la mesure où, la finalité de l'essai devant être prise en considération, l'employeur ne peut rompre que pour des raisons liées aux capacités du salarié.

Quant aux clauses insérées par les parties au contrat et octroyant une faculté de dédit, elles sont plus difficilement acceptées. Cependant, ici encore, la solution pourrait différer selon le titulaire du droit. En effet, qu'elle porte sur l'engagement lui-même, ou sur sa durée (clauses de rupture anticipée dans les contrats à durée déterminée par exemple), la faculté de se dédire pose la question de la portée d'un engagement prévoyant dans le même temps la possibilité de se désengager. Tant l'article 1134 que l'article 1174 du Code civil paraissent s'y opposer. Néanmoins, une part de la doctrine, parfois rejoint par la jurisprudence, admet la validité de ces clauses de dédit quitte à les subordonner à une contrepartie financière. Si une telle contrepartie n'a alors pas nécessairement pour effet d'amoindrir la potestativité du droit considéré, elle permet de le rendre acceptable en limitant d'autant l'arbitraire de son titulaire. Mais les clauses de dédit au sein du contrat de travail se heurtent à un autre obstacle : celui du droit spécial du travail. En effet, tant les règles protectrices du licenciement, que celles relatives à la modification du contrat et celles relatives à la rupture anticipée du contrat à durée déterminée sont d'ordre public. Se trouvent donc nécessairement condamnées les hypothèses où l'employeur se réserverait la possibilité de revenir sur son engagement, qu'il s'agisse du contrat de travail lui-même ou de clauses accessoires favorables au salarié (la clause de renonciation à la clause de non-concurrence faisant alors figure d'exception<sup>1091</sup>). De la même manière, l'employeur ne pourrait se réserver la faculté d'une rupture anticipée du contrat à durée déterminée autre que celles prévues par le législateur. Il faut encore s'interroger sur le fait de savoir si le salarié ne peut, pour sa part, se réserver une telle hypothèse. Une telle solution ne peut se concevoir que si n'est en cause que l'ordre public social. Si l'on peut en douter, la jurisprudence paraît cependant bien accepter les clauses dites « de rachat » dans les contrats de travail de sportifs. Cantonnées *a priori* à ces seuls contrats, subsiste cependant une incertitude : l'ajout d'une contrepartie financière n'est-elle que le prix d'un droit de dédit ou révèle-t-il en réalité l'existence d'une clause pénale ? L'enjeu est d'importance puisque selon la qualification apportée, le régime diffère. En témoigne d'ailleurs la clause de dédit-formation analysée parfois comme clause de dédit et parfois comme clause pénale.

---

<sup>1091</sup> D'autant plus que la clause de non-concurrence dite « en sommeil » demeure pour sa part prohibée.

## Chapitre II. Les droits potestatifs altérés d'extinction

**262. Potestativité altérée.** L'amointrissement de la potestativité d'un droit se révèle lorsque la décision unilatérale du titulaire ne dépend pas de sa seule volonté. Autrement dit lorsqu'un événement dont il n'a pas la maîtrise est préalablement nécessaire à l'exercice de son droit. Exemple peut être pris de la mise à la retraite du salarié. L'employeur a le choix – il n'y est pas obligé<sup>1092</sup> – de l'imposer à ses salariés ayant atteint l'âge de 70 ans<sup>1093</sup>. La décision de l'employeur demeure unilatérale, mais l'âge du salarié est bien la condition d'exercice de son droit, lequel ne dépend ainsi pas de la seule volonté de l'auteur de l'acte. De la même manière, le législateur encadre les cas de rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée. La loi permet aux parties de rompre avant terme mais seulement dans l'hypothèse d'événements déterminés ne dépendant pas de la seule volonté de l'auteur de la rupture. Mais surtout on songe à l'exigence de la cause réelle et sérieuse de licenciement. La faculté de rompre de l'employeur n'est-elle pas conditionnée par la préexistence d'un événement déterminé et étranger à la seule volonté de l'employeur ? Le licenciement paraît ainsi être un exemple topique de l'amointrissement de la potestativité.

Quant au salarié, la question qui se pose est l'intérêt de la reconnaissance à son profit de droits dont la potestativité serait amoindrie. Dès lors qu'il bénéficie d'ores et déjà de la démission, droit potestatif pur d'extinction par excellence, quel avantage retirerait-il d'un droit potestatif altéré ? Ce serait celui de pouvoir imputer la responsabilité de la rupture à l'employeur. À cet effet, le salarié doit effectivement pouvoir reprocher un comportement ou une situation particulière à l'employeur. C'est la prise en considération d'éléments étrangers à sa volonté qui va justifier que le salarié n'ait pas à supporter la charge de la rupture dont il a pourtant pris l'initiative.

Ainsi, faudra-t-il s'intéresser d'une part aux droits potestatifs altérés de l'employeur (Section I) et, d'autre part, aux droits potestatifs altérés du salarié (Section II).

---

<sup>1092</sup> Cass. soc., 12 novembre 2002, Dr. soc. 2003, p. 231, obs. J. SAVATIER.

<sup>1093</sup> Article L. 1237-5 du Code du travail.

## Section I. Les droits de rupture altérés de l'employeur

**263. Droits de rupture restreints.** Lorsque l'employeur est à l'initiative de la rupture, il ne dispose que de la faculté de licencier ou de mettre son salarié à la retraite. Tant la prise d'acte<sup>1094</sup> que la « résiliation »<sup>1095</sup> judiciaire<sup>1096</sup> du contrat lui sont refusées à la différence du salarié<sup>1097</sup>. Il s'agit d'éviter que l'employeur puisse contourner les garanties offertes par le droit du licenciement. L'intention est louable, mais le régime qu'applique alors la jurisprudence est critiquable, du moins lorsqu'est en cause une demande de résiliation judiciaire du contrat. En effet, la prise d'acte rompt effectivement le contrat. Qu'elle produise alors, lorsqu'elle est à l'initiative de l'employeur, les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse est cohérent. Il n'en va pas de même de la demande de « résiliation » judiciaire qui, en tant que telle, n'éteint pas le contrat. Preuve en est que, tant que la « résiliation » (à l'initiative du salarié), n'est pas prononcée, la rupture du contrat peut intervenir par un autre moyen : prise d'acte, mise à la retraite, licenciement<sup>1098</sup>. D'ailleurs,

---

<sup>1094</sup> Cass. soc., 25 juin 2003, Bull. civ. V, n°208. – Cass. soc., 27 octobre 2009, n°08-40875. – Cass. soc., 1<sup>er</sup> février 2012, n°10-20893.

<sup>1095</sup> Article 1184 du Code civil. La doctrine travailliste use le plus souvent du terme de « résiliation » judiciaire et non de « résolution » judiciaire car elle considère que la « résiliation » ne vaut que pour l'avenir tandis que la « résolution » éteindrait rétroactivement le contrat. Néanmoins, le terme de « résolution » renvoie à l'inexécution du contrat alors que celui de « résiliation » peut traiter des ruptures unilatérales purement potestatives, sans qu'un manquement grave soit nécessaire. En outre, il a pu être démontré que la « résolution » judiciaire du contrat pouvait être non-rétroactive (du moins dans les contrats à exécution successive). Cf. sur ce point, Th. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ, 2007.

<sup>1096</sup> La « résiliation » judiciaire était à l'origine surtout utilisée par l'employeur pour mettre fin aux contrats de travail de salariés protégés dont le licenciement avait été refusé par l'inspecteur du travail. Longtemps acceptée, elle a finalement été écartée par la Cour de cassation dans les arrêts dits « Perrier » : Cass. ch. mixte, 21 juin 1974, D. 1974, p. 593, concl. A. TOUFFAIT, et p. 237, chron. H. SINAY. Cette jurisprudence a ensuite été étendue aux salariés ordinaires, d'abord dans le cadre de contrats à durée déterminée : Cass. soc., 15 juin 1999, Dr. soc. 1999, p. 836, obs. C. ROY-LOUSTAUNAU ; D. 1999, p. 623, note Ch. RADÉ, puis dans celui de contrats à durée indéterminée : Cass. soc., 13 mars 2001, JCP E. 2001, p. 1286, note C. PUIGELIER. – Cass. soc., 17 décembre 2003, n°01-44942.

La loi peut cependant en décider autrement (notamment dans le cadre de contrats à durée déterminée : ex. dans le cadre des contrats d'apprentissage, article L. 6222-18 du Code du travail, alinéa 2).

<sup>1097</sup> Sur la prise d'acte du salarié, cf. infra n°326 et s..

Sur la « résiliation » judiciaire demandée par le salarié : Cass. soc., 15 janvier 2003, n°00-44799 (salarié ordinaire). – Cass. soc., 16 mars 2005, Dr. soc. 2005, p. 861, note J. MOULY ; JCP E. 2005, 1942, note D. BOULMIER ; RDC 2005, p. 763, note Ch. RADÉ ; D. 2005, p. 1613, note J. MOULY (salarié protégé).

<sup>1098</sup> Pour la prise d'acte prévalant sur une demande en résiliation (demandée par le salarié) : Cass. soc., 15 mars 2006, JCP S. 2006, 1383 note J-Y. FROUIN. – Cass. soc., 31 octobre 2006, JCP G. 2006, II, 10205. Pour une mise à la retraite prévalant sur une demande en résiliation (demandée par le salarié) : Cass. soc., 12 avril 2005, n°02-45923.

dans l'hypothèse où le juge estimerait les reproches du salarié injustifiés, ce dernier serait simplement débouté de sa demande<sup>1099</sup>, la relation contractuelle se poursuivant alors. C'est bien au juge qu'il revient, si les griefs invoqués s'avèrent suffisants, de prononcer cette rupture. Dès lors, il peut paraître étonnant que la seule demande de résiliation judiciaire de l'employeur adressée au juge suffise à la qualifier de « *manifestation de la volonté [de l'employeur] de rompre le travail, valant licenciement [...]* »<sup>1100</sup> alors sans cause réelle et sérieuse<sup>1101</sup>. Certes, il s'agissait à l'origine de garantir la protection exceptionnelle et exorbitante de droit commun accordée aux salariés dits « protégés », investis de la défense des intérêts des travailleurs. Le délit d'entrave étant d'ailleurs consommé dès l'instant où l'employeur a effectivement sollicité la résiliation du contrat de travail d'un salarié protégé<sup>1102</sup>. Mais dès lors que l'interdiction s'est étendue aux salariés « ordinaires », l'irrecevabilité de la demande de l'employeur aurait suffi à éviter tout contournement du droit du licenciement. Il est vrai cependant que la solution de la jurisprudence s'explique alors par sa volonté de prévenir toute action autre que le licenciement (ou la mise à la retraite) à l'initiative de l'employeur.

**264. Encadrement du licenciement.** On sait le licenciement encadré par de nombreuses garanties. Si l'exigence d'une cause réelle et sérieuse amoindrit nécessairement la potestativité du droit de rompre de l'employeur (II), les modalités de son exercice ne poursuivent pas toujours cette finalité (I).

---

En revanche, dans le cas d'une résiliation judiciaire suivie d'un licenciement, le juge est tenu de se prononcer d'abord sur la demande de résiliation, et, au cas où il l'estime infondée, de statuer sur le licenciement (Cass. soc., 16 février 2005, n°02-46649, Dr. ouvr. 2005, p. 377, note J. FERRARO ; JCP E. 2007, 2083, note S. BÉAL et C. TERRENOIRE. – Cass. soc., 22 février 2006, n°04-4219. – Cass. soc., 22 mars 2006, RDT 2006, p. 24, note J. PÉLISSIER). Sans doute incohérente avec les solutions précédentes (Ch. RADÉ, note sous Cass. soc., 7 février 2007, Hebdo éd. soc., 15/02/2007, n°248 ; J. PÉLISSIER, note sous Cass. soc., 15 mars 2006, RDT 2006, p. 24), la position de la Cour de cassation se justifie néanmoins par un souci d'équité. Il peut paraître logique de condamner d'abord le manquement, s'il est suffisant, de l'employeur avant d'éventuellement s'intéresser à la cause réelle et sérieuse invoquée.

<sup>1099</sup> Cass. soc., 7 juillet 2010, Bull. civ. V, n°160.

<sup>1100</sup> Cass. soc., 5 juillet 2005, JCP S. 2005, 1176, note P.-Y. VERKINDT ; JCP G. 2005, II, 10155, note J. MOULY.

V. déjà Cass. soc., 22 février 2000, Dr. soc. 2000, p. 441, note J. MOULY ; Dr. soc. 2001, p. 624, note Ch. RADÉ : « *L'action exercée par l'employeur tendant à faire prononcer par le juge la résiliation d'un contrat de travail à durée indéterminée s'analyse en un licenciement* ».

V. aussi l'analyse, par la jurisprudence, de l'action en résiliation judiciaire dans le cadre de contrats à durée déterminée : Cass. soc., 15 juin 1999, Bull. civ. V, n°277, préc. – Cass. soc., 31 mai 2007, RJS 8-9/07, n°981, p. 757.

<sup>1101</sup> Cass. soc., 28 juin 2005, JCP S. 2005, 1177, note P.-Y. VERKINDT.

<sup>1102</sup> Ass. plén., 28 janvier 1983, D. 1983, p. 269, concl. J. CABANNES.

## ***I. Les modalités du licenciement : l'amoindrissement en question de la potestativité***

**265. De l'influence de la procédure et de l'indemnité de licenciement.** Tant le respect d'une procédure de licenciement (A) que le versement d'une indemnité (B) laissent penser à un amoindrissement de la potestativité du droit de rompre de l'employeur. Pourtant tous ces éléments n'ont pas le même effet sur la volonté de ce dernier.

### ***A. La procédure de licenciement***

**266. Du rôle du législateur et des partenaires sociaux.** Le législateur a prévu une procédure de licenciement à respecter (1) que les partenaires sociaux n'hésitent pas à parachever en faveur du salarié (2).

#### ***1. La procédure légale***

**267. Simple influence du processus décisionnel.** Tant que la procédure à suivre n'interdit pas à l'employeur de prendre seul sa décision, qu'elle n'offre pas au salarié un droit de refus, ni n'impose d'éléments ou événements extérieurs à la volonté de l'employeur pour qu'il puisse licencier, il n'y a pas d'amoindrissement de la potestativité. Or, si la procédure a bien comme finalité de prévenir le licenciement<sup>1103</sup>, elle n'est pas toujours de nature à altérer la potestativité du droit de l'employeur. Elle permet sans doute de l'influencer, voire de le faire revenir sur sa position, mais ce dernier demeure libre de son choix. Ainsi en est-il de l'entretien préalable aux licenciements individuels ou collectifs de moins de dix salariés<sup>1104</sup> et de la consultation des représentants du personnel<sup>1105</sup> ou de l'information adressée à l'autorité administrative<sup>1106</sup> en cas de licenciement pour motif économique.

---

<sup>1103</sup> A. MAZEAUD, *Droit du travail*, Montchrestien, 2014, 9<sup>ème</sup> éd., n°675.

<sup>1104</sup> Article L. 1232-2 du Code du travail pour les licenciements pour motif personnel et L. 1233-11 pour les licenciements pour motif économique.

<sup>1105</sup> Pour les « petits » licenciements collectifs pour motif économique (de deux à neuf salariés dans une même période de trente jours) : articles L. 1233-8 et s. du Code du travail. Pour les « grands » licenciements collectifs pour motif économique (au moins dix salariés dans une même période de trente jours) : articles L. 1233-28 et s. du Code du travail.

L'information-consultation en cas de licenciement est une exigence de l'Union européenne : cf. directive 98/59/CE du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs, JO, 12 août 1998, p. 16. Dans ces conditions, se pose la question de la contradiction du dispositif des accords de maintien de l'emploi et de mobilité interne (le refus des salariés peut donner lieu à des licenciements pour motif économique individuels) à cette directive. (cf.

Le degré d'influence de la procédure sur la décision de l'employeur est cependant plus ou moins prononcé. Dans le cadre de « grands » licenciements pour motif économique, le rôle dévolu à l'Administration influe davantage dans le processus décisionnel de l'employeur que ne le fait l'entretien préalable aux licenciements individuels (lesquels n'ont d'ailleurs de sens que dans le cadre d'un licenciement pour motif personnel). Dans cette hypothèse, le salarié doit pouvoir présenter ses observations, assisté s'il le souhaite d'une personne de son choix, membre du personnel de l'entreprise. Dans le cadre du nouveau droit du licenciement économique issu de la loi relative à la sécurisation de l'emploi<sup>1107</sup>, l'Administration peut adresser à l'employeur des avis<sup>1108</sup>, formuler des observations et des propositions relatives au contenu du plan de sauvegarde de l'emploi et au déroulement de la procédure, et enfin, adresser des lettres d'injonction. L'employeur, tenu de répondre par écrit aux observations reçues, peut ainsi être amené à compléter ou modifier le plan de sauvegarde de l'emploi.

**268. L'atteinte à l'unilatéralisme.** Il est des situations où l'employeur ne licencie pas seul. Il ne s'agit pas pour autant d'offrir au salarié un droit de s'opposer à son licenciement mais de faire intervenir un tiers au contrat. C'est le cas, d'une part, du licenciement des salariés protégés, et d'autre part, depuis la loi relative à la sécurisation des emplois du 14 juin 2013<sup>1109</sup>, des « grands » licenciements économiques (licenciements envisagés – pour la même cause économique<sup>1110</sup> – d'au moins dix salariés dans une même période de trente jours) dans les grandes entreprises (d'au moins cinquante salariés). Dans le premier cas, l'autorisation par l'inspecteur du travail est nécessaire<sup>1111</sup>, dans le second, c'est l'aval de la DIRECCTE<sup>1112</sup>

---

sur ce point N. MOIZARD, « Des mises à l'écart flagrantes du droit international et européen », SSL, 28 janvier 2013, n°1569, p. 12.

<sup>1106</sup> Article L. 1233-19 du Code du travail pour les « petits » licenciements collectifs, article L. 1233-46 du Code du travail pour tout projet de « grands » licenciement pour motif économique. Article L. 1233-24-1 du Code du travail en cas d'ouverture d'une négociation d'un accord portant notamment sur le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi.

<sup>1107</sup> Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi.

<sup>1108</sup> En cas d'irrégularité constatée (article L. 1233-56, alinéa 1<sup>er</sup> du Code du travail).

<sup>1109</sup> Loi n°2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi.

<sup>1110</sup> Cass. soc., 15 juin 1978, Bull. civ. V, n°481.

<sup>1111</sup> Article L. 2421-3 du Code du travail. Extension à toute rupture à l'initiative de l'employeur : Cass. soc., 12 juillet 2006, JCP S. 2006, 1782, note J.-Y. KERBOURC'H : « *Sauf dispositions légales contraires, la protection exorbitante du droit commun, conférée à un salarié investi de mandats représentatifs ou électifs instaurée par les dispositions d'ordre public [...] oblige l'employeur à soumettre à la procédure administrative d'autorisation, toute rupture, à son initiative, du contrat de travail d'un tel salarié quel qu'en soit le motif et quel que soit le statut de l'entreprise qui l'emploie* ».

<sup>1112</sup> Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi.

qu'il faut obtenir<sup>1113</sup>. À défaut le licenciement serait nul<sup>1114</sup>. La volonté unilatérale de l'employeur joue certes un rôle puisque ce dernier reste à l'origine de la décision de licencier, mais ne suffit pas au licenciement. Ce raisonnement se confirme particulièrement dans le cadre de la nouvelle procédure de « grand » licenciement pour motif économique. Deux possibilités sont offertes à l'employeur : l'une qui demeure unilatérale et l'autre qui emprunte la voie de la négociation collective. Dans cette dernière hypothèse, les partenaires sociaux doivent, par un accord majoritaire<sup>1115</sup>, se mettre *a minima* d'accord sur le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi. Mais ils peuvent également prévoir d'autres modalités comme le nombre de suppressions d'emploi et les catégories professionnelles concernées<sup>1116</sup>. Il est alors difficile de considérer que l'employeur agit seul. Pour autant, tout unilatéralisme ne disparaît pas. L'initiative et la notification du licenciement, une fois l'accord de l'administration obtenu, demeurent des décisions unilatérales de l'employeur. Mais la procédure que l'employeur est tenu de suivre tend à ne plus le rendre seul maître des « grands » licenciements pour motif économique.

Le contrôle exercé par l'administration n'est cependant pas exactement le même selon qu'il s'agit d'un « grand » licenciement pour motif économique ou du licenciement d'un salarié protégé. Dans le premier cas, le contrôle ne porte pas sur l'existence du motif réel et sérieux du licenciement<sup>1117</sup> mais sur la régularité des procédures d'information-consultation des représentants du personnel<sup>1118</sup> et la présence de mesures de reclassement et d'accompagnement dans le plan de sauvegarde de l'emploi (en cas d'accord majoritaire<sup>1119</sup>), ou la conformité de ce plan de sauvegarde avec les exigences légales et conventionnelles (en cas de document unilatéral de l'employeur<sup>1120</sup>). Dans le second cas, c'est la qualité même du salarié qui est prise en considération. Ainsi, non seulement l'inspecteur du travail doit s'assurer que cette qualité n'est pas la raison du licenciement, mais, plus encore, il peut s'opposer au licenciement d'un salarié protégé alors même qu'il y aurait bien une cause réelle

---

<sup>1113</sup> Article L. 1233-57-2 du Code du travail en cas de plan de sauvegarde de l'emploi conventionnel, article L. 1233-57-3 du Code du travail en cas de document unilatéral de l'employeur.

<sup>1114</sup> En cas d'absence d'autorisation de l'inspecteur du travail du licenciement d'un salarié protégé : Cass. soc., 4 juillet 1989, Bull. civ. V, n°498. En cas d'absence de validation ou d'homologation d'un projet de « grand » licenciement : article L. 1235-10 du Code du travail.

<sup>1115</sup> Article L. 1233-24-1 du Code du travail.

<sup>1116</sup> Article L. 1233-24-2 du Code du travail.

<sup>1117</sup> G. COUTURIER, « Un nouveau droit des (grands) licenciements collectifs », Dr. soc. 2013, p. 814.

<sup>1118</sup> Article L. 1233-57-2, 2° du Code du travail dans l'hypothèse d'un accord majoritaire. Article L. 1233-57-3 du Code du travail dans l'hypothèse d'un document unilatéral de l'employeur.

<sup>1119</sup> Article L. 1233-57-2, 3° du Code du travail.

<sup>1120</sup> Article L. 1233-57-3 du Code du travail.

et sérieuse de licenciement. C'est notamment le cas lorsque le salarié en question est le seul représentant des salariés au sein de l'entreprise. Sa présence peut alors paraître indispensable malgré la faute, dans l'hypothèse d'un licenciement disciplinaire, – qui doit être d'une « suffisante gravité » – qui lui est reprochée<sup>1121</sup>. Autrement dit, alors même que l'employeur agit dans les limites de son droit de licencier, on peut le lui refuser<sup>1122</sup>. Il est alors difficile de considérer que l'employeur puisse, seul, rompre le contrat même si l'initiative comme la notification du licenciement lui restent acquises.

## 2. *La procédure conventionnelle*

**269. Simple influence sur le processus décisionnel.** Lorsqu'est en cause une procédure conventionnelle imposant des obligations procédurales plus restrictives que celles prévues par le législateur, son impact sur le processus décisionnel de l'employeur peut, à première vue, se poser avec davantage d'acuité dans la mesure où la jurisprudence en sanctionne, en principe, le non-respect par l'absence de cause réelle et sérieuse des licenciements en résultant<sup>1123</sup>. Il n'est pourtant pas certain que toutes les obligations ajoutées à la charge de l'employeur aient pour conséquence de remettre en cause le caractère unilatéral de sa décision. Ainsi, l'imposition d'un délai maximal entre l'entretien préalable et la notification du licenciement<sup>1124</sup>, la notification écrite des motifs de la sanction envisagée avant l'entretien<sup>1125</sup> ou la consultation d'un conseil de discipline<sup>1126</sup> ou d'une commission<sup>1127</sup> pour avis, n'ont pas pour effet de porter atteinte à la volonté unilatérale de l'employeur, quand bien même il s'agirait de garanties de fond. L'employeur demeure seul décisionnaire.

**270. Restriction du champ de liberté de l'employeur.** La procédure conventionnelle peut en revanche aller jusqu'à restreindre le champ de liberté de l'employeur. La Cour de cassation

---

<sup>1121</sup> CE, 9 octobre 1987, Rec. p. 309. – CE, 11 février 2005, Rec. p. 57.

<sup>1122</sup> CE, 18 février 1977, Dr. soc. 1997, p. 166, concl. Ph. DONDOUX.

<sup>1123</sup> Cass. soc., 23 mars 1999, D. 2001, p. 417, note S. FROSSARD ; Dr. soc. 1999, p. 634, obs. J. SAVATIER. – Cass. soc., 28 mars 2000, Bull. civ. V, n°136. – Cass. soc., 21 octobre 2008, Dr. soc. 2009, p. 119, note J. SAVATIER.

*Contra* cependant (non-respect des délais de saisine d'une commission paritaire) Cass. soc., 10 novembre 2010, JCP S. 2010, 1108, note A. MARTINON. – Cass. soc., 3 juin 2009, JCP S. 2009, 1307, note I. BEYNEIX.

<sup>1124</sup> Cass. soc., 27 mars 2013, Dr. soc. 2013, p. 460, obs. S. TOURNAUX.

<sup>1125</sup> Cass. soc., 9 janvier 2013, n°11-25646.

<sup>1126</sup> Cass. soc., 11 juillet 2000, D. 2001, p. 417, note S. FROSSARD ; Dr. soc. 2000, p. 1027, obs. Ch. RADÉ.

<sup>1127</sup> Cass. soc., 27 juin 2012, JCP S. 2012, p. 1464, obs. S. BRISSY.

applique ainsi le principe de faveur énoncé à l'article L. 2251-1 du Code du travail<sup>1128</sup> et admet qu'une convention collective ou un accord collectif puisse limiter les motifs de licenciement et/ou ajouter des conditions particulières à l'exercice du droit de licencier<sup>1129</sup>, dès lors qu'ils n'ont pas pour effet de priver l'employeur de sa faculté<sup>1130</sup>. Ainsi, une convention ou un accord collectif peut subordonner certains motifs de licenciement à l'acceptation d'un tiers au contrat de travail (avis conforme, autorisation...) <sup>1131</sup>. Dans ces conditions, l'employeur ne peut plus rompre seul le contrat, du moins pour le motif considéré. Sa faculté de licencier en est d'autant limitée.

## B. *L'indemnité de licenciement*

**271. Indemnités légales et contractuelles.** L'indemnité légale de licenciement (1) n'est qu'un minimum que les parties sont libres d'augmenter (2).

### 1. *L'indemnité légale de licenciement*

**272. Une justification ardue.** Diverses propositions doctrinales ont été faites pour justifier le versement de l'indemnité légale de licenciement<sup>1132</sup>. Faut-il raisonner en termes de réparation – dans l'affirmative quel est le préjudice que l'on tend alors à réparer ? – ou, dès lors que la rupture même du contrat par l'employeur justifie le versement de l'indemnité de

---

<sup>1128</sup> Article L. 2251-1 du Code du travail : « Une convention ou un accord peut comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur. Ils ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public ».

<sup>1129</sup> Cass. soc., 14 octobre 1997, Bull. civ. V, n°310.

<sup>1130</sup> Cass. soc., 10 juillet 2002, Bull. civ. V, n°236. (En l'espèce, était en cause une stipulation du contrat de travail lui-même limitant le licenciement à la faute grave précédée de trois avertissements. La Cour décide que la clause « est licite dès lors qu'elle ne rend pas impossible la rupture du contrat »).

<sup>1131</sup> Cass. soc., 3 décembre 2002, Bull. civ. V, n°362 (Licenciement pour faute grave subordonné à l'avis conforme d'une commission mixte paritaire).

<sup>1132</sup> Not. : **la récompense d'une fidélité** (J. SAVATIER, « Réflexions sur les indemnités de licenciement », art. préc. ; Ph. WAQUET, « La contrepartie d'une longue période de travail », Dr. soc. 2009, p. 1181), **l'expression pécuniaire d'un certain droit à la garantie de l'emploi** (A. MAZEAUD, « Les indemnités de rupture du contrat de travail en régime de communauté entre époux, D. 1986, chron. p. 235), **la correction de la distorsion entre le salaire versé** (contrepartie de la force de travail) **et le profit fourni à l'entreprise** (Th. REVET, *La force de travail ...*, th. préc., p. 271) **ou, autrement dit, la compensation par l'employeur de l'exploitation déséquilibrée de la force de travail** (J. ICARD, « Propos hétérodoxes sur l'indemnité de licenciement », JCP S. 2014, 393), **sorte d'indemnité d'éviction** (X. LAGARDE, « Aspects civilistes de la relation de travail » RTC civ. 2002, p. 450), **l'indemnisation de la perte d'un statut** (T. KATZ, *La négociation collective et l'emploi*, th. préc., n°58 ; R. BERNARD-MENORET, note sous Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 11 octobre 2007, LPA 11 avril 2008, n°74, p. 8) **ou des avantages attachés à l'ancienneté du salarié dans l'entreprise** (Y. PAGNERRE, *L'extinction unilatérale des engagements*, th. préc., n°1139).

licenciement<sup>1133</sup>, pourrait-on la considérer comme le « prix » du droit de rompre de l'employeur<sup>1134</sup> ? Une telle affirmation peut heurter dès lors que le droit de licencier est perçu comme la faculté de résiliation unilatérale inhérente aux contrats à durée indéterminée. Mais l'amalgame entre le licenciement-expression d'une liberté de l'employeur et le licenciement-expression d'un pouvoir de l'employeur permet d'accepter plus facilement qu'un « prix » soit nécessaire. D'autant que si la jurisprudence a, semble-t-il fait le choix de la thèse indemnitaire, au détriment de celle du salaire différé, la chambre civile de la Cour de cassation a également pu affirmer que l'indemnité due était « *la contrepartie du droit de résiliation unilatérale de l'employeur* »<sup>1135</sup>.

**273. Le préjudice subi par le salarié.** Le droit de licencier, en tant que droit de rupture fondé sur la prohibition des engagements perpétuels n'exprime que la liberté – ici d'entreprendre – de l'employeur. Il paraît alors difficile de justifier le versement d'une indemnité légale de licenciement autrement que par des raisons d'équité. En effet, le préjudice effectivement subi par le salarié de la perte de son emploi ne devrait pas être supporté par l'employeur du simple fait que celui-ci a exercé un droit. Que le licenciement constitue pour le salarié un dommage en soi<sup>1136</sup> ne peut être nié. Mais, comme tout droit potestatif. Par définition, l'exercice d'un tel droit porte en soi préjudice au sujet passif : ce dernier subit une décision qu'il n'a pas voulue et sa situation juridique s'en trouve modifiée. En l'occurrence, le contrat de travail est éteint contre la volonté du salarié. Même légitime, la rupture d'un contrat porte un préjudice à celui qui la subit. Mais il en est ainsi dans toutes les hypothèses de droits potestatifs, quelles qu'elles soient. Des dommages-intérêts ne sont pas nécessairement dus. C'est pourtant la voie qu'a empruntée la chambre sociale de la Cour de cassation.

---

<sup>1133</sup> X. LAGARDE, « Aspects civilistes de la relation de travail », art. préc. ; T. KATZ, *La négociation collective et l'emploi*, op. et loc. cit. ; R. BERNARD-MENORET, note sous Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 11 octobre 2007, préc.

<sup>1134</sup> Les faits d'espèce ne sont sans doute pas à mésestimer : un salarié avait subi un accident de la circulation qui l'avait rendu inapte à son emploi. Licencié, il avait perçu une indemnité de licenciement. Le responsable de l'accident entendait limiter le montant des dommages-intérêts qu'il devait par la prise en considération de cette indemnité. La Cour de cassation le refuse.

<sup>1135</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 11 octobre 2007, Bull. civ. II, n°228. – Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 7 avril 2011, Bull. civ. II, n°82.

<sup>1136</sup> M. KELLER, « La réparation du préjudice... », art. préc.

**274. Le choix jurisprudentiel de la thèse indemnitaire.** Partagée, à l'instar de la doctrine, entre deux conceptions, celle qualifiant l'indemnité de licenciement de salarié différé<sup>1137</sup> et celle, au contraire, relevant son caractère de dommages-intérêts<sup>1138</sup>, la Cour de cassation a finalement<sup>1139</sup> consacré la seconde<sup>1140</sup>, soustrayant ainsi l'indemnité de licenciement au régime social et fiscal du salaire<sup>1141</sup>. L'indemnité de licenciement aurait ainsi pour fonction de réparer le préjudice causé au salarié par la rupture de son contrat<sup>1142</sup>. Pour autant, le particularisme de cette indemnité s'éloigne du schéma traditionnel de la responsabilité civile<sup>1143</sup>. L'indemnité, forfaitaire, n'est pas fonction du préjudice effectivement subi par le salarié et reste difficile à concilier avec l'exercice d'un droit, ce qu'est le licenciement<sup>1144</sup>. Elle serait donc l'expression d'une responsabilité sans faute<sup>1145</sup>, ce qui permettrait de justifier le versement de l'indemnité alors même que la cause du licenciement est étrangère à l'employeur. Et l'on pense notamment à l'hypothèse d'inaptitude totale du salarié d'origine

<sup>1137</sup> P. DURAND, *Traité de droit du travail*, tome 2, Dalloz, 1950, n°482 et s.

<sup>1138</sup> G.-H. CAMERLYNCK, *Le contrat de travail*, Dalloz, 1982, 2<sup>ème</sup> éd., n°577 et s. ; « L'indemnité de licenciement », JCP G. 1957, I, 1391.

<sup>1139</sup> En faveur de la première analyse : Cass. soc., 19 juillet 1945, Gaz. Pal. 1945, 2, 126 : « *L'indemnité de licenciement [...] proportionnée aux années de service passées [...] constitue un supplément de salaire en rémunération du travail accompli dans le passé* ».

<sup>1140</sup> Cass. soc., 9 mars 1957, D. 1958, p. 91, note J. BRÈTHE DE LA GRESSAYE : « *[L'indemnité] acquise par le fait et à l'instant de la rupture du louage de services, n'est pas la contrepartie du travail et n'est donc pas un élément de salaire* ». – Cass. soc., 3 novembre 1960, Bull. civ. n°964. – Cass. soc., 10 novembre 1960, n°1016. – Cass. soc., 22 mai 1988, Bull. civ. V, n°132. – Cass. soc., 23 juin 1988, Bull. civ. V, n°383. – Cass. soc., 20 octobre 1988, Bull. civ. V, n°536.

<sup>1141</sup> Not : absence de cumul d'indemnités de même nature, mais cumul possible avec les allocations chômage (Cass. soc., 6 mai 1982, Bull. civ. V, n° 290), absence d'assujettissement aux cotisations sociales dans la limite d'un certain plafond (article L. 242-1, alinéa 12, du Code de sécurité sociale ; D. CHELLE, « L'assiette des cotisations de sécurité sociale et les indemnités de rupture du contrat de travail », Dr. soc. 1993, p. 535 ; A. BRICE et D. GUILLOUET, « Le régime social des indemnités de rupture », SSL, 16 juin 2008, n°1358, p. 6), exonération d'impôt sur le revenu sous conditions (article 80 du Code général des impôts ; M. KELLER, « La réparation du préjudice né de la perte de l'emploi », Dr. ouvr. 1996, p. 264 et s., spéc. p. 279), prescription est celle de droit commun et non celle prévue pour les salaires (Cass. soc., 20 octobre 1988, Bull. civ. V, n°536), l'indemnité est saisissable et cessible (Cass. soc., 23 juin 1988, Bull. civ. V, n°383).

<sup>1142</sup> Cass. civ., 2<sup>ème</sup>, Bull. civ. II, n°661 : « *Une indemnité de licenciement, bien qu'elle ait pour origine le contrat, constitue non un revenu, mais des dommages-intérêts, c'est-à-dire la réparation d'un préjudice* ». – Cass. soc., 10 mars 1971, Bull. civ. n°195 : « *Les indemnités de licenciement [...] allouées à la suite de la rupture du contrat sont (...) destinées à réparer, en fonction de l'ancienneté, le préjudice qu'a subi le travailleur du fait de la perte de son emploi* ». – Cass. soc., 23 mai 2000, Bull. civ. V, n°198 : « *Les indemnités légales ou conventionnelles de licenciement [ont] le caractère de dommages-intérêts, compensant le préjudice né de la rupture du contrat de travail* ».

<sup>1143</sup> G. COUTURIER, *Droit du travail*, 1, *Les relations individuelles de travail*, PUF, 1993, 2<sup>ème</sup> éd., n°144, p. 246 ; T. KATZ, *La négociation collective et l'emploi*, LGDJ, 2007, n°57 *in fine*.

<sup>1144</sup> P. DURAND, *Traité de droit du travail*, *op. et loc. cit.*

<sup>1145</sup> Th. REVET, *La force de travail : étude juridique*, Litec, 1992, n°262 ; A. MAZEAUD, *Droit du travail*, *op. cit.*, n°722.

non professionnelle<sup>1146</sup>. L'idée s'est fait alors jour que le licenciement était un risque de l'entreprise devant à ce titre être assumé par l'employeur.

**275. Le licenciement comme risque de l'entreprise.** Le droit de licencier serait un risque de l'entreprise pesant sur l'employeur<sup>1147</sup>, ce qui expliquerait pourquoi ce dernier serait tenu d'indemniser la rupture du contrat. Mais l'indemnité de licenciement conçue comme une garantie<sup>1148</sup>, ou assurance<sup>1149</sup>, contre le risque de privation d'emploi se heurte à deux obstacles, d'inégale portée. Le premier tient à ce qu'une telle analyse n'est peut être pas compatible avec les causes de licenciement permettant le versement de l'indemnité. Le second est relatif au fondement du droit de licencier.

Si le licenciement est un risque mis à la charge de l'employeur, celui-ci est-il tenu de garantir tout risque de licenciement, quelle que soit son origine, ou au contraire le risque doit-il être limité à certains motifs ? Dans cette hypothèse, où placer le curseur ? La loi écarte le versement de l'indemnité en cas de faute grave ou lourde. En revanche, l'indemnité est maintenue en cas de faute sérieuse. Le raisonnement en termes de risque permet-il d'expliquer cette distinction selon la gravité de la faute ? Il n'en est pas certain. Il serait plus cohérent de considérer comme risque, soit toute cause de licenciement – y compris le cas de faute grave<sup>1150</sup> (la faute lourde, parce qu'intentionnelle, pouvant en revanche demeurer privative de l'indemnité) – soit les seules hypothèses où le licenciement n'est pas étranger à l'entreprise, comme le licenciement économique ou l'inaptitude d'origine professionnelle, ce qui exclurait, notamment, le licenciement pour faute.

---

<sup>1146</sup> A. MAZEAUD, « Le licenciement en cas de maladie prolongée ou d'inaptitude physique d'origine non professionnelle : la loi, le juge et les partenaires sociaux », *Dr. soc.* 1992, p. 234 ; F. HUMBERT, « La rupture du contrat de travail pour inaptitude physique du salarié : incidences sur la nature juridique de l'indemnité de licenciement », *Dr. soc.* 1992, p. 244 ; G. COUTURIER, *Droit du travail*, 1, *Les relations individuelles du travail*, PUF, 1993, 2<sup>ème</sup> éd., p. 246.

<sup>1147</sup> Cf. les arrêts de 1975 abandonnant la distinction initiative/imputabilité pour évoquer un « risque imputable à l'entreprise » : Cass. soc., 12 novembre 1975, Bull. civ. V, n°525 : « *L'inaptitude partielle de [la salariée] résultant d'un accident du travail était imputable à un risque de l'entreprise* ». – Cass. soc., 10 décembre 1975, Bull. civ. V, n°601 : « *L'inaptitude prolongé [du salarié] à son en emploi de même que la rupture de son contrat qu'elle entraînait résultant d'un accident du travail, étaient imputables à un risque de l'entreprise et non à un fait du salarié susceptible de le priver de l'indemnité de licenciement* ». – Cass. soc., 11 juillet 1975, Bull. civ. V, n°405.

Cf. égal. J. MOULY, « A propos de la nature juridique de l'indemnité de licenciement », *D.* 2008, p. 582.

<sup>1148</sup> J. SAVATIER, « Réflexions sur les indemnités de licenciement », *Dr. soc.* 1989, p. 125 ; M. KELLER, « La réparation du préjudice... », art. préc. spéc. p. 279 et 280.

<sup>1149</sup> F. HUMBERT, « La rupture du contrat pour inaptitude... », art. préc.

<sup>1150</sup> M. KELLER, « La réparation du préjudice né de la perte de l'emploi », art. préc., *in fine*.

En réalité, l'analyse du licenciement en termes de risque s'inscrit dans une conception présentant la prise en charge des risques de l'entreprise comme la contrepartie du pouvoir de direction de l'employeur<sup>1151</sup>. Ce faisant, le fondement du droit de rompre de l'employeur glisse de la prohibition des engagements perpétuels à celui du pouvoir. En d'autres termes, l'indemnité due ne serait que la contrepartie du pouvoir de l'employeur de mettre fin au contrat. Or, à partir du moment où le licenciement n'est plus traité comme l'expression d'une liberté mais comme celle d'un pouvoir, il est plus aisé de lui ajouter un « prix ».

**276. L'équité.** Les mêmes raisons qui ont imposé, ultérieurement, l'exigence d'une cause réelle et sérieuse sont à l'œuvre ici : il s'agit de prendre en considération la situation du salarié. C'est un souci d'équité qui justifie, avant tout, le versement d'une telle indemnité. L'idée est de rendre acceptable une rupture subie par le salarié notamment lorsqu'elle est « non méritée », et l'on songe par exemple aux licenciements pour motif économique ou pour inaptitude. Ce souci d'équité justifie ainsi la distinction entre faute simplement sérieuse et faute grave (et, *a fortiori*, lourde). Le rapprochement avec la résolution unilatérale pour manquement grave<sup>1152</sup> est possible. Dès lors que la rupture est le moyen de sanctionner le manquement grave du cocontractant, il paraît juste de ne pas lui verser une contrepartie financière. En d'autres termes, le cocontractant portant lui-même la responsabilité de la rupture doit en supporter les conséquences<sup>1153</sup>.

Le « prix » dû aurait ainsi vocation à éviter l'arbitraire, voire, pour les auteurs qui analysent l'existence de contrepartie financière comme un amoindrissement de la potestativité<sup>1154</sup>, à écarter le grief de pure potestativité. Autrement dit, le souci de protection de l'emploi du salarié permet de justifier que le droit de licencier de l'employeur ne soit plus un droit purement potestatif. Ici encore, on peut néanmoins douter que le paiement d'une indemnité empêche la volonté seule de l'employeur de s'exprimer. Une telle indemnité n'a pas tant vocation à empêcher l'employeur d'user de son droit qu'à éviter des ruptures inopinées et

---

<sup>1151</sup> Th. PASQUIER, *L'économie du contrat de travail, conception et destin d'un type contractuel*, LGDJ, 2012, n°8 *in fine* : « Ce qui fait l'originalité du contrat [c'est] cette liaison structurante entre les risques et le pouvoir ». V. déjà P. DURAND, *Traité de droit du travail*, tome 1, Dalloz, 1947, n°348 : « L'entrepreneur, qui, dans notre organisation économique, est chargé d'assurer la production et les échanges, qui court le risque de son exploitation et doit assurer le bien commun des membres de son entreprise, doit disposer des pouvoirs nécessaires pour parvenir à ses fins ».

<sup>1152</sup> *Infra* n°330 et s.

<sup>1153</sup> C. CORGAS-BERNARD, *La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée*, PUAM 2006, n°638.

<sup>1154</sup> *Supra* n°246.

irrémédiables. L'indemnisation, du moins légale, demeure relativement peu élevée<sup>1155</sup>. L'influence qu'exerce ce versement obligatoire dans le processus décisionnel de l'employeur paraît dès lors limitée. En tout état de cause, même à admettre un amoindrissement, il n'a pas été considéré comme suffisant puisque l'exigence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement s'y est ajoutée.

## 2. *L'indemnité contractuelle de licenciement*

**277. De la simple contrepartie à une obligation de stabilité.** L'indemnité contractuelle n'est *a priori* que l'expression du principe de faveur permettant aux parties de prévoir des dispositions plus favorables pour le salarié. Cependant, l'indemnité contractuelle peut être davantage que la simple contrepartie financière du droit de rompre (a) et révéler une obligation de maintien de l'emploi à la charge de l'employeur (b). Dans ces conditions, le champ matériel des droits potestatifs de rupture de l'employeur serait effectivement réduit.

### *a. L'indemnité contractuelle comme simple contrepartie financière du droit de rompre*

**278. L'impossibilité de l'excès.** Il est possible de considérer que, comme l'indemnité légale, l'indemnité contractuelle demeure la simple contrepartie financière du droit de rompre de l'employeur<sup>1156</sup>. Mais si l'employeur conserve ainsi – malgré une indemnité d'un montant supérieur de celui de la loi – son droit de rompre, le montant de l'indemnité ne devrait pas être excessif sous peine de l'empêcher, *de facto*, de procéder au licenciement. L'indemnité de licenciement ne devrait pas, par son excès, priver l'employeur de son droit. Se pose alors la question de la sanction d'une indemnité excessive. Elle devrait en réalité être celle de la nullité de l'indemnité, fondée sur la prohibition des engagements perpétuels<sup>1157</sup>. Dans ces conditions, l'employeur ne serait plus tenu que par l'indemnité légale ou conventionnelle. La solution peut se révéler peu

---

<sup>1155</sup> Les articles L. 1234-9 et R. 1234-1 à R. 1234-5 du Code du travail prévoient que l'indemnité octroyée ne peut être inférieure à un cinquième de mois de salaire multiplié par le nombre d'années d'ancienneté. Au-delà de 10 ans d'ancienneté, il faut y ajouter deux quinzièmes de mois de salaire par année supplémentaire.

<sup>1156</sup> H. BLAISE, « La révision judiciaire des indemnités contractuelles de licenciement », *Dr. soc.* 1980, p. 368 ; D. MAZEAUD, « Les clauses pénales en droit du travail », art. préc.

<sup>1157</sup> C'est d'ailleurs ce que la Cour de cassation jugeait auparavant : *Cass. civ.*, 4 janvier 1933, *Gaz. Pal.* 1933, I, 487. – *Cass. soc.*, 18 décembre 1979, *JCP G.* 1980, II, 19432, note G. LYON-CAEN.

opportune, notamment pour l'employeur de mauvaise foi ayant fait miroiter au salarié une indemnité qu'il savait excessive. En outre, il faudrait accepter la révision du contrat par le juge, en dehors de toute application de l'article 1152, alinéa 2, du Code civil<sup>1158</sup>. Mais une autre analyse est possible. La jurisprudence elle-même semble la préférer.

*b. L'indemnité contractuelle révélatrice d'une obligation de maintien de l'emploi à la charge de l'employeur.*

**279. La qualification de clause pénale.** La jurisprudence a analysé l'indemnité contractuelle de licenciement comme une clause pénale venant régir un engagement implicite de stabilité d'emploi<sup>1159</sup>. Le juge ayant alors la possibilité de réduire le montant prévu en vertu de l'article 1152 du Code civil<sup>1160</sup>. Aujourd'hui, la Cour de cassation semble maintenir cette position en affirmant que l'indemnité de licenciement contractuelle a « le caractère d'une clause pénale et peut être réduite par le juge si elle présente un caractère manifestement excessif »<sup>1161</sup>. La sanction apportée à l'excès est

---

<sup>1158</sup> A. MARTINON, *Essai sur la stabilité du contrat...*, th. préc., n°563 et 564. Le juge corrige effectivement l'excès de certaines clauses en dehors du champ d'application de l'article 1152, alinéa 2, du Code civil. Voir sur ce point : M.-N. ROUSPIDE-KATCHADOURIAN, *Le juge et le contrat de travail...*, th. préc., n°792 à 822. *Adde* R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*, th. Dijon, 1909, not. p. 295 et s. et D. MAZEAUD, « La réduction des obligations contractuelles », in *Que reste-t-il de l'intangibilité contractuelle*, Dr. et patr., mars 1998, p. 58.

<sup>1159</sup> Pour : M.-N. ROUSPIDE-KATCHADOURIAN, *Le juge et le contrat de travail...*, th. préc., n°726 et s.

Contre : A. MARTINON, *Essai sur la stabilité du contrat...*, th. préc., n°552 et s., n°768 (l'auteur considère que l'obligation de maintien serait illicite) ; D. MAZEAUD, « Les clauses pénales en droit du travail », Dr. soc. 1994, p. 343 et s., spéc. n°23 et s.

A pu même être proposée la qualification de l'obligation alternative : H. BLAISE, « La révision judiciaire des indemnités contractuelles de licenciement », Dr. soc. 1980 p. 365

<sup>1160</sup> Cass. soc., 7 mars 1979, Bull. civ. V, n°210. – Cass. soc., 9 novembre 1983, Bull. civ. V, n°547. – Cass. soc., 5 juin 1986, D. 1986, p. 558, note J.-P. KARAQUILLO. Cass. soc., 7 mars 1979, Bull. civ. V, n°210. – Cass. soc., 9 novembre 1983, Bull. civ. V, n°547. – Cass. soc., 2 juillet 1984, RTD civ. 1985, p. 372, obs. J. MESTRE.

<sup>1161</sup> Cass. soc., 21 novembre 2005, n°03-45827. – Cass. soc., 5 juin 2008, n°06-45316. – Cass. soc., 18 novembre 2009, JCP S. 2010, 1113, note A. MARTINON. – Cass. soc., 18 janvier 2011, n°09-40426. – Cass. soc., 22 juin 2011, Bull. civ. V, n°160. – Cass. soc., 4 avril 2012, n°10-17181. – Cass. soc., 5 mars 2014, Dr. soc. 2014, p. 481, obs. J. MOULY ; RTD civ. 2014, p. 644, obs. H. BARNIER ; D. 2014, p. 1115, obs. P. LOKIEC et J. PORTA.

Il est vrai que la jurisprudence a parfois écarté la qualification de clause pénale et, partant, l'application de l'article 1152, alinéa 2, du Code civil, en s'appuyant sur le caractère non *dissuasif* mais *seulement indemnitaire* de l'indemnité contractuelle de licenciement (Cass. soc., 17 octobre 1996, D. 1997, jur. p. 179, note M. DÉFOSSEZ) Mais, déjà, on peut douter de l'absence de fonction dissuasive de l'indemnité contractuelle de licenciement et, ensuite, il est possible de critiquer la jurisprudence considérant que seules les clauses pénales (c'est-à-dire ayant un caractère comminatoire) sont susceptibles d'être révisées sur le fondement de l'article 1152, alinéa 2, du Code civil. (Cf. not. D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, LGDJ, 1992, n°268 ; J.-S. BORGHETTI, « La qualification

claire : celle de la réduction. La Cour de cassation semble écarter la sanction de la nullité d'une clause dont l'excès aurait pu être considéré comme susceptible de porter atteinte au droit de rompre de l'employeur et ainsi contraire à sa liberté d'entreprendre<sup>1162</sup>. L'article 1152 du Code civil serait alors la seule sanction possible d'une clause au montant excessif, quand bien même cet excès aurait vocation à porter atteinte à un droit fondamental.

La qualification de clause pénale implique de considérer la rupture du contrat par l'employeur non plus comme un droit mais comme une inexécution d'une obligation de stabilité. La question étant alors celle de sa licéité. Un engagement de stabilité d'emploi auquel souscrirait l'employeur ne peut être absolu. Ce dernier ne peut être définitivement privé de son droit de licencier. Or si les parties limitent parfois le versement d'une indemnité contractuelle à un temps déterminé, elles peuvent également n'avoir prévu aucun terme (à la différence d'une clause de garantie d'emploi *stricto sensu*). Dans ces conditions, l'indemnité contractuelle aurait vocation à s'appliquer pour toute la durée du contrat de travail<sup>1163</sup>, quelle que soit la cause du licenciement<sup>1164</sup>. Une telle obligation de garantie d'emploi apparaît illicite. Dès lors, elle devrait pouvoir être annulée, même en l'absence d'excès. Deux tempéraments peuvent cependant être apportés, d'abord celui relatif au temps, avec l'arrivée de la retraite<sup>1165</sup>, ensuite celui du motif : les parties, en pratique, excluent le plus souvent la faute grave ou lourde du versement de l'indemnité contractuelle<sup>1166</sup>. Un arrêt du 15 avril 2015 est d'ailleurs venu préciser que « *le contrat comportant une clause de garantie d'emploi ne peut être rompu pendant la période couverte par la garantie qu'en cas d'accord des parties, de faute grave du salarié ou de force majeure* »<sup>1167</sup>. La généralité de la formule employée par la

---

de clause pénale », art. préc.). D'ailleurs, certains arrêts qualifiant l'indemnité contractuelle de « *réparation forfaitaire d'un préjudice résultant de la cessation de l'exécution du contrat* » et non de clause pénale, admettent toutefois l'application de l'article 1152, alinéa 2, du Code civil. (Cass. soc., 13 décembre 2007, n°06-44935. – Cass. soc., 24 mars 2010, n°08-41861).

<sup>1162</sup> Cass. soc., 5 mars 2014, Bull. civ. V, n°68, préc.

<sup>1163</sup> A. MARTINON, *Essai sur la stabilité du contrat...*, th. préc.

<sup>1164</sup> Voir pour des exemples où l'indemnité était due quel que soit le cas de rupture : Cass. soc., 7 novembre 2007, n°06-43539. – Cass. soc., 24 mars 2010, n°08-41861 et 08-41948.

<sup>1165</sup> La clause de garantie d'emploi jusqu'à la retraite a été jugée valable par la jurisprudence : Cass. soc., 7 novembre 1990, Bull. civ. V, n°524.

<sup>1166</sup> Un auteur soumet d'ailleurs la validité de l'indemnité contractuelle à la condition d'en exclure son versement dans les hypothèses de faute grave et lourde (même si les parties en ont stipulé le contraire) : M.-N. ROUSPIDE-KATCHADOURIAN, *Le juge et le contrat de travail...*, th. préc., n°731 *in fine*.

<sup>1167</sup> Cass. soc., 15 avril 2015, RDT 2015, p. 541, note M. KOCHER ; Lexbase hebdo, éd. soc., 14/05/2015, n°612, obs. S. TOURNAUX ; JSL, 10 juin 2015, n°389, p. 8 obs. M. HAUTEFORT.

Cour de cassation (la clause en l'espèce ne prévoyait d'ailleurs d'exonération qu'en cas de faute lourde) laisse penser que la faute grave, la force majeure et l'accord des parties seraient toujours des causes exonératrices de la clause de garantie d'emploi quand bien même les parties en auraient disposé autrement. L'employeur est alors limité, mais non privé, de son droit de rompre. Partant, une telle clause serait valable.

**280. Le rejet de la qualification de clause pénale.** La Cour de cassation a cependant parfois refusé la qualification de clause pénale<sup>1168</sup> ou de garantie d'emploi<sup>1169</sup> à une clause d'indemnisation contractuelle. Mais il semble que la Cour ait été influencée par les conséquences de la qualification de clause pénale, à savoir la réduction possible du montant prévu. Refuser une telle qualification permet d'éviter la modulation à la baisse du montant prévu. Dans la première affaire en effet, la Cour de cassation opère une distinction – que l'on retrouve dans les hypothèses de clauses de garantie d'emploi explicites<sup>1170</sup> – entre les indemnités stipulées par les parties pour tenir compte de la difficulté de retrouver un emploi équivalent aux mêmes conditions (la clause ne serait pas une clause pénale) et celles qui, au contraire, ne poursuivraient pas cet objectif. Dans la seconde affaire, écarter la qualification de « garantie d'emploi » permet à la Cour de cassation d'éviter que l'employeur ne soit condamné à payer, en sus de l'indemnité contractuelle prévue, celle correspondant au montant des salaires restant dus jusqu'au terme de la clause. Cependant le même résultat aurait été obtenu en conservant la qualification de garantie d'emploi. En effet, la sanction jurisprudentielle n'est, *a priori*, que supplétive. À partir du moment où les parties ont elles-mêmes prévu un montant forfaitaire, c'est celui-ci qui sera dû (sous réserve, certes, du jeu de l'article 1152 du Code civil)<sup>1171</sup>.

---

<sup>1168</sup> Cass. soc., 17 octobre 1996, D. 1997, jur. p. 179, note M. DÉFOSSEZ.

<sup>1169</sup> Cass. soc., 18 juin 2003, Lexbase Hebdo, éd. soc., 3/07/2003, n°78, obs. S. MARTIN-CUENOT. L'arrêt est particulièrement clair : « *En statuant ainsi, alors que la clause prévoyait 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, ce dont il résultait qu'il s'agissait d'une clause indemnisant la rupture survenue avant la date considérée et non d'une clause de garantie d'emploi, la cour d'appel en a dénaturé les termes clairs et précis* ».

<sup>1170</sup> Cass. soc., 23 octobre 2007, D. 2007, p. 3107, obs. S. MAILLARD et note Ph. WAQUET ; RDT 2007, p. 719, obs. G. AUZERO, JCP S. 2008, 1033, note P.-Y. VERKINDT. *Adde* Cass. soc., 15 avril 2015, n°13-21306 et 13-22469, publié, préc. Cf. infra n°317.

<sup>1171</sup> Cf. infra n°317 et 319.

Il est à ce titre intéressant de noter que les clauses prévues par des conventions ou accords collectifs<sup>1172</sup>, ou même par le règlement intérieur<sup>1173</sup>, ne sont, quant à elles, jamais qualifiées de clause pénale. Qu'en déduire ? Qu'il ne s'agit pas d'une obligation de stabilité d'emploi à la charge des employeurs ? (l'indemnité prévue ne serait que l'expression d'une faveur faite au salarié sans qu'il soit besoin d'en déduire une obligation) ou simplement que les juges refusent de faire jouer la réduction permise par l'article 1152 du Code civil ? Il est également possible de considérer qu'une clause pénale ne peut être que « contractuelle » au sens strict du terme<sup>1174</sup>. Dès lors une clause émanant d'un accord collectif, d'une convention collective ou même du règlement intérieur ne pourrait jamais être qualifiée de clause pénale. Le législateur a pourtant instauré le principe d'une clause pénale dans les accords de maintien de l'emploi<sup>1175</sup>. La question reste en suspens.

Reste que l'indemnité contractuelle comme conventionnelle peut n'être, dans l'esprit des parties, que l'expression de l'application du principe de faveur sans qu'il soit toujours nécessaire d'en déduire l'existence d'une obligation (implicite) de maintien de l'emploi pour l'employeur. Mais si une telle obligation devait être retenue, alors l'indemnité contractuelle révélerait un amoindrissement renforcé du droit de rompre de l'employeur, ce dernier ne pouvant effectivement procéder à la rupture du contrat qu'en cas de faute grave ou lourde<sup>1176</sup>.

## ***II. L'exigence d'un motif légitime : l'amoindrissement consacré de la potestativité***

**281. Un amoindrissement justifié.** Si le droit de licencier est tiré de la prohibition des engagements perpétuels et exprime ainsi la liberté d'entreprendre de l'employeur, l'exigence d'une cause réelle et sérieuse doit être justifiée (A). Au-delà, les interrogations portent sur la forme que prend l'amoindrissement de la potestativité du

---

<sup>1172</sup> Cass. soc., 24 mars 1987, JCP E, 1988, II, 15129, note M. DÉFOSSEZ. – Cass. soc., 14 mai 1987, Bull. civ. V, n°320. – Cass. soc., 22 février 1995, Bull. civ. V, n°65. – Cass. soc., 28 mai 2008, n°07-41079.

Même si c'est le contrat lui-même qui a prévu l'application d'une convention collective particulière : Cass. soc., 9 novembre 2011, Bull. civ. V, n°25.

<sup>1173</sup> Cass. soc., 26 mai 1999, Bull. civ. V, n°236.

<sup>1174</sup> En ce sens J.-S. BORGHETTI, « La qualification de clause pénale », art. préc.

<sup>1175</sup> Article L. 5125-2 du Code du travail.

<sup>1176</sup> Rappr. des clauses de garantie d'emploi *stricto sensu* et des clauses, souvent conventionnelles, écartant explicitement certains motifs de licenciement : infra n°316 et s.

droit de l'employeur. Autrement dit, il s'agira de caractériser les éléments extérieurs à la volonté de l'employeur nécessaires à l'exercice de son droit de licencier (B).

*A. La justification de l'amointrissement de la potestativité*

**282. De la prise en considération du salarié à la protection de ses libertés et droits fondamentaux.** Légalement, l'employeur est *a minima* tenu de licencier son salarié pour une cause réelle et sérieuse (1). Mais il arrive que le salarié bénéficie d'une protection particulière tirée de ses libertés et droits fondamentaux auquel cas l'employeur voit s'accroître l'amointrissement de sa *potestas* (2).

*1. L'amointrissement a minima*

**283. Un amointrissement général.** La nécessité d'un amointrissement de la potestativité (a) – possible dans la mesure où la liberté d'entreprendre n'est ni générale, ni absolue<sup>1177</sup> – est reconnue tant au niveau national qu'international (b).

*a. La nécessité d'un amointrissement*

**284. De la logique civiliste à la logique sociale.** La relation de travail, d'abord empreinte de logique civiliste, s'en est peu à peu détachée. La reconnaissance du contrat de travail comme un contrat structurellement inégal a permis un rééquilibrage en faveur du salarié. De « personnels et absolus », les droits de l'employeur sont devenus « sociaux et relatifs »<sup>1178</sup>. Suivant cette évolution, la rupture du contrat de travail par l'employeur a évolué. De libre, elle est devenue causée. Il a cependant fallu attendre les années soixante-dix pour que l'employeur se voie imposer un motif légitime de rompre. Une première loi du 27 décembre 1890<sup>1179</sup> était certes venue préciser que si le louage de services sans durée déterminée pouvait toujours cesser par la volonté d'une des parties

---

<sup>1177</sup> Cons. const., 16 janvier 1986, n°85-200 DC, « Loi relative à la limitation des possibilités de cumul entre pensions de retraite et revenus d'activité ».

Des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général (2010-55 QPC, 18 octobre 2010, cons. 4) sont donc possibles tant qu'elles ne dénaturent pas la liberté et qu'elles restent proportionnées au regard de l'objectif poursuivi (Cons. const., 27 juillet 2000, n°2000-437 DC, « Loi modifiant la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication »).

<sup>1178</sup> J.-M LATTES, « Gestion et droit du travail, de l'employeur seul juge à l'employeur responsable », *in Recherches et pratiques en gestion*, Dalloz, 2000, p. 187.

<sup>1179</sup> Dont la préparation aura duré une vingtaine d'années. Cf. P. BARRAU et F. HORDERN, *Histoire du droit du travail par les textes*, tome 1, *De la révolution à la 1<sup>ère</sup> guerre mondiale*, Cahiers de l'institut régional du travail, Aix-en-Provence, n°8, juillet 1999, p. 102.

contractantes, la rupture pouvait néanmoins « *donner lieu à des dommages-intérêts* »<sup>1180</sup>. Mais à la question de savoir dans quelles hypothèses ces dommages-intérêts étaient dus, la jurisprudence répondait en mobilisant la théorie civiliste de l'abus de droit<sup>1181</sup>. La Cour de cassation ne s'écartait pas encore des fondements du droit civil. La rupture du contrat par l'employeur demeurait, comme celle à l'initiative du salarié, libre<sup>1182</sup>. La mutation ne fut consacrée que par la loi du 13 juillet 1973<sup>1183</sup>. Fondant le droit du licenciement tel qu'on le connaît aujourd'hui<sup>1184</sup>, le législateur imposait la « cause réelle et sérieuse » de licenciement<sup>1185</sup>. Désormais l'employeur ne peut licencier qu'en justifiant d'un motif objectif, suffisant pour rompre le contrat. Toute clause contraire serait nulle.

Cette exigence d'une cause réelle et sérieuse au licenciement se justifie par la prise en considération du salarié. Parce que le contrat de travail et le salaire corrélatif sont en principe une nécessité vitale et que leur disparition peut entraîner de graves

Une loi du 19 juillet 1928 vint la compléter : « *Les dommages-intérêts qui peuvent être accordés pour inobservation du délai-congé ne se confondent pas avec ceux auxquels peut donner lieu, d'autre part, la résiliation abusive du contrat par la volonté d'une des parties contractantes ; le tribunal, pour apprécier s'il y a abus, pourra faire une enquête sur les circonstances de la rupture. Le jugement devra, en tous cas, mentionner expressément le motif allégué par la partie qui aura rompu le contrat* ». (V. à ce propos : E.-H. PERREAU, « De la résiliation du contrat de travail d'après la loi du 19 juillet 1928 », RTD civ. 1930, p. 277 et s.).

Mais la jurisprudence exigea par la suite que le salarié licencié apportât la preuve formelle du motif illégitime de la rupture, ce qui privait la loi de sa portée. (Cass. civ., 18 mars 1930, DP 1930, p. 71, obs. A. ROUAST).

<sup>1180</sup> Auparavant, la jurisprudence avait déjà pu condamner l'employeur à des dommages-intérêts à la condition qu'une faute de sa part soit relevée : Cass. civ., 4 août 1879, DP 1880, 1, 272.

<sup>1181</sup> Les espoirs suscités par la loi de 1890 – l'employeur ne devait-il pas dorénavant apporter la preuve d'un motif justifié ? – furent vains. La Cour conserva sa jurisprudence en considérant que les dommages-intérêts n'étaient dus que si le salarié apportait la preuve d'une faute de son employeur. Il est vrai cependant qu'elle interpréta assez largement la notion d'abus de résiliation. Cf. A. ROUAST, « *La rupture abusive du contrat de travail* », DH 1928, 5.

<sup>1182</sup> H. SINAY, « Les tendances actuelles de la jurisprudence en matière de licenciement individuel », D. 1972, chron. p. 241

<sup>1183</sup> Loi n°73-680 du 13 juillet 1973 portant modification du contrat de travail en ce qui concerne la résiliation du contrat à durée indéterminée. Les commentateurs de l'époque ont diversement apprécié cette réforme. V. par ex. J. AUDINET, « Une réforme imparfaite : la loi du 13 juillet 1973 sur le licenciement », JCP G. 1974, I, 2601 ; J. PÉLISSIER, « La réforme du licenciement », D. 1973, p. 259 et s. ; G. LYON-CAEN et M.-C. BONNETÊTE, « La réforme du licenciement à travers la loi du 13 juillet 1973 », Dr. soc. 1973, p. 493 et s.

<sup>1184</sup> F. FAVENNEC-HÉRY, « Regards sur le droit de résiliation unilatérale du contrat de travail : les apports de la loi du 13 juillet 1973 », in *Deux siècles de droit du travail, l'histoire par les lois*, Edition de l'Atelier/Édition Ouvrière, Paris, 1998, p. 251 et s.

<sup>1185</sup> M.-C. BONNETÊTE, « De la notion de faute à la notion de cause. La notion de cause réelle et sérieuse dans la loi du 13 juillet 1973 », D. 1974, chron. p. 191.

conséquences<sup>1186</sup>, il a paru légitime de limiter les possibilités de rompre de l'employeur. C'est bien le souci de protéger le salarié, considéré comme « partie faible », et partant, l'affirmation du droit à l'emploi – au sens, à la fois, de garantie d'accès à l'emploi<sup>1187</sup> et de garantie de stabilité de l'emploi<sup>1188</sup> – qui ont conduit le législateur à imposer un véritable droit du licenciement.

**285. De l'expression d'une liberté à l'expression d'un pouvoir.** L'exigence d'une cause réelle et sérieuse vient limiter le droit de rompre de l'employeur, elle ne le supprime pas. À défaut, il y aurait atteinte à sa liberté d'entreprendre. Le principe de la prohibition des engagements perpétuels s'y oppose. Mais la distinction étant désormais évidente entre la démission et le licenciement, la tentation est grande de détacher ce dernier du droit de rupture lié à la prohibition des engagements perpétuels. Quoi de plus naturel alors de rattacher le licenciement au pouvoir de l'employeur<sup>1189</sup> ? La relation de travail a toujours été appréhendée en termes de pouvoir, que ce soit par le biais de la théorie institutionnelle ou de la théorie contractuelle. Ordres, directives, sanctions que subit le salarié, nécessaires au fonctionnement d'une collectivité de travail, n'en sont-ils pas autant d'expressions ? N'est-il pas légitime de considérer les décisions, actes unilatéraux de l'employeur, au premier rang desquelles se place le licenciement, comme issues de son pouvoir ? La distinction entre le salarié et l'employeur est alors consommée. Le salarié aurait le *droit* de démissionner tandis que l'employeur aurait le *pouvoir* de rompre. Ce glissement participe sans doute de l'opposition entre le concept de droit subjectif et celui de pouvoir. Difficile cependant de considérer que le licenciement intervient dans un intérêt autre que celui de l'employeur...

---

<sup>1186</sup> Cf. *Protection contre le licenciement injustifié*, Conférence internationale du travail, 82<sup>ème</sup> session, 1995, Bureau international du travail, rapport de la commission d'experts, p. 1 : « *La résiliation du contrat par le travailleur [...] constitue le plus souvent une gêne pour l'employeur, alors que la résiliation du contrat de travail par l'employeur pourra faire tomber le travailleur et sa famille dans l'insécurité et la pauvreté, en particulier en période de chômage massif* ».

<sup>1187</sup> Tel qu'il est prévu par le préambule de la Constitution de 1946.

<sup>1188</sup> Sur ce point, cf. F. GAUDU, *L'emploi dans l'entreprise privée, Essai de théorie juridique*, thèse Paris I, 1986 ; J.-F. PAULIN, *La protection de l'emploi du salarié dans l'entreprise*, thèse Lyon II, 1998 ; J. LE GOFF, *Du silence à la parole, Une histoire du droit du travail, des années 1830 à nos jours*, Presses universitaires de Rennes, 2004, p. 399 à 403 ; N. OLSZAK, *Histoire du droit du travail*, Economica, 2011, p. 77.

<sup>1189</sup> G.-H. CAMERLYNCK, « De la conception civiliste du droit contractuel de résiliation unilatérale à la notion statutaire de licenciement », JCP G. 1958, I, 1425 et *Droit du travail, le contrat de travail*, Dalloz, 1982, 2<sup>ème</sup> éd., n°323 ; J.-C. JAVILLIER, « Une nouvelle illustration du conflit de logique... », art. préc.

**286. *Un compromis entre intérêt de l'entreprise et intérêt du salarié.*** Imposer une cause réelle et sérieuse au licenciement est certes dans l'intérêt du salarié. Il est même possible de considérer que cette exigence est le point d'équilibre, de conciliation, entre l'intérêt du salarié, qui voudrait ne jamais pouvoir être licencié, et l'employeur, qui aimerait pouvoir le faire en toute liberté. Mais l'exercice même du droit de licencier se fait au détriment du salarié. Dire que lorsque l'employeur licencie, il doit le faire dans l'intérêt de l'entreprise ne veut pas dire qu'il doit agir dans un intérêt partiellement distinct du sien. Il ne s'agit pas de concilier son intérêt avec celui du salarié. Il s'agit bien de son propre intérêt, pris sous l'angle économique de l'activité qu'il poursuit, c'est-à-dire son intérêt professionnel. Cet intérêt est alors entendu de manière restrictive. Il ne suffit pas qu'un licenciement intervienne dans l'intérêt de l'entreprise pour qu'il soit justifié. Ce qui invite à s'interroger sur ce que recouvre véritablement l'exigence d'une cause réelle et sérieuse et quelle en est la conséquence sur la potestativité du droit de licencier.

*b. La portée de l'exigence d'une cause réelle et sérieuse*

**287. *Normes constitutionnelles.*** Le rattachement de l'exigence d'une cause réelle et sérieuse au bloc de constitutionnalité apparaît délicat. La difficulté provient de la portée incertaine du « droit à l'emploi » exprimé par le Préambule de la Constitution de 1946<sup>1190</sup>. En 2006<sup>1191</sup>, le Conseil constitutionnel était saisi de la question de l'éventuelle atteinte du « contrat première embauche » (écartant pendant les deux premières années de la relation de travail l'exigence d'un motif justificatif à la rupture de l'employeur) au « droit à l'emploi ». En répondant sèchement par la négative<sup>1192</sup>, le Conseil semblait ainsi refuser de rattacher les garanties de fond du licenciement, et notamment l'exigence d'une cause réelle et sérieuse, à ce « droit à l'emploi »<sup>1193</sup>.

---

<sup>1190</sup> Sur ce point, v. développements ultérieurs infra n°566 et s.

<sup>1191</sup> Cons. const., 30 mars 2006, n°2006-535 DC.

<sup>1192</sup> Considérant n°21.

<sup>1193</sup> En ce sens X. PRÉTOT, « Les garanties du salarié face au licenciement ont-elles une base constitutionnelle ? A propos de la décision du Conseil constitutionnel relative au CPE », Dr. soc. 2006, p. 494 ; L. GAY, « Droits-créances », J.-Cl. *Libertés*, fasc. n°1100, mars 2009, n°169 et s.

**288. Normes internationales.** La convention OIT n°158<sup>1194</sup> précise en son article 4 qu'un « *travailleur ne devra pas être licencié sans qu'il existe un motif valable de licenciement lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service* ». D'effet direct en droit interne, la convention a précisément été mobilisée par la Cour de cassation afin de censurer le contrat « nouvelle embauche »<sup>1195</sup> permettant à l'employeur de rompre le contrat pendant les deux premières années sans motif justificatif<sup>1196</sup>.

**289. Normes du Conseil de l'Europe.** Étonnamment, car habituellement plutôt réticent<sup>1197</sup> à la reconnaissance de l'effet direct de la Charte sociale européenne<sup>1198</sup>, c'est le Conseil d'État<sup>1199</sup> qui a eu l'opportunité d'admettre l'application directe de l'article 24 de la Charte exigeant un motif de licenciement lié à « *[l']aptitude ou [la]conduite* » des salariés ou « *fondé sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service* ». La chambre sociale de la Cour de cassation n'a pour sa part pas encore franchi le pas, même si, à l'occasion du contentieux relatif aux conventions de forfait jours<sup>1200</sup>, un certain infléchissement s'est fait jour.

---

<sup>1194</sup> Convention concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur de 1982, entrée en vigueur le 23 novembre 1985.

<sup>1195</sup> CNE prévu par l'ordonnance n°2005-893 du 2 août 2005, JO, 3 août 2005, abrogé par la loi n°2008-596 du 25 juin 2008.

<sup>1196</sup> Cass. soc., 1<sup>er</sup> juillet 2008, JCP S. 2008, 1548, note F. DUMONT ; A. CHIREZ, « Florilège de beaux principes autour d'un CNE désamorcé », Dr. ouvr. 2008, p. 512 ; J. DUPLAT, « Le contrat nouvelles embauches et les normes internationales du travail, RDT 2008, p. 504.

<sup>1197</sup> Cf. par ex., CE, 4 juillet 2012, « Confédération française pour la promotion sociale des aveugles et des amblyopes », n°341533 (considérant n°7).

<sup>1198</sup> Charte sociale européenne révisée du 3 mai 1996 (réunissant la Charte du 18 octobre 1961, et les différents protocoles additionnels).

<sup>1199</sup> CE, 10 février 2014.

<sup>1200</sup> Cf. : Cass. soc., 29 juin 2011, RTD 2011, p. 481, étude M.-F. MAZARS, S. LAULOM et C. DEJOURS ; D. 2012, p. 901, obs. P. LOKIEC et J. PORTA.

Le Comité européen des droits sociaux, organisme contrôlant l'application de la Charte sociale européenne, avait plusieurs fois condamné la législation française sur le fondement de l'article 2 consacrant un droit à une durée du travail raisonnable. La Cour de cassation semble avoir entendu les reproches formulés puisqu'elle encadre strictement les conventions forfait jours dans sa décision. Certes, elle se fonde sur les normes de l'Union européenne et constitutionnelles (droit au repos et à la santé) mais non directement sur la Charte sociale européenne. Elle y fait cependant référence par le relais de l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (jurisprudence confirmée, ex. : Cass. soc., 31 janvier 2012, Bull. civ. V, n°43. – Cass. soc., 26 septembre 2012, Bull. civ. V, n°250).

**290. Normes de l'Union européenne.** L'article 30 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne<sup>1201</sup> affirme pour tout travailleur le « *droit à une protection contre tout licenciement injustifié, conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales* ». La difficulté tient alors à la question de savoir si les dispositions issues de la Charte peuvent avoir un effet direct horizontal, c'est-à-dire s'appliquer dans un litige entre particuliers, ou tout du moins permettre une « invocation d'exclusion » susceptible d'écarter une norme nationale jugée contraire<sup>1202</sup>, ou si, au contraire, la Charte ne peut directement être invoquée dans un litige horizontal. À la lecture des articles 51§1<sup>1203</sup> et 52§5<sup>1204</sup> de la Charte, il semble qu'un sort différent puisse être réservé aux dispositions de la Charte exprimant un « droit » et celles exprimant un « principe ». Les premières, se suffisant à elles-mêmes, consacrant de véritables droits subjectifs, pourraient être directement invoquées dans des litiges intéressant des particuliers<sup>1205</sup>. En revanche, en ce qui concerne de « simples » principes, la Cour de justice de l'Union européenne refuse que les particuliers puissent les invoquer – même « concrétisés » par une directive<sup>1206</sup> – dans le cadre de litiges

---

<sup>1201</sup> Proclamée le 7 décembre 2000 lors de l'adoption du Traité de Nice, elle est érigée par le Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007 au rang des textes de droit primaire de l'Union européenne.

<sup>1202</sup> Les auteurs distinguent l'invocabilité d'exclusion, ou d'exception, permettant d'écarter le droit interne contraire à une directive et l'invocabilité de substitution permettant de substituer le contenu de la directive au droit interne. (cf. D. SIMON, « La directive européenne », D. 1997, p. 73). La directive n'ayant pas d'effet direct horizontal, l'invocabilité de substitution doit être écartée. Des doutes subsistent quant à l'invocabilité d'exclusion. Si la Cour de justice l'admet dans les contentieux verticaux, elle ne l'a pas encore admis explicitement dans les contentieux horizontaux. Cf. D. SIMON, « L'invocabilité des directives dans les litiges horizontaux : confirmation ou infléchissement ? », Europe 2010, étude n°3.

<sup>1203</sup> « *Les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions, organes et organismes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. En conséquence, ils respectent les droits, observent les principes et en promeuvent l'application, conformément à leurs compétences respectives et dans le respect des limites des compétences de l'Union telles qu'elles lui sont conférées dans les traités* ».

<sup>1204</sup> « *Les dispositions de la présente Charte qui contiennent des principes peuvent être mises en œuvre par des actes législatifs et exécutifs pris par les institutions, organes et organismes de l'Union, et par des actes des États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, dans l'exercice de leurs compétences respectives. Leur invocation devant le juge n'est admise que pour l'interprétation et le contrôle de la légalité de tels actes* ».

<sup>1205</sup> Ch. DENIZEAU, « Les droits des travailleurs, interrogations sur leur valeur ajoutée et leur justiciabilité », in *La France face à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruylant, 2005, p. 471, spéc. p. 512 à 514 ; A. SEIFERT, « L'effet horizontal des droits fondamentaux », RTD eur., 2012, p. 801.

<sup>1206</sup> La Cour de Justice de l'Union européenne s'est prononcée à l'occasion d'une question préjudicielle posée par la chambre sociale de la Cour de cassation visant à savoir « *si l'article 27 de la Charte, seul ou en combinaison avec les dispositions de la directive 2002/14, doit être interprété en ce sens que, lorsqu'une disposition nationale de transposition de cette directive, telle que l'article L. 1111-3 du Code du travail, est incompatible avec le droit de l'Union, cet article de la Charte peut être invoqué dans un litige entre particuliers afin de laisser inappliquée ladite disposition nationale* ».

horizontaux. La question revient donc à celle de savoir si l'exigence d'un juste motif au licenciement relève du principe ou du droit. La distinction n'est pas aisée<sup>1207</sup>. La formulation de l'article 30 de la Charte « *conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales* » serait alors un indice pour classer la protection contre le licenciement injustifié dans le cadre des principes<sup>1208</sup> et non des droits. Dans ces conditions, l'article 30 de la Charte ne pourrait pas être invoqué directement dans des litiges horizontaux<sup>1209</sup>.

**291. Problématique des licenciements consécutifs au refus du salarié de se soumettre à un accord de maintien de l'emploi, de mobilité ou de préservation ou développement de l'emploi.** Dans le cadre des accords de maintien de l'emploi ou de mobilité issus de la loi du 14 juin 2003<sup>1210</sup>, si les salariés ont toujours la possibilité de refuser la mise en œuvre d'un accord de maintien de l'emploi ou d'une mesure individuelle de mobilité, ils s'exposent à être licenciés « *pour motif économique [...]*

La Cour a alors refusé qu'un tel principe puisse permettre d'écarter une norme nationale jugée contraire (la question de l'incompatibilité ne se posait pas puisque la Cour de justice avait déjà eu l'occasion de statuer sur ce point : CJUE, « CGT et autres », 18 janvier 2007, aff. C-385/05, JurisData n°007-0107824), même par le biais d'une directive – en l'occurrence la directive n°2002/14 du 11 mars 2002 portant cadre général sur l'information et la consultation des travailleurs – qui aurait « concrétisé » ce principe : CJUE, « Association de médiation sociale », 15 janvier 2014, JCP G. 2014, p. 319, note H. SURREL ; SSL, 17 février 2014, n°1618, p. 116, note P. RODIÈRE.

Comp. la solution en matière de non-discrimination en fonction de l'âge (principe prévu à l'article 21-1 de la Charte). La Cour de Justice de l'Union européenne a admis que des normes nationales contraires à la directive 2000/78 (du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail) puissent être écartées dans la mesure où cette directive concrétisait le principe général du droit de l'Union de non-discrimination : CJUE, « Kükükdeveci », gr. Ch., 19 janvier 2010, aff. C-555/07, JCP S. 2010, 1082, note J. CAVALLINI.

<sup>1207</sup> Cf. not L. BURGORGUE-LARSEN, « Article II-112. Portée et interprétation des droits et des principes », in *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, partie II. La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, Bruylant, 2005, p. 658 et s., spéc. n°49 ; S. ROBIN-OLIVIER, « La contribution de la Charte des droits fondamentaux à la protection des droits sociaux dans l'Union européenne : un premier bilan après Lisbonne », JEDH, 2013/01, p. 109.

<sup>1208</sup> P. RODIÈRE, *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, 2014, 2<sup>ème</sup> éd., n°148 et s.

<sup>1209</sup> On aurait pourtant pu admettre « l'invocabilité d'exclusion » des principes sans pour autant reconnaître un véritable droit subjectif opposable. En ce sens R. TINIÈRE, « L'invocabilité des principes de la Charte des droits fondamentaux dans les litiges horizontaux », RDLF 2014, chron. n°14. L'article 52 §5 de la Charte précise d'ailleurs que « *les dispositions de la [la Charte] qui contiennent des principes peuvent être mises en œuvre par des actes législatifs et exécutifs pris par les institutions, organes et organismes de l'Union, et par des actes des États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, dans l'exercice de leurs compétences respectives. Leur invocation devant le juge n'est admise que pour l'interprétation et le contrôle de la légalité de tels actes* » (C'est nous qui soulignons). Adde L. BURGORGUE-LARSEN, « Article II-112. Portée et interprétation des droits et des principes », art. préc., spéc. n°50.

<sup>1210</sup> Supra n°119.

*selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique* »<sup>1211</sup>. C'est, semble-t-il, vouloir écarter tout contrôle de l'existence d'une cause réelle et sérieuse et admettre ainsi un licenciement *sui generis*. La loi du 6 août 2015<sup>1212</sup>, en ce qui concerne les accords de maintien de l'emploi, est venue confirmer cette approche en précisant que le licenciement en cause repose bien « *sur une cause réelle et sérieuse* »<sup>1213</sup>. Le silence de cette loi quant aux accords de mobilité est sujet à interprétation. S'il faut y voir un oubli du législateur, alors le refus d'un tel accord serait également une cause *ad hoc* de licenciement<sup>1214</sup>. Dans ces conditions, la question de la conformité avec le droit international se pose<sup>1215</sup>. Les accords de maintien de l'emploi ne peuvent être conclus qu'en cas de « *graves difficultés économiques conjoncturelles dans l'entreprise* »<sup>1216</sup>, quand les accords de mobilité interne s'inscrivent dans le cadre « *de mesures collectives d'organisation courantes sans projet de réduction d'effectifs* »<sup>1217</sup>. Pourrait-on se satisfaire du seul contrôle de la validité des accords collectifs dont il est question ? Peut-être, si l'on lie effectivement légitimité des licenciements et validité des accords<sup>1218</sup>. Les

---

<sup>1211</sup> Article L. 5125-2, alinéa 3, du Code du travail pour les accords de maintien de l'emploi ; article L. 2242-19, alinéa 4, du Code du travail pour les accords de mobilité interne. Comp. l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 qui prévoyait un licenciement pour motif personnel (et les critiques qui s'en sont ensuivies : M. GRÉVY et P. HENRIOT, « Le juge, ce gêneur », RDT 2013, p. 176).

<sup>1212</sup> Loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

<sup>1213</sup> P. MORVAN, « Le droit des licenciements pour motif économique retouché par la loi du 6 août 2015 », JCP S. 2015, 1320 ; P.-H. ANTONMATTEI, « Accord de maintien de l'emploi, premier lifting législatif », Dr. soc. 2015, p. 811.

<sup>1214</sup> Les auteurs, au lendemain de la loi du 14 juin 2013 (ou de l'ANI du 11 janvier 2013), s'interrogeaient sur l'appréhension de la cause réelle et sérieuse du licenciement consécutif au refus et, dans l'affirmation d'un licenciement *sui generis*, des critiques qui en résulteraient : cf. not. G. COUTURIER, « Accords de maintien de l'emploi », RDT 2013, p. 805 ; E. PESKINE, « Les accords de maintien dans l'emploi. Ruptures et continuités », RDT 2013, p. 168 ; P. LOKIEC, « La face cachée des accords de mobilité interne », SSL, 3 juin 2013, n°1587, p. 5 ; S. BÉAL, « La mobilité interne : un outil de GPEC », JCP S. 2013, 1428 ; O. PICQUEREY et B. DEHAENE, « Mobilité souhaitée et mobilité imposée : quelle sécurisation ?, Cah. soc., 1<sup>er</sup> juillet 2013, n°254, p. 293 ; G. BORENFREUND, « Le refus du salarié face aux accords collectifs de maintien de l'emploi et de mobilité interne », RDT 2013, p. 316 ; A. FABRE, « Le licenciement économique et l'objectif de sécurisation », RDT 2013, p. 184 ; G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, 2016, 30<sup>ème</sup> éd., n°539 ; V. déjà M. MORAND, « Accords de sécurisation de l'emploi : quelques propositions », JCP S. 2012, 512.

<sup>1215</sup> A. BRAUN, « Lutter contre les accords de mobilité et de maintien de l'emploi en période de crise », Dr. ouvr. 2014, p. 340 et s., spéc., p. 346 ; G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, 2016, 30<sup>ème</sup> éd., n°539 ; P. LOKIEC, « L'ANI du 11 janvier 2013 à l'ombre du droit », SSL, 28 janvier 2013, n°1569, p. 2.

<sup>1216</sup> Article L. 5125-1, alinéa 1, du Code du travail.

<sup>1217</sup> Article L. 2242-17, alinéa 1, du Code du travail.

<sup>1218</sup> Rapp. A. MARTINON, « Les accords de maintien de l'emploi », Cah. soc., 1<sup>er</sup> juillet 2013, n°254, p. 309.

Comp. À propos des accords de réduction du temps de travail : Cass. soc., 15 mars 2006, JCP S. 2006, 1355, note B. BOSSU ; Lexbase hebdo éd. soc., 30/03/2006, n°208, obs. Ch. RADÉ ; RDT 2006, p. 96, note M. VÉRICEL : « *Il appartenait [à la Cour d'appel] d'apprécier le caractère réel et sérieux du*

accords de maintien de l'emploi exigeant davantage qu'une cause réelle et sérieuse ne poseraient alors guère de difficultés. Il en irait sans doute autrement des accords de mobilité interne, sauf à considérer qu'ils répondent bien aux « *nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service* » chères à la convention internationale n°158 de l'OIT et à l'article 24 de la Charte sociale européenne. En d'autres termes, il s'agirait d'admettre que la cause du licenciement – même à s'écarter des motifs justificatifs « traditionnels » du licenciement pour motif économique<sup>1219</sup> – demeurerait conforme au droit international<sup>1220</sup>. Mais, si « *les graves difficultés conjoncturelles* » des accords de maintien de l'emploi ne dépendent évidemment pas de la volonté de l'employeur, que dire des « *mesures collectives d'organisation courantes* » des accords de mobilité ? Ne s'agit-il pas de mesures de gestion de l'entreprise relevant de l'employeur ?

Reste que par définition, la conclusion d'un accord collectif négocié est nécessaire à la mise en œuvre de telles mesures. Si l'existence d'un tel accord ne suffisait pas à justifier le licenciement, le juge devrait retrouver le contrôle de la cause réelle et sérieuse de licenciement pour motif économique. Au regard des exigences attendues, il est à craindre que l'employeur soit systématiquement condamné.

Quant aux accords de préservation ou de développement de l'emploi, les projets de loi ont fluctué. Ainsi, en mars 2016, le salarié refusant un tel accord pouvait se voir licencié par un « *licenciement ne constitu[ant] pas un licenciement pour motif économique et repos[ant] sur une cause réelle et sérieuse [...] soumis aux dispositions relatives à la rupture du contrat de travail pour motif personnel* »<sup>1221</sup>. En mai de la même année<sup>1222</sup>, en revanche, le « *licenciement repose sur un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse et est soumis aux seules modalités et conditions définies aux articles L. 1233-11 à L.1233-13 et L. 2254-3 applicables au licenciement individuel pour motif économique* ». Le choix est fait d'un licenciement *sui generis* dont la cause semble à l'abri de tout contrôle. On rejoint alors la même problématique que les accords de mobilité.

---

*motif du licenciement consécutif à ce refus, au regard des seules dispositions de l'accord collectif de réduction du temps de travail* ».

<sup>1219</sup> Cf. infra n°307 et s.

<sup>1220</sup> Rappr. P. MORVAN, « Les accords de mobilité dans la loi du 14 juin 2013 », JCP S. 2014, 1184, spéc., n°23.

<sup>1221</sup> Projet du 24 mars 2016. [en ligne] : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/projets/pl3600.pdf>

<sup>1222</sup> Projet du 12 mai 2016. [en ligne] : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/ta/ta0728.asp>

## 2. *L'amointrissement accentué*

**292. Libertés et droits fondamentaux du salarié comme fondement d'une protection supplémentaire.** Il s'agit d'hypothèses où le salarié bénéficie d'un statut particulier découlant d'un droit ou d'une liberté fondamentale lui permettant d'être à l'abri, pendant la durée de sa protection, de l'exercice par l'employeur de ses droits potestatifs, ou du moins de voir le champ de ces derniers limités. Tantôt le salarié est saisi en sa qualité de travailleur (a), tantôt en sa qualité de personne/individu (b).

### a. *Le « salarié-travailleur »*

**293. Illustrations.** Deux hypothèses illustrent la protection particulière accordée aux salariés exerçant une liberté ou un droit fondamental tirée de leur condition de travailleur. Il s'agit d'une part du salarié dit « protégé » et d'autre part, du salarié gréviste. Le droit des salariés à la représentation de leurs intérêts (i) et le droit de grève (ii) sont garantis par le Préambule de la Constitution de 1946. Le législateur comme la jurisprudence ont œuvré afin de protéger effectivement l'exercice par le salarié de ces droits.

### i. *Le salarié protégé*

**294. La source de la protection.** « *Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* ». Le Préambule de la Constitution de 1946 posait ainsi les jalons du droit des salariés à représenter leurs intérêts au sein de l'entreprise. Afin de garantir l'effectivité de ce droit, les différents représentants ou défenseurs des intérêts des salariés font l'objet d'une protection particulière s'exprimant tant lors du changement des conditions de travail que lors du licenciement du salarié. Cette « *protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun* » est instituée « *dans l'intérêt de l'ensemble des travailleurs qu'ils représentent* »<sup>1223</sup>. À défaut, il y a fraude<sup>1224</sup>. Il s'agit

---

<sup>1223</sup> Arrêts « Perrier », Cass. ch. mixte, 21 juin 1974, D. 1975, p. 237, chron. H. SINAY, préc.

<sup>1224</sup> La fraude est consommée s'il est démontré que la désignation ou la candidature du salarié n'avait pour seule finalité que la protection individuelle du salarié concerné : Cass. soc., 25 avril 1974, JCP G. 1974, II, 17896.

surtout de protéger les fonctions que le salarié exerce<sup>1225</sup>. Cette protection est encouragée au niveau international<sup>1226</sup>, européen<sup>1227</sup> et de l'Union européenne<sup>1228</sup>.

**295. Les personnes protégées.** La dénomination jurisprudentielle et doctrinale de « *salariés protégés* » renvoie à différentes catégories de salariés : les représentants *stricto sensu*<sup>1229</sup>, les conseillers prud'homaux<sup>1230</sup>, les représentants syndicaux<sup>1231</sup> et les salariés mandatés<sup>1232</sup>, les conseillers du salarié<sup>1233</sup>, les médecins du travail<sup>1234</sup> et les représentants élus ou désignés en application de dispositions conventionnelles<sup>1235</sup>. Pour certains, la protection se prolonge pendant un temps déterminé à la cessation de leur fonction<sup>1236</sup>, voire s'anticipe<sup>1237</sup>.

---

<sup>1225</sup> N. MAGGI-GERMAIN, « Le licenciement des salariés protégés : processus et enjeux », *Dr. et Soc.* 2006/1, p. 179 et s. spéc. p. 188.

<sup>1226</sup> Convention n°135 de l'OIT concernant la protection des représentants des travailleurs dans l'entreprise et les facilités à leur accorder, adoptée par la Conférence générale de l'Organisation internationale du Travail le 23 juin 1971 (entrée en vigueur : 30 juin 1973). *Adde* la convention n°158 de l'OIT concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur, adoptée le 22 juin 1982 (entrée en vigueur le 23 novembre 1985), spéc. art. 4 et 5.

<sup>1227</sup> Article 28 de la Charte sociale européenne du 18 octobre 1961 modifiée le 3 mai 1996.

<sup>1228</sup> Not. par le biais de l'interdiction des discriminations. Cf. égal. Article 7 de la Directive 2002/14/CE du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la communauté européenne : « *Les États membres veillent à ce que les représentants des travailleurs jouissent, dans l'exercice de leurs fonctions, d'une protection et de garanties suffisantes leur permettant de réaliser d'une façon adéquate les tâches qui leur ont été confiées* ».

*Adde*, à propos de la Société Européenne, l'article 10 de la Directive 2001/86/CE du 8 octobre 2001 complétant le statut de la Société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs.

<sup>1229</sup> Délégués du personnel (article L. 2411-5 du Code du travail) ; membres du comité d'entreprise (article L. 2411-8 du Code du travail) ; membres du CHSCT (article L. 2411-13 du Code du travail) ; représentants des salariés au conseil d'administration ou de surveillance des entreprises du secteur public, des sociétés anonymes et des sociétés en commandite par actions (article L. 2411-17 du Code du travail) ; représentants des salariés des entreprises en redressement ou liquidation judiciaire (articles L. 2411-16 du Code du travail et L. 662-4 du Code de commerce) ; délégués à la délégation unique du personnel (article L. 2326-1 du Code du travail).

<sup>1230</sup> Article L. 2411-22 du Code du travail.

<sup>1231</sup> Les délégués syndicaux (article L. 2411-3 du Code du travail) ; Les représentants de la section syndicale (article L. 2142-1-2 du Code du travail) ; Les représentants syndicaux au comité d'entreprise ou d'établissement (article L. 2411-8 du Code du travail).

<sup>1232</sup> Article L. 2411-4 (accord de droit commun) et article L. 5125-4, IV (accord maintien de l'emploi) du Code du travail.

<sup>1233</sup> Article L. 2411-21 du Code du travail.

<sup>1234</sup> Articles L. 4623-4 et s. du Code du travail.

<sup>1235</sup> Article L. 2411-2 du Code du travail.

<sup>1236</sup> Les anciens délégués du personnel (article L. 2411-5 al. 2 du Code du travail), membres du comité d'entreprise (article L. 2411-8 al. 2 du Code du travail) ou du CHSCT (article L. 2411-13 du Code du travail) bénéficient d'une protection de six mois à l'expiration de leur mandat ou à la disparition de l'institution.

Les anciens délégués syndicaux ayant exercé leurs fonctions pendant au moins un an (article L. 2411-3 du Code du travail) sont protégés pendant un an à la cessation de leurs fonctions ; les anciens représentants syndicaux au comité d'entreprise ayant exercé leurs fonctions pendant au moins deux ans

**296. *Le champ de la protection.*** Les règles protectrices concernent non seulement la rupture du contrat – et ce même pendant la période d’essai<sup>1238</sup> – mais également les conditions de travail. Tant que la protection dont bénéficie le salarié court, l’employeur voit *a priori* ses droits potestatifs d’extinction et de modification écartés.

**297. *La nécessité d’une autorisation préalable.*** Une autorisation préalable, obligatoire et exclusive de l’Administration du travail est nécessaire à toute rupture à l’initiative de l’employeur. À défaut – la violation du statut protecteur étant appréhendée comme une atteinte au droit à la représentation des salariés – le licenciement serait nul. La protection des fonctions du salarié s’exprime ainsi par une certaine garantie de l’emploi<sup>1239</sup>. Le rôle de la jurisprudence en la matière a été déterminant. Les arrêts « Perrier »<sup>1240</sup>, fondateurs, exprimèrent en premier cette idée d’un statut d’ordre public :

(article L. 2411-8 du Code du travail) sont protégés pendant six mois à l’expiration de leur mandat ou la disparition de l’institution ; les anciens salariés mandatés sont protégés pendant un an suivant la fin de leur mandat (article L. 2411-4 du Code du travail) ; les anciens représentants des salariés au conseil d’administration ou de surveillance des entreprises du secteur public, des sociétés anonymes ou en commandite par actions pendant les six mois suivant la cessation de leur mandat. (article L. 2411-17, 1° du Code du travail).

Les anciens conseillers des salariés ayant exercé leur fonction pendant au moins un an sont protégés pendant l’année qui suit (Cass. soc., 27 janvier 2010, JCP S. 2010, 1234, note A. MARTINON).

Les anciens conseillers prud’hommes sont protégés pendant les six mois suivant la fin de leur fonction (article L. 2411-22, 1°, du Code du travail).

<sup>1237</sup> Les candidats aux élections des délégués du personnel et des membres du comité d’entreprise ou d’établissement sont protégés pendant les six mois suivant l’envoi par lettre recommandée à l’employeur des listes de candidatures (CE, 28 mars 2013, n°338289), l’annulation des élections ne leur faisant pas perdre le bénéfice de cette protection (Cass. soc., 11 mai 1999, RJS 6/99, n°828). Le salarié déjà soumis à une procédure de licenciement peut néanmoins prouver que l’employeur connaissait l’imminence de sa candidature. Il en va de même du salarié prouvant l’imminence de sa désignation à titre de délégué syndical ou de représentant syndical au comité d’entreprise.

Le candidat aux fonctions de représentant des salariés au conseil d’administration ou de surveillance des entreprises du secteur public, des sociétés anonymes ou en commandite par actions pendant les trois mois suivant le dépôt de sa candidature (article L. 2411-17, 2° du Code du travail).

Le candidat à la fonction de conseiller prud’homme est également protégé pendant six mois (article L. 2411-22, 2°, du Code du travail).

Il faut ajouter à cette liste le salarié demandant l’organisation d’élections à la condition que l’entreprise ait l’obligation de mettre en place l’élection demandée (Cass. soc., 25 janvier 2006, JCP S. 2006, 1181, note J.-Y. KERBOURC’H) et que la demande du salarié soit reprise par une organisation syndicale (article L. 2411-6 du Code du travail pour l’élection des délégués du personnel et article L. 2411-9 du Code du travail pour les élections au comité d’entreprise).

<sup>1238</sup> Cass. soc., 26 octobre 2005, RJS 1/06, n°63.

<sup>1239</sup> J.-M. VERDIER, « Du contrat au statut et du droit individuel aux libertés publiques (A propos de deux arrêts de la Cour de cassation en matière de protection des représentants du personnel) », JCP G. 1971, I, 2422, spéc. n°8.

<sup>1240</sup> Cass. ch. mixte, 21 juin 1974, D. 1975, p. 237, chron. H. SINAY, préc.

« Attendu que les dispositions législatives, soumettant à l'assentiment préalable du comité d'entreprise ou à la décision conforme de l'inspecteur du travail le licenciement des salariés légalement investis de fonctions représentatives, ont institué, au profit de tels salariés et dans l'intérêt de l'ensemble des travailleurs qu'ils représentent, une protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun qui interdit par suite à l'employeur de poursuivre par d'autres moyens la résiliation du contrat de travail ». Tant le licenciement que la mise à la retraite<sup>1241</sup> nécessitent ainsi une autorisation administrative<sup>1242</sup>. Certes, l'employeur ne perd pas tout pouvoir car il demeure à l'initiative de la rupture, il ne peut néanmoins aboutir seul au résultat qu'il escompte.

## ii. Le salarié gréviste

**298. L'employeur limité dans les motifs du licenciement.** La constitutionnalisation du droit de grève dans le Préambule de la Constitution de 1946 augurait du maintien du contrat de travail pendant l'exercice du droit de grève<sup>1243</sup>. La suspension du contrat de travail des salariés grévistes fut consacrée par l'article 4 de la loi du 11 février 1950<sup>1244</sup> dont la substance est aujourd'hui reprise à l'article L. 2511-1 du Code du travail : « L'exercice du droit de grève ne peut justifier la rupture du contrat de travail, sauf faute lourde imputable au salarié »<sup>1245</sup>. Le motif de licenciement tiré de l'exercice normal du droit de grève est une atteinte directe à la reconnaissance constitutionnelle de

<sup>1241</sup> Cass. soc., 5 mars 1996, Dr. soc. 1996, p. 537, obs. M. COHEN.

<sup>1242</sup> Même dans le cadre d'un contrat à durée déterminée, l'employeur doit saisir l'inspecteur du travail un mois avant l'arrivée du terme afin que ce dernier puisse examiner si le salarié ne fait pas l'objet d'une mesure discriminatoire (article L. 2421-8 du Code du travail).

Cette solution vaut également en cas de rupture conventionnelle (article L. 1237-15 du Code du travail) et de transfert partiel d'entreprise ou d'établissement réalisé en application de l'article L. 1224-1 du Code du travail (article L. 2414-1 du Code du travail).

<sup>1243</sup> A. MARTINON, *Essai sur la stabilité ...*, th. préc., n°40. Auparavant, la Cour de cassation considérait que la grève emportait rupture du contrat. Cf. par ex. Cass. civ., 15 juin 1937, D. 1938, 1, p. 23, note A. ROUAST.

<sup>1244</sup> Loi n°50-205 du 11 février 1950 relative aux conventions collectives et aux procédures de règlement des conflits collectifs de travail, JO, 12 février 1950, p. 1688.

<sup>1245</sup> Comp. l'ancien article L. 521-1, alinéa 1, du Code du travail « La grève ne rompt pas le contrat de travail, sauf faute lourde » (Article 4 du titre II de la loi 11 février 1950, préc.). Lui-même inspiré de la jurisprudence de la Cour supérieure d'arbitrage du 19 mai 1939, « Syndicat du Papier-carton de Seine et Seine-et-Oise », Dr. soc. 1939, p. 199. (Tandis que la Cour de cassation considérait, initialement, que la grève était bien une cause de rupture du contrat : Cass. civ., 17 novembre 1937, Gaz. Pal. 1938, I, 258). C'est le Préambule de 1946 qui allait amener peu à peu les juridictions du fond à décider de la suspension du contrat de travail jusqu'à ce que la loi du 11 février 1950 soit proclamée. La Cour de cassation se décida pour la suspension du contrat de travail en 1951 (certes après la promulgation de la loi mais pour des faits antérieurs) : Cass. civ., 1<sup>er</sup> juin 1951 et 18 juin 1951, Dr. soc. 1951, p. 530 et 532. – Cass. crim., 28 juin 1951, Dr. soc. 1951, p. 474.

ce droit. Il était dès lors évident qu'un salarié ne pouvait être licencié pour avoir exercé son droit. Mais plus encore, le législateur a prévu que pendant la durée de la grève le salarié ne peut être licencié que pour faute lourde. Autrement dit, une faute grave, *a fortiori* simplement sérieuse, ne permet pas à l'employeur de licencier le salarié gréviste. La sanction est drastique. Que le salarié soit licencié directement pour avoir exercé son droit de grève ou pour une faute qui ne serait pas lourde, le licenciement est nul.

*b. Le « salarié personne »*

**299. La suspension du contrat de travail.** La suspension du contrat de travail permet de garantir l'emploi du salarié alors que ce dernier se retrouve dans une situation où il ne peut plus accomplir sa prestation. Ce mécanisme participe donc de la tendance actuelle au maintien des relations contractuelles dans le temps<sup>1246</sup>. Est préférée une suspension temporaire des obligations principales réciproques des parties à une rupture définitive du contrat de travail. Durant la période de suspension ou même à son terme, l'employeur ne pourra licencier le salarié pour le motif ayant présidé à la suspension du contrat. Souvent ce dernier se révélera d'ailleurs discriminatoire. Hormis cette hypothèse, les règles de droit commun présidant au licenciement s'appliquent en principe. Il existe néanmoins des hypothèses où le législateur a prévu que la période de suspension ouvrirait une période de protection particulière limitant les motifs de licenciement. Un licenciement qui contreviendrait à ces dispositions serait nul. Il en est ainsi de la salariée enceinte (i) et du salarié victime d'accident ou de maladie professionnelle (ii).

*i. La salariée enceinte*

**300. La protection de la maternité.** L'Organisation internationale du travail<sup>1247</sup> comme le Conseil de l'Europe<sup>1248</sup> ou l'Union européenne<sup>1249</sup> ont prévu une protection

---

<sup>1246</sup> Cf. not. A. BONARDI, *Remarques sur la nature juridique de la suspension...*, mémoire préc.

<sup>1247</sup> Convention n°3 de 1919, convention n°103 de 1952 et convention n°183 de 2000.

<sup>1248</sup> Charte sociale européenne (révisée) : Partie I : « *Les Parties reconnaissent comme objectif d'une politique qu'elles poursuivront par tous les moyens utiles, sur les plans national et international, la réalisation de conditions propres à assurer l'exercice effectif des droits et principes suivants* » [...], 8 : « *Les travailleuses, en cas de maternité, ont droit à une protection spéciale* ».

<sup>1249</sup> Cf. not. Directive n°92/85/CEE du 19 octobre 1992, JOCE L 348, 28 novembre 1992, p. 1, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail ; Directive n°2006/54/CE du 5 juillet

spéciale pour les femmes enceintes. Il est certain que la protection de la maternité est fonction des politiques natalistes défendues. Pour autant, on se situe ici dans le registre des droits et libertés individuels de l'individu. Le droit à la santé permet ainsi d'imposer que soient accordés à la femme enceinte ou venant d'accoucher des temps de repos pour elle-même et l'enfant<sup>1250</sup>. Le droit au respect de la vie familiale peut également être mobilisé pour justifier une protection particulière, et, au-delà, l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes. À ce titre il est intéressant de noter un changement de perspective, la protection de la femme enceinte étant à l'origine considérée comme une exception justifiée au principe d'égalité homme/femme pour ensuite être vue comme une mesure permettant d'atteindre une *réelle égalité*<sup>1251</sup>.

**301. L'existence d'une période de suspension « protégée ».** L'article L. 1225-4 du Code du travail limite le champ des motifs de licenciement possibles lorsqu'une salariée est en état de grossesse médicalement constaté<sup>1252</sup>. Seule la faute grave ou l'impossibilité de maintenir le contrat de travail peut justifier un licenciement durant cette période et durant les quatre semaines suivantes<sup>1253</sup>, encore ne peut-il être notifié<sup>1254</sup> pendant la durée même du congé de maternité<sup>1255</sup>.

2006, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte).

<sup>1250</sup> Alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946 : « [La Nation] garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs ».

<sup>1251</sup> M.-Th. LANQUETIN, « L'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail. À propos de la Directive 2006/54 CE du 5 juillet 2006 (directive « refonte ») », Dr. soc. 2007, p. 861. Comp. Article 2§3 de la directive 76/207/CEE du 9 février 1976, JOCE L 39, 14 février 1976, relative à l'égalité de traitement entre hommes et femmes : « La présente directive ne fait pas obstacle aux dispositions relatives à la protection de la femme, notamment en ce qui concerne la grossesse et la maternité » et le considérant n°23 de la directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006, JOCE L 204, 26 juillet 2006 : « Il ressort clairement de la jurisprudence de la Cour de justice qu'un traitement défavorable lié à la grossesse ou à la maternité infligé à une femme constitue une discrimination directe fondée sur le sexe ».

<sup>1252</sup> « Aucun employeur ne peut rompre le contrat de travail d'une salariée lorsqu'elle est en état de grossesse médicalement constaté et pendant l'intégralité des périodes de suspension du contrat de travail auxquelles elle a droit au titre du congé de maternité, qu'elle use ou non de ce droit, ainsi que pendant les quatre semaines suivant l'expiration de ces périodes ».

<sup>1253</sup> Cette protection ne s'applique pas pendant la période d'essai : Cass. soc., 2 février 1983, Bull. civ. V, n°74.

<sup>1254</sup> Cette interdiction de notification ou de prise d'effet du licenciement ne concerne que le congé maternité proprement dit. Le licenciement peut donc valablement être notifié durant les 4 semaines suivant le congé (Cass. soc., 17 février 2010, Bull. civ. V, n°49).

<sup>1255</sup> Alinéa 2 de l'article L. 1225-4 du Code du travail : « Toutefois, l'employeur peut rompre le contrat s'il justifie d'une faute grave de l'intéressée, non liée à l'état de grossesse, ou de son impossibilité de maintenir ce contrat pour un motif étranger à la grossesse ou à l'accouchement. Dans ce cas, la rupture

*ii. Le salarié victime d'accident ou de maladie professionnelle*

**302. Responsabilité de l'entreprise.** La santé du salarié peut sembler être le fondement d'une telle protection. Elle ne paraît néanmoins pas suffisante. Car si elle peut justifier le mécanisme même de la suspension du contrat de travail ainsi que l'intervention du médecin du travail à l'issue des congés maladie<sup>1256</sup>, encore faudrait-il pouvoir justifier la distinction faite avec les congés pour maladie et accident « ordinaires » lesquels n'interdisent pas d'éventuels licenciements sous réserve de ceux fondés sur l'état de santé du salarié<sup>1257</sup>. La différence de régime s'explique alors par la responsabilité de l'employeur dès lors que l'accident de travail ou la maladie professionnelle se présente comme un risque de l'entreprise<sup>1258</sup>.

**303. L'existence d'une période de suspension « protégée ».** L'employeur ne peut rompre le contrat de travail d'un salarié victime d'un accident de travail ou de maladie professionnelle au cours des périodes de suspension, sauf faute grave ou impossibilité de maintenir le contrat de travail<sup>1259</sup>, le simple motif économique ne suffisant pas<sup>1260</sup>. Néanmoins, dans l'hypothèse où l'employeur aurait envoyé la lettre de licenciement avant un accident du travail, le fait qu'elle ne parvienne au salarié qu'après le début de la période de suspension ne rend pas le licenciement nul, mais retarde ses effets à la fin de la période de suspension<sup>1261</sup>.

---

*du contrat de travail ne peut prendre effet ou être notifiée pendant les périodes de suspension du contrat de travail mentionnées au premier alinéa ».*

<sup>1256</sup> Seul habilité à prononcer l'inaptitude du salarié. À défaut le licenciement serait nul : Cass. soc., 11 juillet 2012, Dr. ouvr. 2012, p. 802, obs. M. BONNECHÈRE.

<sup>1257</sup> Encore qu'il faille prendre en considération les licenciements pour trouble objectif. Cf. supra n°589 et s.

<sup>1258</sup> V. S. BOURGEOT et J.-Y. FROUIN, « Maladie et inaptitude du salarié », RJS 1/00, p. 3 et s. spéc. p. 9. Cf. sur le risque de l'entreprise les arrêts de 1975, supra n°275.

<sup>1259</sup> Articles L. 1226-9 et L. 1226-13 du Code du travail. La jurisprudence applique ces dispositions à la mise à la retraite : Cass. soc., 7 mars 2007, n°05-42279.

Par exception, les règles relatives à la protection contre le licenciement des salariés victimes d'accident de travail ou de maladie professionnelle sont applicables à la période d'essai : Cass. soc., 19 avril 1989, JCP G. 1990, II, 21499, note J. MOULY ; D. 1990, p. 8, note C. PUIGELIER.

<sup>1260</sup> Cass. soc., 25 mai 2011, RJS 8-911, n°677. La jurisprudence semble exiger un risque grave pour l'entreprise. Cf. B. TEYSSIE, J.-F. CESARO et A. MARTINON, *Droit du travail. Relations individuelles*, LexisNexis, 2014, 3<sup>ème</sup> éd., n°1337.

<sup>1261</sup> Cass. Ass. plén., 28 janvier 2005, Dr. soc. 2005, p. 581, note G. COUTURIER. – Cass. soc., 29 novembre 2006, n°05-40235.

## B. L'élément extérieur à la volonté de l'employeur

**304. Protection du salarié.** Si les parties ne peuvent contrevenir aux règles légales protectrices du licenciement (1), elles peuvent en revanche les restreindre davantage (2).

### 1. Les règles légales

**305. Le degré d'amoindrissement de la potestativité.** Lorsque le licenciement est prononcé pour un motif personnel, l'existence d'éléments extérieurs à la volonté de l'employeur est évidente (a). La question est plus délicate en ce qui concerne le licenciement pour motif économique dans la mesure où est en cause la situation même de l'entreprise (b). Dès lors que la justification du licenciement se trouve dans le souci d'éviter la disparition de l'entreprise, d'en assurer la pérennité, la question se pose de savoir s'il ne s'agit pas alors d'un simple choix de gestion de l'employeur, c'est-à-dire dépendant de sa volonté.

#### a. Le licenciement pour motif personnel : l'existence d'éléments indépendants de la volonté de l'employeur

**306. L'amoindrissement consacré.** Il existe deux hypothèses de licenciement pour motif personnel : celle du licenciement disciplinaire et celle du licenciement non disciplinaire. Dans le premier cas est reproché au salarié un comportement répréhensible ou une faute dans l'exécution de son contrat de travail. Dans le second cas, aucune faute<sup>1262</sup>, du moins dans le champ contractuel<sup>1263</sup> ne peut lui être reprochée. En revanche,

---

<sup>1262</sup> Hypothèse par exemple de l'insuffisance professionnelle ou de la maladie ou d'un accident non professionnel, lorsqu'un arrêt de travail prolongé ou des absences répétées du salarié perturbent le bon fonctionnement de l'entreprise (Cass. soc., 13 mars 1991, Bull. civ. V n°135. – Cass. soc., 11 décembre 1991, Bull. civ. V, n°571. – Cass. soc., 10 novembre 1998, Bull. civ. V, n°485. – Cass. soc., 28 janvier 1998, Dr. soc. 1998, p. 950, obs. A. MAZEAUD) et obligent alors à procéder à son remplacement définitif (Cass. soc., 19 octobre 2005, Dr. soc. 2006, p. 109, obs. J. SAVATIER ; JCP S. 2005, 1441, note P.-Y. VERKINDT. – Cass. Ass. plén., 22 avril 2011, Dr. soc. 2011, p. 1052, note D. BOULMIER ; JCP S. 2011, 1285, note P.-Y. VERKINDT).

<sup>1263</sup> Hypothèse où un fait ou un acte tiré de sa vie personnelle est reproché au salarié. La jurisprudence a pendant quelque temps hésité à qualifier le licenciement de disciplinaire ou non. (Ex. comp. Cass. soc., 16 décembre 1997, Bull. civ. V, n°41 : « *Un fait imputé au salarié relevant de sa vie personnelle ne peut constituer une faute* ». – Cass. soc., 3 décembre 2002, JCP E, 202, 1076, note C. PUIGELIER : un vol commis dans la vie avait pu causer un trouble caractérisé au sein de l'entreprise, et partant constituait une faute grave. – Cass. soc., 3 juin 2009 : « *un fait de la vie personnelle ne peut constituer une faute du salarié dans la relation de travail* »). Avant d'exclure définitivement du champ disciplinaire le licenciement pour trouble objectif (cass. mixte, 18 mai 2007, D. 2007, p. 2137, note A. ASTAIX ; J. MOULY, « Secret des correspondances, trouble objectif dans l'entreprise et vie personnelle du

les conséquences d'un fait, ou d'un événement tiré de sa vie personnelle ou professionnelle sur le fonctionnement de l'entreprise vont pouvoir justifier la rupture du contrat. Le salarié pourra, par exemple, être licencié pour inaptitude ou insuffisance professionnelle. Se déploie également ce que l'on a appelé le licenciement pour « trouble objectif »<sup>1264</sup>. Le licenciement étant pris pour un motif tenant au salarié, l'existence d'événements étrangers à la volonté de l'employeur est alors évidente. Encore faut-il que l'employeur ne soit pas seul juge de la faute commise par le salarié ou du trouble objectif qu'il aurait occasionné dans le fonctionnement de l'entreprise. Or les tribunaux contrôlent la réalité des faits considérés et exigent des éléments objectifs, matériellement vérifiables, que ce soit pour appréhender l'insuffisance professionnelle<sup>1265</sup>, la faute du salarié<sup>1266</sup> et son degré de gravité<sup>1267</sup> (d'où l'abandon de la perte de confiance comme cause justificative de licenciement<sup>1268</sup>) ou le trouble objectif caractérisé apporté à l'entreprise. Dans cette dernière hypothèse, tant la nature de la tâche à accomplir par le salarié, ses fonctions, et la finalité de l'entreprise sont prises en considération par le juge. Il ne s'agit plus de considérer la seule relation de travail *stricto sensu* employeur-salarié, mais de s'intéresser à la relation plus collective salarié-entreprise<sup>1269</sup>. Le licenciement s'est transformé en notion objective<sup>1270</sup>, l'employeur n'est plus le seul juge de l'élément indépendant de sa volonté le légitimant. Il est même des hypothèses où il n'aura aucune appréciation à apporter à la situation.

salarié : le rejet du « tout disciplinaire » » ; RDT 2007, p. 527 note Th. AUBERT-MONPEYSSSEN ; JCP S. 2007, 1538, note A. BARÈGE et B. BOSSU.

Le conseil d'État en a également jugé ainsi : CE. 4 juillet 2005, n°272193.

<sup>1264</sup> Sur cette notion, cf. Ph. WAQUET, « Le « trouble objectif dans l'entreprise » : une notion à redéfinir », RDT 2006, p. 304 ; P.-H. ANTONMATTEI, « Le licenciement pour trouble objectif », Dr. soc. 2012, p. 10.

<sup>1265</sup> Ex. : Cass. soc., 13 janvier 2004, Bull. civ. V, n°10. – Cass. soc., 22 juin 2011, n°10-14922.

<sup>1266</sup> Ex. : Cass. soc., 14 mai 1996, RJS 6/96, n°664. – Cass. soc., 23 mai 2000, TPS, août-septembre 2000, n°263, note P.-Y. VERKINDT.

<sup>1267</sup> Ex. : Cass. soc., 21 mars 2002, RJS 06/02, n°664.

Cf. G. SOUTY, « La protection du salarié », rapport Cass. 2000, p. 126 ; Ph. WAQUET, « Réflexions sur le droit disciplinaire en général et sur la faute grave en particulier », Dr. soc. 2009, p. 1177. *Adde* F. FAVENNEC-HÉRY : « Vers la relativité de la notion de faute grave », RJS 9-10/00, p. 603.

<sup>1268</sup> Cass. soc., 29 mai 2001, D. 2002, p. 921, note A. GARDIN. De la même manière la mésentente entre collègues, alors même qu'elle nuirait au fonctionnement de l'entreprise n'est pas une cause réelle et sérieuse de licenciement dès lors qu'elle ne repose pas sur des faits objectifs imputables au salarié. RJS 2/02, n°153.

Jurisprudence antérieure : Cass. soc., 26 juin 1980, Bull. civ. V, n°573. – Cass. soc., 6 juillet 1983, Bull. civ. V, n°395.

<sup>1269</sup> J. RICHARD de LA TOUR, « La vie personnelle du salarié, étude sur la jurisprudence récente de la chambre sociale de la Cour de cassation », *in Rapport Cass.*, 1999.

<sup>1270</sup> J. MOULY, note sous Cass. soc., 30 mai 2000, D. 2000 p. 805.

Lorsque l'inaptitude du salarié est prononcée par le médecin du travail et qu'aucun reclassement n'est possible<sup>1271</sup>, l'employeur n'a pas d'autres moyens à sa disposition que le licenciement. Sauf à continuer à verser un salaire sans en obtenir de contrepartie. Dans ces conditions, il peut paraître difficile de parler encore du « droit » de licencier.

*b. Le licenciement pour motif propre à l'entreprise : la cause justificative indépendante de la volonté de l'employeur ?*

**307. Cause matérielle et cause justificative.** L'article L. 1233-3 du Code du travail précise que « *constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques* ». Deux « causes » sont nécessaires à l'acceptation du licenciement pour motif économique. D'abord une cause matérielle : suppression, transformation d'emploi ou modification du contrat de travail, permettant de qualifier le licenciement. Ensuite une cause justificative, c'est-à-dire les difficultés économiques (i), la cessation d'activité (ii)<sup>1272</sup>, la réorganisation de l'entreprise pour sauvegarder sa compétitivité (iii) ou les mutations technologiques (iv)<sup>1273</sup>, permettant de le légitimer<sup>1274</sup>. Ce qui importe alors est le lien de causalité entre la cause justificative et la cause matérielle. Autrement dit, peu importe que la cause matérielle dépende directement de la volonté de l'employeur, il suffit que la cause justificative ne dépende pas de sa seule volonté pour qu'il y ait effectivement amoindrissement de la potestativité. Or toutes les hypothèses ne consacrent pas un même amoindrissement.

---

<sup>1271</sup> Le Code du travail prévoit une obligation de reclassement pour les salariés déclarés inaptes à leur emploi par le médecin du travail. Article L. 1226-2 du Code du travail en cas d'inaptitude non professionnelle et article L. 1226-10 du Code du travail en cas d'inaptitude professionnelle.

<sup>1272</sup> Pour la réorganisation effectuée pour sauvegarder la compétitivité cf. Cass. soc., 5 avril 1995, D. 1995, p. 503, note M. KELLER ; Dr. soc. 1995, p. 482, note Ph. WAQUET et p. 489, note G. LYON-CAEN. Pour la cessation d'activité, cf. not. Cass. soc., 15 février 1995, Dr. soc. 1995, p. 384, obs. P.-H. ANTONMATTEI. – Cass. soc., 16 janvier 2001, Bull. civ. V, n°10.

<sup>1273</sup> Article L. 1233-3 du Code du travail.

<sup>1274</sup> Ph. WAQUET, « Le contrôle de la chambre sociale de la Cour de cassation sur la cause réelle et sérieuse de licenciement », Dr. soc. 1992, p. 980.

*i. Les difficultés économiques*

**308. La nécessité de difficultés économiques indépendantes de la volonté de l'employeur.** Le juge contrôle, d'une part, que les difficultés économiques avancées sont réelles<sup>1275</sup> et, d'autre part, qu'elles ne dépendent pas de la volonté de l'employeur. La Cour de cassation a en effet eu à se prononcer sur des hypothèses de difficultés organisées par l'employeur lui-même. Elle a ainsi pu condamner l'employeur ayant intentionnellement et artificiellement créé les difficultés économiques examinées<sup>1276</sup> ou ayant organisé lui-même l'insolvabilité de son entreprise<sup>1277</sup>. On retrouve ici, derrière le mécanisme de l'abus de droit, celui de l'article 1178 du Code civil.

Dans la mesure où les difficultés économiques s'apprécient, en cas de groupe de sociétés, au niveau du secteur d'activité<sup>1278</sup> du groupe, la question peut se poser de l'hypothèse où l'employeur proprement dit n'est pas à l'origine des difficultés rencontrées mais où ce sont les agissements de la société mère envers l'une de ses filiales qui le sont. Certains juges du fond ont effectivement pu considérer comme injustifiés les licenciements prononcés par une filiale dans une espèce où le comportement de la société mère avait été à l'origine de « l'asphyxie » de sa filiale afin de pouvoir délocaliser les emplois. Le Tribunal de grande instance de Troyes en avait déduit la nullité du plan de sauvegarde de l'emploi pour absence de cause

---

<sup>1275</sup> Le juge contrôle la réalité des difficultés économiques (Ex. : Cass. soc., 12 décembre 1991, n°90-44762). Cf. S. FROSSARD, Rep. dr. du trav. Dalloz, V° Licenciement pour motif économique : notion, n°110, octobre 2015.

<sup>1276</sup> Cass. soc., 13 janvier 1993, Bull. civ. V, n°9 : « *Mais attendu que la cour d'appel, qui a relevé que la situation économique invoquée pour justifier les licenciements résultait d'une attitude intentionnelle et frauduleuse du [ groupe], a légalement justifié sa décision* ». – Cass. soc., 12 janvier 1994, n°92-43191 : « *Mais attendu que la cour d'appel, qui a estimé que les difficultés financières invoquées avaient été intentionnellement et artificiellement créées et résultaient d'une attitude frauduleuse, a justifié sa décision* ». – Cass. soc., 5 septembre 1999, n°97-42057 : « *[La Cour d'appel] a pu décider que le licenciement de [la salariée] n'était pas dû à des difficultés économiques réelles mais au fait personnel de son employeur* ». En l'occurrence, prélèvements personnels de ce dernier supérieurs au chiffre d'affaires de la société. – Cass. soc., 10 juillet 2002, n°00-41491 : « *Les difficultés économiques invoquées à l'appui du licenciement résultaient des agissements de l'employeur qui avait, en connaissance de cause, conduit à la liquidation forcée de [l'entreprise]* ».

<sup>1277</sup> Cass. soc., 9 octobre 1991, Bull. civ. V, n°402 : « *Mais attendu que les juges du fond, ayant relevé que [l'association] s'était laissé dépouiller par pure complaisance d'une partie importante de son patrimoine et avait ainsi contribué en connaissance de cause à la création de la situation [...], ont jugé à bon droit que le licenciement [du salarié] était la conséquence de l'organisation par cette association de son insolvabilité* ».

<sup>1278</sup> Cass. soc., 5 avril 1995, préc. La problématique consistant alors à déterminer ce qu'est un « secteur d'activité ».

économique<sup>1279</sup>. Ainsi, non seulement les difficultés ne doivent pas provenir de l'employeur proprement dit, mais elles ne doivent pas non plus procéder de l'éventuelle société mère.

La nécessité d'une cause justificative ne dépendant pas de la volonté de l'employeur est donc évidente. Faut-il cependant ne condamner que les fautes intentionnelles et les manœuvres frauduleuses de ce dernier ? Les arrêts condamnant l'employeur relèvent de ces hypothèses<sup>1280</sup>. Néanmoins, certains auteurs<sup>1281</sup> considèrent que la jurisprudence relative à la cessation d'activité admettant l'absence de cause réelle et sérieuse des licenciements intervenus par la faute de l'employeur<sup>1282</sup>, voire par « simple » légèreté blâmable<sup>1283</sup>, devrait être étendue au cas de difficultés économiques rencontrées par l'entreprise. Une telle approche invite nécessairement à s'intéresser à la gestion même de l'entreprise alors que la jurisprudence continue, par ailleurs, de refuser de condamner les « simples » erreurs de gestion<sup>1284</sup>. La frontière est floue, il ne s'agit après tout que d'une question de mesure. Il est difficile de continuer à considérer l'employeur comme seul juge de ses choix de gestion dès lors que le juge peut intervenir. Le contrôle demeure cependant limité aux décisions paraissant excessives ou manifestement déraisonnables.

*ii. La cessation complète d'activité de l'entreprise.*

**309. La cessation d'activité, motif autonome de licenciement.** Il ne s'agit plus ici de pérenniser ou de « sauver » l'entreprise puisque par définition elle disparaît. Mais la

<sup>1279</sup> TGI Troyes, 4 février 2011, n°10/02475. Cf. la « saga judiciaire Sodimédical » : SSL, 26 décembre 2011, n°1519, p. 5, note G. AUZERO.

<sup>1280</sup> Cass. soc., 13 janvier 1993, Bull. civ. V, n°9, préc. – Cass. soc., 12 janvier 1994, n°92-43191, préc. – Cass. soc., 5 septembre 1999, n°97-42057, préc. – Cass. soc., 10 juillet 2002, n°00-41491, préc.

*Adde* Cass. soc., 18 mai 2005, n°03-43616, qui semble effectivement exiger la fraude ou la faute intentionnelle : « *Attendu, cependant, qu'en relevant que les embauches avaient eu pour objet de redéployer l'activité de l'association dans des domaines plus porteurs et qu'aucune manœuvre frauduleuse ni aucune faute intentionnelle dans le but de provoquer une cessation de paiement et d'activité n'était caractérisée à l'encontre de l'employeur [...]* ».

<sup>1281</sup> A. FABRE, note sous Cass. soc., 22 septembre et 23 novembre 2011, RDT 2012, p. 37.

<sup>1282</sup> Cass. soc., 26 janvier 1994, Bull. civ. V, n°26 : « *La cour d'appel a relevé que [la société] était responsable du mauvais choix de son dirigeant de fait ou de droit, qui avait entraîné la décision ministérielle de refus de renouvellement de l'autorisation, et qu'elle ne pouvait ni soutenir avoir ignoré les antécédents judiciaires de ce dirigeant ni exciper de sa bonne foi* ».

<sup>1283</sup> Cass. soc., 16 janvier 2001, Dr. soc. 2001, p. 416, note J. SAVATIER ; JCP G. 2001, II, 10557, note Th. LAMARCHE ; D. 2001, p. 2170, obs. C. BOISSEL. – Cass. soc., 30 octobre 2002, n°00-43624. – Cass. soc., 28 février 2006, Bull. civ. V, n°89.

<sup>1284</sup> Cass. soc., 14 décembre 2005, Bull. civ. V, n°365. – Cass. soc., 8 novembre 2005, n°03-45035. – Cass. soc., 19 novembre 2008, n°07-43270.

problématique demeure la même : la cessation complète d'activité de l'entreprise doit-elle dépendre d'éléments indépendants de la seule volonté de l'employeur (tels que des difficultés économiques, ou l'état de santé de l'employeur, personne physique) ou au contraire, peut-elle ne résulter que de sa volonté. Autrement dit, l'origine de la cessation d'activité est-elle contrôlée par le juge ?

La jurisprudence considère la cessation d'activité comme un motif autonome de licenciement. Dès lors, nulle nécessité de difficultés économiques, de sauvegarde de la compétitivité ou l'introduction de nouvelles technologies pour la justifier<sup>1285</sup>. *A priori*, l'employeur pourrait donc cesser son activité sans faire état d'éléments objectifs, extérieurs à sa seule volonté. La cause de la cessation d'activité est censée être à l'abri du contrôle du juge<sup>1286</sup>. Un employeur désirant cesser son activité sans invoquer de motifs particuliers serait ainsi libre de le faire. Une telle hypothèse peut se concevoir, que l'employeur soit une personne physique ou épouse les contours d'une personne morale telle la société ou l'association. Il est vrai que dans cette dernière hypothèse, les actionnaires et/ou associés décidant de la dissolution de la société ou de l'association n'ont pas à proprement parler la qualité d'employeur. Reste que la dissolution anticipée d'une société par volonté des associés entraîne la disparition de l'entreprise exploitée<sup>1287</sup>. Bien sûr, la société ou l'association dissoute peut toujours céder, par vente ou transmission, l'entreprise qu'elle exploite, mais l'entreprise peut également s'arrêter sans qu'il soit besoin d'invoquer des motifs objectifs. Les associés peuvent vouloir la dissolution de leur société pour des raisons personnelles ou parce qu'ils ne s'entendent plus<sup>1288</sup>. La société, et corrélativement l'entreprise qu'elle exploite, peut donc être tout à

---

<sup>1285</sup>Cass. soc., 16 janvier 2001, Bull. civ. V, n°10, préc. : « *Ayant exactement rappelé que l'énumération des motifs économiques de licenciement par l'article L. 321-1 du Code du travail [L. 1233-3 nouveau] n'est pas limitative, la cour d'appel a retenu à bon droit que la cessation d'activité de l'entreprise, quand elle n'est pas due à une faute de l'employeur ou à sa légèreté blâmable, constituait un motif économique de licenciement au sens du texte précité* ».

Jurisprudence administrative en ce sens : CE, 8 avril 2012, n°348559, JurisData n°2013-006765.

<sup>1286</sup> Cass. soc., 1<sup>er</sup> mars 2000, Bull. civ. V, n°81 : « *Il appartient au juge prud'homal saisi d'un différend né à l'occasion d'un licenciement de se prononcer sur le caractère réel et sérieux des motifs de rupture et non sur la cause de la cessation de l'activité de l'employeur* ». – Cass. soc., 16 mars 2004, n°02-40633.

<sup>1287</sup> P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des Sociétés*, LGDJ, 2015, 6<sup>ème</sup> éd., n°597.

<sup>1288</sup> Sans aller jusqu'à la paralysie de l'activité car alors il s'agirait d'un « juste motif » permettant la dissolution judiciaire. (cf. not. Cass. ch. Mixte, 16 décembre 2005, Bull. civ. ch. Mixte, n°9. – Cass. com., 16 mars 2011, Bull. Joly Sociétés 2011, p. 471, note F.-X. LUCAS).

En effet, à côté de la dissolution anticipée décidée par les associés existe la possibilité de demander la dissolution judiciaire pour justes motifs (Article 1844-7, 5° du Code civil), unicité d'associé (Article

fait viable lorsqu'est décidée sa dissolution<sup>1289</sup>. Comment comprendre alors l'arrêt du 8 février 2011 de la chambre commerciale de la Cour de cassation semblant exiger un « motif sérieux » et une décision qui ne soit pas « contraire à l'intérêt social »<sup>1290</sup> lors de la dissolution d'une société ? Une telle décision n'est pas à l'abri de critiques. Par définition, la dissolution d'une société paraît structurellement contraire à l'intérêt social puisqu'il s'agit de la faire disparaître<sup>1291</sup>. Ensuite, l'exigence d'un « motif sérieux » se heurte à la lettre du Code civil qui ne l'exige pas. Ce sont en réalité les faits d'espèce qui paraissent expliquer la solution de la Cour de cassation. En effet, il s'agissait surtout de condamner l'associé majoritaire qui n'avait dissous la société que pour se soustraire aux engagements pris envers l'associé minoritaire de rachat de ses titres. La fraude n'était pas loin<sup>1292</sup>. Ici, comme en cas de difficultés économiques, le comportement intentionnel et frauduleux de l'employeur rend injustifiés les licenciements pour motif économique prononcés.

**310. L'incidence de la faute ou la légèreté blâmable de l'employeur.** Dans un arrêt du 16 janvier 2001, la Cour de cassation a précisé que la cessation d'activité ne devait pas résulter de la faute<sup>1293</sup> ou de la légèreté blâmable de l'employeur<sup>1294</sup>. Or la légèreté

1844-5 du Code civil) ou lorsqu'un jugement de liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif a été ordonné (Article 1844-7, 7°, du Code civil).

<sup>1289</sup> Une dissolution anticipée peut être certes décidée parce que la société rencontre des difficultés mais elle ne doit pas être en situation de « dépôt de bilan ». Dans cette hypothèse, les associés/actionnaires ne peuvent décider de sa dissolution anticipée mais doivent demander au tribunal de commerce l'ouverture d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire.

<sup>1290</sup> Cass. soc., 8 février 2011, JCP E. 2011, 1367, note B. DONDERO ; Bull. Joly Sociétés 2011, p. 288, note F.-X. LUCAS : « Mais attendu qu'après avoir relevé que la décision de liquider la société a été prise à l'initiative de la société TFN sans motifs sérieux, l'arrêt retient que cette société a abusivement profité de sa position d'associée majoritaire au sein de la société CASIF pour mettre un terme aux activités de cette entreprise, empêchant par là-même toute possibilité d'exécution des engagements conclus entre elle et la société MCR, et que ces agissements fautifs ont causé à cette dernière un préjudice constitué par la perte d'une chance de pouvoir céder les titres en sa possession dans les conditions contractuellement prévues ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations faisant ressortir que la décision de dissolution avait été prise contrairement à l'intérêt social et dans l'unique dessein de permettre à l'associé majoritaire de se soustraire à ses engagements envers l'associé minoritaire, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ». (C'est nous qui soulignons).

<sup>1291</sup> Cf. F.-X. LUCAS, note sous Cass. com., 8 février 2011, Bull. Joly Sociétés 2011, p. 471, préc. ; F.-G. RÉBULLE, « Entreprise et développement durable », JCP 2011, 1765.

<sup>1292</sup> Rappr. Cass. com., 3 mai 2012, JCP E. 2012, 1443, note F. BUY. (Dissolution décidée pour contourner l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce, lequel prévoit la responsabilité de l'auteur d'une rupture brusque des relations commerciales établies).

<sup>1293</sup> V. déjà : Cass. soc., 26 janvier 1994, Bull. civ. n°26, préc. (cessation des activités de l'entreprise, en l'occurrence un casino, à la suite du refus de renouvellement de l'autorisation ministérielle dû au mauvais choix du dirigeant dont les antécédents judiciaires ne pouvaient être ignorés). – Cass. soc., 14 mars 2012, n°10-28413 (cessation d'activité due à une carence fautive de l'employeur n'ayant pas permis

blâmable ne peut être assimilée à la seule intention malveillante de l'employeur. Dès lors, la Cour de cassation contrôle *a priori* tant le comportement nuisible que la décision prise de manière inconsidérée<sup>1295</sup> à l'origine de la cessation de l'activité. Une telle affirmation ne remet-elle pas alors en cause l'inexistence d'un contrôle de l'origine de la cessation d'activité ? Paradoxalement, les faits d'espèce ayant donné lieu à l'arrêt du 16 janvier 2001 pouvaient en faire douter. Le motif invoqué à l'appui de la cessation d'activité était le non-renouvellement du bail commercial. Or la loi impose que le refus d'un tel renouvellement soit motivé par un motif grave et légitime<sup>1296</sup> (sauf à payer une indemnité d'éviction). Pour contrôler la « légèreté blâmable » de l'employeur n'aurait-il pas fallu que la Cour de cassation s'interrogeât sur l'origine même de ce non-renouvellement ? Elle paraît pourtant l'omettre<sup>1297</sup>. La Cour de cassation exercera d'ailleurs effectivement ce contrôle dans un arrêt ultérieur<sup>1298</sup> : « *Mais attendu que la cour d'appel a constaté que la société, titulaire d'un bail commercial ayant versé avec retard le loyer et refusé indûment sa majoration, ces manquements avaient entraîné la résiliation du bail et la fermeture de l'unique établissement, qu'elle a pu en déduire que l'employeur avait agi avec une légèreté blâmable dont était résultée la cessation d'activité de l'entreprise* ».

**311. L'incidence de l'existence d'un groupe.** Lorsque la cessation d'activité concerne une société appartenant à un groupe<sup>1299</sup>, la Cour de cassation paraît davantage

d'obtenir les autorisations nécessaires à la poursuite de l'activité). – CA Paris, 13 mars 2012, n°07/01727 (fermeture d'un établissement ordonnée pour des faits de tolérance habituelle de la prostitution).

<sup>1294</sup> Cass. soc., 16 janvier 2001, Bull. civ. V, n°10, préc. – Cass. soc., 30 octobre 2002, n°00-43624. – Cass. soc., 28 février 2006, Bull. civ. V, n°89, préc.

<sup>1295</sup> Ex. : Cass. soc., 10 mai 2005, n°03-40620 : « *L'association, cessionnaire d'une activité exercée dans des locaux nécessitant une mise aux normes, avait engagé les salariés après avoir accepté de faire son affaire de l'agrément de la commission de sécurité compétente sans avoir sur ce point la moindre garantie, puis avait fait preuve de carence à l'égard du propriétaire s'agissant des travaux nécessaires...* ». – CPH Longwy, 10 juin 2005, Dr. ouvr. 2006, p. 313 : embauche de salariés alors que l'employeur connaissait l'imminence de la cessation d'activité.

<sup>1296</sup> Article L. 145-14 et L. 145-17 et s. du Code de commerce.

<sup>1297</sup> Cf. J. SAVATIER, note sous Cass. soc., 16 janvier 2001, Dr. soc. 2001, p. 413.

<sup>1298</sup> Cass. soc., 2 juin 2009, n°08-41747 à 41757, Lexbase Hebdo, éd. soc., 18/06/2009, n°355, note F. LALANNE.

<sup>1299</sup> V. déjà le recours au mécanisme du co-emploi utilisé par la Cour de cassation afin de refuser que la cessation d'activité d'une seule des entités-employeurs soit une cause autonome justificative de licenciement : Cass. soc., 18 janvier 2011, SSL, 12 septembre 2011, n°1504, p. 27, note P. BAILLY ; RDC 2011, p. 901, note Ch. NEAU-LEDUC ; JCP E. 2011, 1291, note F. AUBONNET ; Dr. ouvr. 2011, p. 273, note P. DARVERS-BORNOZ ; Rev. soc. 2011, p. 154, note A. COURET.

exigeante. Dans un arrêt en date du 1<sup>er</sup> février 2011<sup>1300</sup>, la chambre sociale affirme certes qu'en « *cas de fermeture définitive et totale d'activité de l'employeur, le juge ne peut, sans méconnaître l'autonomie de ce motif de licenciement, déduire la faute ou la légèreté blâmable de l'employeur de la seule absence de difficultés économiques, ou à l'inverse, déduire l'absence de faute de l'existence de telles difficultés* » pour immédiatement ensuite préciser qu'« *il ne lui est pas interdit de prendre en compte la situation économique de l'entreprise pour apprécier le comportement de l'employeur* ». En l'espèce, la Cour de cassation appuie la décision des juges du fond ayant relevé que la décision de cessation d'activité n'avait pas été prise pour « *sauvegarder [la] compétitivité [de l'entreprise], mais afin de réaliser des économies et d'améliorer [la] rentabilité [du groupe]* ». Il est paradoxal de considérer d'une part, la cessation d'activité comme un motif autonome de licenciement et, d'autre part, de contrôler les raisons de cette cessation d'activité. Reste que ce qui est condamné est bien le comportement du groupe, davantage que celle de l'employeur proprement dit<sup>1301</sup>. Sont autant d'indices à un comportement répréhensible : la précipitation, l'absence de difficultés économiques et la prévalence de l'intérêt du groupe au détriment de la filiale concernée<sup>1302</sup>. Ce faisant, il est difficile de considérer que la Cour de cassation ne s'immisce pas dans la gestion du groupe<sup>1303</sup>. Reste que l'arrêt du 1<sup>er</sup> février 2011<sup>1304</sup>

---

<sup>1300</sup> Cass. soc., 1<sup>er</sup> février 2011, Rev. soc., 2011, p. 154, note A. COURET ; RDT 2011, p. 168, note F. GÉA ; LPA, 24 juillet 2012, n°147, p. 4, note R. DALMASSO ; Dr. ouvr. 2011, p. 584, note A. FERRER ; Lexbase hebdo éd. soc., 17/02/2011, n°428, note G. AUZERO.

<sup>1301</sup> P. MORVAN, « La mise à mort du motif économique de licenciement tiré de la cessation d'activité d'une filiale. À propos de l'arrêt Goodyear du 1<sup>er</sup> février 2011. (Libres propos) », JCP S. 2011, act. 120 ; F. GÉA, note sous Cass. soc., 1<sup>er</sup> février 2011, préc. ; G. AUZERO, note sous même arrêt, préc.

<sup>1302</sup> Cf. dans cette lignée : Cass. soc., 8 octobre 2008, RJS 1/09, n°24 : « *La cour d'appel [...] a retenu que la cessation d'activité de la société avait été décidée [...] de manière précipitée, à la demande de son principal associé et pour satisfaire aux seules exigences du groupe, sans que toutes les possibilités pouvant permettre le maintien de son activité et des emplois aient été recherchées ; qu'elle a pu en déduire que cette cessation rapide et définitive de l'activité de la société, malgré les bons résultats qu'elle avait réalisés et en dépit de la position favorable qu'elle occupait sur le marché, procédait d'une légèreté blâmable, privant les licenciements alors prononcés de cause réelle et sérieuse* ».

<sup>1303</sup> A. COURET, note sous Cass. soc., 18 janvier et 1<sup>er</sup> février 2011, Rev. Soc. 2011, p. 154 ; L. DRAI, note sous mêmes arrêts, RDT 2011, p. 285 ; R. DAMALSSO, note sous Cass. soc., 1<sup>er</sup> février 2011, LPA 24 juillet 2012, n°147, p. 4 ; P. MORVAN, « La mise à mort du motif économique... », art. préc. Cf. l'arrêt lui-même du 1<sup>er</sup> février 2011 : « *La cour d'appel, [...], a relevé, notamment, que la baisse d'activité de la société était imputable à des décisions du groupe, qu'elle ne connaissait pas de difficultés économiques, mais qu'elle obtenait au contraire de bons résultats, que n'étant pas un distributeur indépendant, elle bénéficiait fort logiquement de conditions préférentielles d'achat auprès du groupe, dont elle était la filiale à 100 % à travers une société holding et que la décision de fermeture a été prise par le groupe, non pas pour sauvegarder sa compétitivité, mais afin de réaliser des économies et d'améliorer sa propre rentabilité, au détriment de la stabilité de l'emploi dans l'entreprise concernée* ».

s'efforce de concilier la liberté d'entreprendre<sup>1305</sup> avec le droit pour chacun d'obtenir un emploi<sup>1306</sup>. Il paraît dès lors s'inscrire dans la jurisprudence ne reconnaissant pas la cessation d'activité comme un motif autonome de licenciement lorsqu'elle n'est que partielle<sup>1307</sup>. Il est possible que la fermeture d'une seule filiale, même totale et définitive, doive être considérée à l'aune du groupe auquel elle appartient, et n'être analysée que comme une réorganisation répondant à des difficultés économiques, des mutations technologiques ou à la sauvegarde de la compétitivité<sup>1308</sup>. Il s'agirait ainsi de raisonner à l'instar des autres motifs autonomes de licenciement au niveau du secteur d'activité du groupe<sup>1309</sup>. Ce qui revient à considérer que la cessation d'activité n'est pas une cause autonome lorsque l'entreprise fait partie d'un groupe<sup>1310</sup>. Une telle solution vise en réalité à contrer les projets de délocalisation de filiales dans des groupes par ailleurs viables. C'est à cette hypothèse que s'est efforcé de répondre le législateur par l'obligation imposée à certains employeurs de rechercher un repreneur<sup>1311</sup>.

<sup>1304</sup> Cass. soc., 1<sup>er</sup> février 2011, Bull. civ. V, n°42, préc.

<sup>1305</sup> La décision du Conseil constitutionnel du 12 janvier 2002, n°2001-455 DC censure la loi ayant refusé de reconnaître la cessation d'activité comme une cause autonome de licenciement pour atteinte manifestement excessive à la liberté d'entreprendre. Par ailleurs, le Conseil considère, dans cette même décision, le droit à l'emploi comme un droit constitutionnellement garanti.

<sup>1306</sup> La Cour de cassation souligne que la décision de fermeture de l'entreprise prise par le groupe l'avait été « *au détriment de la stabilité de l'emploi dans l'entreprise concernée* ». On note l'évolution depuis l'arrêt « Brinon », 31 mai 1956, Bull. civ. sec. soc., n°499, préc. : « *L'employeur qui porte la responsabilité de l'entreprise est seul juge des circonstances qui le déterminent à cesser son exploitation, et aucune disposition ne lui fait l'obligation de maintenir son activité à seule fin d'assurer à son personnel la stabilité de son emploi...* ».

<sup>1307</sup> La cessation partielle n'est pas un motif autonome de licenciement. Elle nécessite donc de répondre à des difficultés économiques ou des mutations technologiques ou à une réorganisation en vue de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise. Cass. soc., 10 septembre 2006, Bull. civ. V, n°296. – Cass. soc., 28 mai 2008, n°07-4730. – Cass. soc., 29 avril 2009, n°07-44306.

<sup>1308</sup> V. Cependant la position du Conseil d'État : CE, 22 mai 2015, req., n°375897 : « *Lorsque la demande d'autorisation de licenciement pour motif économique est fondée sur la cessation d'activité de l'entreprise, il appartient à l'autorité administrative de contrôler que cette cessation d'activité est totale et définitive ;[il] ne lui appartient pas, en revanche, de contrôler si cette cessation d'activité est justifiée par l'existence de mutations technologiques, de difficultés économiques ou de menaces pesant sur la compétitivité de l'entreprise [...]. Lorsque l'entreprise appartient à un groupe, la seule circonstance que d'autres entreprises du groupe aient poursuivi une activité de même nature ne fait pas, par elle-même, obstacle à ce que la cessation d'activité de l'entreprise soit regardée comme totale et définitive* ».

<sup>1309</sup> F. GÉA, « Causes (économiques) enchevêtrées », RDT 2010, p. 297 et s. *in fine*.

<sup>1310</sup> P. MORVAN, note sous Cass. soc., 28 février 2006, JCP S. 2006, 1474.

<sup>1311</sup> L'article 19 de la loi n°2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi a institué l'obligation pour les grandes entreprises (d'au moins mille salariés) envisageant la fermeture d'un établissement qui aurait pour conséquence un projet de licenciement collectif, de rechercher un repreneur. L'absence de sanction prévue incita alors le gouvernement à assortir le mécanisme de sanctions pécuniaires. Le Conseil constitutionnel ayant invalidé le système (Cons. const., 27 mars 2014, n°2014-692 DC « La loi n°2014-384 du 29 mars 2014 visant à reconquérir l'économie réelle »). Il fallut donc attendre la loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire pour que le

Ainsi, le plus souvent la cessation d'activité sera due à des événements ne dépendant pas de la seule volonté de l'employeur. C'est d'autant plus vrai que l'entreprise arrêtée est exploitée au sein d'un groupe de sociétés. Il reste néanmoins certaines hypothèses où l'employeur peut, de par sa seule volonté, cesser définitivement une activité viable.

*iii. La sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise*

**312. Le concept de compétitivité de l'entreprise.** Le concept de compétitivité renvoie à celui de concurrence, de compétition<sup>1312</sup>. Il permet de confronter des entités économiques comparables : pays, régions, secteurs, entreprises...

Au niveau microéconomique, la compétitivité d'une entreprise désigne son insertion dans le marché économique, aux côtés d'autres entreprises nationales et étrangères<sup>1313</sup>. Selon les économistes, la compétitivité peut être définie autant comme l'aptitude à pénétrer et à s'imposer sur de nouveaux marchés que comme la capacité à maintenir une balance commerciale positive<sup>1314</sup>. Il s'agit d'améliorer ou du moins de conserver sa position face aux autres entreprises<sup>1315</sup>.

**313. L'appréciation de la « sauvegarde de la compétitivité » justifiant une remise en cause de l'emploi.** En droit du travail, la compétitivité d'une entreprise est davantage appréciée dans son volet social qu'économique<sup>1316</sup>. Elle est limitativement entendue lorsqu'il s'agit de justifier des licenciements. En effet, il ne peut s'agir de permettre à l'entreprise de licencier pour améliorer sa rentabilité, mais de prendre en considération des difficultés prévisibles et leurs conséquences sur l'emploi. Cette restriction transparaît dans la terminologie employée par la Cour de cassation ; celle de « sauvegarde »<sup>1317</sup> de la compétitivité. En d'autres termes, il faut qu'existe une

---

dispositif soit entériné. Désormais, si l'employeur méconnaît son obligation, l'autorité administrative refusera de valider le PSE.

<sup>1312</sup> Cf. « compétitivité » in Trésor de la langue française informatisé, disponible sur <http://www.cnrtl.fr/lexicographie/comp%C3%A9titivit%C3%A9>

<sup>1313</sup> B. MULKAY, « La compétitivité d'un territoire », Colloque du CRIES du 9 et 10 octobre 2006.

<sup>1314</sup> Cf. not. L. LACHAAL, « La compétitivité : concepts, définitions et applications », in *Le futur des échanges agro-alimentaire dans le bassin méditerranéen : les enjeux de la mondialisation et les défis de la compétitivité*, CIHEAM, 2001, p. 29 ; L. LATRUFFE, « Compétitivité, productivité et efficacité dans les secteurs agricole et agroalimentaire », éd. OCDE, 2010.

<sup>1315</sup> M. DIDIER, *Dictionnaire des sciences économiques*, PUF, 2001, v° Compétitivité.

<sup>1316</sup> Cf. B. TEYSSIÉ, « Le principe de compétitivité en droit du travail », in *Études de droit privé, Mélanges offerts à Paul DIDIER*, Economica, 2008, p. 405.

<sup>1317</sup> A ce sujet, peut-être noté un durcissement de la jurisprudence. Alors que la Cour de cassation avait admis que le licenciement économique pouvait être justifié dès lors que la réorganisation dont il résultait

menace<sup>1318</sup> sur la compétitivité de l'entreprise susceptible d'entraîner des difficultés économiques en l'absence de mesures de réorganisation. La recherche d'une meilleure rentabilité<sup>1319</sup>, de l'augmentation de profits<sup>1320</sup> ou de marges<sup>1321</sup> ne suffit pas à justifier des licenciements économiques. Puisque la compétitivité d'une entreprise est liée aux conditions économiques du ou des pays où elle est implantée et du marché international dans lequel elle s'insère, la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise renvoie à une réalité ne dépendant pas de la seule volonté de l'employeur. Ce dernier doit d'ailleurs apporter des éléments objectifs, concrets à l'appui de sa décision<sup>1322</sup>. La potestativité de son droit en est d'autant amoindrie.

#### *iv. Les mutations technologiques*

**314. L'importance du contexte technologique et économique.** Dans l'hypothèse d'une mutation technologique, l'employeur n'a pas à être d'ores et déjà confronté à des difficultés économiques pour pouvoir licencier<sup>1323</sup>. Il n'est ainsi pas nécessaire que pèse une menace sur la compétitivité<sup>1324</sup>. En d'autres termes, l'employeur demeure libre de décider de l'introduction ou non de nouvelles technologies<sup>1325</sup> dans son entreprise. Pour autant, l'intégration au sein d'une entreprise des avancées technologiques – lesquelles ne dépendent pas en principe de l'employeur – a pour finalité d'adapter l'activité

était opérée dans l'intérêt de l'entreprise (Cass. soc., 1<sup>er</sup> avril 1992, Bull. civ. V, n°223, en l'occurrence la nouvelle organisation des représentants de commerce avait pour finalité un meilleur fonctionnement de l'entreprise), elle a fini par imposer que cette réorganisation le soit pour *sauvegarder la compétitivité de l'entreprise* (Cass. soc., 5 avril 1995, Bull. civ. V, n°123). Ainsi, l'intérêt de l'entreprise en tant que tel ne serait pas suffisant : cf. Cass. soc., 13 mai 2003, n°00-46766. Pour autant, des difficultés financières n'ont pas à être actuelles, elles peuvent, au contraire, être simplement anticipées. (Fameux arrêt « Pages jaunes » de la Cour de cassation : Cass. soc., 11 janvier 2006, D. 2006, p. 1013, note J. PÉLISSIER ; SSL, 2 octobre 2006, n°1276, p. 21, obs. M.-L. MORIN ; JCP E. 2006, 1310, note P. MORVAN). La « sauvegarde de la compétitivité », permet ainsi une anticipation de l'évolution du marché.

<sup>1318</sup> Cass. soc., 9 mai 2006, n°05-40554 : « *L'employeur n'apportait aucun élément tendant à établir l'existence d'une menace qui aurait pesé sur le secteur* ». – Cass. soc., 8 juillet 2009, n°08-41870 : « *La preuve d'une menace pesant sur la compétitivité n'était pas rapportée* ».

<sup>1319</sup> Cass. soc., 1 décembre 1999, Bull. civ. V, n°466.

<sup>1320</sup> Cass. soc., 30 septembre 1997, Bull. civ. V, n°291. – Cass. soc., 30 novembre 2011 ; JCP S. 2012, 1086, note F. DUMONT.

<sup>1321</sup> Cass. soc., 13 septembre 2006, n°05-41665.

<sup>1322</sup> Cf. not. Ph. WAQUET, obs. sous Cass. soc., 7 juin 2006 et 4 juillet 2006, RDT 2006, p. 241 et obs. sous Cass. soc., 23 mai 2007, RDT 2007, p. 456 ; J. SAVATIER, obs. sous Cass. 1<sup>er</sup> décembre 1999, Dr. soc. 2000, p. 212.

<sup>1323</sup> Cass. soc., 3 juin 1993, Bull. civ. V, n°155.

<sup>1324</sup> Cass. soc., 9 octobre 2002, n°00-44069.

<sup>1325</sup> Définies par l'Administration comme « *toute mesure d'automatisation, d'informatisation, de robotisation affectant les méthodes de gestion, de fabrication ou de production, ou encore toute mesure prise en manière d'audiovisuel, de biotechnologie* ». (Circ. Min. DRT, n°12 du 30 novembre 1984).

poursuivie aux évolutions du marché. Il s'agit bien pour l'employeur d'anticiper sur la compétitivité de son entreprise, de permettre l'amélioration de sa productivité. En d'autres termes, c'est le contexte économique qui influe sur la décision de l'employeur. Mais faut-il alors considérer ce contexte comme une simple contingence extérieure à l'employeur où admettre qu'il s'agit d'une réelle contrainte pour ce dernier ? La réponse n'est pas aisée et sans doute casuistique. L'arrêt « *Pages jaunes* » de la Cour de cassation<sup>1326</sup>, par exemple, permettant des licenciements préventifs dont le motif est tiré de la sauvegarde de la compétitivité correspondait justement à la prise en considération des évolutions technologiques du marché qu'il paraissait alors nécessaire d'intégrer afin que l'entreprise puisse perdurer<sup>1327</sup>.

## 2. *L'aménagement contractuel des règles légales*

**315. *L'amoindrissement contractuel de la potestas de l'employeur.*** L'exigence d'une clause réelle et sérieuse est un socle minimum immuable, mais les parties peuvent convenir de protéger davantage le salarié. Ainsi, sous certaines conditions, les clauses de renonciation au droit du licenciement sont licites (a). Mais n'étant pas toujours analysées de la même façon, la sanction de leur non-respect peut différer (b).

### a. *La licéité des clauses de renonciation au droit du licenciement*

**316. *Obligation de stabilité de l'emploi.*** Bien que l'article L. 1231-4 du Code du travail affirme que ni l'employeur ni le salarié ne peuvent renoncer par avance aux règles relatives à la rupture du contrat à durée indéterminée, les clauses imposant à la charge de l'employeur une garantie d'emploi ou restreignant les motifs de licenciement sont licites. En revanche, celles mettant à la charge du salarié une obligation de maintien paraissent vouées à l'échec. C'est que portant atteinte à la liberté du salarié, elles ne pourraient être admises que dans le respect de l'article L. 1121-1 du Code du travail, c'est-à-dire à la double condition de justification et de proportion. Ainsi, les clauses de dédit-formation ne sont valables que justifiées par un investissement particulier de l'employeur dépassant ses obligations légales<sup>1328</sup>, et limitées dans le temps. Mais si les clauses de stabilité à la charge de l'employeur sont en principe valables, elles ne peuvent

<sup>1326</sup> Cass. soc., 11 janvier 2006, Bull. civ. V, n°10, préc.

<sup>1327</sup> P. MORVAN, note préc. sous Cass. soc., 11 janvier 2006, JPC E. 2006, 1310.

<sup>1328</sup> Cass. soc., 5 juin 2002, Bull. civ. V, n°196, préc.

pas non plus priver indéfiniment l'employeur de son droit. Les clauses de garantie d'emploi *stricto sensu* doivent comporter un terme précis<sup>1329</sup>. Mais plus encore, la Cour de cassation semble admettre que la rupture pour faute grave, force majeure ou accord des parties est toujours possible<sup>1330</sup> même en présence de clauses contraires.

**317. Les clauses de garantie d'emploi stricto sensu.** La Cour de cassation semble différencier les clauses selon qu'elles prennent<sup>1331</sup> ou non<sup>1332</sup> en considération les difficultés particulières auxquelles serait confronté le salarié pour retrouver un emploi équivalent s'il devait être licencié. Les premières ne seraient pas des clauses pénales au contraire des secondes<sup>1333</sup>. Mais une telle distinction en dissimule une autre, celle tenant à la spécification ou non d'un montant en cas de non-respect de la clause. En effet, seule une clause de garantie d'emploi ayant prévu un montant forfaitaire peut légitimement être qualifiée de clause pénale (alors soumise à l'article 1152 du Code civil). Au contraire, une clause de garantie d'emploi n'ayant pas prévu de sanction, ne peut, par définition, être qualifiée comme telle. Dès lors, le montant auquel est tenu l'employeur (le montant des salaires restant à courir) ne peut être diminué sur le fondement de l'article 1152 du Code civil. La jurisprudence considérant d'ailleurs que lorsque les parties précisent que le montant dû sera les salaires et avantages en nature que le salarié aurait perçus pendant la durée de la garantie, elles ne font que rappeler le principe des « indemnités attachées de plein droit à la méconnaissance par l'employeur de son

---

<sup>1329</sup> La clause de garantie d'emploi jusqu'à la retraite ayant été jugée valable : Cass. soc., 7 novembre 1990, Bull. civ. V, n°524, préc.

<sup>1330</sup> Cass. soc., 15 avril 2015, n°13-21306 et 13-22469, publié, préc. Dans cet arrêt, la Cour de cassation énumère la faute grave, la force majeure et l'accord des parties alors même que la clause de garantie semblait ne prévoir que la faute lourde comme cause exonératrice. Cf. supra n°279.

<sup>1331</sup> Cass. soc., 23 octobre 2007, Bull. civ. V, n°172, préc. : « La cour d'appel ayant, par une interprétation de la volonté commune des parties, jugé que la clause litigieuse avait pour but de préserver la salariée de la perte de son emploi, dans un contexte économique rendant difficile son reclassement professionnel, elle a pu décider qu'elle ne constituait pas une clause pénale ». – Cass. soc., 26 septembre 2012, n° 11-20194 : « La clause de garantie d'emploi n'était pas destinée à réparer la violation d'un manquement de l'employeur, mais avait pour but d'allouer [au salarié] à l'issue de son mandat social un revenu de remplacement au cas où la société ne lui fournirait pas de travail, a pu décider qu'elle n'avait pas le caractère d'une clause pénale ».

<sup>1332</sup> Cass. soc., 15 avril 2015, n°13-21306 et 13-22469, publié, préc. : « Mais attendu qu'interprétant la clause contractuelle qui prévoyait le versement d'une indemnité forfaitaire en cas de violation de la garantie d'emploi, la cour d'appel, qui a fait ressortir que cette clause n'avait pas été stipulée pour tenir compte de la difficulté pour le salarié de retrouver sa situation antérieure d'expert comptable libéral, a pu décider qu'elle constituait une clause pénale ».

<sup>1333</sup> Rappr. les indemnités contractuelles de licenciement : supra n°279 et s.

*engagement* »<sup>1334</sup>. Autrement dit, lorsque les parties précisent que la sanction encourue sera l'équivalent de salaires restant à courir jusqu'au terme de la clause, elles ne sont pas considérées avoir prévu un montant spécifique de dommages-intérêts. Echappant ainsi à la qualification de clause pénale, le montant ne peut être modifié sur le fondement de l'article 1152 du Code civil.

**318. Les clauses de restriction des motifs de licenciement.** Il s'agit ici de clauses qui écartent ou restreignent davantage certains motifs précis de licenciement. Par exemple, une clause peut valablement limiter le droit de licencier pour motif disciplinaire en le subordonnant à des sanctions précises prises antérieurement<sup>1335</sup> ou peut écarter le motif de la maladie pour un temps déterminé<sup>1336</sup>. Le plus souvent, de telles clauses sont prévues par une convention ou accord collectif, voire par le règlement intérieur lorsque le licenciement est disciplinaire. La sanction semble alors différer.

*b. Les sanctions du non respect*

**319. Divergence.** Dans l'hypothèse d'une clause, limitée ou non dans le temps, restreignant le licenciement à certains cas précis, le licenciement prononcé pour le motif écarté par la clause est sans cause réelle et sérieuse<sup>1337</sup>. Dans le cadre d'une clause de garantie d'emploi au sens strict (écartant le droit de licencier pour des motifs autres que la faute grave ou lourde, ou la force majeure pendant un temps déterminé) qui ne serait pas respectée, sans doute faut-il distinguer selon que la clause prévoie ou non un montant forfaitaire. Dans l'affirmative, l'employeur serait tenu du montant précisé (éventuellement diminué en application de l'article 1152 du Code civil). Dans le silence de la clause, il serait tenu au montant des salaires restant dus jusqu'au terme prévu de la garantie<sup>1338</sup>. Il resterait ensuite au juge à apprécier la cause réelle et sérieuse de licenciement, et le cas échéant à octroyer au salarié des indemnités pour licenciement

---

<sup>1334</sup> Cass. soc., 24 octobre 2012, n°11-18919.

<sup>1335</sup> Ex. : Cass. soc., 10 juillet 2002, Bull. civ. V, n°236, préc. – Cass. soc., 30 juin 2004, Dr. soc. 2004, p. 1035, obs. J. SAVATIER.

<sup>1336</sup> Ex. : Cass. soc., 20 septembre 2006, JCP S. 2006, 1918, note M. DEL SOL. – Cass. soc., 29 juin 2011, Bull. civ. V, n°171.

<sup>1337</sup> Ex. : Cass. soc., 10 juillet 2002, Bull. civ. V, n°236, préc. – Cass. soc., 30 juin 2004, Bull. civ. V, n°184, préc. – Cass. soc., 20 septembre 2006, Bull. civ. V, n°274, préc. – Cass. soc., 29 juin 2011, Bull. civ. V, n°171. – Cass. soc., 23 janvier 2013, n°11-28303.

<sup>1338</sup> Cass. soc., 27 octobre 1998, D. 1999, p. 186. – Cass. soc., 21 décembre 2006, n°04-40793. – Cass. soc., 13 novembre 2008, RDT 2009, p. 32, note G. AUZÉRO ; D. 2009, p. 528, note J. MOULY.

sans cause réelle et sérieuse<sup>1339</sup>. Autrement dit, la violation d'une clause de garantie d'emploi ne rend pas nécessairement le licenciement prononcé sans cause réelle et sérieuse. De prime abord, une telle solution peut surprendre. Dans la mesure où l'employeur n'avait pas (plus) le droit de licencier, le licenciement ne devrait-il pas, *ipso facto* être considéré comme sans cause réelle et sérieuse ? (De la même manière que la violation d'une clause conventionnelle restreignant le licenciement à certains cas précis est sanctionnée par l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement indûment prononcé). La Cour de cassation avait d'ailleurs antérieurement pu suivre cette voie<sup>1340</sup>. Mais le cumul qui en résulterait à savoir indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et montant contractuellement prévu ou montant des salaires restant à courir jusqu'au terme de la clause, se heurte à un obstacle : ils ont vocation à réparer le même préjudice, c'est-à-dire la violation de la clause. En d'autres termes, la jurisprudence ne pouvait que séparer la clause de garantie d'emploi de la notion de cause réelle et sérieuse, et lui réserver ainsi une sanction autonome, si elle voulait permettre l'éventualité d'un cumul. Dans ces conditions, l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse ne peut être automatique.

## Section II. Les droits de rupture altérés du salarié

**320. Le rôle de la jurisprudence.** La « prise d'acte » (I) est un mode de rupture original<sup>1341</sup> du contrat de travail. À l'initiative du salarié mais produisant les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse lorsque les faits reprochés à l'employeur sont justifiés, aucune clause n'est nécessaire, la jurisprudence elle-même en ayant forgé le régime. C'est qu'il est apparu équitable de faire bénéficier le salarié d'un droit de rupture-sanction lui permettant d'imputer à l'employeur la responsabilité de la rupture.

---

<sup>1339</sup> Cass. soc., 13 novembre 2008, Bull. civ. n°215, préc.

<sup>1340</sup> Cass. soc., 7 octobre 1997, n°94-43995. – Cass. soc., 30 mai 2007, n°05-45590.

<sup>1341</sup> Cf. not. Ph. WAQUET, « Les ruptures du contrat de travail et le droit du licenciement », RJS 10/04, p. 675 ; P. LOKIEC et S. ROBIN-OLIVIER, « Prise d'acte et rupture du contrat de travail à l'initiative du salarié », RDT 2006, p. 196 ; J. CORTOT, « Prise d'acte de la rupture par le salarié : contribution à l'étude d'un mode de rupture original », LPA, 3 janvier 2006, n°2, p. 3 ; A. MARTINEL, « Ruptures du troisième type », SSL, 5 mars 2007, suppl. n°1297, p. 29 ; N. COLLET-THIRY, *La prise d'acte de la rupture du contrat de travail*, mémoire, Paris II, 2008, n°18 et s. ; Y. PAGNERRE, *L'extinction unilatérale...*, th. préc., n°137.

**321. Le rôle de la volonté des parties.** À côté de la prise d'acte jurisprudentielle, s'est posée la question de savoir si les parties ne pouvaient pas elles-mêmes prévoir des clauses permettant à leur bénéficiaire d'imputer la rupture procédant de leur initiative à leur cocontractant (II). On songe évidemment aux clauses résolutoires. L'employeur étant tenu – et restreint – par le droit du licenciement, de telles clauses ne seraient *a priori* concevables que pour le salarié. Mais plus encore, la jurisprudence admet, sous certaines conditions, la validité de clauses « d'imputation » alors même qu'aucune faute ne serait reprochée à l'employeur. Un juste motif est alors nécessaire.

### ***I. La prise d'acte pour manquement grave***

**322. L'autonomie de la prise d'acte.** La prise d'acte s'appréhende aujourd'hui comme un véritable acte unilatéral de rupture (A) empruntant tantôt à la résolution unilatérale de droit commun tantôt au licenciement pour faute grave. Ne pouvant cependant se confondre avec ces mécanismes, elle reste un mode de rupture autonome (B).

#### ***A. La prise d'acte, acte unilatéral de rupture***

**323. De l'employeur au salarié.** La prise d'acte, initialement à la disposition de l'employeur (1) est aujourd'hui réservée au salarié (2). Elle a, *ipso facto*, changé de physionomie. Si, à l'origine, la technique même de la prise d'acte consistait pour l'employeur à constater une rupture acquise du fait du comportement du salarié<sup>1342</sup> (l'employeur ne rompait pas lui-même le contrat de travail<sup>1343</sup> mais constatait la rupture – fait illicite – du contrat par le salarié), la prise d'acte, réservée désormais au salarié, n'est plus le simple constat d'une rupture déjà consommée. D'une rupture de fait, elle est devenue rupture de droit<sup>1344</sup>.

---

<sup>1342</sup> F. GÉA, note sous Cass. soc., 14 octobre 2009, RDT 2009, p. 688.

Cf. Cass. soc., 5 février 1948, Bull. civ. III, n°125. Le juge privilégiait alors une vision unitaire de la rupture et préférait considérer que celui ayant la responsabilité de la rupture était celui qui en avait pris *en réalité* l'initiative, même si ce n'était pas formellement le cas. Cf. X. BLANC-JOUVAN, « Initiative et imputabilité : un éclatement de la notion de licenciement », Dr. soc. 1981, p. 207 et s.

<sup>1343</sup> Prendre acte signifie « constater ou faire légalement consigner un fait (agissement, défaillance, refus) ou une déclaration (offre, acquiescement, reconnaissance) ». (G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.* V° *Prise d'acte*).

<sup>1344</sup> H. GOSSELIN et F. GÉA, « Quelle est la nature juridique de la prise d'acte ? », RDT 2009, p. 688 et s.

### 1. Evolution de la prise d'acte de l'employeur

**324. La prise d'acte de l'employeur pour force majeure.** Considérée originellement comme rupture de fait, la prise d'acte permettait à l'employeur de constater la rupture du contrat de travail en cas de force majeure. Mais celle-ci a fait l'objet d'une approche restrictive. C'est ainsi que si un temps l'inaptitude médicale du salarié a été analysée comme un cas de force majeure permettant à l'employeur de prendre acte de la rupture du contrat<sup>1345</sup>, la Cour de cassation a opéré un revirement en 1991<sup>1346</sup>. De la même manière, l'incarcération du salarié a d'abord été considérée comme un cas de force majeure dont l'employeur pouvait prendre acte<sup>1347</sup> avant que la Cour de cassation n'écarte cette hypothèse<sup>1348</sup>. Ce resserrement du champ de la force majeure s'est ensuite confirmé avec les arrêts du 12 février 2003<sup>1349</sup>.

**325. La prise d'acte de l'employeur pour juste motif.** Dans les années quatre-vingts, l'employeur usait de la prise d'acte afin de constater la rupture du contrat de travail procédant de la faute du salarié. Ainsi, certains comportements du salarié permettaient à l'employeur soit de licencier soit de prendre acte de la rupture. Or, dans cette dernière hypothèse, si la prise d'acte apparaissait comme justifiée, la rupture était alors considérée comme une démission<sup>1350</sup>. Coexistaient ainsi deux régimes distincts, contradictoires. Un éclaircissement était nécessaire. Le 25 juin 1992<sup>1351</sup>, la Cour de cassation opéra un revirement. Désormais, « *l'employeur qui prend l'initiative de rompre le contrat ou qui le considère comme rompu du fait du salarié, doit mettre en œuvre la procédure de licenciement [...], à défaut, la rupture s'analyse en un licenciement sans cause réelle et sérieuse* »<sup>1352</sup>. La prise d'acte de l'employeur n'est dorénavant plus possible.

---

<sup>1345</sup> Arrêt « Le Figaro » : Cass. soc., 14 décembre 1960, JCP G. 1961, II, 11985. En 1973, la référence à la force majeure avait disparu, l'employeur pouvant prendre acte de la rupture du fait de la prolongation de la maladie ou l'inaptitude du salarié Cass. soc., 28 février 1973, JCP G. 1973, II, 17560).

<sup>1346</sup> Cass. soc., 20 novembre 1991, Bull. civ. V, n°513.

<sup>1347</sup> Cass. soc., 24 avril 1986, Bull. civ. V, n°171.

<sup>1348</sup> Cass. soc., 15 octobre 1996, Bull. civ. V, n°326.

<sup>1349</sup> Cass. soc., 12 février 2003, Bull. civ. V, n°50. (N'est pas considéré comme un cas de force majeure : le décès de l'acteur principal d'une série télévisée dès lors que la poursuite de la série peut se faire avec un autre acteur [1<sup>er</sup> arrêt], la destruction partielle d'un village-hôtel par un cyclone [2<sup>ème</sup> arrêt], l'inaptitude à son emploi d'un salarié engagé par un contrat à durée déterminée [3<sup>ème</sup> arrêt]).

<sup>1350</sup> Cf. Y. PAGNERRE, *La prise d'acte de la rupture du contrat de travail*, mémoire, Paris, 2004, n°46 et s.

<sup>1351</sup> Cass. soc., 25 juin 1992, Dr. soc. 1992, p. 707.

<sup>1352</sup> Confirmé. Ex. : Cass. soc., 25 juin 2003, Bull. civ. V, n°208. – Cass. soc., 13 janvier 2004, Bull. civ. V, n°5. – Cass. soc., 11 février 2004, Bull. civ. V, n°49.

## 2. Evolution de la prise d'acte du salarié

**326. La prise d'acte, un « contre-pouvoir ».** Consciente que dans certaines hypothèses, telle la démission provoquée par exemple, les conséquences de la rupture du contrat de travail devaient incomber à l'employeur et non pas au salarié quand bien même ce dernier aurait été à l'initiative de la rupture, la jurisprudence requalifiait cette rupture en licenciement<sup>1353</sup>. Elle considérait ainsi, par artifice, que l'initiative de la rupture procédait en réalité de l'employeur. S'est fait cependant peu à peu jour l'idée que l'initiative pouvait être distinguée de l'imputabilité<sup>1354</sup>. La prise d'acte concrétise ce mécanisme tout en aboutissant aux mêmes effets. Désormais interdite à l'employeur, elle est devenue un véritable instrument de sanction aux mains du salarié. Alors que l'employeur a la possibilité lorsqu'il licencie de poursuivre soit une finalité de libération soit une finalité de sanction (licenciement disciplinaire<sup>1355</sup> privant le salarié le cas échéant d'indemnités de licenciement et de préavis<sup>1356</sup>), le salarié lorsqu'il démissionne ne poursuit pas de fonction punitive. Les conséquences pécuniaires en sont d'ailleurs supportées par le salarié<sup>1357</sup>. Permettre à ce dernier, même protégé<sup>1358</sup>, de recourir à la prise d'acte de la rupture lui offre la possibilité de pouvoir, à son tour, rompre le contrat pour des faits qu'il reproche à son employeur et de lui en imputer la responsabilité. La

<sup>1353</sup> Cass. soc., 8 juillet 1975, Bull. civ. V, n°379.

<sup>1354</sup> Cass. soc., 11 octobre 1978, Bull. civ. V, n°662. – Cass. soc., 8 novembre 1979, Bull. Civ. V, n°827. Cf. sur ce point : X. BLANC-JOUVAN, « Initiative et imputabilité... », art. préc.

<sup>1355</sup> Avant que le Code du travail ne régitte par des dispositions spéciales la rupture du contrat de travail par l'employeur, la jurisprudence avait admis que l'employeur puisse rompre sans recourir au juge, notamment dans le cadre d'un contrat à durée déterminée : Exemple : Cass. soc., 10 février 1965, JCP G. 1965, II, 14181, note G.-H. CAMERLYNCK. – Cass. soc., 11 juin 1969, Gaz. Pal. 1970, 1, p. 116, note J. ROZIER. (Comp. avec Cass. civ., 15 juin 1914, DP 1918, 1, p. 32 qui rappelle que la demande de résolution doit être faite en justice mais qui considère que les circonstances d'une rupture unilatérale (not. manquement grave du salarié) peuvent justifier le rejet de l'indemnité habituellement accordée).

<sup>1356</sup> Les articles L. 1234-1 et L. 1234-5 du Code du travail privent le salarié licencié pour faute grave de ses indemnités de licenciement et de préavis. L'article L. 3141-26 du Code du travail ajoutait la perte des indemnités de congés payés en cas de faute lourde, mais dans sa décision n°2015-523 QPC du 2 mars 2016, le Conseil constitutionnel a déclaré inconstitutionnel la disposition écartant les indemnités de congés payés en cas de licenciement pour faute lourde du salarié.

<sup>1357</sup> Il n'a évidemment pas droit aux indemnités de licenciement et surtout ne bénéficiera pas de l'assurance-chômage. (Article L. 5421-1 du Code du travail).

<sup>1358</sup> Pendant longtemps la jurisprudence a refusé au salarié protégé de demander la résiliation judiciaire, et par voie de conséquence de prendre acte de la rupture de son contrat au nom de son statut protecteur : ex. : Cass. soc., 4 avril 2001, n°99-44095. Revirement de jurisprudence : Cass. soc., 21 janvier 2003, Bull. civ. V, n°13. – Cass. soc., 13 juillet 2004, Bull. civ. V, n°212. En conséquence, si les faits justifient la prise d'acte, les effets produits seront ceux d'un licenciement nul : Cass. soc., 5 juillet 2006, Dr. soc. 2006, p. 815, note J.-E. RAY ; RDT 2006, p. 327, obs. M. GRÉVY ; D. 2007, p. 182, obs. P.-E. BERTHIER.

lui réserver permet d'éviter le contournement du droit protecteur du licenciement par l'employeur.

**327. Du fait à l'acte unilatéral**<sup>1359</sup>. Confrontée à une prise d'acte justifiée, la jurisprudence considérait que c'était le comportement répréhensible de l'employeur qui était à l'origine de la rupture. Les difficultés ont alors concerné les prises d'acte injustifiées. En effet, d'abord qualifiées de démission, elles se sont ensuite heurtées à l'approche restrictive dont la démission a fait l'objet. En effet, à partir du moment où une prise d'acte même injustifiée est par définition équivoque, elle ne peut être considérée comme une démission. Étaient en germe les dérives de ce qu'on a pu appeler « l'auto-licenciement ». En effet, la Cour de cassation en est venue à accepter que le salarié puisse invoquer des faits même non fondés à l'appui de la rupture du contrat et imputer la responsabilité de cette rupture à l'employeur<sup>1360</sup>. En opérant un revirement – attendu – le 25 juin 2003<sup>1361</sup>, la Cour de cassation a modifié la physionomie même de la prise d'acte. En affirmant que « *lorsqu'un salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à son employeur, cette rupture produit les effets, soit d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient, soit, dans le cas contraire, d'une démission* », la jurisprudence consacre la prise d'acte comme un acte unilatéral du salarié. Selon la chambre sociale de la Cour de cassation, le

---

<sup>1359</sup> Sur l'acte juridique unilatéral, cf. not. J. MARTIN de LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral, essai d'une notion et sa technique en droit civil*, LGDJ, 1951 ; R. ENCINAS de MUÑAGORRI, *L'acte juridique unilatéral dans les rapports contractuels*, LGDJ, 1996.

<sup>1360</sup> Dans un arrêt du 26 septembre 2002 (Bull. civ. V, n°284), la Cour de cassation avait pu considérer qu'« *une démission ne peut résulter que d'une manifestation non équivoque de la volonté de la part du salarié, laquelle n'est pas caractérisée lorsque le salarié prend acte de la rupture de son contrat en reprochant à l'employeur de n'avoir pas respecté ses obligations contractuelles même si, en définitive, les griefs invoqués ne sont pas fondés* ». Une telle analyse demeure juste, mais elle entraînait alors le régime de la démission équivoque, autrement dit la qualification de licenciement sans cause réelle et sérieuse : « *La rupture du contrat de travail, qui n'était pas contestée, s'analyse en un licenciement qui, non motivé, est sans cause réelle et sérieuse* ». Cet arrêt suscita une volée de critiques (G. COUTURIER et J.-E. RAY, « Auto-licenciement : dérives et revirement (à propos des arrêts des 25 juin et 8 juillet 2003) », *Dr. soc.* 2003, p. 817 ; J.-E. RAY, « Le droit à l'autolicensing ? », *Liaisons sociales magazine*, janvier 2003, p. 52 ; P.-Y. VERKINDT, « Démission motivée = licenciement sans cause réelle et sérieuse : l'équation infernale », *Act. Soc. Lamy* 03/2003 ; J.-Y. FROUIN, « Existe-t-il un droit à l'auto-licenciement du salarié ? Bilan jurisprudentiel et perspectives d'évolution », *SSL*, 22 avril 2003, n°1119, p. 5). Parfois plus nuancées (J. MOULY, « Démission ou licenciement, une alternative très convenable » *Dr. soc.* 2004, p. 90).

<sup>1361</sup> Cass. soc., 25 juin 2003, *JCP G.* 2003, II, 10138, note E. MAZUYER ; *D.* 2003, p. 2396, note J. PÉLISSIER ; *Dr. soc.* 2003, p. 817, note G. COUTURIER et J.-E. RAY. Confirmé. Ex. : Cass. soc., 15 mars 2006, *JCP S.* 2006, 1356, note P.-Y. VERKINDT.

manquement reproché à l'employeur n'entraîne pas en soi la rupture du contrat<sup>1362</sup>. L'hypothèse inverse où le salarié aurait manqué à ses obligations est également vraie. La faute du salarié n'a pas pour effet direct de rompre le contrat, il faut encore que l'employeur décide du licenciement. Une manifestation de volonté est donc toujours nécessaire. Certes, le critère de distinction entre le fait juridique et l'acte juridique issu du rôle dévolu à la volonté (l'acte juridique est une manifestation de la volonté destinée à produire des effets de droit tandis que le fait juridique entraîne des effets juridiques mais indépendamment de toute volonté individuelle)<sup>1363</sup> n'est pas toujours aussi clair qu'il y paraît<sup>1364</sup>. Pour autant, l'objectif de la prise d'acte n'est pas de donner efficacité à un fait illicite – qui serait l'extinction du contrat pris du comportement de l'employeur – mais de rompre véritablement le contrat. Les conséquences pécuniaires prêtent sans doute à confusion puisqu'elles sont les mêmes que celles dues en cas de rupture sans droit à l'initiative de l'employeur, c'est-à-dire celles d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse<sup>1365</sup>. Mais sans décision du salarié, le contrat n'est pas rompu. La prise d'acte résulte du choix de ce dernier de répondre par la rupture du contrat au comportement de son employeur. Si la rupture se justifie bien par l'inexécution ou le comportement de ce dernier, elle procède avant tout de la décision du salarié. Autrement dit, la rupture du contrat n'est pas subie mais voulue, l'initiative en revient au salarié. Mais si la prise d'acte n'est pas le constat d'une rupture *de fait* de l'employeur, n'est-elle pas elle-même un fait juridique volontaire, et non un véritable acte unilatéral, pouvant être légitimé *a posteriori*? C'est là l'analyse de la résolution unilatérale d'une partie de la doctrine<sup>1366</sup>. Il s'agit de considérer que la prise d'acte serait en elle-même une inexécution du contrat, condamnable en soi, mais justifiée par le comportement du cocontractant. Cependant,

---

<sup>1362</sup> Cass. soc., 14 juin 2006, SSL, 5 mars 2007, n°1297, suppl., p. 114 : « *L'inexécution par l'employeur de ses obligations contractuelles n'entraîne pas en soi la rupture des contrats de travail* ».

<sup>1363</sup> J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, les obligations, I, L'acte juridique, op. cit.*, n°60 ; G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, V° « acte », « fait », « volonté » ; J. GHESTIN et G. GOUBEUX, *Traité de droit civil, Introduction générale, op. cit.*, p. 137.

<sup>1364</sup> Cf. not. J. COMBACAU, « Ouverture », in *L'acte juridique*, Droits 1988, n°7, p. 3 ; B. MOORE, « De l'acte juridique et du fait juridique ou d'un critère de distinction incertain », *Rev. juridique Thémis*, 1997, p. 277 ; C. CAILLE, « Quelques aspects modernes de la concurrence entre l'acte juridique et le fait juridique », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit, Mélanges offerts à Jean-Luc AUBERT*, Dalloz, 2005, p. 55 ; B. MOORE, « De l'acte et du fait juridique ou d'un critère de distinction incertain », *Rev. juridique Thémis*, 1997, p. 277.

<sup>1365</sup> Cass. soc., 25 juin 2003, Bull. civ. V, n°209, préc.

<sup>1366</sup> B. HOUIN, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, thèse, Paris II, 1973 ; Th. GÉNICON, « Point d'étape sur la rupture du contrat aux risques et périls du créancier », *RDC* 2010, p. 44 et s. spéc. p. 50 ; *La résolution du contrat pour inexécution*, th. préc., spéc. n°677.

outre que cette approche de la résolution unilatérale ne fait pas l'unanimité<sup>1367</sup>, la jurisprudence sociale affirme clairement que la prise d'acte rompt le contrat de travail immédiatement<sup>1368</sup>. C'est bien la volonté du salarié qui produira l'effet recherché à savoir la rupture du contrat. Il est alors difficile de ne pas y voir un acte unilatéral<sup>1369</sup>. D'ailleurs lorsque la prise d'acte est injustifiée, le contrat est bien considéré comme rompu. L'acte, bien qu'illicite, est efficace. La rupture du contrat par prise d'acte est immédiate, elle est irrévocable<sup>1370</sup>. Des ruptures ultérieures ne pourraient dès lors produire aucun effet<sup>1371</sup>.

**328. La reconnaissance d'un droit subjectif.** La prise d'acte en tant qu'acte unilatéral concrétise l'exercice d'un droit subjectif<sup>1372</sup> de rompre reconnu au salarié. Dépendant de la volonté du salarié, le droit est potestatif, mais limité aux hypothèses de comportement grave, la potestativité est altérée. Certains auteurs y voient davantage un pouvoir qu'un droit subjectif<sup>1373</sup>. Pourtant, la définition du pouvoir donnée par opposition à celle de droit subjectif<sup>1374</sup>, ne correspond pas à la prise d'acte. Si le salarié rompt son contrat de travail, c'est qu'il s'estime victime du comportement de son cocontractant. Il n'agit ni dans l'intérêt

---

<sup>1367</sup> Cf. not. Y.-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, 2004, n°192 et s. ; C. SÉVELY-FOURNIÉ, *Essai sur l'acte juridique extinctif...*, th. préc., n°33 et 65 ; Y. PAGNERRE, *L'extinction unilatérale des engagements*, th. préc. n°623 et s.

<sup>1368</sup> Cass. soc., 25 janvier 2006, RJS 2006, n°472 : « *La prise d'acte de la rupture par le salarié protégé a pour effet de rompre le contrat de travail* ». – Cass. soc., 31 octobre 2006, Dr. soc. 2007, p. 113, obs. J. SAVATIER : « *La prise d'acte de la rupture par le salarié en raison de faits qu'il reproche à l'employeur entraîne la cessation immédiate du contrat de travail* ». – Cass. soc., 11 janvier 2007, D. 2007, p. 913, note J. PÉLISSIER. – Cass. soc., 4 juin 2008, JCP S. 2008, 1438, note J.-Y FROUIN. La loi n°2014-743 du 1<sup>er</sup> juillet 2014 relative à la procédure applicable devant le conseil de prud'hommes dans le cadre d'une prise d'acte de rupture du contrat de travail par le salarié, JO, 2 juillet 2014, p. 10896, est venue accélérer la procédure : « *L'affaire est directement portée devant le bureau de jugement, qui statue au fond dans un délai d'un mois suivant sa saisine* ».

<sup>1369</sup> R. ENCINAS de MUÑAGORRI, *L'acte unilatéral...*, th. préc. ; A. BRÈS, *La résolution du contrat par dénonciation unilatérale*, th. préc., n°199 ; C. SÉVELY-FOURNIÉ, *Essai sur l'acte juridique extinctif...*, th. préc., n°197 ; Y. PAGNERRE, *L'extinction unilatérale des engagements*, th. préc., n°137 ; J. PÉLISSIER, note sous Cass. soc., 14 octobre 2009, RDT 2009, p. 712.

<sup>1370</sup> Cass. soc., 14 octobre 2009, SSL, n°1418, p. 7, note F. GÉA.

<sup>1371</sup> Ainsi en est-il de la résiliation judiciaire, même si la demande avait été introduite avant la prise d'acte (Cass. soc., 25 février 2009, JCP S. 2009, 1283, note S. BRISSY), du licenciement (Cass. soc., 19 janvier 2005, Bull. civ. V n°12) et du départ à la retraite (Cass. soc., 25 juin 2007, n°06-40667).

<sup>1372</sup> F. GÉA, note sous Cass. soc., 14 octobre 2009, préc.

Sur l'avènement d'un véritable droit de résolution unilatérale pour manquement grave, cf. not. le dossier *Rupture unilatérale du contrat, vers un nouveau pouvoir ?* Dr. et patr. 2004, n°126, p. 64. L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations le consacre : articles 1224 et 1226 nouveaux (entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2016).

<sup>1373</sup> C. SÉVELY-FOURNIÉ, *Essai sur l'acte juridique extinctif...*, th. préc., n°337.

<sup>1374</sup> Le pouvoir s'exerçant dans un intérêt partiellement distinct de celui qui agit, au contraire du droit subjectif : supra n°32, 163 et s.

de l'entreprise (même à l'admettre supérieur à celui du seul employeur), ni même dans celui de la collectivité des salariés mais bien dans son intérêt propre.

### B. La prise d'acte, mode de rupture autonome

#### 329. De la résolution pour manquement grave au licenciement pour faute grave.

Vue parfois comme une « déclinaison originale » de la résolution unilatérale pour manquement grave<sup>1375</sup>, la prise d'acte s'en éloigne pourtant (1) pour, parfois, se rapprocher de la logique du licenciement pour faute grave (2).

##### 1. Prise d'acte et résolution unilatérale du droit commun

330. *Divergence de finalités.* On a pu rapprocher la résolution unilatérale pour manquement grave de droit commun de la prise d'acte<sup>1376</sup>. S'est en effet posée en droit commun la question de la reconnaissance d'un véritable droit de résolution du contrat pour manquement grave du cocontractant comme mécanisme concurrent de la résolution judiciaire<sup>1377</sup>. Si les mécanismes de la prise d'acte et de la résolution judiciaire se rapprochent

---

<sup>1375</sup> F. GÉA, « La prise d'acte de la rupture. Dynamiques d'une construction jurisprudentielle », RJS 8-9/10, p. 559, n°5.

<sup>1376</sup> Soit pour en souligner les ressemblances : P. LOKIEC, « La nature juridique de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail », D. 2005, p. 2723 et note sous Cass. soc., 1<sup>er</sup> octobre 2003, JCP E. 2003, 1793, p. 2069 ; Ph. WAQUET, « Réflexions sur la démission et la prise d'acte dans le contrat à durée indéterminée », RJS 11/2007, p. 903 ; G. COUTURIER et J.-E. RAY, « Auto-licenciement : dérives et revirement. », art. préc. ; A. BRÈS, *La résolution du contrat par dénonciation unilatérale*, th. préc., n°203.

Soit pour en souligner les différences : Y. GUENZOU, « La résolution du contrat de travail », JCP G. 2010, 232 ; Y. PAGNERRE, *La prise d'acte du salarié*, mémoire, Paris II, 2004, n°123 ; M. RASSELET, *Les ruptures du contrat de travail. Mise en perspectives*, thèse, Nantes, 2007, n°64 et 65 ; N. COLLET-THIRY, *La prise d'acte...*, mémoire préc., Paris II, 2008, n°307 à 313 et 320 à 323.

<sup>1377</sup> **A côté de certaines hypothèses particulières d'urgence pour lesquelles la Cour de cassation a très tôt permis la résolution unilatérale (ex. Trib. civ. Seine, 31 juillet 1897, S. 1898, 2, 25 : évacuation d'un spectateur troublant un spectacle), s'est posée, à la suite d'arrêts plus récents et à la formulation plus générale, la question de savoir si était reconnu un véritable droit de résolution unilatérale d'une des parties au contrat pour manquement grave de son cocontractant (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 13 octobre 1998, D. 1999, p. 115, obs. Ph. DELEBECQUE et p. 197, note Ch. JAMIN ; RTD civ. 1999, p. 394, obs. J. MESTRE ; Defrénois 1999, p. 374, obs. D. MAZEAUD. – Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 février 2001, D. 2001, 1568, note Ch. JAMIN et p. 3239, obs. D. MAZEAUD ; RTD civ. 2001, p. 363, obs. J. MESTRE et B. FAGES. – Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 28 octobre 2003, CCC, janvier 2004, comm. 4, L. LEVENEUR ; JCP G. 2004, II, 10108, note C. LACHIEZE ; RDC 2004, p. 273, obs. L. AYNÈS et p. 270 obs. D. MAZEAUD, RTD civ 2004, p. 89, obs. J. MESTRE et B. FAGES). **Si la portée de ces arrêts a fait l'objet de controverses doctrinales – s'agit-il d'exceptions ou d'un principe ? – (Cf. not. D. MAZEAUD, « Les sanctions en droit des contrats. Brèves réflexions sur quelques tendances lourdes... », in *Les sanctions en droit contemporain. Volume I, La sanction, entre technique et politique*, Dalloz, 2012, p. 235 et s.), la reconnaissance d'un tel droit semble être appelée par une majorité de la doctrine [not. Ch. JAMIN, « La sanction unilatérale, trois idéologies, en concurrence », in****

à l'évidence, certaines divergences subsistent. L'objectif de la résolution unilatérale tient en premier lieu à la rapidité de la rupture du contrat, c'est-à-dire permettre d'éviter les délais inhérents à l'action en justice afin de pouvoir, le cas échéant, contracter rapidement avec un autre contractant, tandis que la prise d'acte nécessite en principe *in fine* le recours au juge par le salarié afin qu'il puisse obtenir les indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse. Dans l'hypothèse d'une résolution unilatérale, si recours il y a, il se fera *a posteriori* par le débiteur, « victime » de la rupture. Sauf à ce que l'auteur de la rupture réclame des dommages-intérêts en apportant la preuve d'un préjudice qui n'aurait pas déjà été réparé par la rupture du contrat et les éventuelles restitutions corrélatives<sup>1378</sup>. Malgré l'analogie de la technique, il est donc difficile d'assimiler entièrement les deux concepts. Si tant la résolution unilatérale que la prise d'acte traduisent une subjectivation du lien contractuel<sup>1379</sup> et révèlent un certain souci d'équité<sup>1380</sup>, la première assure avant tout un impératif d'efficacité économique<sup>1381</sup>, tandis que la deuxième se conçoit surtout comme un contre-pouvoir du salarié envers son employeur.

---

*L'unilatéralisme et le droit des obligations*, 1999, p. 71 ; E. BAZIN, « La résolution unilatérale du contrat » RRJ, 2000-4, p. 1301 ; Dossier *Rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir*, Dr. et patr. 2004, n°126 ; *Adde.* Y.-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, th. préc., n°178 et s.] **bien que certains auteurs soient davantage critiques** [Th. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ, 2007]). **Au demeurant, l'ordonnance 2016-131 du 10 février 2016 la consacre au même titre que la résolution judiciaire** (Nouveaux articles 1224 et 1226 en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2016). V. égal. les différents projets de réforme qui se sont succédé : *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription* (dir. P. CATALA), Documentation française, 2006, art. 1158 ; *Avant-projet pour une réforme du droit des contrats* (dir. F. TERRÉ), Dalloz, 2009, article 109). **La même tendance peut être relevée au niveau international et européen** (article 49 de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises, article 7-3-1 des Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international, article 10.301 des Principes du droit européen des contrats. V. aussi par ex. les articles 323 du Code civil allemand, 6-265 du Code civil néerlandais, 1457 du Code civil italien et 107 du Code des obligations suisses).

<sup>1378</sup> Les auteurs, à la suite de Ph. RÉMY (« Observations sur le cumul de la résolution et des dommages-intérêts en cas d'inexécution du contrat », *in La sanction*, PUF, 2001, p. 121 et s.) distinguent alors l'intérêt positif – celui consistant à se placer dans la situation dans laquelle les parties se seraient trouvées si le contrat avait été exécuté – de l'intérêt négatif consistant cette fois-ci à placer le créancier dans la situation dans laquelle il se serait trouvé si le contrat n'avait pas été conclu.

<sup>1379</sup> Th. REVET, « Objectivation ou subjectivation du contrat, quelle valeur juridique ? », *in La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003, p. 83 et s. spéc. p. 95 ; J. ROCHFELD : « Remarques sur les propositions relatives à l'exécution et à l'inexécution du contrat : la subjectivation du droit de l'exécution », RDC 2006, p. 113 et s.

<sup>1380</sup> S. PELLÉ, « La réception des correctifs d'équité par le droit : l'exemple de la rupture unilatérale du contrat en droit civil et en droit du travail », D. 2011, p. 1230.

<sup>1381</sup> Cf. not. H. CAPITANT, F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, GAJC, Dalloz, 2008, 12<sup>ème</sup> éd., n°180 ; Ch. JAMIN, « Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence », art. préc. et « Les conditions de la résolution du contrat : vers un modèle unique », *in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Études de droit comparé*, LGDJ, 2001, p. 510 ; J. ROCHFELD, « Remarques sur les propositions relatives à l'exécution et à l'inexécution du contrat ... », art. préc. : « *L'exécution en nature assurerait la satisfaction des attentes économiques du*

**331. Divergence de l'appréciation du manquement.** Quant au contenu, l'expression « comportement grave », renvoie à la fois à une approche objective<sup>1382</sup> c'est-à-dire l'inexécution du contrat et à une approche davantage subjective<sup>1383</sup> comprise comme la bonne foi et la loyauté du cocontractant<sup>1384</sup>. Le particularisme du droit du travail permet au salarié de rompre le contrat au-delà de la seule inexécution d'obligations essentielles<sup>1385</sup>. En droit commun, la résolution unilatérale pour manquement grave concerne *a priori* des inexécutions matérielles du contrat en cause. En outre, la résolution unilatérale de droit commun se réfère au « *manquement suffisamment grave justifiant la rupture du contrat* »<sup>1386</sup> tandis que la chambre sociale se rapproche inexorablement de la définition de la faute grave<sup>1387</sup>.

**332. Divergence de portée.** À l'instar de la « résiliation » judiciaire du contrat de travail<sup>1388</sup> et du licenciement, la prise d'acte n'a pas d'effet rétroactif, ni à la date du

*créancier ; la résolution unilatérale permettrait une plus prompte réallocation de ses ressources, ainsi que, plus globalement et par voie de conséquence, une préservation optimale de l'intérêt du marché. L'exécution devrait ainsi être effective, voire « efficace », ou le contrat devrait disparaître ».*

<sup>1382</sup> Ph. STOFFEL-MUNCK, « Le contrôle *a posteriori* de la résiliation unilatérale », in *Rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir ?*, Dr. et patr., 2004, n°126, p. 70.

<sup>1383</sup> J. MESTRE et B. FAGES, obs. sous Cass. civ., 20 février 2001, RTD civ. 2001, p. 363.

<sup>1384</sup> Cass. com., 31 mars 2009, RTD civ 2009, p. 320, obs. B. FAGES.

En droit du travail, violence et harcèlement justifient la prise d'acte du salarié. Ex. : Cass. soc., 23 janvier 2013, Bull. civ. V, n°16 (agression de l'employeur). – Cass. soc., 8 juillet 2009, n°08-41638 (critiques répétées).

<sup>1385</sup> Ex. en droit du travail : Pour non-paiement des salaires : Cass. soc., 6 juillet 2004, n°02-42642. – Cass. soc., 20 janvier 2010, Bull. civ. V, n°17. – Cass. soc., 23 novembre 2011, n°09-73029. Pour paiement tardif du salaire : Cass. soc., 7 avril 2010, Bull. civ. V, n°88. Pour non-fouriture du travail : Cass. soc., 31 octobre 2006, n°05-41.773. – Cass. soc., 26 septembre 2012, n°10-308. Pour modification unilatérale du contrat : Cass. soc., 16 mai 2012, Bull. civ. V, n°148. Pour manquement en matière d'hygiène, de santé et de sécurité au travail : Cass. soc., 6 octobre 2010, Bull. civ. V, n°222 (absence de visite médicale de retour). – Cass. soc., 29 juin 2005, n°03-44412 (tabagisme). – Cass. soc., 7 octobre 2003 ; n°01-44635 (non respect du repos hebdomadaire). – Cass. soc., 19 janvier 2012, n°10-20935 (faits de harcèlement). – Cass. soc., 14 octobre 2009, Bull. civ. V, n°221 (absence de mesures de reclassement à la suite d'une déclaration d'inaptitude).

Ex. en droit civil et commercial : Non-respect d'une obligation absolue de confidentialité : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 février 2013, n°12-12750. Non-paiement de loyers dans un bail : Cass. civ ; 3<sup>ème</sup>, 16 septembre 2009, Bull. civ. III, n°193. Inexécution de l'obligation de livraison de matériel acheté : Cass. com., 11 juillet 2006, n°04-15335.

<sup>1386</sup> Ex. : Cass. com., 29 avril 2014, n°12-13323. – Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 février 2013, n°12-12750.

<sup>1387</sup> En ce sens, cf. not. F. GÉA, « Prise d'acte et résiliation judiciaire : vers une déconstruction de la jurisprudence ? », SSL, 21 juillet 2014, n°1645, suppl., p. 43.

<sup>1388</sup> Selon la chambre sociale de la Cour de cassation, la « résiliation » judiciaire du contrat opère à compter de la date de la décision judiciaire la prononçant, c'est-à-dire à la date du jugement (Cass. soc., 11 janvier 2007, JCP S. 2007, 1172, note P.-Y. VERKINDT ; Dr. soc. 2007, p. 498, note J. SAVATIER ; RDT 2007, p. 237, obs. J. PÉLISSIER ; D. 2007, p. 913, note J. PÉLISSIER : « *En matière de résiliation judiciaire du contrat de travail, sa prise d'effet ne peut être fixée qu'à la date de la décision judiciaire la prononçant, dès lors qu'à cette date le salarié est toujours au service de son employeur* ». – Cass. soc.,

manquement considéré, ni au-delà. Ici, le droit du travail s'écarte des solutions rendues en matière civile ou commerciale en matière de résolution<sup>1389</sup>. La chambre sociale avait cependant pu auparavant donner effet à la résolution judiciaire à la date du manquement constaté<sup>1390</sup>. Pourquoi refuser dorénavant une telle hypothèse ? C'est que se pose alors la question des restitutions, notamment celle des services fournis par le salarié durant la période où l'employeur a manqué à ses obligations. Le mécanisme de l'enrichissement sans cause permettrait sans doute d'imposer à l'employeur le versement d'une indemnisation. Cependant, une telle solution n'est pas en faveur du salarié « victime ». Il est en effet dans l'intérêt de ce dernier, en termes d'ancienneté et de rappels de salaires, de ne pas avoir à subir la rétroactivité d'une rupture imputée finalement à l'employeur. En outre, comme a pu le souligner un communiqué de la Cour de cassation, en résulteraient des difficultés pratiques s'agissant d'un contrat qui « *à la différence des autres contrats à exécution successive comporte, au-delà de la prestation de travail proprement dite, une série d'autres droits*

14 octobre 2009, JCP S. 2009, 1559, note F. DUMONT. – Cass. soc., 9 janvier 2013, n°11-22129. – Cass. soc., 24 avril 2013, JCP S. 2013, 1294, note F. DUMONT ; SSL, 6 mai 2013, n°1583, p. 13, note F. CHAMPEAUX), ou de l'arrêt (Cass. soc., 21 janvier 2014, Bull. civ. V, n°26) si le contrat s'est poursuivi entre-temps.

<sup>1389</sup> La résolution est traditionnellement présentée comme entraînant un anéantissement rétroactif du contrat (J. GHESTIN, « L'effet rétroactif de la résolution des contrats à exécution successive », *in Mélanges offerts à Pierre RAYNAUD*, Dalloz, 1985, p. 203 ; J. ROCHFELD, « Les modes temporels d'exécution du contrat », RDC 2004, p. 47 ; Th. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ, 2007, n°814 et s.). Certes, face à un contrat à exécution successive, la doctrine considère parfois que la résolution ne peut valoir que pour l'avenir. La jurisprudence, quant à elle, a pu être fluctuante, se plaçant parfois à la date de la demande en justice (Cass. com., 12 octobre 1993, Bull. civ. IV, n°327) ou, au contraire, acceptant la rétroactivité de la résolution judiciaire (Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 28 avril 1971, D. 1971, jur. p. 608). Il est permis de penser que la résolution a effectivement un effet rétroactif, du moins à la période de « déséquilibre contractuel » (Cass. com., 23 janvier 1992, JCP G. 1992, IV, 827. – Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 30 avril 2003, RTD civ. 2003, p. 501, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; RDC 2004, p. 365, note J.-B. SEUBE ; JCP G. 2004, II, 10031, note Ch. RADÉ : « *Si, dans un contrat synallagmatique à exécution successive, la résiliation judiciaire n'opère pas pour le temps où le contrat a été régulièrement exécuté, la résolution judiciaire pour absence d'exécution ou exécution imparfaite dès l'origine entraîne l'anéantissement rétroactif du contrat* » (c'est nous qui soulignons). – Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 19 janvier 2005, n°03-16091. – Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 13 juillet 2005, RJDA 2006, n°1, p. 7. – Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 1<sup>er</sup> octobre 2008, RDC 2009, p. 70, note Th. GÉNICON : « *La résiliation judiciaire des contrats à exécution successive ne prend pas nécessairement effet à la date de la décision qui la prononce* ».

Autrement dit, la résolution n'opérerait pas pour la période pendant laquelle le contrat se serait valablement exécuté. Réserve faite des contrats formant un « tout indivisible » (F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 2013, 11<sup>ème</sup> éd., n°655). Cf. égal. Th. GÉNICON, *La résolution pour inexécution...*, th. préc., n°850 et s.).

Il est vrai, cependant, dans l'éventualité où les juges ne se seraient pas prononcés sur la date d'effet de la « résiliation », alors celle-ci serait acquise à la date du jugement la prononçant : Cass. civ., 3<sup>ème</sup>, 31 mai 2006, Bull. civ. III, n°137. – Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 25 juin 2008, n°07-16052.

<sup>1390</sup> Concernant un contrat d'apprentissage, la chambre sociale avait pu auparavant accepter que le juge puisse fixer la date d'effet de la résiliation à la « *date au jour où l'une des parties a manqué à ses obligations ou au jour où la demande de résiliation a été formée* ». : Cass. soc., 1<sup>er</sup> octobre 2003, Bull. civ. V, n°249.

*concernant la personne du salarié et sa famille : couverture sociale de base, complémentaire, régime de prévoyance, droit à la retraite de base et complémentaire, droits au titre de diverses allocations, etc. »*<sup>1391</sup>. Ainsi le contrat s'exécute jusqu'à la prise d'acte (ou au prononcé de la « résiliation » judiciaire), l'exécution forcée en nature pouvant, le cas échéant, être obtenue (notamment le versement du salaire) jusqu'à cette date, puis, le contrat est éteint pour le futur<sup>1392</sup>.

**333. Divergence des sanctions.** La résolution unilatérale pour manquement grave peut être assortie de dommages-intérêts. On aurait pu admettre qu'il en fût ainsi de la prise d'acte, et qu'elle puisse être assortie de dommages-intérêts à hauteur du préjudice subi<sup>1393</sup>. La sanction prononcée est singulière puisque la prise d'acte justifiée produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. L'indemnité est ainsi forfaitaire.

## 2. *Prise d'acte et licenciement disciplinaire*

**334. Sanction.** Indépendamment même de la différence de procédure, la prise d'acte ne sanctionne pas l'employeur de la même manière que le licenciement disciplinaire sanctionne le salarié. En effet, alors que la rupture même du contrat peut suffire à sanctionner les fautes du salarié, l'utilité de la prise d'acte ne tient pas tant à la rupture du contrat qu'à ses conséquences indemnitaires et sociales, à savoir d'une part, les indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ou, à considérer que la prise d'acte puisse jouer au sein d'un

---

<sup>1391</sup> Note au Bull. du droit du travail, 1<sup>er</sup> trimestre 2007, jurisprudence de la Cour de cassation, n°45. Il faut également ajouter que la rétroactivité aurait des incidences sur les éventuels concours de ruptures dès lors que la prise d'acte ou la résolution judiciaire pourrait voir ses effets se déployer rétroactivement, avant d'autres « ruptures » du contrat. (cf. sur ce point Y. GUENZOU, « La résolution du contrat de travail », art. préc.).

<sup>1392</sup> Si ce sont des questions d'opportunité qui justifieraient cette solution, on peut néanmoins s'interroger sur l'éventuelle extension de cette jurisprudence à certaines hypothèses de droit commun. Lorsque l'exécution forcée en nature est possible et conserve un intérêt (ce qui n'est pas le cas par exemple lorsqu'il y a urgence et que le cocontractant « victime » a dû conclure avec un autre), ne pourrait-on avoir, au lieu d'une résolution prenant effet rétroactivement au manquement constaté complétée par des restitutions à la valeur réelle (et non contractuelle, par exemple, au lieu des loyers contractuellement prévus, serait versée une indemnité de jouissance) de la prestation fournie, une résolution non rétroactive, avec le cas échéant, l'exécution forcée du contrat jusqu'au prononcé de la résolution soit par le juge soit par l'une des parties ? Sans doute une telle option devrait-elle être laissée au choix du cocontractant lésé selon qu'il a intérêt ou non à la rétroactivité.

<sup>1393</sup> Rappr. Ph. WAQUET, « Cessons de parler de prise d'acte », Dr. soc. 2014, p. 97.

contrat à durée déterminée, les dommages-intérêts de l'article L. 1243-4 du Code du travail<sup>1394</sup>, et d'autre part le bénéfice des Assedic.

**335. L'appréciation de la gravité du manquement<sup>1395</sup>.** L'altération de la potestativité est évidente dès lors qu'est requis un comportement<sup>1396</sup> grave du cocontractant<sup>1397</sup>, et que les juges en contrôlent la réalité<sup>1398</sup>. Or la chambre sociale paraît particulièrement exigeante puisqu'elle en est venue à considérer que le comportement reproché à l'employeur devait empêcher la poursuite du contrat de travail<sup>1399</sup>. Cette formulation, qui la rapproche de la

<sup>1394</sup> Une partie de la doctrine considère que la prise d'acte n'a pas sa place dans le contrat de travail à durée déterminée, lequel dispose d'un régime spécifique (D. JACOTOT, note sous Cass. soc., 9 avril 2008, RDT 2008, p. 148 ; C. ROY-LOUSTAUNAU, Dr. soc. 2008, p. 601 ; A. SIMONOT, *L'autonomie juridique de la prise d'acte. Regard civiliste sur un mode de rupture unilatérale original*, mémoire, Université de Savoie, 2013). Une autre est davantage nuancée (B. BOSSU, note sous Cass. soc., 22 juin 2011, JCP S. 2011, 1491 ; J.-Y. FROUIN, « Un salarié en contrat à durée déterminée peut-il prendre acte de la rupture de son contrat de travail ? », RJS 10/07, p. 795).

La Cour de cassation semble cependant l'avoir acceptée. Dans un arrêt où elle a considéré que « *la cause de la rupture n'était pas la démission mais la prise d'acte par le salarié de la rupture du contrat de travail en raison du non-paiement d'heures supplémentaires* » (Cass. soc., 27 septembre 2006, Bull. civ. V, n°290). Dans ces conditions, elle applique l'article L. 1243-1 du Code du travail qui exige une faute grave en cas de rupture anticipée du contrat. Autrement dit, la prise d'acte est justifiée lorsque les faits reprochés à l'employeur relèvent de la faute grave, le salarié a alors droit à l'indemnité prévue par l'article L. 1243-4 du Code du travail c'est-à-dire à des dommages-intérêts « *d'un montant au moins égal aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme du contrat, sans préjudice de l'indemnité de fin de contrat [...]* ». Dans l'hypothèse inverse, lorsque la prise d'acte n'est pas justifiée par une faute grave de l'employeur, elle produit les conséquences d'une rupture anticipée injustifiée d'un contrat à durée indéterminée. C'est donc l'employeur qui aura droit à une indemnité, celle prévue à l'article L. 1243-3 du Code du travail c'est-à-dire des dommages-intérêts correspondant au préjudice subi.

<sup>1395</sup> Sur le contrôle de la Cour de cassation, cf. infra n°385 et s.

<sup>1396</sup> En matière de résolution unilatérale, la Cour de cassation emploie le terme de comportement (ex. : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 février 2001, Bull. civ. I, n°40, préc.) de manquement (Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 13 mars 2007, n°06-10631) et celui de faute (Cass. com., 15 septembre 2009, n°08-15872. – Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 24 septembre 2009, n°08-14524).

En matière de prise d'acte, la Cour de cassation utilise la formulation : « *Lorsqu'un salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à son employeur* » (ex. : Cass. soc., 12 octobre 2004, Bull. civ. V, n° 249). Elle use sinon notamment des termes de manquement (ex. : Cass. soc., 16 novembre 2004, Bull. civ. V, n°287. – Cass. soc., 8 juin 2005, Bull. civ. V, n°194. – Cass. soc., 28 juin 2006, Bull. civ. V, n°232).

<sup>1397</sup> Formulation de la chambre civile et commerciale : « *La gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale* ». (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 13 octobre 1998, Bull. civ. I, n°300, préc. – Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 février 2001, Bull. civ. I, n°40. – Cass. com., 10 février 2009, CCC, mai 2009, comm. 123, L. LEVENEUR).

Quant à la chambre sociale, elle exige un « *comportement suffisamment grave* » (ex. : Cass. soc., 30 mars 2010, Bull. civ. V, n°80. – Cass. soc., 6 octobre 2010, Bull. civ. V, n°222. – Cass. soc., 3 novembre 2011, Bull. civ. V, n°247).

<sup>1398</sup> J.-P. GRIDEL, « La rupture unilatérale aux risques et périls », Rev. Lamy dr. civ., 2007, n°41, p. 53 et s.

<sup>1399</sup> Cass. soc., 30 mars 2010, SJS n°23, 8 juin 2010, 1228, comm. J.-Y. FROUIN ; Lexbase Hebdo éd. soc., 15/04/2010, n°391, note Ch. RADÉ : « *Attendu que la prise d'acte permet au salarié de rompre le contrat de travail en cas de manquement suffisamment grave de l'employeur qui empêche la poursuite du*

définition de la faute grave du licenciement, est contradictoire avec la position de la Cour sur l'éventuel respect d'un préavis. En effet, adoptant sur ce point la même solution que celle de la première chambre civile en cas de résolution unilatérale<sup>1400</sup>, la chambre sociale a pu considérer que « *la circonstance que [le salarié] a spontanément accompli ou offert d'accomplir [le préavis était] sans incidence sur l'appréciation de la gravité des manquements invoqués à l'appui de la prise d'acte* »<sup>1401</sup>. Reste que la dernière jurisprudence met l'accent sur un « *manquement suffisamment grave de l'employeur empêchant la poursuite du contrat de travail* »<sup>1402</sup>. Le concept se rapproche définitivement de celui de la faute grave<sup>1403</sup>.

---

*contrat de travail* ». – Cass. soc., 13 juin 2012, n°11-10739 : « *Les éléments produits par la salariée ne permettaient pas de caractériser un manquement [de l'employeur] d'une gravité telle qu'il rendait impossible la poursuite des relations contractuelles* ». – Cass. soc., 15 mai 2013 n°12-16018 : « *[la Cour d'appel] a pu décider que la décision du salarié de prendre acte de la rupture de son contrat de travail n'était pas justifié par un manquement de l'employeur à des obligations d'une gravité suffisante pour empêcher la poursuite du contrat de travail* ». – Cass. soc., 23 mai 2013, n°12-13845 : « *S'il y avait manquement de l'employeur, celui-ci n'était pas de nature à faire obstacle à la poursuite du contrat de travail* ». – Cass. soc., 26 mars 2014, Dr. soc. 2014, p. 821, note J. MOULY ; JCP S. 2014, 1302, note F. DUMONT : « *La prise d'acte permet au salarié de rompre le contrat de travail en cas de manquement suffisamment grave de l'employeur empêchant la poursuite du contrat de travail* ».

Adde Cass. soc., 12 juin 2014, Bull. civ. V, n°140 : « *Attendu que la cour d'appel, qui a constaté que la créance de salaire résultant de la modification unilatérale du contrat de travail représentait une faible partie de la rémunération, a pu décider que ce manquement de l'employeur n'empêchait pas la poursuite du contrat de travail* ». Sur cet arrêt cf. infra n°390.

<sup>1400</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 13 octobre 1998, Bull. I, n°300. Adde Y.-M. LAITHIER et J.-P. GRIDEL, « Les sanctions civiles de l'inexécution du contrat imputables au débiteur : état des lieux », JCP G. 2008, I, 143.

<sup>1401</sup> Cass. soc., 2 juin 2010, JCP S. 2010, 1309, note N. DAUXERRE. Rapp. Cass. soc., 20 janvier 2010, Bull. civ. V, n° 17 : « *Ayant décidé que la démission du salarié s'analysait en une prise d'acte de la rupture produisant les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, la cour d'appel en a déduit à bon droit que l'intéressé était fondé à obtenir paiement des sommes demandées, peu important qu'il ait, à sa demande, été dispensé par l'employeur d'exécuter un préavis* ». (C'est nous qui soulignons).

<sup>1402</sup> Cass. soc., 26 mars 2014, Bull. civ. V, n°85, préc.

<sup>1403</sup> Demeure la question de savoir si le manquement reproché doit être davantage que celui nécessaire à la résolution judiciaire (J. ROCHFELD, « Résolution et exception d'inexécution », in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes européens des contrats*, Dalloz, 2003, p. 213 et s., spéc. p. 220). Plusieurs le soutiennent– (cf. not. Y. PAGNERRE, *L'extinction unilatérale des engagements*, th. préc., n°622 ; D. MAZEAUD, obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 février 2001, D. 2001, p. 3240. Des doutes demeurent : cf. Th. GÉNICON, « Point d'étape sur la rupture unilatérale du contrat aux risques et périls du créancier », RDC 2010, p. 44). Mais la Cour de cassation ayant rendu le même jour des solutions comparables en présence d'une prise d'acte et d'une demande de « résiliation » judiciaire (Cass. soc., 26 mars 2014, Bull. civ. V, n°85, préc. (prise d'acte). – Cass. soc., 26 mars 2014, RDT 2014, p. 544, note L. BENTO DE CARVALHO ; SSL, 29 septembre 2014, n°1645, p. 43, note F. GÉA ; JCP S. 2014, 1268 A. BARÈGE (demande en résolution judiciaire). Adde Cass. soc., 12 juin 2004, Bull. civ. V, n°139), il est possible de conclure à une convergence de solutions. Le manquement reproché doit avoir empêché la poursuite du contrat de travail pour permettre soit de justifier la prise d'acte, soit de prononcer la « résiliation » judiciaire du contrat.

## II. *Les clauses imputant la rupture au cocontractant*

**336. Typologie.** Les parties peuvent être tentées d'insérer des clauses laissant à l'une des parties la faculté de rompre le contrat de travail tout en imputant au cocontractant la responsabilité de cette rupture. Et l'on songe aux clauses résolutoires (A) qui permettraient à l'une des parties de rompre le contrat pour un tort qu'elle reprocherait à son cocontractant. Mais au-delà de l'hypothèse d'une sanction d'un manquement, il est également possible de prévoir qu'une cause objective particulière puisse permettre une rupture du contrat dont la responsabilité ne serait pas mise à la charge de celui qui en aurait pris l'initiative. Il s'agit des clauses dites « de conscience » (B). Le droit du travail s'accorde-t-il sur la validité de telles clauses ? Dans l'affirmative, quelles sont les limites prévues ?

### A. *Les clauses résolutoires*

**337. De la licéité des clauses résolutoires au bénéfice du salarié.** Les clauses résolutoires permettant à l'une des parties de rompre le contrat pour un manquement déterminé et d'en imputer la responsabilité à son cocontractant devraient être condamnées au regard de l'article L. 1231-4 du Code du travail aux termes duquel l'employeur et le salarié ne peuvent renoncer par avance au droit de se prévaloir des règles relatives à la rupture du contrat de travail à durée indéterminée. L'affirmation est certaine en ce qui concerne l'employeur<sup>1404</sup>, mais des doutes surviennent quant à l'éventuelle validité d'une clause résolutoire au profit du salarié. Déjà le rapprochement peut se faire avec les garanties d'emploi qui, malgré la lettre de l'article L. 1231-4 du Code du travail sont valables. Ensuite, un arrêt du 22 juin 2011 en précisant que « *l'existence d'une clause résolutoire conventionnelle ne prive pas le salarié de la faculté de rompre le contrat de travail dans les conditions de droit commun* », semble sous-entendre qu'une clause résolutoire conventionnelle serait valable<sup>1405</sup>. Certes, il s'agissait en l'espèce d'un contrat de travail d'un sportif, mais même à leur réserver un sort particulier, la question de la validité et de l'encadrement d'une telle clause se pose.

<sup>1404</sup> Cf. Cass. soc., 4 février 2015, n°13-26172.

Rapp. Cass. soc., 25 janvier 2012, JCP S. 2012, 1166, note F. DUMONT : sur le fondement de l'article L. 1231-4 du Code du travail, la Cour de cassation a refusé que les parties puissent prévoir un « *accord entre la salariée et son employeur faisant dépendre, à l'avance, la nature et le régime de la rupture du contrat de travail de la réalisation d'un événement futur et incertain relatif à son emploi* ».

<sup>1405</sup> Cass. soc., 22 juin 2011, Bull. civ. V, n°165.

Car, même à la considérer comme valable, les parties seraient-elles libres de prévoir à l'avance n'importe quel manquement susceptible de justifier la rupture du contrat ? Les juges perdraient-ils alors toute possibilité de contrôle de la gravité du manquement ? La difficulté, à la différence des clauses de rachat, est que la rupture à l'initiative du salarié serait alors imputée à l'employeur. Même si les conséquences ne seraient pas nécessairement celles d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, des dommages-intérêts à la charge de l'employeur devraient pouvoir être prononcés. Pour cette raison, il est permis de considérer qu'une telle clause ne devrait pas pouvoir être valable.

### B. Les « clauses de conscience »

**338. L'absence de faute.** Aucun manquement n'est reproché à l'employeur, néanmoins une cause objective justifierait que la rupture, bien qu'à l'initiative du salarié, lui soit imputée. La validité d'une telle clause ne peut qu'être strictement encadrée (2) et pose la question de la qualification même de la rupture ainsi prononcée (1).

#### 1. La qualification de la rupture

**339. L'acceptation jurisprudentielle des « clauses de conscience contractuelles ».** Si le législateur pouvait légitimement prévoir lui-même un mécanisme de « clause de conscience » (ce qu'il fit par exemple<sup>1406</sup> en permettant aux journalistes, dans trois hypothèses limitativement énumérées<sup>1407</sup>, de rompre unilatéralement leur contrat tout en bénéficiant des indemnités dues en cas de rupture à l'initiative de l'employeur<sup>1408</sup>), il n'était pas certain que la jurisprudence puisse en faire de même. Pourtant, en 1986, la

---

<sup>1406</sup> Par la loi du 29 mars 1935 relative au statut professionnel des journalistes. Désormais prévu à l'article L. 7112-5 du Code du travail.

<sup>1407</sup> « 1° cession du journal ou du périodique [la cession peut être comprise comme une cession d'actions de l'actionnaire majoritaire perdant ainsi le contrôle de la société éditrice (Cass. soc., 10 mars 1998, D. 1998, p. 94)] ;

2° cession [définitive : Cass. soc., 8 juillet 1997, n°94-43.881] de la publication du journal ou périodique pour quelque cause que ce soit ;

3° Changement notable dans le caractère ou l'orientation du journal ou périodique si ce changement crée, pour le salarié, une situation de nature à porter atteinte à son honneur, à sa réputation ou, d'une manière générale, à ses intérêts moraux ».

<sup>1408</sup> L. 7112-3 du Code du travail : « Si l'employeur est à l'initiative de la rupture, le salarié a droit à une indemnité qui ne peut être inférieure à la somme représentant un mois, par année ou fraction d'année de collaboration, des derniers appointements. Le maximum des mensualités est fixé à quinze ».

chambre sociale a admis une clause prévoyant qu' « *en cas de modification des statuts de la société, de ses buts, de changement de nature juridique de celle-ci, de modification des structures hiérarchiques ou fonctionnelles, ou de changement d'orientation technique ou philosophique des études, des travaux ou des activités, la salariée aurait la faculté de demander qu'il soit mis fin aux relations de travail, la rupture étant alors considérée comme imputable à l'employeur, débiteur de ce fait, outre l'indemnité conventionnelle de licenciement, d'une somme égale au moins à six mois de salaire* »<sup>1409</sup>. Plus récemment, en 2011<sup>1410</sup> et 2013<sup>1411</sup>, la Cour de cassation a pu affirmer que la « *clause contractuelle, qui permet au salarié de rompre le contrat de travail, ladite rupture étant imputable à l'employeur, en cas de changement de direction, de contrôle, de fusion-absorption ou de changement significatif d'actionnariat entraînant une modification importante de l'équipe de direction, est licite dès lors qu'elle est justifiée par les fonctions du salarié au sein de l'entreprise et qu'elle ne fait pas échec à la faculté de résiliation unilatérale du contrat par l'une ou l'autre des parties* ».

**340. Une prise d'acte particulière.** La qualification de prise d'acte fait certes débat<sup>1412</sup> mais paraît néanmoins justifiée dès lors qu'elle fait peser la responsabilité de la rupture du contrat de travail sur l'employeur alors que l'initiative en revient au salarié. Ici encore une manifestation unilatérale de volonté sera nécessaire à la rupture du contrat, le salarié conservant par ailleurs le choix de rompre ou de poursuivre le contrat. Acte unilatéral, droit potestatif altéré par un « juste motif », la prise d'acte considérée demeure cependant « originale »<sup>1413</sup> puisqu'aucun manquement ne peut être reproché à l'employeur. Pour autant, ouvre-t-elle droit à l'assurance chômage ? Si, selon la Cour de cassation, la rupture est « imputable » à l'employeur<sup>1414</sup>, la question se pose même s'il n'est pas certain que les juges en déduisent cette conséquence.

---

<sup>1409</sup> Cass. soc., 27 novembre 1986, n°83-45403.

<sup>1410</sup> Cass. soc., 26 janvier 2011, Lexbase Hebdo éd. soc., 10/02/2011, n°427, obs. S. TOURNAUX ; JSL, 10 mars 2011, 291, note J.-Ph. LHERNOULD ; Dr. soc. 2011, p. 465, obs. A. MAZEAUD ; RDT 2011, p. 175, note J. PÉLISSIER.

<sup>1411</sup> Cass. soc., 10 avril 2013, RDT 2013, p. 401, note S. TOURNAUX ; Rev. des Soc. 2013, p. 684, note R. VATINET ; JCP S. 2013, 1302, note F. DUMONT.

<sup>1412</sup> A. MAZEAUD, note sous Cass. soc., 26 janvier 2011, Dr. soc. 2011, p. 465.

<sup>1413</sup> J. PÉLISSIER, note sous Cass. soc., 26 janvier 2011, RDT 2011, p. 175 ; G. AUZERO, obs. sous Cass. soc., 10 avril 2013, Lexbase hebdo, éd. soc., 01/05/2013, n°526.

<sup>1414</sup> On peut souligner le fait que si dans l'arrêt de 2011, la « clause de conscience contractuelle » prévoyait elle-même cette « imputabilité », dans l'arrêt de 2013, c'est en revanche la Cour de cassation qui emploie la formule.

## 2. *Les conditions de validité de la rupture*

**341. Encadrement.** Toute clause contractuelle prévoyant à l'avance des motifs justificatifs d'une prise d'acte ne serait pas nécessairement valable. La formulation de la Cour de cassation paraît cantonner le champ de ces clauses aux cadres-dirigeants et aux seuls cas de changement de contrôle, d'actionnariat et de fusion-absorption.

**342. Les fonctions du salarié.** Les arrêts de 2011 et 2013 précisent que la clause doit être « *justifiée par les fonctions du salarié au sein de l'entreprise* » sans imposer qu'il s'agisse de fonctions de cadre-dirigeant. Pour autant, dans sa motivation, le premier arrêt paraît bien faire le lien entre la modification de l'équipe de direction et la qualification du salarié<sup>1415</sup>. En outre, dans les différentes espèces, le salarié était bien cadre-dirigeant. Au demeurant, il paraît légitime que la clause considérée ne soit octroyée qu'à ceux dont les fonctions peuvent être affectées par le changement de contrôle ou d'actionnariat, ce qui revient en pratique aux cadres-dirigeants. Pourrait cependant se poser la question des entreprises de tendance perdant ou changeant d'idéologie, de morale, de philosophie ou de politique jusqu'ici prônée. Dans ce cas de figure, des salariés, alors même qu'ils n'auraient pas la qualité de cadre-dirigeant, pourraient trouver justifié de bénéficier d'une clause de conscience contractuelle.

**343. Les motifs justificatifs.** Quant aux événements justifiant cette « prise d'acte », la Cour de cassation paraît les avoir limitativement énumérés dans ses arrêts les plus récents<sup>1416</sup>. Mais si le changement de direction, de contrôle ou d'actionnariat ne pose pas de difficultés particulières, on peut cependant s'interroger sur l'hypothèse de la fusion-absorption. En effet, l'article L. 1224-1 du Code du travail pose le maintien de tous les contrats de travail en cours en cas, notamment, de fusion. S'appuyant sur le caractère d'ordre public de direction de cet article, la jurisprudence refuse que les parties au contrat de travail puissent y renoncer par avance<sup>1417</sup>. Or admettre que les bénéficiaires

---

<sup>1415</sup> « *Attendu que la cour d'appel, qui a relevé que la salariée était chargée de mettre en œuvre les projets stratégiques organisationnels de la société, faisait partie de l'équipe dirigeante restreinte et participait, à ce titre, à différents comités opérationnels [...]* ».

<sup>1416</sup> J. MOULY, note sous Cass. soc., 10 avril 2013, Dr. soc. 2013, p. 551.

<sup>1417</sup> On connaît la controverse et not. l'opposition entre la jurisprudence de la Cour de cassation et la Cour de l'Union européenne (CJCE, 16 décembre 1992, Rec. CJCE, p. I-6577).

d'une clause de conscience puissent ainsi s'opposer au transfert de leur contrat de travail sans avoir à subir les conséquences d'une démission instaurerait une distinction entre les salariés.

**344. La justification des limites jurisprudentielles.** Dès lors que la Cour de cassation admet la validité de clauses contractuelles de conscience, pourquoi les cantonner à certaines hypothèses ? La liberté contractuelle et l'ordre public social ne permettraient-ils pas de s'affranchir des limites prévues par la Cour de cassation ? Le cantonnement auquel celle-ci soumet les « clauses de conscience contractuelles » s'explique justement par la qualification de prise d'acte. D'une part, l'indemnité n'est pas due en échange des services rendus par le salarié<sup>1418</sup> mais est bien justifiée par des événements prédéterminés, d'autre part, la rupture est imputée à l'employeur. Le montant de l'indemnité, lequel peut dépasser très largement celui de l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement, voire celui d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse<sup>1419</sup>, justifie également la limitation dont font l'objet de telles clauses. En d'autres termes il s'agit, une fois n'est pas coutume, de protéger l'employeur. Les cadres-dirigeants sont, au demeurant, en position de pouvoir négocier le contenu de leur contrat de travail, ils peuvent difficilement être considérés comme une « partie faible ». Ainsi, la Cour de cassation n'accepterait la prise d'acte pour « juste motif » qu'exceptionnellement.

**345. Le montant excessif.** On s'interroge enfin sur l'utilité d'avoir précisé qu'une telle clause ne doit pas faire « échec à la faculté de résiliation unilatérale du contrat par l'une ou l'autre des parties ». Permettre une prise d'acte pour juste motif n'a pas

---

Pour des auteurs militant pour un droit d'opposition pour les salariés au transfert de leur contrat de travail, cf. Y. CHAGNY et P. RODIÈRE, « Faut-il reconnaître au salarié la faculté de refuser le transfert de son contrat de travail ? », RDT 2007, p. 216 ; A. SUPIOT, « Les salariés ne sont pas à vendre », Dr. soc. 2006, p. 264. Adde C. MARZO et F. LECOMTE, « Le refus d'être transféré : droit comparé », Dr. soc. 2010, p. 698.

<sup>1418</sup> R. VATINET, note sous Cass. soc., 10 avril 2013, Rev. des Soc. 2013, p. 684.

<sup>1419</sup> Ex. : dans l'arrêt du 26 janvier 2011, Bull. civ. V, n°35, préc., la clause prévoyait « à titre de dommages-intérêts une indemnité de rupture brute égale à vingt et un mois de [la] rémunération fixe brute (en ce compris le montant de la contrepartie financière versée au titre de la non-concurrence), augmentée du montant de [la] rémunération variable brute au titre des vingt-quatre mois précédant la cessation des fonctions ». Dans celui du 10 avril 2013, Bull. civ. V, n°97, préc. Il était prévu une indemnité « équivalente au double de la rémunération totale perçue au cours des douze mois précédant le fait générateur ».

vocation à remettre en cause ni licenciement ni démission. S'agirait-il d'un amalgame entre le montant dû en cas de prise d'acte justifiée et celui dû en cas de licenciement<sup>1420</sup> ? Mais on connaît le sort réservé par la jurisprudence aux indemnités contractuelles de licenciement. Analysées en principe comme une clause pénale, elles peuvent être réduites sur le fondement de l'article 1152 du Code civil. S'agit-il de traiter de la même manière l'indemnité qu'elle soit due lors d'un licenciement ou lors d'une prise d'acte pour juste motif ? Il faudrait alors que l'employeur se soit engagé non plus à une garantie d'emploi mais à la stabilité de sa structure sociétale. Or la suite de la motivation de l'arrêt de 2011 lie justement la validité de la « clause de conscience » à ce que son montant n'interdise pas « *toute évolution de l'actionnariat ou tout changement de stratégie ou de direction* ».

Sans doute faut-il en conclure que l'insertion d'une clause de conscience dans le contrat de travail n'a pas pour effet d'engager l'employeur à ne pas opérer de changement de contrôle, d'actionnariat ou de fusion. Il est de toute façon difficile pour un contractant de s'engager à des événements ne dépendant pas seulement de sa volonté... En tout état de cause c'est de liberté d'entreprendre dont il est question. Ainsi, la survenance d'une des hypothèses prévues par la jurisprudence ne peut être analysée comme un manquement de l'employeur à ses obligations. Pour autant, la question d'un éventuel excès de la clause peut se poser. Si le prix est tel qu'il interdit à l'employeur « *toute évolution de l'actionnariat ou tout changement de stratégie ou de direction* », ne devrait-on pas conclure à la nullité de la clause ? On pourrait cependant préférer la nullité partielle pour la part excessive de l'indemnité prévue. Mais une telle solution ne serait possible que si l'on admettait la réfaction par le juge en dehors de tout recours à l'article 1152 du Code civil.

**346. Conclusion du Chapitre II.** Les droits de rupture altérés de l'employeur et du salarié n'obéissent pas à la même logique. Si l'employeur est détenteur de droits potestatifs altérés de rupture, c'est parce qu'il ne peut disposer de droits purement

---

<sup>1420</sup> L'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation de 1986 devait se prononcer sur la question de savoir si les dispositions du contrat ne rendaient pas impossible l'exercice par l'employeur de sa liberté de rompre le contrat : « *Attendu que la cour d'appel, ayant relevé que l'indemnité ne pouvait être inférieure à une somme représentant six mois de salaire et calculée sur la moyenne des trois mois les plus favorables des deux dernières années d'activité et constaté que le salaire ainsi fixé était inférieur à sept mille cinq-cent francs, a pu en déduire que le montant de cette indemnité n'était pas tel qu'il empêchait la société de mettre fin au contrat de travail* ».

potestatifs. En revanche, pour le salarié, c'est comme contre-pouvoir ou parce que certaines situations justifient que la rupture, bien qu'à son initiative, puisse être imputée à l'employeur, que lui sont octroyés des droits potestatifs altérés.

Ainsi, le droit potestatif de rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur ne se conçoit qu'altéré. Mais le degré d'altération peut être plus ou moins important. En premier lieu, la loi prévoit des causes de rupture – qu'elle peut même parfois limiter lorsque sont en cause des libertés ou droits fondamentaux – que les parties ou les partenaires sociaux peuvent parfois aménager en un sens plus favorable au salarié. En second lieu, au sein même du seul cadre légal, l'amoindrissement de la potestativité n'a pas la même portée. En effet, la nécessité d'exciper d'une cause réelle et sérieuse de licenciement paraît imposer la prise en considération d'éléments extérieurs à la volonté de l'employeur. Néanmoins, si l'affirmation est évidente lorsque le licenciement est prononcé pour motif personnel, elle peut être davantage nuancée dans certains cas de licenciement pour motif économique. La cessation d'activité paraît ainsi pouvoir dépendre de la seule volonté de l'employeur sans être nécessairement attachée à des difficultés économiques dont l'employeur n'aurait pas la maîtrise<sup>1421</sup>. En dehors de ce cas de figure, un motif économique ne sera considéré comme justifié que dans le cadre d'un contexte économique qui, par définition ne dépend pas de la volonté de l'employeur. Tel peut être le cas par exemple des mutations technologiques. Ensuite, seront exigés de réels éléments objectifs indépendants de la volonté de l'employeur. Il en est ainsi de la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise, et bien évidemment des difficultés économiques qui ne doivent pas avoir été provoquées par l'employeur lui-même.

Quant à la procédure que l'employeur doit suivre, elle n'affecte pas toujours de la même manière l'intensité de la potestativité du droit considéré. Cantonnée, souvent, au rôle de simple influence, elle facilite sans doute une prise de décision raisonnée, mais ne participe pas nécessairement de l'altération de la potestativité du droit de rupture (sans doute en est-il également aussi de l'indemnité légale de licenciement). L'influence de la procédure diffère néanmoins selon les cas. Elle est, par exemple, davantage importante dans le cadre de « grands » licenciements pour motif économique notamment dans les

---

<sup>1421</sup> Certes, la jurisprudence prend soin de vérifier que la cessation ne résulte ni d'une faute, ni d'une légèreté blamable de l'employeur. En outre, la Cour de cassation semble cesser de considérer la cessation d'activité comme cause autonome de licenciement dès lors que l'entreprise en cause fait partie d'un groupe.

entreprises où un plan de sauvegarde de l'emploi doit être établi. Plus encore, dans cette hypothèse, la procédure va jusqu'à modifier la physionomie même du licenciement puisque l'aval de la DIRECCTE est alors nécessaire. À partir du moment où l'autorisation d'un tiers aux parties contractantes est nécessaire, l'unilatéralisme est écarté.

Ainsi, dans certaines hypothèses, la loi restreint encore davantage le droit de rompre de l'employeur. Ce sera particulièrement le cas lorsqu'une liberté ou un droit fondamental du salarié est en cause. Soit une autorisation de licenciement sera alors nécessaire (salariés protégés), soit le droit de rompre sera limité à certains motifs de licenciement (voire même écarté) pendant une période temporaire de protection (salariés grévistes, salariées enceintes, salariés victimes d'un accident ou d'une maladie professionnelle). Mais les parties elles-mêmes ou les partenaires peuvent également restreindre le droit de licenciement de l'employeur. Il peut alors s'agir de clauses restreignant le licenciement à certains motifs seulement, de clauses de garantie d'emploi *stricto sensu*<sup>1422</sup>, ou encore d'indemnités contractuelles voire conventionnelles de licenciement révélant une obligation de maintien de l'emploi à la charge de l'employeur. Mais la jurisprudence ne réserve pas toujours le même sort à de telles clauses. C'est que seules certaines d'entre elles peuvent être qualifiées de clauses pénales et diminuées sur le fondement de l'article 1152 du Code civil, à savoir celles précisant un montant forfaitaire, telles les clauses d'indemnités contractuelles de licenciement ou les clauses de garantie d'emploi *stricto sensu* spécifiant un montant particulier (autre que celui des salaires restant à courir jusqu'au terme de la clause). Il est alors permis de penser que dans les quelques hypothèses où la jurisprudence écarte la qualification de clause pénale, c'est précisément afin d'éviter l'application de l'article 1152 du Code civil. Il en serait notamment ainsi des indemnités conventionnelles de licenciement. Quant à l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement prononcé malgré l'existence d'une obligation de maintien de l'emploi, elle n'est pas toujours automatique. Elle le sera dans le cadre de clause restreignant le licenciement à certains motifs seulement, mais non dans le cadre d'une clause de garantie d'emploi au sens strict ni de clause contractuelle ou conventionnelle octroyant des indemnités supérieures à celles prévues par la loi. Le juge restant alors libre de juger de l'existence ou non d'une cause réelle et sérieuse de licenciement.

---

<sup>1422</sup> Clause écartant le droit de licencier pour un temps déterminé, le licenciement pour faute grave et faute lourde demeurant néanmoins possible. *Supra* n°317 *in fine*.

Du côté du salarié, l'octroi de droits potestatifs altérés répond à une logique différente. Il s'agit en effet de permettre au salarié, tout en ayant l'initiative de la rupture, d'en imputer la responsabilité à l'employeur. Une tel droit potestatif ne peut se concevoir qu'altéré. La jurisprudence a ainsi, en cas de manquement suffisamment grave de l'employeur, octroyé au salarié la possibilité de prendre acte de la rupture de l'employeur. Plus délicate sans doute est la question des clauses contractuelles (voire conventionnelles) qui offriraient la possibilité au salarié d'imputer la rupture à l'employeur alors même que ne pourrait lui être reproché aucun manquement grave. La jurisprudence a néanmoins accepté certaines « clauses de conscience » mais de manière limitée. Une telle possibilité serait en effet réservée aux seuls cadres-dirigeants dans l'hypothèse d'un changement de contrôle, d'actionnariat ou de fusion-absorption au sein de leur entreprise. Se pose cependant la question d'une éventuelle extension de cette jurisprudence. Et l'on songe en particulier aux « entreprises de tendance ».

**347. Conclusion du Titre III.** L'appréhension des droits potestatifs de rupture dans le contrat de travail diffère selon les parties qui en sont titulaires. Alors que du côté de l'employeur, la potestativité du droit de rompre n'est acceptée qu'altérée, le salarié bénéficie, pour sa part, tant de droits potestatifs purs que de droits potestatifs altérés. Du côté de l'employeur, en effet, un élément extérieur à sa volonté unilatérale est en principe exigé, qu'il s'agisse d'une rupture d'un contrat à durée indéterminée ou d'une rupture avant terme d'un contrat à durée déterminée. Mais plus encore, l'employeur ne pourrait prévoir d'autres éléments (même indépendants de sa volonté) que ceux prévus par la loi. Autrement dit, l'employeur ne peut se réserver la possibilité d'écarter le droit du licenciement ou le droit de la rupture anticipée des contrats à durée déterminée. Même l'insertion d'une période d'essai au début de la relation de travail, qui, par exception, ne se voit pas appliquer les règles propres au licenciement, n'offre pas à l'employeur un droit purement potestatif dans la mesure où son droit de rompre est alors finalisé. Le respect d'une finalité apparaît ainsi comme l'amorce d'un amoindrissement de la potestativité.

Le salarié, au contraire, bénéficie au moins d'un droit purement potestatif : celui de la démission. Mais, au-delà, certaines clauses de dédit semblent acceptées. Ainsi en est-il par exemple des clauses de rachat dans les contrats de sportifs professionnels (sauf à les analyser comme clauses pénales) sans que la contrepartie financière soit nécessairement

signe d'une altération de la potestativité. Des doutes demeurent cependant quant à la portée d'une telle jurisprudence.

Par ailleurs, la Cour de cassation permet au salarié de prendre acte de la rupture de son contrat de travail, c'est-à-dire, d'imputer la responsabilité de la rupture – dont il conserve l'initiative – à l'employeur en cas de manquement suffisamment grave de ce dernier. Il n'est alors pas certain que le salarié puisse se réserver la possibilité de contourner les règles, certes jurisprudentielles, de la prise d'acte, c'est-à-dire se réserver la possibilité d'imputer la rupture de son contrat de travail à son employeur pour des motifs autres que ceux acceptés pour la prise d'acte. La jurisprudence l'a pourtant admis, mais dans un cadre particulier, celui des « clauses de conscience » pour les cadres-dirigeants.

## CONCLUSION DE LA PARTIE I

**348. Typologie.** Les droits potestatifs s'exprimant au sein de contrats ou d'engagements se classent en deux catégories : celle des droits potestatifs objet du contrat ou de l'engagement – il s'agit de la figure des avant-contrats – et celle des droits potestatifs adjoints à un contrat préexistant. Si les premiers ont comme effet de permettre la création d'un « nouveau » contrat, les seconds peuvent venir tant créer que modifier ou éteindre un contrat – ou certains de ses éléments – existant. Or, l'acceptation de ces droits potestatifs dans le contrat de travail diffère selon leur titulaire.

**349. De l'employeur.** Les droits potestatifs de l'employeur, qu'il s'agisse de lui permettre d'ajouter, de modifier ou d'éteindre le contrat de travail (ou certains de ses éléments) sont limitativement acceptés. La jurisprudence n'admet de potestativité que bornée et/ou altérée.

Le cantonnement de la potestativité s'observe face aux droits potestatifs de création ou de modification, puisque seules les conditions de travail des salariés peuvent effectivement faire l'objet d'une modification unilatérale de la part de l'employeur. Au-delà, aucune modification n'est possible. En effet, les clauses de variation ne sont en principe acceptées que si elles ne laissent pas à l'employeur la maîtrise de l'engagement du salarié (la clause de mobilité faisant figure d'exception). Quant aux obligations accessoires, elles sont à l'abri de tout droit potestatif de création.

L'altération de la potestativité s'amorce dès l'exercice des droits potestatifs de modification de l'employeur, dans la mesure où ce dernier doit respecter une finalité lorsqu'il change les conditions de travail de ses salariés. L'altération est consacrée lorsqu'on observe le droit de rupture de l'employeur. Ce dernier ne peut en effet rompre le contrat de travail qu'en excipant d'un motif réel et sérieux. En principe, un tel motif s'entend d'un événement extérieur à la seule volonté de l'employeur. Mais il ne s'agit alors pas simplement d'écarter le grief de pure potestativité. Il s'agit, plus radicalement, de respecter le droit du licenciement. C'est pourquoi, toute clause résolutoire, ou toute clause de dédit même subordonnée à l'arrivée d'un élément ne dépendant pas de la volonté de l'employeur ne saurait être acceptée.

**350. Du salarié.** Le champ des droits potestatifs du salarié demeure sans doute limité, mais leur acceptation ne se fait pas toujours, à l'instar de ceux dont disposent l'employeur, au prix d'une altération de la potestativité.

Déjà, en pratique, les droits potestatifs dont l'objet est la création même du contrat de travail les concernent puisque sont en cause des promesses et priorités d'embauche. Or, ces hypothèses offrent en principe un droit purement potestatif au salarié, certain en cas de promesse, éventuel en cas de priorité d'embauche (et sous réserve d'un concours de priorités).

Ensuite, en ce qui concerne les droits potestatifs adjoints du salarié, s'il est vrai que leur champ demeure limité (la modification du contrat de travail ou de certains de ses éléments échappe *a priori* à toute potestativité de la part du salarié), le salarié bénéficie cependant d'un droit purement potestatif de rupture : la démission. Quant aux droits potestatifs altérés dont il est titulaire, la difficulté ne concerne pas tant ce que la jurisprudence (prise d'acte) ou la loi (rupture anticipée de contrat à durée déterminée dans certains cas) lui offre, mais ce qu'il pourrait se réserver. Autrement dit, la question est celle de savoir si le salarié peut s'octroyer la faculté de rompre un contrat à durée déterminée avant terme, ou imputer la responsabilité d'une rupture dont il serait à l'initiative, à l'employeur, au-delà des cas posés par la loi ou la jurisprudence. Même à faire échapper de telles clauses au grief de pure potestativité en les soumettant à l'arrivée d'événements ne dépendant pas de sa seule volonté, il n'est pas certain qu'elles soient valables. En effet, la jurisprudence ne paraît accepter de telles hypothèses qu'avec parcimonie, en les limitant à certains cas déterminés. Ainsi, les clauses de conscience ne sont admises que pour les cadres-dirigeants dans l'hypothèse d'un changement de contrôle, d'actionnariat ou de fusion-absorption de l'entreprise concernée ; quant aux clauses de rupture anticipée du contrat à durée déterminée, elles ne semblent concerner que les sportifs professionnels.

**351. De la réception à l'exercice des droits potestatifs.** Ainsi, l'acceptation des droits potestatifs dans le contrat de travail est limitée. Leur champ demeure restreint, et, le plus souvent, leur admission se fait au prix d'une altération de l'intensité de la potestativité. Une telle restriction se répercute nécessairement sur leur mise en œuvre.

## Partie 2. L'exercice limité des droits potestatifs dans le contrat de travail

---

**352. De l'acte...** Les droits potestatifs sont restrictivement acceptés dans le contrat de travail, et, lorsqu'ils le sont, leur potestativité est souvent amoindrie soit par l'exigence d'une finalité, soit par l'exigence d'un événement objectif déclencheur. Dès lors que l'exercice d'un droit ne se conçoit que finalisé ou justifié, un contrôle, tiré de la nature même du droit est nécessaire. L'acte, expression du droit potestatif considéré, doit d'abord être « régulier au fond »<sup>1423</sup> afin d'être admis.

**353. ... aux acteurs.** La prise en considération du destinataire de l'acte impose également certaines limites à l'exercice du droit potestatif. L'exigence de bonne foi – il est vrai parfois forcée – implique que le titulaire adopte un certain comportement lorsqu'il use de son droit. En outre, lorsque le sujet passif est le salarié, s'ajoute la problématique des droits et libertés de ce dernier. L'exercice d'un droit potestatif ne peut porter une atteinte disproportionnée et/ou injustifiée aux droits et libertés fondamentaux du salarié. L'article L. 1121-1 du Code du travail trouve à s'appliquer.

**354. Plan.** L'exercice des droits potestatifs dans le contrat de travail est doublement encadré. D'une part, la nature même du droit impose un contrôle, fonction du degré de potestativité du droit (Titre I), d'autre part, la prise en considération du sujet passif, en particulier lorsque celui-ci est le salarié, restreint le titulaire dans la mise en œuvre de son droit potestatif (Titre II).

---

<sup>1423</sup> Sur cette expression, v. infra n°355.

## TITRE I. LES LIMITES TIREES DE LA NATURE DU DROIT

**355. Contrôle et sanction.** L'amointrissement de la potestativité de certains droits implique un contrôle de la régularité au fond de l'acte pris en exercice de ce droit. Dès lors que le bénéficiaire d'un droit potestatif ne doit agir que selon une finalité précise ou à la condition qu'existe un motif légitime, le respect de cette finalité ou l'existence réelle d'un tel motif doit pouvoir être contrôlé. En effet, si le bénéficiaire du droit potestatif ne respecte pas cette finalité ou agit en l'absence de l'événement objectif déclencheur, il abuse de son droit. Plus exactement, il se place *hors* de celui-ci. Dans ces conditions, l'irrégularité constatée atteint le fond même de l'acte unilatéral, support du droit potestatif. Cet acte devrait donc pouvoir être remis en cause. Demeurent néanmoins certains obstacles, plus ou moins légitimes, à cette inefficacité de l'acte irrégulier. Il importe alors de s'interroger sur la sanction apportée par le législateur ou la jurisprudence aux hypothèses où le titulaire du droit potestatif n'aurait pas respecté la finalité ou l'exigence d'un motif légitime.

**356. Plan.** Ainsi faudra-t-il d'abord s'intéresser au contrôle de la régularité au fond de l'acte (Chapitre I) avant de s'arrêter sur la sanction des actes irréguliers au fond (Chapitre II).

## Chapitre I. Le contrôle de la régularité au fond de l'acte

**357. Un contrôle, fonction de l'amointrissement de la potestativité.** Les droits purement potestatifs, c'est-à-dire ne dépendant que de la seule volonté de leur bénéficiaire, sont en réalité assez rares. Le plus souvent, la potestativité est altérée. Or le contrôle jurisprudentiel est fonction de l'amointrissement de la potestativité du droit. Plus la potestativité est altérée, plus le contrôle du juge est important. Un droit purement potestatif ne fera pas l'objet du même contrôle que le droit potestatif soumis à l'exigence d'un événement objectif déclencheur ou devant poursuivre une finalité particulière. En imposant de telles limites au droit, le législateur et la jurisprudence ont voulu écarter la pure potestativité. Il importe donc de s'assurer que le bénéficiaire ne s'octroie pas *de facto* un « droit » purement potestatif. Ainsi varient la forme et partant le contenu du contrôle jurisprudentiel (Section I).

**358. Des moyens, fonction de l'amointrissement de la potestativité.** Dès lors que l'exercice d'un droit s'inscrit dans une finalité particulière ou doit répondre à l'exigence d'un événement déclencheur, motif légitime, la question de la charge de la preuve se pose. Ne devrait-ce pas être à l'auteur de l'acte de prouver qu'il a agi dans les limites de son droit ? Et quelle forme devrait prendre cette preuve ? Se pose la question d'une éventuelle motivation à la charge du bénéficiaire du droit. Il s'agit ainsi de s'intéresser aux moyens du contrôle jurisprudentiel (Section II).

### Section I. Le contenu du contrôle jurisprudentiel

**359. Les droits purs.** Un droit purement potestatif implique que la volonté seule, la volonté nue de son bénéficiaire suffit à modifier ou éteindre une situation juridique préexistante ou à en créer une nouvelle. Pour autant, la prise en considération de facteurs extérieurs n'est pas toujours gage d'amointrissement de potestativité. L'exemple de la démission est à ce propos caractéristique. Celle-ci est rarement irraisonnée – si elle l'était, elle pourrait même être remise en cause – elle peut donc *en soi* dépendre de contingences extérieures à la volonté du salarié. Nul ne songerait cependant à contester l'absence d'amointrissement de la potestativité du droit de

démisionner. Le contrôle se restreint d'ailleurs le plus souvent à celui de l'intention de nuire<sup>1424</sup> – limite minimale propre à l'ensemble des droits subjectifs – éventuellement renforcé par le contrôle de la « légèreté blâmable »<sup>1425</sup>. Autrement dit, la « pureté » du droit potestatif n'impose pas de contrôle particulier.

**360. Les droits finalisés.** Josserand avait fait de la finalité sociale des droits, le fer de lance de sa théorie sur l'abus<sup>1426</sup>. Si celle-ci n'a jamais été entièrement consacrée par la jurisprudence et a connu de nombreuses critiques, son influence est indubitable. Certains écueils ne peuvent cependant pas être niés. En effet, l'identification de la finalité sociale de chaque droit est malaisée et relative<sup>1427</sup>. Elle dépend avant tout de la conception politique, philosophique et économique<sup>1428</sup> que chacun peut se forger du droit dont il est question. Il n'est pas non plus certain que la recherche de la finalité d'un droit présente toujours un intérêt. Lorsqu'elle ne consiste, par exemple, qu'en la liberté individuelle du contractant – et l'on songe notamment aux résiliations unilatérales des contrats à durée indéterminée – et ne poursuit pas d'autre objectif particulier, la finalité sociale ne présente guère d'utilité. En réalité, le recours à cette théorie n'a de sens qu'en tant que finalité concrète, propre au droit subjectif considéré et non en tant que finalité abstraite<sup>1429</sup>. Il s'agit de considérer les limites dites « internes » du droit. Nul besoin de faire appel à l'intérêt général ou au bien commun. Au contraire, il est plus judicieux de s'intéresser à l'objectif particulier du droit prévu par le législateur ou les parties<sup>1430</sup>. Dans ces conditions, seuls certains droits peuvent être considérés comme « finalisés ».

---

<sup>1424</sup> Ce qui est le cas lorsque le salarié a volontairement voulu désorganiser l'entreprise : B. TEYSSIÉ, J.-F. CESARO et A. MARTINON, *Droit du travail, Relations individuelles*, LexisNexis, 2014, 3<sup>ème</sup> éd., n°1443. Cf. par ex. Cass. soc., 12 janvier 1972, Bull. civ. V, n°20 (démissions simultanées des représentants de la société). – Cass. soc., 19 juin 1959, Bull. civ. IV, n°779 (mannequin de haute couture démissionnant le jour même de la présentation de la collection alors que plusieurs modèles avaient été conçus et confectionnés sur mesure).

<sup>1425</sup> Cass. soc., 14 octobre 1987, n°86-40049. Dans cette hypothèse, il n'y a pas de volonté de nuire, mais la négligence reprochée au salarié doit avoir causé un préjudice à l'employeur. Si l'intention de nuire s'apprécie subjectivement, la « légèreté blâmable » s'apprécie, quant à elle, objectivement.

<sup>1426</sup> L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus de droit*, 1939, rééd. Dalloz, 2006.

<sup>1427</sup> Josserand lui-même admet cette relativité : « *Le même droit peut changer de cause et d'esprit tandis qu'évoluent les idées et les mœurs* » : L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits...*, *op. cit.* n°299.

<sup>1428</sup> J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Les obligations, 2, le fait juridique*, Sirey, 2011, 14<sup>ème</sup> éd., n°123.

<sup>1429</sup> A. KARIMI, « Essai de systématisation sur l'application de la théorie de l'abus de droit en matière contractuelle », in *Études offertes au doyen Philippe SIMLER*, LexisNexis, Dalloz, 2006, p. 587, spéc. n°35.

<sup>1430</sup> Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, th. préc., n°634 et s.

Ils demeurent octroyés dans l'intérêt de leur bénéficiaire, mais poursuivent un but particulier. Tel est par exemple le cas du droit de « retrait » ou « repentir » accordé à l'auteur d'une œuvre de l'esprit prévu à l'article L. 121-4 du Code de la propriété intellectuelle. Il est évident qu'un tel droit est octroyé dans le seul intérêt de son bénéficiaire. Pour autant, il poursuit une finalité – morale – particulière. Ainsi, la Cour de cassation condamne l'usage de ce droit à des fins économiques<sup>1431</sup>. Ce faisant, les juges admettent la finalité du droit et en condamnent son détournement. En droit du travail, certains droits poursuivent également une finalité particulière. L'exemple représentatif en étant sans doute la période d'essai<sup>1432</sup>. L'employeur peut effectivement pendant cette période, rompre unilatéralement le contrat de travail de son salarié sans avoir à respecter le droit du licenciement mais à la condition de ne le faire que pour des raisons liées à l'essai. À défaut, l'employeur commettrait un détournement de finalité. Doit également être cité le « changement des conditions de travail » opéré dans l'intérêt de l'entreprise. Même à considérer que celui-ci s'entend alors de l'intérêt de l'employeur, il demeure limité à son intérêt professionnel. Dès lors, une utilisation hors les limites de cet intérêt équivaldrait à un détournement de la finalité du droit. Il est enfin possible de s'intéresser aux droits finalisés du salarié, en particulier le droit de grève dont la définition se réfère précisément à la finalité. En effet, la grève se définit comme la cessation collective et concertée du travail en vue d'appuyer des revendications professionnelles dont l'employeur a connaissance<sup>1433</sup>. Si les salariés poursuivent un autre objectif, la grève devrait être considérée comme « illicite »<sup>1434</sup>. Mais face à de tels droits finalisés, l'amoindrissement de la potestativité n'en est qu'à ses prémices. La difficulté rencontrée étant celle de mesurer le degré d'amoindrissement subi. Tant que l'appréciation de la finalité est laissée aux mains du bénéficiaire, la potestativité n'est pas réellement altérée. Si l'employeur, par exemple, est seul juge de l'échec ou de la réussite de l'essai, ou si le salarié est seul juge du bien-fondé de l'exercice de son droit de grève, il est difficile d'y voir une potestativité altérée. Il en est

---

<sup>1431</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 mai 1991, JCP G. 1991, 21760, note F. POLLAUD-DULLIAN.

<sup>1432</sup> V. par ex. Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat*, th. préc., supra n°252 et s.

<sup>1433</sup> Cass. soc., 28 juin 1951, Dr. soc. 1951, p. 523, note P. DURAND.

<sup>1434</sup> Ex. : Cass. soc., 7 juin 1995, Dr. soc. 1995, p. 836. La terminologie a d'ailleurs évolué, la Cour de cassation distinguant désormais entre une grève et un *mouvement* (et non plus grève) illicite. Ex. : Cass. soc., 17 décembre 1996, Bull. civ. V, n°445 : « *L'arrêt de travail [...] ne correspondait à aucune revendication professionnelle, la cour d'appel a exactement décidé que ce mouvement, qui ne pouvait pas être qualifié de grève, était illicite* ».

autrement dès lors que le juge s'imisce dans cette appréciation et qu'en découle un contrôle objectif. Or, justement, le contrôle de ces droits demeure délicat. Le juge est parfois tenté de basculer vers le contrôle propre aux droits « justifiés », notamment lorsque le droit potestatif octroyé profite à l'employeur.

**361. Les droits justifiés.** Lorsque le droit est « justifié » ou « causé », l'amointrissement de la potestativité est certain et consacré. Un tel droit nécessite la survenance d'éléments ne dépendant pas de la seule volonté de son titulaire pour pouvoir être exercé. Il peut s'agir d'éléments objectifs prédéterminés sur lesquels le bénéficiaire n'a aucune maîtrise et dont la survenance suffit pour que le titulaire du droit puisse l'exercer. Ainsi en est-il de la mise à la retraite d'office, de la suspension pour maladie, certains congés *etc.* Mais il peut également s'agir d'événements non déterminés à l'avance mais suffisamment légitimes pour justifier l'exercice du droit en question (ce qui sera par exemple le cas du licenciement ou de la prise d'acte). L'altération de la potestativité implique alors que la survenance de l'événement ne dépende pas du titulaire. Dans ces conditions, un contrôle est nécessaire. Le motif devant être au minimum sérieux, il ne peut dépendre de la seule appréciation du titulaire du droit. Ainsi, par exemple, le licenciement doit répondre *a minima* à une exigence de « cause réelle et sérieuse », quand la prise d'acte du salarié ne peut être exercée qu'en cas de manquement grave. Les juges sont alors garants de la réalité et de la suffisance du motif invoqué.

**362. Plan.** Face à un droit finalisé, les juges devront s'assurer que le titulaire n'a pas poursuivi d'autres finalités que celle propre au droit considéré. Face à un droit devant être justifié, ils devront non seulement s'assurer de la réalité du motif invoqué, lequel ne doit pas dépendre de la seule volonté du titulaire, mais encore en apprécier le sérieux. Ainsi, la différence entre un droit simplement finalisé (I) ou un droit « causé » ou « justifié » (II) s'exprime lors de leur contrôle. Le premier est avant tout celui de l'absence de détournement de finalité, le second est celui du contrôle de proportionnalité.

## I. *Le contrôle des droits finalisés*

**363. *Le détournement de la finalité du droit.*** L'abus de droit par détournement de finalité s'inspire du contrôle du détournement de pouvoir en droit administratif<sup>1435</sup>. Restreint, car ce contrôle s'attache alors aux mobiles du titulaire, c'est-à-dire à son *intention*, il porte en lui les limites propres à un contrôle du subjectif<sup>1436</sup>. Par définition, les effets mêmes de la décision sont à l'abri du contrôle du juge. Autrement dit, tant que le bénéficiaire agit dans la finalité de son droit, il ne peut être condamné alors même que dans les faits, la décision prise se révélerait inefficace et n'aurait pas atteint la finalité poursuivie. Il s'agit avant tout de lutter contre la mauvaise foi de celui qui exerce consciemment son droit dans une autre finalité que celle prévue<sup>1437</sup>. Les juges doivent ainsi s'assurer que la finalité poursuivie par le bénéficiaire est bien la même que celle conférée au droit. Mais une fracture se dessine selon que le bénéficiaire en est le salarié ou l'employeur. La jurisprudence aura tendance à tendre vers un véritable contrôle de conformité lorsque le droit potestatif bénéficie à l'employeur (B) et non quand le salarié en est le bénéficiaire (A).

### A. *Droits finalisés du salarié : l'exemple de la grève*

**364. *Définition.*** La grève se définit comme la cessation collective et concertée du travail en vue d'appuyer des revendications professionnelles portées à la connaissance de l'employeur. Si les revendications ne sont pas professionnelles (1), le mouvement ne peut être considéré comme licite. Mais, même professionnelles, se pose la question de l'éventuel excès des revendications avancées (2).

---

<sup>1435</sup> J. WALINE, *Droit administratif*, Dalloz, 2014, 25<sup>ème</sup> éd., n°633 à 635 ; P.-L. FRIER et J. PETIT, *Droit administratif*, LGDJ, 2015, 10<sup>ème</sup> éd., n°921 et s. ; Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, LGDJ, 2015, 21<sup>ème</sup> éd., n°304 et s. ; J. RIVERO, *Droit administratif*, Dalloz, 1960, rééd. Dalloz, 2011, n°247 à 249.

<sup>1436</sup> Ch. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, tome 2, LGDJ, 1983, p. 170 et s. ; M. GROS, « *Fonctions manifestes et latentes du détournement de pouvoir* », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1997, p. 1237.

<sup>1437</sup> Cf. en droit administratif : R. CHAPUS, *Droit administratif général*, tome 1, Montchrestien, 2001, 15<sup>ème</sup> éd., n°1242.

## 1. Les revendications non professionnelles

**365. Grèves politiques**<sup>1438</sup>. Il est difficile de distinguer entre des revendications professionnelles et des revendications politiques. Les deux sont souvent imbriquées, particulièrement lorsque la grève est générale et porteuse d'un mouvement national. De nombreux intérêts professionnels (salaire, emploi, santé...) présentent nécessairement un aspect politique<sup>1439</sup>. La chambre sociale de la Cour de cassation considère d'ailleurs comme licites les grèves menées contre un projet gouvernemental<sup>1440</sup> dès lors que sont en cause les intérêts des travailleurs. Demeure en principe illicite une grève ne poursuivant que des objectifs purement politiques sans lien avec la défense ou l'amélioration des conditions de travail ou garanties sociales<sup>1441</sup>, ce qui confine alors à l'hypothèse d'école.

**366. Grèves solidaires.** S'agissant des grèves de « solidarité interne », contestant une sanction ou un licenciement pour motif personnel, elles demeurent illicites<sup>1442</sup> tant que la décision de l'employeur apparaît comme régulière<sup>1443</sup> et sauf à s'accompagner de revendications d'ordre professionnel intéressant l'ensemble du personnel<sup>1444</sup>. Quant aux grèves de « solidarité externe », c'est-à-dire en soutien d'une grève dans une autre entreprise, elles sont licites si les salariés y ont effectivement un intérêt professionnel<sup>1445</sup> (ce qui est alors de nature à remettre en cause le caractère « externe » de la grève). Les

<sup>1438</sup> Cass. soc., 29 mai 1979, Bull. civ. V, n°464.

<sup>1439</sup> E. DOCKÈS, note sous CA Aix-en-Provence, 21 mars 2006, Dr. soc. 2006, p. 881.

<sup>1440</sup> Ex : Cass. soc., 29 mai 1979, Bull. civ. V, n°464 (grève contre le projet du Gouvernement « Barre »). – Cass. soc., 15 février 2006, Dr. soc. 2006, p. 577, note Ch. RADÉ (grève contre le projet du Gouvernement sur les retraites de 2003).

<sup>1441</sup> Voir cepend. Cass. soc., 19 juin 1963, Bull. civ. IV, n°518, reconnaissant la licéité d'un arrêt de travail contre le mouvement insurrectionnel d'Alger.

<sup>1442</sup> Cass. soc., 18 mars 1982, Bull. civ. V, n°182. – CA Paris, 9 janvier 2001, D. 2001, p. 594. – Cass. soc., 16 novembre 1993, Bull. civ. V, n°268.

<sup>1443</sup> Devrait être admise une grève à l'appui de sanctions disproportionnées prises par l'employeur envers un ou plusieurs salariés.

<sup>1444</sup> Il en est nécessairement ainsi des grèves de solidarité envers des salariés subissant un licenciement pour motif économique. Il s'agit alors de défendre l'emploi : Cass. soc., 22 novembre 1995, Dr. soc. 1996, p. 204. Cf. égal. : Cass. soc., 5 janvier 2011, RDT 2011, p. 254, obs. S. NADAL (admission d'une grève de soutien à un délégué syndical menacé de licenciement dans la mesure où il défendait alors des revendications syndicales).

<sup>1445</sup> Cass. crim. 12 janvier 1971, D. 1971, p. 547, obs. J. SAVATIER. – Cass. soc., 30 mars 1971, JCP G. 1971, II, 16883, note H. GROUDEL. V. par ex. des salariés détachés dans une entreprise s'associant à une grève poursuivie par les salariés de celle-ci et ayant effectivement un intérêt à celle-ci : Cass. soc., 17 décembre 2003, Bull. civ. V, n°317. Ex. de grève de solidarité illicite : Cass. soc., 4 mai 1966, Bull. civ. IV, n°411.

limites tirées de la finalité du droit, en l'occurrence la grève, paraissent ainsi minces. Et ce d'autant plus que les juges n'ont pas à contrôler le sérieux des revendications alléguées.

## 2. *Les revendications excessives*

**367. *L'incontrôlable déraison des revendications.*** La chambre sociale, opposée à l'Assemblée plénière<sup>1446</sup> de la Cour de cassation, décide que le juge n'a pas à apprécier le caractère raisonnable ou non des revendications invoquées<sup>1447</sup>. Les salariés sont donc seuls juges de l'opportunité du recours à la grève. Un arrêt de 2006<sup>1448</sup>, certes non publié, avait pu sembler marquer un infléchissement de cette jurisprudence. Compris *a contrario*, les juges paraissaient condamner les revendications auxquelles l'employeur ne pouvait (car il n'avait pas l'autorité compétente par exemple) répondre favorablement. Mais la jurisprudence ultérieure<sup>1449</sup> a bien consacré l'impossibilité pour le juge de « *substituer son appréciation à celle des grévistes sur la légitimité ou le bien-*

---

<sup>1446</sup> Cass. Ass. plén. 4 juillet 1986, JCP G. 1986, II, 14796, note B. TEYSSIE ; Dr. soc. 1986, p. 745, obs. G. LYON-CAEN. En l'espèce des syndicats de pilotes s'étaient opposés à l'autorisation ministérielle d'utilisation des avions avec un personnel réduit (passant de trois à deux membres). Ils demandaient en outre un engagement des compagnies aériennes à conserver des équipages de trois membres sur vingt ans. L'assemblée plénière avait jugé que « *si la grève est licite dans son principe en cas de revendications professionnelles, il appartient au juge des référés d'apprécier souverainement si elle n'entraîne pas un trouble manifestement illicite* ». Elle considérait que « *la décision ministérielle échappait à la compétence des compagnies, celles-ci ne disposant d'aucun moyen de droit pour obliger l'administration à la modifier ; que l'engagement de très longue durée qui leur était demandé au mépris des contraintes financières et des progrès techniques était déraisonnable et que les compagnies ne pouvaient de toute évidence satisfaire les revendications professionnelles des syndicats* ».

<sup>1447</sup> Cass. soc., 2 juin 1992, Dr. soc. 1992, p. 700, note J.-E. RAY. – Cass. soc., 19 octobre 1994, JCP E. 1995, I, 499, obs. B. TEYSSIE. V. déjà CA Paris, 27 janvier 1988, D. 1988, p. 351, note J.-C. JAVILLIER, Dr. soc. 1988, p. 242, chron. J.-E. RAY (Arrêt rendu par une chambre présidée par P. DRAI qui allait être nommé quelques mois plus tard premier président de la Cour de cassation).

<sup>1448</sup> Cass. soc., 7 juin 2006, D. 2006, p. 2715, note F. DUQUESNE.

<sup>1449</sup> Cass. soc., 23 octobre 2007, Bull. civ. V, n°169, préc. (Revirement de jurisprudence. Cf. jurisprudence antérieure : Cass. soc., 23 janvier 1969, Bull. civ. V, n°50). En l'espèce, la grève était motivée par la décision prise par la communauté urbaine de Marseille de confier à un exploitant privé la gestion du tramway marseillais. La Cour d'appel avait alors considéré d'une part que les revendications ne touchant pas à l'emploi ne pouvaient être qualifiées de « professionnelles » et d'autre part que l'employeur « *ne disposait pas de la capacité de donner satisfaction à une telle revendication* ». (CA Aix-en-Provence, 21 mars 2006, D. 2006, p. 2652, note A. BUGADA ; Dr. soc. 2006, p. 881, note E. DOCKÈS). Cassation de l'arrêt : « *La défense du mode d'exploitation du réseau des transports urbains constituait, pour les employés de la RTM, établissement public industriel et commercial, une revendication d'ordre professionnel et [...] la capacité de l'employeur à satisfaire les revendications des salariés est sans incidence sur la légitimité de la grève* ».

*fondé des revendications* »<sup>1450</sup>. Les grèves contre les projets gouvernementaux demeurent ainsi licites. Néanmoins, la question de revendications dérisoires, irréalistes, voire farfelues, reste problématique. La grève conçue comme un *moyen* (de pression ou d'expression<sup>1451</sup>) n'est pas une fin en soi<sup>1452</sup>. Pourtant, l'excès paraît bien être à l'abri du contrôle du juge.

**368. L'exigence « communautaire » de proportionnalité.** C'est du côté de l'Union européenne<sup>1453</sup> que l'on trouverait une jurisprudence – plutôt critiquée par la doctrine française<sup>1454</sup> – apte à limiter le droit de grève. En effet, en 2007, la Cour de justice des Communautés européennes a rendu deux arrêts imposant un contrôle de proportionnalité. Non seulement le motif de la grève doit apparaître comme légitime, mais plus encore, ses effets ne doivent pas porter une atteinte trop importante aux libertés économiques garanties par le Traité de Rome telle la liberté d'établissement<sup>1455</sup> ou la liberté de prestation de services<sup>1456</sup>. Autrement dit, le droit de l'Union fait prévaloir ces libertés sur le droit de grève. Le conflit collectif n'est licite que s'il est

---

<sup>1450</sup> Néanmoins, même si la grève n'est alors pas abusive, le fait qu'elle soit déclenchée « *non pas pour soutenir des revendications concernant directement [l'entreprise], mais pour contester les projets du Gouvernement concernant le régime de la sécurité sociale et ses répercussions sur le régime spécial de retraite des [salariés concernés]* » permet néanmoins de faire ressortir « *l'existence d'un fait extérieur à la SNCF susceptible de caractériser la force majeure* » : Cass. soc., 11 janvier 2000, TPS, mars 2000, n°93, note B. TEYSSIÉ.

<sup>1451</sup> J.-M. BÉRAUD, « Discutant les temps modernes ne sont plus ce qu'ils étaient », in *Treize paradoxes du droit du travail ; Paradoxe n°10, Le droit et la grève*, SSL, 10 octobre 2011, n°1508, suppl., p. 1508. Effectivement, certains arrêts font écho de « craintes » (Cass. soc., 27 février 1974, Bull. civ. V, n°140) ou de « malaise » (Cass. soc., 12 avril 1995, Bull. civ. V, n°129).

<sup>1452</sup> A. MAZEAUD, *Droit du travail*, Montchrestien, *op. cit.*, n°486.

<sup>1453</sup> Le droit de grève est certes exclu de l'article 153§5 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Mais, la Commission européenne avait adopté le 21 mars 2012 une proposition de Règlement « *relatif à l'exercice du droit de mener des actions collectives dans le contexte de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services* », considérant alors que « *les arrêts de la Cour [de Justice] montrent clairement que le fait que l'article 153 ne s'applique pas au droit de grève ne signifie pas, en tant que tel, que l'action collective est exclue du champ d'application du droit de l'UE* ». Mais, à la suite des avis remis par les Parlements nationaux, la Commission a retiré sa proposition. Cf. M. ROCCA, « Le droit de grève et l'Union Européenne en période d'austérité : la proposition « Monti II » et ses cartons jaunes », *Revue interventions économiques*, 2015, n°52 [en ligne] <https://interventionseconomiques.revues.org/2486>

<sup>1454</sup> S. ROBIN-OLIVIER et E. PATAUT, « Europe sociale ou Europe économique ? », RDT 2008, p. 80 ; A. SUPIOT, « L'Europe gagnée par « l'économie communisme de marché » », *Revue du MAUSS* (mouvement anti-utilitariste dans les sciences sociales) permanente, 30 janvier 2008. [en ligne] <http://www.journaldumauss.net/?L-Europe-gagnee-par-l-economie> ; Ph. RÉMY, « Les droits des conflits collectifs », RDT 2010, p. 250.

V. Cepend. R. VATINET : « Un nouveau droit des conflits de travail ? », *Dr. soc.* 2008, p. 671.

<sup>1455</sup> Arrêt « Viking » : CJCE, 11 décembre 2007, aff. C-438/05, JCP S. 2008, 1086, note J. CAVALLINI.

<sup>1456</sup> Arrêt « Laval » : CJCE, 18 décembre 2007, aff. C-341/05, JCP S. 2008, 1087, note J. CAVALLINI.

justifié par des raisons impérieuses d'intérêt général (étant entendu que correspond à ce critère la protection des travailleurs<sup>1457</sup>), qu'il permet de garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et ne va pas au delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif<sup>1458</sup>. Sans doute contestable au regard de la restriction dont le droit de grève fait alors l'objet<sup>1459</sup>, une telle solution s'explique par la dimension avant tout économique de l'Union européenne. Le contrôle ne pouvant alors être restreint au seul détournement de finalité du droit mais devant répondre à des exigences de justification et de proportionnalité. On peut le regretter et espérer, du côté cette fois-ci de la Cour européenne des droits de l'Homme<sup>1460</sup>, un frein à cette jurisprudence communautaire.

---

<sup>1457</sup> Ex. : arrêt « Arblade et Leloup » : CJCE, 23 novembre 1999, aff. CC-369 et 376/96, Rec. I-8498, n°36. – Arrêt « Mazzoleni » : CJCE, 15 mars 2001, aff. C-165/98, Rec. I-2189, n°27.

<sup>1458</sup> CJCE, 11 décembre 2007, aff. 438/05 préc., n°75 et 90. – CJCE, 18 décembre 2007, aff. C-341/05, préc., n°101.

<sup>1459</sup> Il est vrai que le droit de grève connaît des restrictions et des interdictions afin d'assurer la continuité du service public. Mais il s'agit alors de défendre l'intérêt général, le maintien de l'ordre ou la sécurité publique (Cons. const., 25 juillet 1979, n°79-105 DC, D. 1980, jur. p. 101, note M. PAILLET. – Cons. const., 22 juillet 1980, n°80-117 DC, Dr. soc. 1980, p. 452, obs. D. TURPIN) et non d'opposer le droit social au droit de la concurrence.

Le Conseil constitutionnel affirme ainsi que « *dans le cadre des services publics, la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour effet de faire obstacle au pouvoir du législateur d'apporter à ce droit les limitations nécessaires en vue d'assurer la continuité du service public qui, tout comme le droit de grève, a le caractère d'un principe de valeur constitutionnelle ; que ces limitations peuvent aller jusqu'à l'interdiction du droit de grève aux agents dont la présence est indispensable pour assurer le fonctionnement des éléments du service dont l'interruption porterait atteinte aux besoins essentiels du pays* » (Cons. const. 28 juillet 1987, n°87-2130 DC, JO, 29 juillet 1987).

Le raisonnement est alors inversé. Tandis qu'en droit de l'Union, c'est la grève qui est vue comme une atteinte à une liberté économique et en ce sens doit apparaître justifiée et proportionnée, dans le cercle national, ce sont les atteintes au droit de grève qui doivent apparaître justifiées, not. par des « *nécessités d'ordre public* » (CE, 7 juillet 1950, D. 1950, p. 538, note A. GERVAIS) ou « *besoins essentiels du pays* » (CE, 12 avril 2013, JCP S. 2013, 1283, note E. JEANSEN). Il est vrai que plus récemment une loi de 2007 (n° 2007-1224 du 21 août 2007) est venue réglementer la grève dans les transports terrestres réguliers de voyageurs et une loi de 2012 (n°2012-375 du 19 mars 2012), celle dans les entreprises de transport aérien de passagers. Ainsi l'article L. 1222-3 (al 2) du Code des transports dispose, à propos des entreprises de transport terrestre, que « *... Le niveau minimal de service doit permettre d'éviter que soit portée une atteinte disproportionnée à la liberté d'aller et venir, à la liberté d'accès aux services publics, à la liberté du travail, à la liberté du commerce et de l'industrie et à l'organisation des transports scolaires. Il correspond à la couverture des besoins essentiels de la population. [...]* ».

Mais dans ces hypothèses, ce qui restreint le droit de grève est la prise en compte des droits des tiers au conflit, en particulier des usagers, avec en filigrane la protection de l'ordre public (cf. à propos de la loi de 2012 préc. : Cons. const., 15 mars 2012, n°2012-650 DC, AJDA 2012, p. 574, n°7, rattachant ses dispositions au bon ordre et la sécurité des personnes dans les aéroports et ainsi à la préservation de l'ordre public). Au contraire, la CJUE oppose au droit de grève des salariés, les libertés économiques principalement de l'employeur.

<sup>1460</sup> J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY, note sous CEDH, 21 avril 2009, « Enerji Yapi Yol Sen c. Turquie », RDT 2009, p. 499.

## B. Droits finalisés de l'employeur

**369. Intensité variable du contrôle.** Lorsqu'est en cause un droit potestatif de l'employeur, le contrôle peut s'approfondir. Si c'est l'*intention* du titulaire qui est mise en avant, alors c'est principalement un contrôle de l'« absence de détournement » de la finalité<sup>1461</sup> du droit qui est opéré (1). Une tel contrôle ne peut être que limité. En revanche, le renvoi à une finalité qui se veut objective peut permettre un contrôle plus précis. Il s'agirait alors de celui dit de conformité (2), s'attachant aux conséquences même de la décision prise.

### 1. L'absence de détournement de la finalité du droit

**370. De la gestion à la sanction.** L'équation paraît facile, les bénéficiaires de droits finalisés ne peuvent en user qu'à la condition d'en respecter la finalité. Ainsi, le changement des conditions de travail doit intervenir dans l'intérêt de l'entreprise, l'essai, quant à lui, a notamment pour objet de permettre à l'employeur de jauger les compétences du salarié. On le voit, ces droits s'inscrivent dans le cadre de la gestion d'entreprise (a). Il arrive néanmoins que l'employeur en use à titre de sanction (b). Mais ne serait-ce pas alors accepter un détournement de finalité du droit considéré ? En imposant dans ces hypothèses le respect d'une procédure particulière, celle du droit disciplinaire, la jurisprudence n'évite-t-elle pas justement le grief du détournement de finalité ? Si la réponse est positive en ce qui concerne l'essai, elle est plus nuancée dans le cadre du changement des conditions de travail.

#### a. Utilisation du droit à titre de gestion

**371. Le changement des conditions de travail : l'intérêt de l'entreprise.** Le droit de l'employeur de changer les conditions de travail de ses salariés s'inscrit dans sa politique de gestion, de fonctionnement de l'entreprise. La finalité est économique. Si la décision de l'employeur répond à un motif étranger à celle-ci, alors elle doit être condamnée. La parenté avec le droit administratif est évidente. Déjà, parce que le changement des conditions de travail est analysé, le plus souvent, comme un « pouvoir » *stricto sensu*, ensuite, parce que le détournement de la finalité revêt la même forme qu'il

---

<sup>1461</sup> Formule empruntée à J. PÉLISSIER in « Le détournement par l'employeur de son pouvoir disciplinaire », in *Mélanges dédiés à Jean VINCENT*, Dalloz, 1981.

s'agisse de droit administratif ou de droit du travail. En effet, en droit administratif, il y a détournement de pouvoir lorsque celui-ci est utilisé à des fins personnelles<sup>1462</sup> ou dans l'intérêt d'un tiers<sup>1463</sup>. De la même manière, il y a détournement du droit de changer les conditions de travail des salariés lorsque l'employeur agit dans l'intérêt d'un autre salarié et non de l'entreprise<sup>1464</sup> ou lorsqu'il agit dans son intérêt personnel *non professionnel*<sup>1465</sup>.

**372. La période d'essai : les compétences du salarié.** Avant même que le législateur ne définisse la période d'essai<sup>1466</sup>, la jurisprudence considérait qu'elle poursuivait une finalité particulière : celle de l'appréciation des compétences professionnelles et personnelles du salarié. On pouvait alors s'étonner que la théorie de l'abus de droit n'ait pas toujours eu droit de cité dans le cadre de la période d'essai<sup>1467</sup>. Désormais cependant, l'employeur ne peut prétendre rompre l'essai pour une autre raison – paraîtrait-elle légitime – que celle tirée de l'inaptitude du salarié aux fonctions considérées<sup>1468</sup>. Ainsi est condamnée la rupture de l'essai pour satisfaire un besoin particulier et temporaire de personnel<sup>1469</sup> ou celle intervenue alors que l'employeur avait

---

<sup>1462</sup> CE, 14 mars 1934, « D<sup>elle</sup> Rault », Rec. p. 337 (maire interdisant les bals afin de conserver la clientèle de l'auberge dont il était propriétaire).

<sup>1463</sup> CE, 5 mars 1954, « D<sup>elle</sup> Soulier », Rec. p. 139 (création d'un poste dans le but de fournir un emploi à une personne en particulier).

<sup>1464</sup> Cass. soc., 27 mars 1991, n°89-42511 : « [La] mutation n'avait été décidée que dans l'intérêt personnel d'un autre salarié, qui ne se confond pas avec l'intérêt de l'entreprise ». Rappr. Cass. soc., 2 juin 1993, n°92-41282 (à propos d'un licenciement pour motif économique) : « La décision de licenciement était entachée de détournement de pouvoir dans le but de permettre la promotion d'un autre salarié ». – Cass. soc., 5 février 1992, n°88-43231 (à propos d'une modification d'un contrat de travail, arrêt antérieur à la jurisprudence distinguant modification du contrat/changement des conditions de travail) : « La modification n'était justifiée, ni par une quelconque insuffisance de la salariée, ni par l'intérêt de l'entreprise, mais par le souci de donner satisfaction à un autre salarié ».

<sup>1465</sup> Par ex. il y a détournement de la finalité du droit lorsque l'employeur change les conditions de travail d'un de ses salariés dans le seul but de s'en séparer (Cass. soc., 16 février 1987, Bull. civ. V, n°83. – Cass. soc., 18 juillet 2000, n°98-44738).

<sup>1466</sup> 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 les fonctions occupées lui conviennent ».

<sup>1467</sup> Cass. soc., 5 janvier 1945, Dr. soc. 1946, p. 36, note J. CARBONNIER.

<sup>1468</sup> Cass. soc., 5 mai 2004, Bull. civ. V, n°128. Le contrat de travail avait été rompu pendant la période d'essai non pour incompétence du salarié. En réalité la rupture était « fondée sur la volonté de l'employeur de ne pas conserver un salarié qui aurait pu être fragilisé par l'agression qu'il avait subie durant l'exécution de son contrat de travail » Dès lors, elle était abusive.

<sup>1469</sup> Cass. soc., 22 février 1979, Bull. civ. n°167 (prorogation de l'essai pour permettre à l'employeur d'assurer l'intérim à moindre frais d'un poste réservé à un collaborateur en détachement). – Cass. soc., 5 octobre 1993, Bull. civ. V, n°223 (satisfaction d'un besoin momentané en personnel). – Cass. soc., 31 octobre 2007, n°06-44029 (embauche pour la seule réalisation d'une opération boursière). – Cass.

dès l'embauche l'intention de ne pas conserver le salarié au-delà de la durée de la période d'essai<sup>1470</sup>. Ces dernières hypothèses peuvent même confiner à la fraude à la loi<sup>1471</sup> dans la mesure où dès l'origine l'employeur entendait utiliser la période d'essai dans une autre finalité que celle de s'assurer des aptitudes du salarié<sup>1472</sup>. La jurisprudence a également pu condamner pour légèreté blâmable l'employeur ayant rompu la période d'essai de son salarié car il avait trouvé mieux en la personne de son remplaçant<sup>1473</sup>. Une telle solution n'est pas à l'abri de toute critique, notamment au regard de la liberté dont doit disposer l'employeur dans le choix de ses collaborateurs<sup>1474</sup>. Il est vrai cependant qu'en l'espèce, l'employeur n'avait pas nécessairement laissé le temps au salarié de faire ses preuves. La jurisprudence pouvait dès lors en déduire que l'incompétence du salarié ne pouvait pas être en cause<sup>1475</sup>.

**373. L'hypothèse du motif économique.** Si les difficultés économiques entrent bien dans la finalité du droit de changer les conditions de travail, il n'en est pas de même de la période d'essai. Ainsi la jurisprudence considère comme abusive la rupture de l'essai intervenue pour un motif « *non inhérent à la personne du salarié* »<sup>1476</sup>. Toute rupture

soc., 27 novembre 1990, Bull. civ. V, n°592 (l'employeur connaissait avant l'embauche le motif pour lequel il mettrait fin à l'essai).

<sup>1470</sup> Cass. soc., 5 octobre 1993, D. 1994, somm. comm. p. 304, obs. A. LYON-CAEN.

<sup>1471</sup> J. MOULY, « La rupture de l'essai pour motif non inhérent à la personne du salarié : fraude, abus de droit ou absence de cause réelle et sérieuse ? », D. 2008, p. 196.

<sup>1472</sup> Cf. G. PIGNARRE, note sous CA Paris, 23 novembre 1990, D. 1992, p. 101. L'auteur distingue la fraude entachant *ab initio* le contrat et l'abus de droit : véritable essai mais rompu dans des conditions illégitimes.

<sup>1473</sup> Cass. soc., 18 juin 1996, Bull. civ. V, n°247 : « *L'employeur avait mis fin à l'essai avant la reprise du travail par le salarié en raison du dynamisme et de la qualité des prestations de son remplaçant, le conseil des prud'hommes[a] ainsi caractérisé une légèreté blâmable de l'employeur* ».

<sup>1474</sup> La liberté d'entreprendre a valeur constitutionnelle : Cons. const., 16 janvier 1982, n°81-132 DC, « Loi de nationalisation ». Le Conseil constitutionnel a expressément considéré que le choix des collaborateurs procédait de la liberté d'entreprendre dans une décision du 20 juillet 1988, n°88-244 DC, « Loi portant amnistie ».

<sup>1475</sup> On peut également comprendre cet arrêt comme un abus lié aux circonstances entourant la rupture davantage qu'un abus tenant à un véritable détournement de la finalité du droit. cf. infra n°501 et s.

<sup>1476</sup> Cass. soc., 20 novembre 2007, JCP S. 2008, 1215, note C. LEBORGNE-INGELAERE ; JSL, 11 décembre 2007, n°223, p. 11, note M.-Ch. HALLER ; SSL, 3 décembre 2007, n°1331, p. 7, note J. DUPLAT ; JCP G. 2008, II, 10005, note D. CORRIGNAN-CARSIN ; D. 2008, p. 196, note J. MOULY, RDT 2008, p. 29, note J. PÉLISSIER (suppression du poste pour lequel le salarié avait été embauché). – Cass. soc., 15 décembre 2010, JCP S. 2011, 1282, note F. BOUSEZ (fermeture d'un hôtel en absence de neige).

Comp. Cass. soc., 30 septembre 1992, Bull. civ. V, n°484, où la Cour considère que le non-remplacement d'un salarié n'est pas à lui seul constitutif d'un abus.

*Contra* jurisprudence antérieure favorable à la rupture de l'essai pour motif économique : Cass. soc., 20 janvier 1971, Bull. civ. V, n°33. – Cass. soc., 2 juin 1981, D. 1982, p. 206, note J. MOULY.

pour motif économique ne paraît pas pour autant impossible. Il serait paradoxal que le salarié soit davantage protégé pendant la période d'essai qu'au-delà. Ainsi, il est permis de penser qu'à côté d'une « rupture de l'essai » coexisterait la possibilité de licencier pour motif économique, à la condition d'en suivre les règles, notamment procédurales<sup>1477</sup>. Autrement dit, l'employeur se placerait hors cadre de la période d'essai. Il serait alors tenu de suivre le droit du licenciement. Ce faisant, le déclin de l'autonomie de la rupture de l'essai ne peut être que constaté<sup>1478</sup>.

*b. Utilisation du droit à titre de sanction*

**374. De la légitimité ou de l'illégitimité de la sanction.** L'employeur peut avoir la tentation d'user de son droit de changer les conditions de travail ou de rompre l'essai, afin de sanctionner un salarié. Il faut alors distinguer selon que la sanction est illégitime ou non. Dans le premier cas, l'abus de droit est évidemment consommé<sup>1479</sup>, dans le second la solution devrait être davantage nuancée. En effet, si un changement des conditions de travail dicté par le souci de sanctionner un salarié paraît bien être un détournement de finalité, la rupture d'une période d'essai pour un tel motif ne paraît pas

<sup>1477</sup> J. MOULY, « La résiliation de l'essai fondée sur un motif étranger à ses résultats... », art. préc. ; J. PÉLISSIER, note sous Cass. soc., 20 novembre 2007, préc. ; S. TOURNAUX, *L'essai en droit privé. Contribution à l'étude de l'influence du droit du travail sur le droit privé*, LGDJ, 2011, n°563.

<sup>1478</sup> D. CORRIGNAN-CARSIN, « La rupture de la période d'essai. Une autonomie sur le déclin ? », JCP E. 2005, 1241 ; J. MOULY, « La résiliation de l'essai fondée sur un motif étranger à ses résultats... », art. préc. ; Ph. MALLARD, « Le licenciement en période d'essai ? », *Dr. soc.* 2006, p. 1157 ; S. TOURNAUX, *L'essai en droit privé ... th. préc.*, spéc. p. 413 et s.

Comp. l'hypothèse de la mise à la retraite pour motif économique. La Cour de cassation impose également le respect de la procédure du licenciement économique, en l'occurrence la procédure d'information-consultation des représentants du personnel. Mais ne leur applique pas l'éventuel plan de sauvegarde de l'emploi (la jurisprudence antérieure le faisait : Cass. soc., 18 avril 2000, *Dr. soc.* 2000, p. 790, obs. J. SAVATIER. – Cass. soc., 2 novembre 2005, n°03-46325) sauf si le plan de sauvegarde prévoit explicitement son application aux salariés mis à la retraite (Cass. soc., 18 mars 2008, JCP S. 2008, 1368, note D. EVERAERT-DUMONT). Imposer la procédure du licenciement pour motif économique n'a ainsi pas le même effet selon qu'il s'agit de la rupture du contrat pendant la période d'essai ou d'une mise à la retraite.

<sup>1479</sup> Ex. pour un changement des conditions de travail : Cass. soc., 30 juin 2004, n°02-44145 : « *Sous couvert de l'intérêt de l'entreprise, l'employeur avait imposé à la salariée une « mutation-sanction » alors que son comportement n'était pas à l'origine des difficultés relationnelles [...] invoquées* ». – Cass. soc., 27 septembre 2005, n°03-42938 : « *La mutation était intervenue à titre de sanction disciplinaire à la suite d'un incident dans lequel cette salariée, qui avait plus de vingt-cinq ans d'ancienneté, n'avait aucune responsabilité* ». – Cass. soc., 26 septembre 2006, n°05-41605 : « *Les propositions de mutation, qui n'étaient pas justifiées par l'intérêt de l'entreprise, tendaient à sanctionner le refus du salarié de la modification de son contrat de travail* ».

Pour une rupture de l'essai : Cass. soc., 4 juillet 2001, n°99-44469 : « *La décision de rupture en cours de période d'essai était motivée par le refus du salarié d'accepter une proposition de l'employeur impliquant l'extension de son secteur d'activité [...] ainsi que l'adjonction d'une clause de mobilité [...]* ».

en réalité étranger à la finalité même de l'essai. Or, la Cour de cassation n'admet le changement de conditions de travail ou la rupture de la période d'essai à titre de sanction qu'à la condition de respecter la procédure du droit disciplinaire prévue aux articles L. 1332-1 et s. du Code du travail (notification, convocation *etc.*). Les conséquences diffèrent alors.

**375. Les conséquences du respect de la procédure disciplinaire sur le changement des conditions de travail.** La Cour de cassation permet à l'employeur d'imposer un changement des conditions de travail de son salarié – ce sera le plus souvent une mutation géographique – à titre de sanction<sup>1480</sup>, sous réserve de respecter le droit disciplinaire de l'article L. 1332-1 du Code du travail<sup>1481</sup>. La marge de manœuvre de l'employeur est alors restreinte. Elle sera moindre que celle dont il dispose lorsqu'il exerce son droit au titre de son « pouvoir » de gestion. En effet, s'appliquent alors l'article L. 1333-1 du Code du travail selon lequel « *les faits reprochés [doivent être] de nature à justifier une sanction* » et l'article L. 1333-2 du même Code imposant que la sanction soit proportionnée à la faute commise. Alors qu'exercé dans un but de gestion de l'entreprise, le changement des conditions de travail n'a pas à répondre à une exigence de proportionnalité, en revanche, à titre de sanction, le changement imposé doit être justifié et proportionné. De telles limites écartent-elles l'éventuel détournement de finalité du droit<sup>1482</sup> ? On pourrait en douter. L'intérêt de l'entreprise est certes toujours mobilisé lorsqu'il s'agit de sanctionner légitimement un salarié, mais s'agit-il du même « intérêt » que celui à l'œuvre dans l'hypothèse d'une décision d'organisation exempte de toute velléité de sanction ? Au même titre qu'en droit administratif est condamné un pouvoir exercé certes dans un but d'intérêt général mais non dans celui

---

<sup>1480</sup> Supra n°199 et s.

<sup>1481</sup> Cass. soc., 11 juillet 2001, JSL, 20 novembre 2001, n°90, p. 9, note J.-E. TOURREIL ; JCP E. 2002, 372, note G. LACHAISE – Cass. soc., 15 janvier 2002, Bull. civ. 2002, V, n°12. – Cass. soc., 16 décembre 2005, D. 2005, p. 1945, note B. BOUDIAS. – Cass. soc., 26 novembre 2008, n°07-43780. – Cass. soc., 10 décembre 2008, n°07-43383. Même si l'on peut critiquer une telle jurisprudence, elle a l'avantage de pallier une des difficultés résultant de la jurisprudence *Hôtel le Berry* (toute modification du contrat même à titre de sanction doit être acceptée par le salarié) c'est-à-dire l'hypothèse où la faute aurait pu justifier par exemple une rétrogradation mais non un licenciement. (J. MOULY, « Les suites de la jurisprudence Hôtel Le Berry. À propos d'un dixième anniversaire », Dr. soc. 2008, p. 537).

<sup>1482</sup> J. MOULY, « Une remise en cause indirecte de la jurisprudence Hôtel Le Berry : l'utilisation des clauses de mobilité à titre disciplinaire », Dr. soc. 2002, p. 955 ; S. FROSSARD, « La réaction à une faute du salarié », in *Analyse juridique et valeurs en droit social, Mélanges en l'honneur de Jean PÉLISSIER*, Dalloz, 2005, p. 231 et « *Les caractères de la sanction disciplinaire* », art. préc.

pour lequel il est octroyé<sup>1483</sup>, une telle utilisation du changement des conditions de travail ne devrait-elle pas être prohibée ? En réalité, cette solution s'explique pour des raisons d'opportunité. En effet, le changement des conditions de travail comme mesure de gestion s'impose au salarié sans que ce dernier ait commis de faute. En revanche, toute modification du contrat de travail, même à titre de sanction, ne peut être imposée par l'employeur<sup>1484</sup>. Il s'agit donc de permettre, au moins, un changement des conditions de travail comme mesure de sanction. Et ce d'autant qu'un tel changement ne ressort plus d'un simple droit finalisé, mais justifié. En effet, une faute suffisamment sérieuse du salarié est nécessaire. Dans ces conditions, user d'une mesure de gestion à titre de sanction est admissible. Resterait, il est vrai, une difficulté, celle des employeurs indéliçables se plaçant sur le terrain de la gestion d'entreprise et non sur celui du disciplinaire – quand bien même ils le devraient – afin d'en écarter les règles.

**376. Les conséquences du respect de la procédure disciplinaire sur la rupture de la période d'essai.** Imposer le respect du droit disciplinaire lorsque l'employeur rompt la période d'essai à titre de sanction<sup>1485</sup> vide celle-ci de son intérêt. En effet, cet intérêt consiste à pouvoir rompre le contrat de travail sans avoir à respecter les règles du licenciement. Exiger le respect d'une procédure et une proportionnalité entre la faute commise et la décision de l'employeur (en l'occurrence la rupture du contrat) revient à faire application des règles similaires à celles du licenciement<sup>1486</sup>. Ce faisant, la Cour de cassation se place hors cadre de l'essai. Elle traite l'hypothèse de la « rupture-sanction » comme un détournement de la finalité de la période d'essai. Or il est possible de considérer que la faute du salarié est justement l'expression de l'inadéquation entre les qualités du salarié et les fonctions confiées. Sanctionner un comportement véritablement fautif du salarié au cours de la période d'essai paraît être un motif légitime de rupture répondant à la finalité de l'essai. Certes, le comportement incriminé ne relève pas

<sup>1483</sup> En droit administratif, il existe deux formes de détournement de pouvoir, celle où l'autorité administrative use de son pouvoir dans un intérêt particulier et celle où elle en use certes dans un but d'intérêt général mais différent de celui qui lui était assigné.

<sup>1484</sup> Cass. soc., 16 juin 1998, Dr. soc. 1998, p. 803, rapp. Ph. WAQUET. (Revirement de jurisprudence. Ex. d'arrêts antérieurs : Cass. soc., 9 octobre 1991, Bull. civ. V, n°400. – Cass. soc., 5 février 1997, Dr. soc. 1997, p. 318, note Ph. WAQUET. – Cass. soc., 19 novembre 1997, Dr. soc. 1998, p. 198, note C. MARRAUD).

<sup>1485</sup> Cass. soc., 10 mars 2004, JCP G. 2004, II, 10088, note D. CORRIGNAN-CARSIN ; D. 2004, p. 2189, obs. B. GÉNIAUT ; Dr. soc. 2004, p. 733, M. DUBERTRET.

<sup>1486</sup> Certes, formellement, il ne s'agit pas de respecter le droit du licenciement mais de respecter le droit disciplinaire.

toujours d'une faute d'incompétence au sens technique du terme. Un salarié, effectivement capable, peut se rendre par exemple coupable de faits de harcèlement. Mais d'une part, les compétences techniques du salarié ne sont pas seules à devoir être prises en considération, d'autre part, il est permis de considérer qu'alors, l'essai n'est effectivement pas concluant. En d'autres termes, il n'est pas certain que l'on puisse considérer qu'il y ait vraiment un détournement de la finalité de l'essai. Par ailleurs, si la raison de l'application du droit disciplinaire tient au souci de permettre au salarié de se défendre, pourquoi refuser une telle possibilité au salarié, cette fois-ci non fautif, mais dont les compétences sont remises en cause ? N'est-il pas contestable de mieux traiter un salarié s'étant rendu coupable d'une faute ? Sans compter qu'une telle solution peut se retourner contre l'employeur de bonne foi<sup>1487</sup>.

**377. *L'attrait du motif justificatif.*** À titre de gestion, le droit de l'employeur est simplement finalisé. À titre de sanction, il devient « justifié ». Dans le premier cas, l'employeur doit respecter une finalité particulière, dans le second il doit arguer d'un motif justificatif. Mais la distinction n'est pas toujours claire, car tout droit « finalisé » subit l'attrait du droit « justifié ». La mise en avant de l'intérêt du cocontractant invite notamment à exiger un « juste » motif aux ruptures des contrats. C'est sans doute d'autant plus vrai en droit du travail que toute rupture procédant de l'employeur souffre de la comparaison avec le licenciement<sup>1488</sup>. Il est alors aisé de basculer du contrôle de l'absence de détournement de la finalité du droit au contrôle de conformité et, de là, franchir le pas d'imposer une véritable justification. Au demeurant, en pratique, un véritable motif objectif peut effectivement guider la conduite de l'employeur. Néanmoins, si l'on veut conserver la distinction entre les droits finalisés et les droits justifiés, on ne peut imposer de « juste motif » ni à la rupture de l'essai, ni au changement des conditions de travail (du moins au titre de gestion de l'entreprise). Par ailleurs, le contrôle ne se situe pas au même stade. Celui de la conformité de la finalité se place en aval de la décision alors que celui du juste motif se situe en amont. Dans un

---

<sup>1487</sup> À la lecture de la jurisprudence, c'est bien lorsque l'employeur invoque, expressément, un motif disciplinaire qu'il doit respecter l'article L. 1332-1 du Code du travail. V. par ex. Cass. soc., 20 octobre 2010, Bull. civ. V, n°239 : « Attendu [...] que durant la période d'essai, chacune des parties dispose en principe d'un droit de résiliation unilatérale, sans avoir à alléguer de motif ; que la cour d'appel ayant retenu que l'employeur ne s'était à aucun moment prévalu d'un motif disciplinaire pour rompre la période d'essai a légalement justifié sa décision ».

<sup>1488</sup> S. TOURNAUX, *L'essai en droit privé...*, th. préc., n°540 et s.

cas il s'agit de se demander si concrètement la mesure a bien atteint (ou du moins tenté d'atteindre) le but poursuivi, dans l'autre il s'agit d'imposer un motif objectif à la décision de l'employeur.

Si les juges ne franchissent pas (encore ?) le Rubicon en imposant un motif légitime, il leur arrive d'exercer un contrôle de conformité.

## 2. *Vers un contrôle de conformité ?*

**378. Du titulaire « seul juge » à l'immixtion du juge.** Tant que l'appréciation de la finalité du droit est laissée au titulaire du droit, le couperet de l'abus de droit risque de demeurer lettre morte. Au contraire, l'intervention du juge paraît inéluctable si l'on veut imposer un réel contrôle. Si à l'origine, l'appréciation, tant de l'intérêt de l'entreprise, que de l'échec de l'essai, était laissée au seul bénéficiaire du droit, l'immixtion du juge s'est peu à peu affirmée. Pour autant, exiger un motif objectif transformerait les droits finalisés en droits justifiés. La jurisprudence s'essaie alors à un exercice d'équilibriste et tend vers un contrôle de conformité de la décision à la finalité poursuivie. Mais l'approche diffère selon qu'est en cause un changement des conditions de travail (a) ou une rupture de période d'essai (b).

### a. *Le changement des conditions de travail*

**379. Les conséquences de la mesure prise.** Les circonstances amenant l'employeur à changer les conditions de travail de ses salariés sont diverses. N'ayant pas à justifier sa décision, aucun contrôle de proportionnalité ne peut être exigé entre les circonstances de fait (plus ou moins dépendantes de sa seule volonté) déterminantes de sa décision d'exercer son droit et le changement opéré. Mais dès lors que la jurisprudence dite de « l'employeur seul juge » et le contrôle restreint de l'*intention* de l'employeur, ont été combattus<sup>1489</sup> notamment en matière de licenciement et de pouvoir disciplinaire, la question d'un contrôle plus important que l'absence de détournement de la finalité du droit se pose. Il s'agit de s'interroger sur l'existence d'un véritable contrôle de conformité. La difficulté se déplace alors. S'appuyer sur les effets de la mesure prise permet certes une approche plus objective mais fait naître un nouveau risque. En

---

<sup>1489</sup> Sur ce point v. not. A. FABRE, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, th. préc. n°235 et s., 290 et s. ; B. GÉNIAUT, *La proportionnalité dans les relations de travail...*, th. préc.

contrôlant l'utilité de cette mesure<sup>1490</sup>, le juge pourrait se permettre de juger *a posteriori* de la bonne ou mauvaise gestion de l'employeur. Or, on le sait, le juge n'a pas à se prononcer sur l'opportunité des décisions prises par l'employeur. Il faut alors davantage comprendre le contrôle de conformité comme un contrôle abstrait *d'aptitude*<sup>1491</sup>. Il ne s'agit pas de vérifier si la mesure prise est véritablement efficace dans les faits mais si elle est bien de *nature* à répondre au bon fonctionnement de l'entreprise. Les erreurs évidentes d'appréciation de l'employeur pourraient néanmoins se voir condamnées<sup>1492</sup>.

La jurisprudence s'est effectivement parfois attachée aux effets de la décision pour conclure que celle-ci avait été en réalité contraire à l'intérêt de l'entreprise<sup>1493</sup>. Ainsi en a-t-il été par exemple de la mutation d'un salarié ayant causé « *de fortes perturbations* » sur son lieu de travail initial<sup>1494</sup>. Les faits d'espèce ne doivent cependant pas être mésestimés. Dans l'ensemble des décisions rendues, à côté du doute portant sur la conformité de la décision de l'employeur à l'intérêt de l'entreprise, coexistent d'autres éléments comme une précipitation suspecte<sup>1495</sup> ou une atteinte à la vie personnelle et familiale du salarié<sup>1496</sup>, rendant d'autant plus plausible un abus de l'employeur. C'est d'ailleurs sans doute davantage un faisceau d'indices qu'un seul critère qui permet de conclure à un tel abus. Les juges opèrent des déductions à partir des éléments de fait à leur disposition. Si les effets de la mesure prise se révèlent *de facto* contraires à l'intérêt de l'entreprise, ce peut être effectivement l'indice d'un abus de l'employeur. Ce ne doit cependant pas être le seul critère de jugement. L'inefficacité d'une mesure n'implique pas nécessairement qu'elle ait été prise dans un intérêt contraire à l'entreprise.

---

<sup>1490</sup> J.-F. ASTRUC, note sous Cass. soc., 6 février 2001 *in* LPA, 29 octobre 2001, n°215, p. 12.

<sup>1491</sup> P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir...*, th. préc., n°397.

<sup>1492</sup> En ce sens, E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, th. préc., n°209 et s. ; G. COUTURIER, « L'intérêt de l'entreprise », art. préc., spéc. p. 154 ; L.-K. GRATTON, *Les clauses ...*, th. préc., n°598 à 641.

<sup>1493</sup> L.-K. GRATTON, *Les clauses de variation...*, th. préc. n°598 et s.

<sup>1494</sup> Cass. soc., 2 mars 2005, n°02-47546 : « *Attendu qu'appréciant les éléments de preuve qui lui étaient soumis, la cour d'appel a relevé qu'il n'était pas justifié que les propositions de mutation du salarié à Saint-Paul-lès-Dax, puis à Bordeaux, étaient décidés dans l'intérêt de l'entreprise et qu'au contraire le supérieur hiérarchique avait souhaité que [le salarié] reste à son poste et qu'il avait attesté que l'agence de Toulouse avait subi de fortes perturbations à cause de son départ ...* ».

<sup>1495</sup> Cass. soc., 2 mars 2005, n°02-47546, préc. Cf. égal. infra n°506 et s.

<sup>1496</sup> Cass. soc., 23 février 2005, Bull. civ. V, n°64, préc. Cf. égal. infra n°605 et s.

b. *L'essai*

**380. L'appréciation encore aux mains de l'employeur.** La décision de l'employeur de rompre l'essai n'est soumise ni à un contrôle de proportionnalité ni à un contrôle du sérieux du motif. La raison est évidente : l'employeur n'a pas à invoquer de motifs particuliers<sup>1497</sup>. Plus encore, la Cour de cassation considère que les juges du fond ne peuvent « *substituer leur appréciation à celle de l'employeur quant aux insuffisances professionnelles alléguées par celui-ci pour rompre le contrat de travail pendant la période d'essai* »<sup>1498</sup>. Ainsi, le juge ne peut jauger lui-même les capacités de ce dernier. Néanmoins, la finalité de l'essai – celle de permettre à l'employeur d'évaluer les compétences de son salarié – peut quant à elle être contrôlée. C'est-à-dire que le juge peut, voire doit, s'assurer que l'essai a bien été utilisé pour tester les compétences du salarié.

**381. Déduction par le juge de l'appréciation de l'employeur.** La jurisprudence est attentive à ce que le salarié ait été à même de faire ses preuves. Lorsqu'objectivement il n'a pas eu le temps ou n'a pas été en situation de le faire<sup>1499</sup> ou, plus encore, s'il avait déjà eu l'occasion de donner satisfaction<sup>1500</sup>, la rupture en période d'essai est abusive. C'est considérer qu'en réalité l'employeur n'a pas pu rompre pour des raisons liées à

---

<sup>1497</sup> Cass. soc., 2 juin 1981, D. 1982, p. 206, note J. MOULY.

<sup>1498</sup> Cass. soc., 25 mars 1985, Bull. civ. V, n°202. – Cass. soc., 18 janvier 1957, JCP G. 1957, II, 9887, préc.

<sup>1499</sup> Cass. soc., 2 février 1994, n°90-43836 : « [...] *Le salarié [...] n'avait pas été mis en situation, durant la brève période qui avait précédé la rupture, de donner la preuve de sa capacité, [...] en mettant fin dans ces conditions à la période d'essai la société avait commis un abus du droit de résiliation* ». – Cass. soc., 15 novembre 2005, Bull. civ. V, n°321 : « [*Le salarié*] *n'avait pas été mis en mesure de donner la preuve de ses véritables qualités et de sa capacité professionnelle compte tenu notamment de l'importance de ses fonctions* ». – Cass. soc., 20 février 2007, n°05-44533 : « *Attendu qu'ayant relevé que le salarié n'avait pas été mis en mesure d'exercer les fonctions de responsable de site qui lui avaient été attribuées par le contrat de travail et que la direction effective de l'agence avait été confiée à une autre salariée la cour d'appel [...] a pu considérer que l'employeur avait agi avec une légèreté blâmable et abusé de son droit de résiliation* ».

(Ex. de prolongation de la période d'essai en cas d'absence du salarié : Cass. soc., 18 janvier 1989, Bull. civ. V, n°36. – Cass. soc., 14 novembre 1990, Bull. civ. V, n°551).

<sup>1500</sup> Ex. : Cass. soc., 9 octobre 1996, Bull. civ. V, n°318 : « *Et attendu qu'ayant relevé que pendant les quinze ans qu'avait duré le premier contrat, la société n'avait jamais discuté les capacités professionnelles du salarié, la cour d'appel a constaté que le salarié avait été réembauché en la même qualité de chauffeur quelques jours après la cessation du précédent contrat, et qu'au cours de ce nouveau contrat l'employeur lui avait demandé d'effectuer de nombreuses heures supplémentaires attestant de la confiance qu'il avait en ses capacités ; Qu'ayant ainsi fait ressortir que la résiliation ne pouvait avoir pour cause l'insuffisance des capacités professionnelles du salarié, elle a pu décider, sans encourir les griefs du moyen, que l'employeur avait commis un abus dans l'exercice de son droit de résiliation* ». (C'est nous qui soulignons).

l'incompétence du salarié. Les juges ne substituent pas pour autant leur appréciation à celle de l'employeur. Ils s'appuient sur des éléments de fait laissant à penser que ce dernier lui-même considérerait que le salarié était bien apte à l'emploi proposé. Ainsi en est-il des hypothèses de rupture pendant une période d'essai alors que le salarié venait d'être réembauché<sup>1501</sup> ou lorsque l'employeur avait pu proposer, en cours d'essai, un emploi de qualification supérieure<sup>1502</sup>. Les juges s'attachent aux éléments de fait antérieurs à la rupture laissant supposer que l'échec de l'essai n'est *vraisemblablement* pas le réel motif déterminant<sup>1503</sup>.

## II. Le contrôle des droits justifiés

**382. Les raisons de la justification.** L'acte n'est plus valable en tant que tel, parce qu'il serait pris par une « autorité » compétente, mais nécessite un motif considéré comme pertinent ou admis comme tel. Il s'agit de dépasser les mobiles internes, dont l'auteur lui-même peut ne pas avoir conscience<sup>1504</sup>, pour exiger des motifs raisonnés et contrôlables. On pressent bien que tout acte juridique n'a pas à être justifié. On voit mal pourquoi l'acceptation d'une offre ou son refus par exemple devraient être justifiés. La notion même de droit subjectif, malgré les controverses dont elle a fait l'objet<sup>1505</sup>, l'explique. Porteuse, en elle-même, de légitimité, elle n'a pas besoin de justification particulière. Les actes juridiques, expression de l'exercice de droits subjectifs, n'ont ainsi pas vocation *ab initio* à devoir être justifiés. Exiger une justification sous-entend donc que la « qualité » même de l'auteur de la décision ne suffit pas à la légitimer, c'est-à-dire la rendre acceptable dans l'esprit de ceux à qui elle est destinée. L'évolution est typique en matière de licenciement. La qualité d'employeur ne suffit plus à légitimer ses

---

<sup>1501</sup> Cass. soc., 9 octobre 1996, Bull. civ. V, n°318, préc. – Cass. soc., 11 octobre 2002, n°98-42772 : « *Et attendu qu'ayant relevé que M. X... avait été réembauché par le même employeur en la même qualité de directeur après avoir exercé les mêmes responsabilités dans la même agence et que ce reclassement avait été effectué en étroite collaboration avec une société du même groupe, [la Cour] a pu en déduire que la résiliation ne pouvait avoir pour cause l'insuffisance des capacités professionnelles du salarié et a pu décider, sans encourir les griefs du moyen, que l'employeur avait commis un abus dans l'exercice de son droit de résiliation* ».

<sup>1502</sup> Cass. soc., 17 juillet 1996, Bull. civ. V, n°289. La promotion du salarié démontrait que l'employeur avait jugé l'intéressé apte à un emploi de qualification supérieure, par conséquent la rupture de l'essai quatre jours plus tard était abusive.

<sup>1503</sup> Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus...*, th. préc. n°785 et s.

<sup>1504</sup> M. GRIMALDI, « Ouverture des travaux », in *La motivation, Travaux de l'Association Henri Capitant, op.cit.*, p. 2.

<sup>1505</sup> Supra n°30 et infra n°163 et s.

actes unilatéraux de gestion et de sanction. Ce dernier n'est plus « seul juge ». Acte « causé », le licenciement nécessite une justification. La comparaison avec la prise d'acte est alors intéressante. En effet, celle-ci doit également être justifiée. Mais parce qu'elle provient non plus de la partie considérée comme forte, mais au contraire celle dite « faible », elle ne répond pas aux mêmes exigences que le licenciement.

**383. L'appréciation de l'élément déclencheur.** Le titulaire d'un droit « causé » ou « justifié » ne peut se contenter de respecter une finalité prédéterminée. Il doit pouvoir justifier d'événements suffisants pour user de son droit. Mais il importe alors de distinguer entre les hypothèses où aucune appréciation n'est nécessaire et celles où, au contraire, le titulaire du droit est à même de pouvoir apprécier l'événement déclencheur. Dans le premier cas, la survenance d'un fait objectif suffit effectivement à la mise en œuvre du droit. Il peut en être par exemple du congé-maladie, de la mise à la retraite *etc.* Dans le second, il faut concilier la marge de manœuvre du titulaire du droit avec l'exigence d'un contrôle. C'est l'excès, la disproportion, qui est alors sanctionné.

**384. Le champ de l'exigence de proportionnalité.** En matière disciplinaire, le législateur exige que la mesure prise par l'employeur soit proportionnée à la faute commise<sup>1506</sup>. Bien que les textes écartent le licenciement de l'ensemble des dispositions relatives au droit disciplinaire<sup>1507</sup>, l'exigence de proportionnalité devait rapidement s'imposer au licenciement pour faute. De la même manière se dessine un contrôle de proportionnalité en cas de prise d'acte du salarié dans la mesure où celle-ci n'est admise qu'en cas de manquement suffisamment grave. Plus encore, le contrôle de proportionnalité ne concerne pas seulement les « ruptures-sanction » du contrat de travail (A). En effet, le licenciement personnel non disciplinaire et le licenciement économique doivent également y répondre. Ainsi, les « ruptures-gestion » paraissent également concernées par ce contrôle de proportionnalité (B), lequel revêt en réalité la forme de la disproportion.

---

<sup>1506</sup> Article L. 1333-2 du Code du travail.

<sup>1507</sup> Article L. 1333-3 du Code du travail.

### A. Le contrôle des mesures de sanction

**385. La mesure du manquement.** Le manquement du salarié permettant à l'employeur de rompre le contrat pour faute doit apparaître suffisamment sérieux pour justifier la rupture. Celui de l'employeur justifiant la prise d'acte doit être suffisamment « grave ». Or il est différentes façons d'apprécier la gravité d'un manquement reproché (1). La qualification qui en résulte est alors contrôlée par la jurisprudence (2).

#### 1. L'appréciation de la gravité du manquement reproché

**386. Approche duale.** La qualification du caractère suffisamment grave ou non du manquement contractuel dépend de l'approche retenue. À côté de l'approche factuelle, s'attachant aux circonstances de l'espèce (a), la jurisprudence admet, *a priori*, qu'un manquement puisse, *en soi*, justifier un licenciement pour faute grave ou une prise d'acte au tort de l'employeur. Il ne s'agit plus alors d'évaluer concrètement la gravité du manquement reproché mais de s'attacher à la nature de celui-ci (b). Une évolution de la Cour de cassation sur ce point, tend cependant à remettre en cause cette jurisprudence.

#### a. L'approche factuelle de la gravité du manquement reproché

**387. Le cas du licenciement.** Dans l'hypothèse d'un licenciement disciplinaire, l'appréciation du comportement du salarié ne se fait pas au seul regard de la faute reprochée mais également en considération de la personne du salarié<sup>1508</sup>, notamment de son ancienneté et de sa position hiérarchique dans l'entreprise<sup>1509</sup>. Les circonstances de fait entourant la faute jouent donc sur sa gravité. L'analyse ne s'opère pas sous le seul prisme d'un standard objectif mais est également fonction de la situation professionnelle voire personnelle<sup>1510</sup> du salarié. Des faits isolés, exceptionnels<sup>1511</sup> ou des fautes vénielles sont le plus souvent insuffisants à caractériser une faute sérieuse, ou du moins grave.

---

<sup>1508</sup> G. SOURY, « La protection du salarié » Rapport de la Cour de Cass. 2000, p. 126 ; Ph. WAQUET, « Réflexions sur le droit disciplinaire en général et sur la faute grave en particulier », Dr. soc. 2009, p. 1177.

<sup>1509</sup> Ex. : Cass. soc., 24 mai 2000, n°99-41341. – Cass. soc., 9 octobre 2002, n°00-44297 (ancienneté de plus de vingt ans).

<sup>1510</sup> A. MONROSTY, *La faute disciplinaire du salarié dans les arrêts de la cour d'appel de Douai*, mémoire, Lille II, 2002, p. 65 et s.

<sup>1511</sup> Ex. Cass. soc., 10 juin 1997, n°9442882. – Cass. soc., 12 juillet 2005, n°03-44368 (fait occasionnel pour un salarié n'ayant jamais fait l'objet de reproches).

Tant le climat dans l'entreprise que le comportement de l'employeur<sup>1512</sup> ont des incidences sur la mesure de la gravité de la faute.

**388. *Le cas de la prise d'acte.*** L'analogie entre les manquements reprochés au salarié et ceux reprochés à l'employeur n'est pas possible. La situation de l'employeur et celle du salarié ne peuvent souffrir de comparaison. Néanmoins, les circonstances de fait entourant le manquement reproché à l'employeur peuvent parfois également être prises en considération pour évaluer le degré de gravité du fait reproché<sup>1513</sup>. Le comportement de l'employeur après le manquement peut notamment influencer les juges. Ainsi, par exemple, son absence de réponse après une demande de régularisation du salarié pourra être mise en avant pour justifier une prise d'acte<sup>1514</sup>. Au contraire, son comportement conciliant pourra caractériser une prise d'acte « injustifiée », c'est-à-dire produisant les effets d'une démission<sup>1515</sup>.

*b. L'approche objective de la nature du manquement reproché*

**389. *Définition de l'approche objective.*** L'idée est que certains manquements justifient en eux-mêmes la rupture du contrat. Il suffit de constater un tel manquement pour considérer que la rupture est nécessairement justifiée. Il n'est pas tenu compte des circonstances de fait. Ainsi en est-il par exemple pour le licenciement consécutif à un harcèlement sexuel<sup>1516</sup>. De même pour une prise d'acte tirée d'un manquement à l'obligation de sécurité de résultat de l'employeur<sup>1517</sup>. De façon plus générale, tout manquement de l'employeur à l'une de ses obligations essentielles, c'est-à-dire au

---

<sup>1512</sup> Ex. Cass. soc., 10 octobre 2002, n°00-44597. – Cass. soc., 6 mai 2009, n°08-40048 (comportement agressif et blessant de l'employeur).

<sup>1513</sup> Ex. Cass. soc., 19 janvier 2005, Bull. civ. V, n°12 : décalage de certains paiements d'une journée ou deux s'expliquant par des jours fériés : le manquement n'est pas considéré comme suffisamment grave.

<sup>1514</sup> Cass. soc., 30 avril 2014, Bull. civ. V, n°110 : « *Mais attendu que la cour d'appel, qui ne s'est pas fondée seulement sur l'absence de contrat de travail écrit mais aussi sur le défaut de paiement des salaires de septembre 2006 à août 2007 sur la base de quatre-vingt deux heures, ainsi que sur l'absence de réponse de l'employeur à la demande de régularisation de la salariée après l'obtention du diplôme d'AMP, a ainsi caractérisé des manquements de l'employeur à ses obligations empêchant la poursuite du contrat de travail* ».

<sup>1515</sup> Cass. soc., 2 juillet 2008, n°07-41372. La Cour de cassation considère la prise d'acte comme « prématurée ».

Rapp. Cass. soc., 26 mars 2014, Dr. soc. 2014, p. 397, note J.-E. RAY: le manquement de l'employeur était occasionnel et dû à une erreur des services administratifs.

<sup>1516</sup> Cass. soc., 5 mars 2002, Bull. civ. V, n°83.

<sup>1517</sup> Cass. soc., 23 janvier 2013, n°11-18855. – Cass. soc., 23 mai 2013, n°11-12029.

paiement du salaire<sup>1518</sup> ou à la fourniture de travail<sup>1519</sup>, ou toute modification unilatérale<sup>1520</sup> du contrat imposée au salarié, justifierait une prise d'acte. Les circonstances entourant le manquement de l'employeur, voire son éventuelle bonne foi, ne sont alors pas prises en considération. Mais cette jurisprudence semble aujourd'hui remise en cause.

**390. Remise en cause de l'approche objective.** Inaugurée au début de l'année 2014<sup>1521</sup>, une « nouvelle » jurisprudence délaisse cette approche objective pour s'attacher aux conséquences concrètes du manquement<sup>1522</sup> sur la situation du salarié. Ainsi, selon la Cour de cassation, toute modification unilatérale apportée au contrat ne justifie plus systématiquement une prise d'acte. Lorsque la modification unilatérale est de peu d'importance et n'empêche pas la poursuite du contrat<sup>1523</sup>, la rupture du contrat de travail ne peut être prononcée aux torts de l'employeur. Rendu en matière de « résiliation » judiciaire du contrat de travail, ce raisonnement devrait valoir en cas de prise d'acte puisqu'en cette matière, la définition donnée est également celle de l'impossibilité de la poursuite du contrat de travail<sup>1524</sup>. De ces arrêts ressort le rôle joué par l'écoulement du temps dans l'appréciation de la légitimité de la rupture. C'est sans doute revenir au sens même de la définition du « *manquement empêchant la poursuite du contrat* ». Certes il en résulte alors une perte de prévisibilité pour le salarié<sup>1525</sup>. Mais il n'en demeure pas moins que la prise d'acte a toujours été – pour reprendre une formulation propre aux résolutions unilatérales pour manquement grave – « aux risques et périls » du salarié, ce dernier n'étant pas à l'abri de subir les effets d'une démission. Il s'agit surtout d'éviter que les salariés puissent prendre prétexte<sup>1526</sup> d'un manquement

---

<sup>1518</sup> Cass. soc., 29 juin 2011, Bull. civ. V, n°173.

<sup>1519</sup> Cass. soc., 3 novembre 2010, JCP S. 2011, 1006, note J.-Y FROUIN.

<sup>1520</sup> L. DRAI, « Prise d'acte », J.-Cl. *Travail Traité*, fasc. n°30-22, n°28, janvier 2016. Ex. : Cass. soc., 5 mai 2010, Bull. civ. V, n°102 : « *L'employeur avait, sans recueillir l'accord du salarié, modifié sa rémunération contractuelle, ce dont elle devait déduire que la prise d'acte de la rupture par le salarié était justifiée* ».

<sup>1521</sup> Cass. soc., 26 mars 2014, préc. Dans un des arrêts (n°12-35040), la chambre sociale admet que l'absence de visite médicale de reprise due à une erreur ponctuelle des services administratifs de l'employeur n'est pas de nature à empêcher la poursuite du contrat.

<sup>1522</sup> P. BAILLY, entretien sous Cass. soc., 26 mars 2014, SSL, 16 juin 2014, n°16135, p. 9.

<sup>1523</sup> Cass. soc., 12 juin 2014 (deux arrêts), Lexbase hebdo éd. soc., 26/06/2014, n°576, note Ch. RADÉ ; JCP E., 2014, 1432, note M.-N. ROUSPIDE-KATCHADOURIAN.

<sup>1524</sup> Cass. soc., 26 mars 2014, Bull. civ. V, n°85. – Cass. soc., 30 avril 2014, Bull. civ. V, n°110, préc.

<sup>1525</sup> En ce sens : F. GÉA, note sous Cass. soc., 26 mars 2014, SSL, 7 avril 2014, n°1625, p. 43.

<sup>1526</sup> Ch. RADÉ, note sous Cass. soc., 12 juin 2014, Lexbase Hebdo éd. soc., 26/06/2014, n°576.

quantitativement bénin pour faire peser sur l'employeur les torts de la rupture. La distinction entre les modifications substantielles et les modifications non substantielles du contrat écartée en 1996<sup>1527</sup> retrouverait ainsi une nouvelle jeunesse. Une telle jurisprudence a au moins le mérite de redonner du contenu à l'exigence de loyauté prévue à l'article 1134, alinéa 3, du Code civil (réaffirmée par l'article L. 1222-1 du Code du travail) dont on sait qu'il s'applique aux prérogatives unilatérales<sup>1528</sup>. La portée de cette jurisprudence reste cependant encore à déterminer. Si elle paraît s'appliquer à toutes les modifications unilatérales du contrat, qu'en est-il des autres hypothèses telles que le manquement à l'obligation de sécurité de résultat, le harcèlement, la discrimination... ? Il est permis de penser que subsisteraient quelques îlots de manquements *intrinsèquement* graves, notamment lorsqu'est en cause un droit fondamental du salarié. Ainsi, le contrôle de la faute grave justifiant un licenciement et celui du manquement justifiant une prise d'acte demeurerait proches. Dans les deux hypothèses, la définition est la même : l'impossibilité de maintenir le contrat<sup>1529</sup>, et dans les deux hypothèses subsisteraient certains manquements *par nature* graves.

Se pose néanmoins la question de savoir si une telle jurisprudence n'est pas de nature à remettre en cause le régime propre à la modification unilatérale du contrat de travail qui veut que même faible, même plus favorable, celle-ci ne puisse s'imposer au salarié. Une réponse négative devrait s'imposer<sup>1530</sup>. Resterait alors la question des moyens laissés à la disposition du salarié. Si ce dernier ne pourrait prendre acte d'une modification unilatérale n'empêchant pas la poursuite du contrat, il devrait pouvoir demander

---

<sup>1527</sup> Arrêt « Le Berre » : Cass. soc., 10 juillet 1996, Bull. civ. V, n°279, préc. Supra n°125.

<sup>1528</sup> **Dans un arrêt remarqué de 2007** (Cass. com., 10 juillet 2007, D. 2007, p. 2839, note Ph. STOFFEL-MUNCK, p. 2844, note P.-Y. GAUTIER ; RTD civ. 2007, p. 773, obs. B. FAGES ; RDC 2007, p. 1107 obs. L. AYNÈS ; JCP G. 2007, II, 10154, note D. HOUTCIEFF : « *La règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle* »), **confirmé en 2009** (Cass. civ., 3<sup>ème</sup>, 9 décembre 2009, D. 2009, p. 476, note J. BILLEMONT, p. 1103, obs. A.-C. MONGE et F. NÉSI ; RTD civ. 2010, p. 105, obs. B. FAGES ; RDC 2010, p. 561, obs. Y.-M. LAITHIER, p. 564, obs. D. MAZEAUD, p. 666, obs. J.-B. SEUBE), **la Cour de cassation affirme l'application de l'article 1134, alinéa 3, du code civil aux « prérogatives contractuelles ». Or ces dernières s'entendent comme les prérogatives unilatérales s'exerçant au sein des contrats** (Cf. les actes du colloque du 30 novembre 2010 sur *Les prérogatives contractuelles*, retranscrits in RDC 2011, p. 639 et s.).

<sup>1529</sup> Pour la faute grave, voir par ex. : Cass. soc., 27 septembre 2007, RDT 2007, p. 650, note G. AUZERO. La faute grave est celle rendant « impossible le maintien du salarié dans l'entreprise ».

Pour la prise d'acte : Cass. soc., 30 mars 2010, Bull. civ. V, n°80 : « *Attendu que la prise d'acte permet au salarié de rompre le contrat de travail en cas de manquement suffisamment grave de l'employeur qui empêche la poursuite du contrat de travail* ». – Cass. soc., 2 avril 2014, n°13-11187.

<sup>1530</sup> En ce sens, A. FABRE, « : « Manquements contractuels de l'employeur : quelles alternatives à la rupture ? », SSL, 29 septembre 2014, n°1645, suppl., p. 47.

réparation de son préjudice ou l'exécution forcée du contrat aux conditions antérieures<sup>1531</sup>.

## 2. *Le contrôle jurisprudentiel de la qualification du manquement*

**391. Du contrôle des juges.** Le titulaire du droit de rompre demeure le premier à jauger de la gravité de la faute ou du manquement reproché. Ce n'est que lors d'un éventuel contentieux que les juges du fond sont amenés à apprécier cette gravité. Mais se pose alors une autre question : celle de l'éventuel contrôle de la Cour de cassation sur la qualification du manquement donnée par les juges du fond. Ainsi faut-il s'intéresser à la marge de manœuvre, d'une part de l'auteur de la rupture (a) et, d'autre part, des juges du fond (b) quant à la qualification donnée du manquement.

### a. *La marge de manœuvre de l'auteur de la rupture sur la qualification du manquement*

**392. L'hypothèse de la « préqualification » du manquement.** Aucune clause du contrat de travail, d'une convention ou accord collectif, d'un règlement intérieur *etc.* ne peut qualifier à l'avance un comportement du salarié de cause réelle et sérieuse ou de faute grave<sup>1532</sup>. Les juges conservent en la matière leur pouvoir d'appréciation.

La question est plus délicate en ce qui concerne les « clauses résolutoires » au bénéfice du salarié dès lors que subsistent des doutes quant à leur validité<sup>1533</sup>. Si de telles clauses devaient être admises, alors la survenance du manquement prédéterminé par la clause devrait permettre – sans que les juges puissent contrer l'éventuelle insuffisance de gravité – la rupture du contrat au tort de l'employeur. Au vu des conséquences, propres au contrat de travail, qui seraient alors *a priori* celles d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, on peut hésiter quant à l'absence de tout contrôle du juge sur la gravité des manquements reprochés. À partir du moment où il s'agit d'imputer la responsabilité de la rupture à son cocontractant et qu'il en résulte l'octroi de dommages-intérêts, l'exigence d'une certaine gravité – et d'un contrôle subséquent – se conçoit. Les clauses

---

<sup>1531</sup> Sur ce point v. A. FABRE, « Manquements contractuels de l'employeur... », art. préc.

<sup>1532</sup> Ex. : Cass. soc., 10 décembre 1985, Dr. soc. 1986, p. 210. – Cass. soc., 14 novembre 2000, Bull. civ. V, n°367. Plus récemment v. Cass. soc., 12 février 2014, Bull. civ. V, n°49 (une clause du contrat prévoyait la rupture du contrat en cas de retrait du permis de conduire).

<sup>1533</sup> Supra n°337.

contractuelles de conscience feraient alors figure d'exception<sup>1534</sup>. Mais celles-ci étant limitées aux seuls cas de changement de contrôle, d'actionnariat et de fusion-absorption, il ne s'agit pas à proprement parler de « manquement » de l'employeur. Les juges se borneraient à vérifier que le changement intervenu dans l'entreprise correspond bien aux cas de figure acceptés.

**393. Le principe du contrôle de la disproportion manifeste.** L'article L. 1333-3 du Code du travail précise que le régime applicable aux sanctions ne vise pas le cas du licenciement. Mais une telle solution s'explique avant tout par la sanction de la nullité prévue par les textes que l'on voulait précisément écarter en cas de licenciement<sup>1535</sup>. Ainsi, l'exigence de proportionnalité propre aux sanctions<sup>1536</sup> vaut, quant à elle, également en cas de licenciement disciplinaire. Plus généralement, l'exigence d'une cause sérieuse au licenciement implique une certaine gravité des faits reprochés<sup>1537</sup>. La jurisprudence ne s'y est pas trompée<sup>1538</sup>. Le juge contrôle alors l'existence d'une disproportion manifeste<sup>1539</sup>. Il s'agit de juger non de l'opportunité de la sanction mais de son éventuel excès. Le rapprochement avec la notion d'erreur manifeste d'appréciation du droit administratif est alors possible<sup>1540</sup>. La décision de l'employeur n'a pas à être la seule issue possible. Cette solution se conçoit volontiers en cas de licenciement pour

---

<sup>1534</sup> Supra n°338.

<sup>1535</sup> cf. sur ce point. B. GÉNIAUT, *La proportionnalité dans les relations de travail...*, th. préc., n°312.

<sup>1536</sup> Article L. 1333-2 du Code du travail.

<sup>1537</sup> X. LAGARDE, « La nature juridique de la cause de licenciement », JCP G. 2000, I, 254 ; I. CORNESSE, *La proportionnalité en droit du travail*, Litec, 2001, n°241 et s. ; B. GÉNIAUT, *La proportionnalité...*, th. préc., n°312 et s. V. déjà, la position des glossateurs de la loi de 1973. Ex. : H. SINAY : « Le contrôle des sanctions disciplinaires au regard des fautes commises : dualité de jurisprudence administrative et judiciaire », Dr. soc. 1979, p. 275 et s.

<sup>1538</sup> Cass. soc., 18 décembre 2001, n°99-45143 : « *Attendu, ensuite, que la cour d'appel, a estimé dans l'exercice du pouvoir qu'elle tient de l'article L. 122-14-3 [L. 1235-1, alinéa 3, nouveau] du Code du travail que la sanction de licenciement était disproportionnée par rapport à la faute commise, en ce qu'elle ne tenait pas compte des circonstances et des justifications du salarié* ». – Cass. soc., 24 février 2004, n°02-40290 : « *Mais attendu que la cour d'appel qui, par motifs propres et adoptés, a relevé que le fait reproché au salarié, qui pendant les treize ans et sept mois de présence dans l'entreprise n'a fait l'objet d'aucune remarque ni d'aucun reproche pour des faits similaires ou autres, d'avoir été surpris avec des collègues, un verre de pastis à la main, est survenu à douze heures cinquante, seulement dix minutes avant la fin de la journée de travail de l'équipe du matin et qu'il s'est produit dans les vestiaires et non dans l'atelier, sans que l'introduction de l'alcool dans l'entreprise puisse lui être imputable, a pu estimer que la sanction était disproportionnée à la faute reconnue et réellement commise et que celle-ci ne constituait pas une cause sérieuse de licenciement* ». (C'est nous qui soulignons).

<sup>1539</sup> Rappr. La position des auteurs sur la question de la résolution unilatérale pour manquement grave qui considèrent que l'intervention *a posteriori* du juge ne lui permet de sanctionner que les « abus les plus criants » : Th. GÉNICON, *La résolution...*, th. préc., n°420, p. 304, *in fine*.

<sup>1540</sup> P. BAILLY, entretien sous Cass. soc., 26 mars 2014, SSL, 16 juin 2014, préc.

cause réelle et sérieuse ou de mise en œuvre d'une clause de mobilité à titre de sanction. Elle est plus douteuse lorsque le manquement susceptible de légitimer la rupture du contrat est défini comme celui qui doit empêcher la poursuite du contrat.

**394. L'hypothèse de l'impossibilité de la poursuite du contrat.** Puisque la faute grave du salarié<sup>1541</sup> comme le manquement reproché à l'employeur doivent être de nature à rendre impossible la poursuite du contrat pour justifier le licenciement ou la prise d'acte, l'auteur de la rupture ne doit-il pas se trouver dans une situation où il n'a plus, comme possibilité, que celle de rompre immédiatement<sup>1542</sup> le contrat ? Il est permis de nuancer la réponse.

Tout d'abord, la définition de la faute ou du manquement contient nécessairement une part d'artifice. Tant que l'approche est subjective, la casuistique est inéluctable. Dire que la faute doit être telle qu'elle empêche le maintien du contrat dépend en premier lieu de l'appréciation de l'auteur de la rupture. Là encore, le contrôle ne peut être que celui de la disproportion manifeste. Surtout, il s'agit du même critère que celui prévalant en cas de « résiliation » judiciaire du contrat de travail. Or, dans cette hypothèse, s'écoule nécessairement un délai entre l'avènement du manquement et l'éventuel prononcé de la rupture du contrat. Certes, il peut arriver qu'aucune des parties n'exécute concrètement ses obligations, mais il est également possible que le contrat ait, jusque-là, perduré. Il est vrai qu'une différence entre les manquements susceptibles de justifier la « résiliation » judiciaire et ceux susceptibles de justifier la prise d'acte du contrat de travail peut se concevoir dès lors que seul le premier laisse au juge la possibilité de

---

<sup>1541</sup> Auparavant, la Cour de cassation précisait que le maintien était impossible « pendant la durée du préavis » : Cass. soc., 16 juin 1998, Bull. civ, V, n°326. Voir aussi la définition qu'elle avait pu donner dans son arrêt du 26 février 1991 : « *Un fait ou un ensemble de faits imputables au salarié qui constituent une violation des obligations découlant du contrat de travail ou des relations de travail d'une importance telle qu'elle rend impossible le maintien du salarié pendant la durée du préavis* ».

<sup>1542</sup> La qualification de faute grave est incompatible avec l'exécution par le salarié de son préavis. L'article L. 1234-5 du Code du travail écarte l'indemnité compensatrice de préavis en cas de faute grave. La mise en œuvre du licenciement doit intervenir dans un délai restreint après la connaissance par l'employeur des faits fautifs : Cass. soc., 11 avril 2008, JCP S. 2008, 1494, obs. S. BRISSY. En revanche, peu importe que l'employeur verse des indemnités auxquelles le salarié n'a pas droit : Cass. soc., 8 janvier 1997, n°95-40320. En cas de prise d'acte, la jurisprudence a certes pu admettre que le respect d'un préavis ne la rendait pas injustifiée mais la jurisprudence ultérieure insistant sur le caractère « impossible » du maintien du contrat devrait imposer une autre solution.

vérifier l'adéquation de la rupture aux manquements constatés, voire son opportunité, avant même de la prononcer<sup>1543</sup>.

Ensuite, en ce qui concerne le licenciement disciplinaire, l'employeur a effectivement la possibilité de sanctionner autrement le salarié fautif<sup>1544</sup>. Même réduite, il possède ainsi une certaine marge de manœuvre. Le contentieux de la modification du contrat pour motif disciplinaire permet d'illustrer ce propos. Le salarié ayant le droit de refuser une telle modification, la question de la sanction pouvant lui être substituée se pose<sup>1545</sup>. Que l'employeur puisse sanctionner son salarié par un licenciement pour cause réelle et sérieuse<sup>1546</sup> ou par une mesure moindre ne suscite guère de difficulté. En revanche, sanctionner par un licenciement pour faute grave paraît davantage problématique. En effet, une telle hypothèse revient à permettre à l'employeur, après avoir envisagé le maintien du contrat (dans le cadre d'une modification de ce dernier) de le rompre sans préavis. Or, la première étape (maintien du contrat) paraît incompatible avec la seconde (rupture pour faute grave) dans la mesure où la définition même de la faute grave est l'impossibilité de la poursuite du contrat... Pourtant, la Cour de cassation admet une telle solution<sup>1547</sup>. Le critère de l'impossibilité du maintien paraît ainsi être relatif.

La position de la jurisprudence s'explique par le souci de privilégier une alternative au licenciement. En outre, l'incompatibilité relevée entre le choix de maintenir le salarié dans l'entreprise et celui de le licencier pour faute grave peut se résoudre par la considération du poste du salarié. En effet, la question du maintien du salarié dans l'entreprise est fonction de sa situation spécifique. Si, au vu des faits reprochés, le salarié ne peut être maintenu en l'état dans l'entreprise, il le pourrait peut-être s'il était, précisément, rétrogradé à un autre poste. Certes, le « choix » entre la modification du contrat de travail et le licenciement du salarié repose alors en définitive sur ce

---

<sup>1543</sup> Raisonnement développé en droit commun lorsqu'il s'agit de comparer résolution judiciaire et résolution unilatérale. Les auteurs s'accordent pour exiger davantage dans la seconde hypothèse que dans la première. Cf. par ex. Th. GÉNICON, *La résolution du contrat...*, th. préc., n°636 ; Ch. JAMIN, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 13 octobre 1998, D. 1999, p. 1997.

<sup>1544</sup> C. VARIN, « La situation de l'employeur face à la faute grave commise par le salarié », RDT 2009, p. 639.

<sup>1545</sup> La jurisprudence *Hôtel le Berry* ayant instauré la possibilité du refus pour le salarié d'une modification de son contrat pour motif disciplinaire précisait qu'en cas de refus « *l'employeur peut, dans le cadre de son pouvoir disciplinaire, prononcer une autre sanction, aux lieu et place de la sanction refusée* ».

<sup>1546</sup> Cass. soc., 31 janvier 2007, n°04-42669.

<sup>1547</sup> Cass. soc., 11 février 2009, D. 2009, p. 1738, note J. MOULY ; JCP S. 2009, 1153, note L. DAUXERRE ; JCP G. 2009, II, 10061, note D. CORRIGNAN-CARSIN.

dernier<sup>1548</sup>. Mais une telle solution paraît la seule envisageable si l'on veut laisser une possibilité de sanctionner par une mesure moindre que le licenciement pour faute grave des faits particulièrement sérieux. Sauf à revenir sur la jurisprudence laissant au salarié la faculté de refuser une modification de son contrat pour motif disciplinaire<sup>1549</sup>.

En revanche, s'agissant de la prise d'acte, il est vrai que le salarié n'a pas la possibilité de « sanctionner » autrement l'employeur fautif. Il peut néanmoins agir en exécution du contrat. Au demeurant, un manquement initialement peu grave pourrait le devenir s'il se répète ou si l'employeur n'y remédie pas après injonction du salarié.

*b. La marge de manœuvre des juges du fond sur la qualification du manquement*

**395. L'appréciation souveraine<sup>1550</sup> des juges du fond.** Le contrôle de la cause réelle et sérieuse de licenciement est laissé au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond<sup>1551</sup> tandis que celui de la qualification de la faute grave<sup>1552</sup> ou de manquement grave<sup>1553</sup> est exercé par la Cour de cassation. De prime abord, une telle différence

<sup>1548</sup> D. CORRIGNAN-CARSIN, note sous Cass. soc., 11 février 2009, préc.

<sup>1549</sup> J. MOULY, « Les suites de la jurisprudence Hôtel le Berry, à propos du 10<sup>ème</sup> anniversaire », Dr. soc. 2008, p. 537.

<sup>1550</sup> Et non « discrétionnaire ». C'est-à-dire que bien que « souverain », le pouvoir du juge doit être « motivé ».

<sup>1551</sup> Pendant longtemps, cependant, la Cour de cassation a exercé un contrôle de cette qualification. Un arrêt (étonnant) de 1985 marque une première étape (Cass. soc., 10 décembre 1985, Bull. civ. V, n°594) en recourant à la notion « d'erreur manifeste de qualification ». (repris par deux autres arrêts : Cass. soc., 10 et 12 décembre 1985, Bull. civ. V, n°596 et 610). Arrêts qui furent très critiqués (J. BORÉ, note sous arrêts préc., D. 1986, p. 120) et auxquels la Cour ne donna pas suite puisqu'elle consacra ensuite la souveraineté des juges du fond : Cass. soc., 4 février 1987, Bull. civ. V, n°57 : « *N'a fait qu'user des pouvoirs qu'elle tient de l'article L. 122-14-3 [L.1235-1, alinéa 3, nouveau] du Code du travail la cour d'appel qui, en l'état de ses constatations, par une décision motivée, a décidé que le licenciement [du salarié] procédait d'une cause répondant aux exigences de ce texte* ».

Exception de taille : le licenciement pour motif économique.

<sup>1552</sup> Ex. : Cass. soc., 20 février 1986, Dr. soc. 1986, p. 236, note J. SAVATIER. – Cass. soc., 10 novembre 2010, n°09-42077 : « *En se déterminant ainsi, par des motifs insuffisants, pour partie impropres, à écarter la qualification de faute grave, la cour d'appel [...] n'a pas tiré les conséquences qui s'évinçaient de ses constatations* ».

<sup>1553</sup> Ex. : Cass. soc., 15 mai 2014, n°12-24150 : « *Ayant relevé que la salariée s'était vu attribuer la classification correspondant aux fonctions réellement exercées et avait été rémunérée des heures de travail effectuées, la cour d'appel [ ... ] a pu décider que le défaut de paiement pour partie du complément familial n'était pas d'une gravité suffisante pour faire obstacle à la poursuite du contrat de travail* ». (C'est nous qui soulignons).

*Contra* Cass. soc., 16 novembre 2004, Bull. civ. V, n°287 : « *La cour d'appel a estimé, dans l'exercice du pouvoir qu'elle tient des articles L. 122-13 [L. 1237-2 nouveau] et L. 122-14-3 [L. 1235-1, alinéa 3, nouveau] du Code du travail, que les griefs invoqués par la salariée ne justifiaient pas la rupture* » – Cass. soc., 3 mai 2012, n°10-20738 : « *Attendu qu'ayant retenu que les primes litigieuses restaient dues à la suite de la dénonciation irrégulière de l'usage, c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain*

s'explique mal. En principe, le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond a lieu d'être lorsqu'il s'agit de constater des faits, d'apprécier la valeur et la portée des éléments de preuve apportés<sup>1554</sup>. Les décisions des juridictions du fond ne sont pas pour autant exemptées de tout contrôle. La Cour de cassation condamne notamment l'absence de motivation, les motifs inopérants ou les hypothèses où les juges du fond n'auraient pas tiré les conséquences légales de leurs constatations<sup>1555</sup>. C'est-à-dire des cas de cassation pour défaut de base légale<sup>1556</sup>. En revanche, lorsqu'il s'agit de qualifier, c'est-à-dire de faire entrer des faits dans une catégorie juridique d'où découle un régime juridique propre, la question est plus délicate. Certains justifient la distinction en considérant que la cause réelle et sérieuse relève de situations avant tout factuelles (elles sont alors laissées à la seule appréciation des juges du fond) tandis que la faute grave permet une certaine abstraction (permettant ainsi un contrôle de la Cour de cassation)<sup>1557</sup>. Mais une telle proposition perd de sa pertinence dès lors que la jurisprudence abandonne peu à peu sa position relative au manquement grave *par nature*. Il est en réalité difficile de dégager un réel critère de répartition entre ce qui relève du contrôle de la Cour de cassation et ce qui n'en relève pas<sup>1558</sup>. Reste le rôle unificateur de la Cour de cassation qui pourrait expliquer que certaines qualifications soient soumises à son contrôle.

**396. Le contrôle « lourd » ou « léger » de qualification.** Dès lors que le contrôle de la Cour de cassation est admis, une hésitation survient. Certains auteurs<sup>1559</sup> considèrent qu'il existe deux sortes de contrôle, un « léger », lorsque l'approche faite est factuelle,

---

*d'appréciation que la cour d'appel [...] a décidé que leur non-paiement était un manquement suffisamment grave pour fonder la prise d'acte justifiant ainsi légalement sa décision* ». (C'est nous qui soulignons).

<sup>1554</sup> Article L. 411-2, alinéa 2, du Code de l'organisation judiciaire.

<sup>1555</sup> Rapport annuel de la Cour de cassation, 2012, livre 3, partie 1, titre 2, chapitre 1 « Appréciation souveraine des juges du fond ».

<sup>1556</sup> Pour l'essentiel, le défaut de base légale correspond soit à la constatation insuffisante des éléments constitutifs de la règle de droit, soit d'une constatation insuffisante des faits à l'origine d'une application de la règle de droit. Cf. C. PUIGELIER, *La pratique de la cassation en matière sociale*, LexisNexis, 2013, 2<sup>ème</sup> éd. n°816.

<sup>1557</sup> X. BACHELLIER, « Le pouvoir souverain des juges du fond », Bulletin d'information de la Cour de cassation, 15 mai 2009, n°702, p. 20.

<sup>1558</sup> X. BACHELLIER, « Le pouvoir souverain... », art. préc. ; J. BUFFET, « Le contrôle de la Cour de cassation et le pouvoir souverain », in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Economica 2004, p. 113 et s. spéc. n°12.

<sup>1559</sup> J. BETOULLE, « La distinction contrôle lourd /contrôle léger de la Cour de cassation, mythe ou réalité ? », JCP G. 2002, I, 171.

fondée sur la gravité et les conséquences du manquement, un « lourd », lorsque l'approche est fondée sur la nature du manquement. D'autres, au contraire<sup>1560</sup>, estiment que cette distinction n'a pas de sens. Il est permis de penser que la terminologie des arrêts tient davantage à la marge de manœuvre dont disposent les juges du fond qu'à une véritable différence d'intensité de contrôle. Dans toutes les hypothèses, la Cour de cassation opère un contrôle de l'erreur manifeste. Soit celle-ci est une erreur d'appréciation (ce serait le contrôle dit « léger »), soit elle est une erreur de déduction (contrôle « lourd »). Il ne s'agit en réalité que de distinguer entre les hypothèses où les juges du fond ont une marge d'appréciation entre les faits qu'ils constatent et la qualification à leur donner et celles où ils n'en ont pas.

### *B. Le contrôle des mesures de gestion*

**397. Le rapport de proportionnalité.** L'existence d'une cause réelle et sérieuse, que le licenciement soit prononcé pour motif économique ou motif personnel, impose une exigence de proportionnalité. La difficulté rencontrée n'est alors pas tant le degré du contrôle opéré par les juges (contrôle de l'excès) que le rapport de proportionnalité lui-même. S'agit-il d'opter pour un rapport de proportionnalité entre un événement considéré (manquement, difficultés économiques...) et la réponse apportée (à savoir le licenciement) ou faut-il s'intéresser au rapport de proportionnalité entre la mesure prise (licenciement) et le but poursuivi (redressement, sauvegarde de l'entreprise...)? La distinction est parfois subtile. À partir du moment où le licenciement n'est pas disciplinaire, qu'il soit prononcé pour motif personnel (1) ou économique (2), une tendance à se placer sous l'angle de la finalité se fait jour.

#### *1. Le licenciement pour motif personnel non disciplinaire*

**398. La distinction avec le licenciement disciplinaire.** Alors que face à un licenciement disciplinaire, la solution est aisée – le rapport de proportionnalité se situe avant tout en amont de la décision – la solution est plus délicate en ce qui concerne le licenciement pour motif personnel non disciplinaire. En effet, dans le cas du licenciement disciplinaire, c'est en fonction du sérieux de la faute, de sa gravité que le

---

<sup>1560</sup> M.-N. JOBARD-BACHELLIER et X. BACHELLIER, *La technique de cassation, Pourvois et arrêts en matière civile*, Dalloz, 2010, 7<sup>ème</sup> éd., p. 104.

licenciement sera ou non justifié. Le modèle de l'article L. 1333-1 du Code du travail, bien qu'en principe inapplicable, pourrait être mobilisé. Celui-ci dispose que le conseil de prud'hommes apprécie « *si les faits reprochés au salarié sont de nature à justifier une sanction* », l'article L. 1333-2 ajoutant que le conseil peut annuler « *une sanction [...] injustifiée ou disproportionnée à la faute commise* ». Dans le cas du licenciement non disciplinaire, la solution est moins aisée dans la mesure où diverses hypothèses coexistent. L'incompétence professionnelle, les absences pour maladie, l'inaptitude physique en sont autant d'exemples. Dans le cas d'un licenciement pour incompétence professionnelle par exemple, l'employeur devra s'appuyer sur des éléments objectifs, vérifiables<sup>1561</sup> suffisant. Si l'insuffisance est fondée sur des objectifs, ceux-ci doivent être « *réalistes* »<sup>1562</sup>. Ainsi, les faits allégués doivent-ils être suffisamment étayés pour permettre un licenciement du salarié. Le raisonnement se rapproche donc du licenciement pour motif disciplinaire, même s'il ne s'agit pas d'une faute du salarié. En revanche, lorsque le licenciement procède d'un trouble objectif porté au fonctionnement de l'entreprise, ce sera au regard des conséquences du fait en cause sur l'entreprise – et non le fait lui-même – que la rupture sera ou non justifiée. En d'autres termes, la question sera celle de savoir si le trouble apporté – à la condition qu'il soit considéré comme légitime<sup>1563</sup> – au fonctionnement de l'entreprise est suffisamment important pour justifier un licenciement. Le contrôle se déplace ici du fait considéré à ses conséquences.

## 2. Le licenciement pour motif économique

**399. Les différents modèles de l'exigence de proportionnalité.** Face au licenciement pour motif économique, deux approches de la proportionnalité sont possibles. Celle, classique, tirée du modèle de l'article L. 1333-1 du Code du travail situant le rapport en amont de la décision (les difficultés rencontrées par l'entreprise sont-elles suffisamment sérieuses pour justifier un licenciement ?<sup>1564</sup>) (a), et celle, plus récente, de l'article

---

<sup>1561</sup> Ex. : Cass. soc., 10 octobre 2001, n° 99-44833 : « *Mais attendu que la cour d'appel qui a recherché la véritable cause du licenciement, a relevé que l'employeur avait démontré que le salarié avait commis des négligences réitérées et persistantes dans la gestion administrative de l'entreprise ce qui avait nui à ses performances commerciales et à sa crédibilité et qu'il avait ainsi objectivement failli à ses obligations professionnelles* ».

<sup>1562</sup> Ex. : Cass. soc., 13 janvier 2004, Bull. civ. V, n°3.

<sup>1563</sup> Sur l'éventuelle trouble objectif illégitime, V. infra n°151, 593.

<sup>1564</sup> Autrement dit, l'adéquation entre les difficultés de l'entreprise et la mesure prise par l'employeur. Cf. Cass. soc., 8 juillet 2009, RDT 2009, p. 584, note F. GÉA ; JCP S. 2009, 1479, note F. DUMONT ; Lexbase hebdo éd. soc., 30/07/2009, n°361, obs. Ch. WILLMANN.

L. 1121-1 du Code du travail situant le rapport entre la mesure décidée et la finalité recherchée (le bon fonctionnement de l'entreprise)<sup>1565</sup> (b).

*a. Le modèle de l'article L. 1333-1 du Code du travail : disproportion par rapport à l'importance des difficultés économiques ou des mutations technologiques de l'entreprise*

**400. Modèle classique.** La mise en cause de l'emploi décidée par l'employeur doit être proportionnelle aux difficultés rencontrées par l'entreprise<sup>1566</sup>. La cause justificative de licenciement (difficultés économiques, mutations technologiques, menace sur la compétitivité et cessation d'activité) n'est légitime que si elle est réelle et présente un certain degré d'importance. À l'appui de cette approche, les auteurs citent un arrêt du 12 mai 1998 de la chambre sociale de la Cour de cassation. Celle-ci avait en effet décidé que « *les juges du fond, auxquels il appartient d'apprécier le caractère sérieux du motif économique de licenciement invoqué [avaient] estimé que les difficultés économiques dont l'employeur faisait état ne justifiaient pas la suppression de l'emploi de la salariée* »<sup>1567</sup>. Ainsi, la situation économique de l'entreprise doit être suffisamment atteinte ou menacée afin que les licenciements corrélatifs puissent être considérés comme justifiés. Tant les difficultés économiques rencontrées que la menace pesant sur la compétitivité doivent être concrètement caractérisées<sup>1568</sup>.

Mais dès lors qu'il s'agit de contrôler la suffisance ou non des difficultés rencontrées par l'entreprise, c'est la situation de cette dernière, et non celle des salariés, qui, à ce stade, est privilégiée. En d'autres termes, il ne s'agit pas ici de mettre en avant un

---

<sup>1565</sup> Sur la proportionnalité conçue comme l'adéquation entre la mesure adoptée et le but qu'elle vise, v. not. M. FROMONT, « Le principe de proportionnalité », AJDA, 1995, p. 156 ; Colloque « Existe-t-il un principe de proportionnalité ? », in LPA, 30 septembre 1998, n°117 ; A. LYON-CAEN et I. VACARIE, « Droits fondamentaux et droit du travail », in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI<sup>ème</sup> siècle, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice VERDIER*, Dalloz, 2001, p. 421 et s., spéc. n°19 ; I. CORNESSE, *La proportionnalité en droit du travail*, Litec, 2001, p. 159 et s. ; A. FABRE, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, th. préc., n°302 et 303.

<sup>1566</sup> Ph. WAQUET, « La cause économique du licenciement », Dr. soc. 2000, p. 168 ; P.-H. ANTONMATTEI, « Le motif économique de licenciement : les limites du contrôle judiciaire, RJS 2/01, p. 95 ; A. FABRE, note sous Cass. soc., 20 juin 2007, RDT 2007, p. 585.

<sup>1567</sup> Cass. soc., 12 mai 1998, Bull. civ. V, n°245.

<sup>1568</sup> Ex. relatifs à la menace pesant sur la compétitivité de l'entreprise : Cass. soc., 4 juillet 2006, RDT 2006, p. 241, obs. Ph. WAQUET. – Cass. soc., 21 novembre 2006, Dr. soc. 2007, p. 114, obs. G. COUTURIER.

Quant aux difficultés économiques, elles doivent présenter un caractère structurel et non seulement conjoncturel mais également être d'une certaine importance. La baisse du chiffre d'affaires ne caractérise pas en elle-même des difficultés de nature à justifier un licenciement (Cass. soc., 12 décembre 1991, RJS 2/1992, n°134). Des mesures d'économie ne suffisent pas. (cf. supra n°313).

quelconque droit du salarié – et l'on songe en particulier au droit à l'emploi – pour juger d'une éventuelle disproportion.

*b. Le modèle de l'article L. 1121-1 du Code du travail : disproportion par rapport au but poursuivi*

**401. Nouveau modèle.** Une autre approche de la proportionnalité a pu être proposée. Sur le modèle de l'article L. 1121-1 du Code du travail<sup>1569</sup> selon lequel « nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché », certains auteurs ont proposé que le contrôle soit fonction de la finalité poursuivie par l'employeur<sup>1570</sup>. Autrement dit, les licenciements prononcés devraient être proportionnés au but recherché, c'est-à-dire au redressement de l'entreprise ou à la sauvegarde de sa compétitivité. Une telle approche s'écarte alors de la recherche d'un événement déclencheur proprement dit. Il ne s'agit plus de s'intéresser au caractère sérieux des difficultés économiques, mutations technologiques *etc.* rencontrées mais d'examiner les effets de la décision de l'employeur<sup>1571</sup> sur l'entreprise (i). Reste alors en suspens la question des effets de cette décision sur les salariés eux-mêmes. Sont-ils écartés de toute appréciation de proportionnalité ou doivent-ils être pris en considération (ii) ?

*i. Les effets de la mesure sur l'entreprise*

**402. La « nécessité » de la mesure.** Lorsque la jurisprudence admet que la réorganisation de l'entreprise en vue de la sauvegarde de sa compétitivité puisse justifier des licenciements pour motif économique, elle semble bien placer la finalité au coeur de son analyse. Mais la difficulté se déplace lorsqu'elle emploie les termes de « réorganisation [...] nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité »<sup>1572</sup>. Qu'entendre

---

<sup>1569</sup> I. CORNESSE, *La proportionnalité en droit du travail*, th. préc., n°243 ; B. GÉNIAUT, *La proportionnalité dans les relations de travail...*, th. préc. n°318.

Voir égal. R. BERNARD-MENORET et V. FRAISSINIER-AMIOT, plaçant le contrôle du caractère sérieux du motif du licenciement sous l'égide de l'article L. 120-2 [L. 1121-1 nouveau] du Code du travail (« Le contrôle de proportionnalité par le juge judiciaire en droit du travail », *in Colloque : Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*, LPA, 5 mars 2009, n°46, p. 102).

<sup>1570</sup> A. LYON-CAEN, « Le contrôle judiciaire du motif économique et ses turbulences », *Dr. ouvrier* 2007, p. 156.

<sup>1571</sup> P. LOKIEC, « Les juges et le contrôle de la sauvegarde de la compétitivité », *SSL*, 24 décembre 2007, n°1334, p. 6.

<sup>1572</sup> Cass. soc., 5 avril 1995, *Bull. civ. V*, n°123, préc.

par « nécessité » ? En langage commun, ce terme évoque celui de la contrainte, de l'absence de choix. Cependant la jurisprudence, plus particulièrement celle du Conseil constitutionnel<sup>1573</sup>, ne le tient pas pour synonyme d'indispensable. Comment, dès lors, comprendre ce terme ?

L'arrêt de l'Assemblée plénière du 8 décembre 2000<sup>1574</sup> ouvre sans doute quelques pistes de réflexion. La décision de la Cour de cassation est claire : « *Les licenciements ont une cause économique et sérieuse lorsqu'il est établi que la réorganisation de l'entreprise, qui entraîne des suppressions d'emplois, est nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise ou du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient* ». Dès lors que cette condition est remplie, le juge n'a pas, selon la Cour, à « *contrôler le choix effectué par l'employeur entre les solutions possibles* »<sup>1575</sup>. En l'occurrence l'employeur avait choisi la solution la plus coûteuse en termes d'emploi.

À la lecture de cet arrêt, il semble qu'une incursion en terre administrative soit possible. En effet, une partie de la doctrine intéressée par la question de la proportionnalité en droit administratif a pu proposer de situer sur des plans différents « nécessité » et « proportionnalité ». Le premier plan concerne le principe d'action ; le second est relatif à ses modalités<sup>1576</sup>. Autrement dit, l'action devrait être jugée nécessaire et ses modalités proportionnées pour que la mesure puisse être admise. En droit du travail, la Cour « se contenterait », si l'on en croit l'arrêt « SAT »<sup>1577</sup>, face à une menace pesant sur la compétitivité de l'entreprise, du seul contrôle de nécessité. Le principe d'action, c'est-à-dire la réorganisation ayant des incidences sur l'emploi, devrait paraître nécessaire à la sauvegarde de l'entreprise pour être acceptée. En revanche, les modalités de cette action,

---

<sup>1573</sup> Le Conseil constitutionnel lui-même a censuré le projet de la loi de modernisation sociale qui soumettait le licenciement économique « soit à des difficultés économiques sérieuses n'ayant pu être surmontées par tout autre moyen, soit à des nécessités de réorganisation indispensables à la sauvegarde de l'activité de l'entreprise » (12 janvier 2002, n°2001-455 DC), parce que le juge était alors amené « *non seulement à contrôler [...] mais encore à substituer son appréciation à celle du chef d'entreprise quant au choix entre les différentes solutions possibles* », ce qui portait « *à la liberté d'entreprise une atteinte manifestement excessive au regard du maintien de l'emploi* ».

<sup>1574</sup> Arrêt « SAT » : Cass. Ass. plén., 8 décembre 2000, D. 2001, p. 1125, note J. PÉLISSIER ; Dr. soc. 2001, p. 126, concl. Ph. De CAIGNY, p. 133, note A. CRISTAU et p. 417, note A. JEAMMAUD et M. LE FRIANT ; RJS 1/01, p. 95, note P.-H. ANTONMATTEI et p. 576, note Ph. WAQUET ; TPS, février 2001, n° 56, note J.-M. OLIVIER.

<sup>1575</sup> Jurisprudence confirmée, ex. : Cass. soc., 8 juillet 2009, Bull. civ. V, n°173, préc.

<sup>1576</sup> M. GUIBAL, « De la proportionnalité », AJDA, 1978, p. 477. L'auteur présente les différentes opinions de la doctrine administrative sur la question de savoir s'il faut ou non distinguer la nécessité de la proportionnalité.

<sup>1577</sup> Cass. Ass. plén., 8 décembre 2000, Bull. Ass. plén., n°11, préc.

notamment le nombre de licenciements, seraient laissées au libre choix de l'employeur<sup>1578</sup>.

Bien que séduisante, une telle approche n'est cependant pas à l'abri de toute critique. Faut-il véritablement ne s'intéresser qu'à la nécessité de la réorganisation et non à celle des licenciements en découlant<sup>1579</sup> ? Peut-on réellement dissocier la question de la nécessité de la mesure des moyens de celle-ci ? La jurisprudence semble, il est vrai, s'efforcer de le faire. Un arrêt du 17 décembre 2002 de la Cour de cassation<sup>1580</sup> reproche ainsi aux juges du fond d'avoir exigé de l'employeur qu'il démontre que la fermeture du site était le *seul* moyen de sauvegarder la compétitivité du secteur en cause. *A priori* il s'agit bien de laisser une liberté de gestion à l'employeur, ce dernier conservant le choix de la mesure à prendre. Mais la Cour de cassation poursuit en affirmant que les juges du fond avaient pu faire ressortir que la fermeture en question n'était pas nécessaire à la sauvegarde de l'activité. Or, comment considérer qu'une telle mesure n'est pas nécessaire sans rechercher s'il n'existait pas d'autres moyens de sauvegarder la compétitivité ? Il paraît difficile de ne pas lier les deux<sup>1581</sup>. Malgré la formulation de la Cour, le contrôle de la nécessité de la réorganisation envisagée se fait malaisément sans prendre en considération les licenciements qui en procèdent<sup>1582</sup>.

La difficulté est toujours la même, il s'agit de concilier l'existence d'un réel contrôle de la mesure avec les choix de gestion de l'employeur. Les juges opèrent en réalité un contrôle de « conformité » de la décision prise et sanctionnent la disproportion.

**403. L'excès de la mesure.** Le contrôle de conformité, compris comme un contrôle « d'aptitude » consiste à vérifier que la mesure décidée a effectivement pour finalité de redresser l'entreprise ou de sauvegarder sa compétitivité. Dans l'arrêt « SAT », les juges du fond avaient admis que les différents projets envisagés étaient de nature à assurer la pérennité de l'entreprise et le maintien de sa compétitivité. Si l'objectif poursuivi avait été d'aller au-delà de cette seule pérennité de l'entreprise ou du maintien de sa

---

<sup>1578</sup> Sous réserve de la loi n°2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi pour les licenciements pour motif économique d'au moins dix salariés dans les entreprises d'au moins cinquante salariés.

<sup>1579</sup> Position de J. PÉLISSIER (D. 2001, p. 1125, note sous Cass. soc., 8 décembre 2000).

<sup>1580</sup> Cass. soc., 17 décembre 2002, D. 2003, p. 1660, note M.-C. ESCANDE-VARNIOL ; Dr. soc. 2003, p. 342, note G. COUTURIER.

<sup>1581</sup> G. COUTURIER, note sous Cass. soc., 17 décembre 2002, préc.

<sup>1582</sup> Comp. A. LYON-CAEN, « Les évidences du droit du licenciement pour motif économique », JCP E. 2003, suppl. Cahiers de droit de l'entreprise, n°6, p. 2.

compétitivité, la mesure envisagée aurait été analysée comme n'étant pas nécessaire (à la sauvegarde de l'entreprise) et, partant, aurait été condamnée. Ainsi en serait-il des hypothèses où la finalité poursuivie serait celle de réaliser des économies ou d'augmenter la rentabilité de l'entreprise<sup>1583</sup>. Il s'agit bien de combattre la disproportion entre la mesure prise et la finalité poursuivie, celle du redressement ou de la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise. L'immixtion du juge dans la gestion de l'entreprise ne peut alors être niée, même si ne seraient condamnées que les disproportions évidentes. En tout état de cause, on ne peut pas déduire de l'efficacité de la mesure prise que celle-ci était en réalité « trop » importante. Une mesure de réorganisation, même limitée, peut se révéler meilleure que ce qui était attendu. On peut difficilement déduire de la prospérité économique de l'entreprise à la suite de licenciements pour motif économique que l'employeur avait engagé une mesure en réalité disproportionnée. Le contrôle d'opportunité est en revanche exclu, l'employeur étant libre de choisir parmi les différents projets susceptibles de sauvegarder la compétitivité de son entreprise celui qui lui paraît le plus pertinent. Il est au demeurant irréalisable de concevoir l'ensemble des projets envisageables. Décider quel procédé serait le plus adéquat paraît impossible.

*ii. Les effets de la mesure sur les salariés*

**404. La justification du licenciement au regard des salariés, écartée de l'exigence de cause réelle et sérieuse du licenciement.** L'approche tirée du modèle de l'article L. 1333-1 du Code du travail ne s'intéresse pas aux conséquences de la décision de l'employeur, puisqu'il s'agit de se placer en amont de la décision. L'approche finaliste, au contraire, s'appuie sur les effets même de la décision. Pourtant, même dans cette dernière hypothèse, la Cour de cassation semble se satisfaire d'une approche exclusivement centrée sur l'entreprise et non sur les salariés. C'est effectivement ce que semble révéler l'arrêt « SAT » en n'imposant pas à l'employeur de choisir le projet coûtant le moins en termes d'emplois. Pour autant, l'intérêt du salarié n'est pas totalement écarté lorsqu'est en cause un licenciement pour motif économique. En effet, le salarié se voit protégé notamment par l'existence d'une obligation de reclassement et d'adaptation de l'employeur<sup>1584</sup>, par le respect de l'ordre des licenciements<sup>1585</sup> et, dans le

---

<sup>1583</sup> Cass. soc., 1<sup>er</sup> février 2011, Bull. civ. V, n°42.

<sup>1584</sup> Infra n°561.

<sup>1585</sup> Infra n°600.

cadre de « grands » licenciements dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, par la mise en place du plan de sauvegarde de l'emploi. Reste que la jurisprudence ne lie pas toujours ces exigences à la cause justificative du licenciement. Elle le fait dans le cadre du non-respect du reclassement sanctionné par l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement<sup>1586</sup>. Elle paraît également poursuivre cette voie dans le cadre du plan de sauvegarde de l'emploi dans la mesure où à défaut ou en cas d'insuffisance, la sanction prononcée est celle de la nullité du plan<sup>1587</sup> et de la nullité corrélative des licenciements subséquents<sup>1588</sup>. Plus encore, dans les hypothèses où la nullité ne serait pas encourue car l'entreprise serait en redressement ou liquidation judiciaire, la Cour de cassation conclut que l'insuffisance du plan prive de cause réelle et sérieuse les licenciements prononcés<sup>1589</sup>. Mais pointe déjà une fracture dans le contentieux relatif au plan de sauvegarde de l'emploi. En effet, la jurisprudence a été amenée à distinguer explicitement la validité du plan de sauvegarde de l'emploi de la cause même du licenciement<sup>1590</sup>. Comme s'il fallait distinguer la nécessité de la réorganisation au regard de l'entreprise (relevant « officiellement » de la cause réelle et sérieuse du licenciement) de celle au regard des salariés (écartée de la cause réelle et sérieuse de licenciement bien que justificative de l'opération envisagée au regard de ses conséquences sur l'emploi). Une telle logique est manifeste lorsqu'est examinée la sanction apportée au non-respect de l'ordre des licenciements : seuls des dommages-intérêts sont dus sans que l'absence de cause réelle et sérieuse puisse être prononcée<sup>1591</sup>. Ainsi, la cause réelle et sérieuse de licenciement serait une chose, l'ordre des licenciements ou le plan de sauvegarde de l'emploi une autre...

---

<sup>1586</sup> *Infra* n°417.

<sup>1587</sup> Articles L. 1235-10 et s. du Code du travail.

<sup>1588</sup> Cass. soc., 13 février 1997, *Dr. soc.* 1997, p. 256, note G. COUTURIER.

<sup>1589</sup> Cass. soc., 2 février 2006, *Bull. civ.* V, n°58. – Cass. soc., 13 juin 2006, n°04-44733. – Cass. soc., 30 janvier 2007, n°05-40049. – Cass. soc., 9 avril 2014, n°13-10437. – Cass. soc., 28 mai 2015, n°13-27706.

<sup>1590</sup> Cass. soc., 9 juin 2004, n°03-12718. – Cass. soc., 25 octobre 2006, n°04-19845. – Cass. soc., 3 mai 2012, *JCP S.* 2012, 1241, obs. F. FAVENNEC-HÉRY ; *JSL*, 7 juin 2012, n°323, p. 8, note J.-Ph. LHERNOULD ; *LPA*, 18 juillet 2012, n°143, p. 14, note A. BELLO ; E. DOCKÈS, « Le droit du licenciement perd son sens à l'ombre de l'arrêt *Vivéo* », *Dr. soc.* 2012, p. 606 ; M. HENRY, « Faisons un rêve », *Dr. ouvr.* 2012, p. 629.

La solution semble partager la doctrine, certains distinguent effectivement les deux tandis que d'autres considèrent que l'absence de cause justificative du licenciement pour motif économique rend en réalité le plan de sauvegarde « sans objet ». (cf. not. E. DOCKÈS, « Le droit du licenciement perd son sens à l'ombre de l'arrêt *Vivéo* », art. préc. ; M. HENRY, « Faisons un rêve », art. préc.). *Infra* n°419.

<sup>1591</sup> Sur ce point, cf. *infra* n°601 et s.

**405. Critiques.** Il est pourtant évident qu'existe une part d'artifice à vouloir ainsi distinguer le prisme de l'entreprise d'une part et celui des salariés d'autre part. En définitive l'exigence d'une cause réelle et sérieuse provient de la mesure trouvée entre l'intérêt de l'entreprise et celui du salarié... Si de prime abord, l'excès de la mesure adoptée par l'employeur peut effectivement exister et être condamné sans qu'il soit besoin de prendre en considération les salariés, la situation de l'entreprise et celle des salariés se mêlent nécessairement. D'ailleurs, le rapport de la Cour de cassation relatif à l'arrêt « Vidéocolor » du 5 d'avril 1995<sup>1592</sup> précisait que « *bien que l'arrêt ne le dise pas, [la] sauvegarde de la compétitivité n'est légitime que si elle tend à préserver un certain niveau d'emploi* »<sup>1593</sup>. La Cour de cassation elle-même admet que le motif tiré de la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise autorise des licenciements « préventifs »<sup>1594</sup>, prévenant des difficultés à venir. Autrement dit, des licenciements peuvent être justifiés par le souci d'éviter un nombre plus important de licenciements ultérieurs. Toute la difficulté est de trouver un point d'équilibre entre la marge de manœuvre nécessaire à l'employeur « gestionnaire » de son entreprise et le licenciement pour motif économique vu comme une mesure ultime.

## **Section II. Les moyens du contrôle**

**406. Un contrôle a posteriori.** Le contrôle du juge se situant postérieurement à l'exercice du droit potestatif considéré et la charge de la preuve incombant à celui ayant subi la décision, l'exigence d'une motivation antérieure ou concomitante à l'exercice du droit considéré se pose. Le licenciement apparaît d'ailleurs bien comme l'exemple typique du droit devant être motivé sous peine d'être considéré comme injustifié. En revanche, la prise d'acte, le changement des conditions de travail ou encore la rupture de période d'essai ne sont pas soumis à une telle obligation. Or, en motivant l'exercice de son droit finalisé ou justifié, l'auteur explicite sa décision, la rationalise – du moins en apparence – et, concrètement, en facilite la preuve. L'intérêt d'une telle motivation se perçoit ainsi aisément. Son extension pourrait dès lors se concevoir (I). Néanmoins, une

---

<sup>1592</sup> Cass. soc., 5 avril 1995, Bull. civ. V, n°123, préc.

<sup>1593</sup> Rapport Cour de cassation 1995, p. 233.

<sup>1594</sup> Arrêt « Pages jaunes » : Cass. soc., 11 janvier 2006, D. 2006, p. 113, note J. PÉLISSIER ; Dr. soc. 2006, p. 138, note J.-E. RAY ; SSL, 23 janvier 2006, n°1245, p. 8, note G. COUTURIER ; JCP E. 2006, 1310, note P. MORVAN. Depuis, la Cour de cassation a précisé que les employeurs devaient prouver une « menace » pesant sur la compétitivité de l'entreprise pour admettre de tels licenciements.

autre voie peut être suggérée. Prenant conscience de la difficulté d'apporter la preuve d'un détournement de finalité voire de l'absence de motif légitime, certains auteurs proposent d'agir plus directement sur la charge de la preuve (II).

### *I. L'exigence d'une motivation antérieure ou concomitante à l'exercice d'un droit potestatif.*

**407. Rôle de la motivation.** Motiver une décision, c'est énoncer les raisons ayant conduit l'auteur à agir ainsi. C'est argumenter<sup>1595</sup> afin de démontrer la légitimité de l'acte pris. Si le droit du licenciement fait de la motivation une exigence de fond attachée à l'obligation d'arguer d'un motif légitime de rupture, l'assimilation entre la motivation et la justification ne peut être parfaite dans la mesure où, bien que motivé, un licenciement peut être contesté. Il n'en demeure pas moins que le licenciement fait figure d'exception dans le paysage des droits potestatifs, même au seul regard de ceux bénéficiant à l'employeur. En effet, les droits finalisés de ce dernier ne sont pas soumis à l'obligation de motivation. Pourtant, la motivation antérieure ou concomitante à l'acte pris présente des qualités indéniables. D'une part, en prévenant le cocontractant, elle est une explication. Elle permet à la fois à l'auteur de prendre la mesure de sa décision et à celui la subissant de la comprendre<sup>1596</sup>. D'autre part, en énonçant antérieurement les motifs, elle présente un intérêt au niveau du contentieux<sup>1597</sup>. Elle facilite la preuve et le contrôle du juge. Elle permet ainsi, du moins en apparence, de rationaliser la mesure et d'éviter l'arbitraire. Elle peut rendre « acceptable » la mesure prise. Dans ces conditions, se pose la question de l'extension de l'obligation de motivation à d'autres cas que ceux prévus par le législateur, la jurisprudence, voire les parties<sup>1598</sup>. Autrement dit, il s'agit de la problématique d'imposer, ou non, une obligation de motivation aux

---

<sup>1595</sup> F. 1237GUIOMARD, *La justification des mesures de gestion du personnel : Essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur*, th. Paris X, 2000, n°11.

<sup>1596</sup> X. LAGARDE, « La motivation des actes juridiques », in *La motivation, Travaux de l'Association Henri CAPITANT (Journées nationales)*, tome III, LGDJ, 2000, p. 73 et s. spéc. p. 78 ; L. AYNÈS, « Motivation et justification », art. préc., p. 557.

<sup>1597</sup> H. PAULIAT, « La motivation des actes administratifs unilatéraux », in *La motivation, Travaux de l'Association Henri CAPITANT*, LGDJ, 2000, p. 49.

<sup>1598</sup> X. LAGARDE, « La motivation des actes juridiques », art. préc. ; M. FABRE-MAGNAN, « L'obligation de motivation en droit des contrats », in *Études offertes à Jacques GHESTIN, Le contrat au début du XXI<sup>ème</sup> siècle*, LGDJ, 2001, p. 301.

« pouvoirs » ou à certains actes unilatéraux<sup>1599</sup>. Une telle interrogation est devenue inéluctable depuis que s'est accrue l'intervention de l'unilatéralisme dans le contrat et que le courant du néo-solidarisme contractuel a pris son essor<sup>1600</sup>. Pour autant, il est des actes unilatéraux n'appelant pas de motivation, bien au contraire<sup>1601</sup>. Certaines résiliations unilatérales, par exemple, ne se conçoivent que discrétionnaires, voire arbitraires. Ainsi en est-il de la démission ou, plus généralement, des résiliations unilatérales de contrats à durée indéterminée, expressions de la liberté individuelle des cocontractants<sup>1602</sup>. Le domaine de la motivation imposée paraît donc devoir être circonscrit. La nature du droit potestatif, finalisé ou justifié, offre une première piste de lecture. Pourrait-on ainsi, en droit du travail, exiger une obligation de motivation à l'exercice des droits potestatifs finalisés et justifiés de l'employeur ou du salarié (A) ? Le licenciement paraît effectivement s'inscrire dans cette approche dans la mesure où une motivation est exigée. Mais ici, la forme rejoint le fond. En effet, à défaut d'énonciation dans la lettre de licenciement des motifs justificatifs, celui-ci sera considéré sans cause réelle et sérieuse. Plus encore, avant même la notification de la lettre de licenciement, se pose la question de savoir si la procédure antérieure que doit suivre l'employeur ne participe pas également de l'exigence de justification (B).

*A. Vers une obligation générale de motivation dans l'exercice de droits potestatifs finalisés et justifiés?*

**408. Droit positif.** La motivation n'équivaut pas à la justification<sup>1603</sup>. D'ailleurs, dans le cadre de droits justifiés – mis à part le cas du licenciement où l'énonciation des motifs fait partie intégrante de la justification attendue de la rupture du contrat – ni le législateur ni la jurisprudence n'imposent l'obligation de motivation antérieure ou concomitante à l'exercice du droit. La chambre sociale, en effet, à l'opposé de ce qu'elle décide pour le licenciement, considère que les motifs énoncés dans la lettre prenant acte

---

<sup>1599</sup> Certains auteurs ne sont cependant pas convaincus par l'exigence d'une obligation de motivation. Cf. par ex. : D. FERRIER, « Une obligation de motiver ? », RDC 2004, p. 558.

<sup>1600</sup> B. FAGES, « Des motifs de débats... », RDC 2004, p. 263.

<sup>1601</sup> Cf. Y. PAGNERRE, *L'extinction unilatérale des engagements*, th. préc., n°839.

<sup>1602</sup> J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, op. cit., n°468.

<sup>1603</sup> L. AYNÈS, « Motivation et justification », RDC 2004, p. 555 ; S. LE GAC-PECH, « Rompre son contrat », RTD. civ., 2005, p. 223 ; Ch. CORGAS-BERNARD, *La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée*, th. préc., n°508.

de la rupture du contrat de travail ne fixent pas les limites du litige<sup>1604</sup>. Autrement dit, le salarié peut ultérieurement justifier sa décision. De la même manière, la chambre commerciale a eu l'occasion de préciser que la justification nécessaire à la résolution pour manquement grave pouvait intervenir après l'acte<sup>1605</sup>. Ainsi, la Cour de cassation ne lie pas l'unilatéralisme à une obligation de motivation formelle antérieure. Si la nature même d'un droit causé impose effectivement une justification, elle n'impose pas pour autant des formalités particulières. Il en est de même dans le cadre d'exercice de droits finalisés, aucune obligation de motivation antérieure ou concomitante ne pèse par exemple sur la rupture de la période d'essai ou sur le changement des conditions de travail. Faut-il le regretter ? Peut-être. (1). Faut-il en faire une garantie de fond ? Il est permis d'en douter (2).

### 1. *L'extension de l'obligation de motivation*

**409. Droit prospectif.** La doctrine apparaît plutôt favorable à l'avènement d'une obligation formelle de motivation lorsque sont en cause certains actes unilatéraux<sup>1606</sup>. L'ordonnance du 10 février 2016 l'accueille par exemple en cas de résolution unilatérale pour manquement grave<sup>1607</sup>. En droit du travail, certains la préconisent dans les hypothèses de rupture de période d'essai<sup>1608</sup> ou de mise en œuvre de clauses de variation<sup>1609</sup>.

Quel critère retenir donc afin d'étendre l'obligation de motivation ? Celui de la nature du droit ? L'exercice de droits justifiés et de droits finalisés<sup>1610</sup> imposerait ainsi une obligation de motivation. Une telle solution aurait l'avantage de la simplicité. Peu

<sup>1604</sup> Cass. soc., 29 juin 2005, JCP S. 2005, 1236, note J.-Y. FROUIN.

<sup>1605</sup> Cass. com., 2 juillet 2002, D. 2002, p. 93, note D. MAZEAUD ; RTD com. 2002, p. 494, obs. J.-P. CHAZAL et Y. REINHARD ; RTD com. 2003, p. 359, obs. B. BOULOC ; RTD civ. 2002, p. 810, obs. J. MESTRE et B. FAGES. – Cass. com., 20 juin 2006, n°04-15785.

<sup>1606</sup> Ex. en droit commun : C. SÉVELY-FOURNIÉ, *Essai sur l'acte juridique extinctif...*, th. préc. ; M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat...*, th. préc. n°314 et s.

Ex. en droit du travail : B. BOSSU, F. DUMONT et P.-Y. VERKINDT, *Droit du travail*, tome 1, Montchrestien, 2011, 3<sup>ème</sup> éd., n°553.

<sup>1607</sup> Nouvel article 1226 (entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2016). *Adde* l'article 1158 de l'avant-projet de réforme de 2005 (CATALA) ; article 10-303 des principes contractuels communs.

<sup>1608</sup> Ph. AUVERGNON, « Les ruptures en période d'essai », *Dr. soc.* 1992, p. 796 ; D. JACOTOT et Ch. BOURRIER, « L'art de détourner la règle de droit : l'usage abusif de la période d'essai dans un contrat de travail à durée indéterminée », *D.* 1996, p. 343, spéc. n°25.

<sup>1609</sup> L.-K. GRATTON, *Les clauses de variation...*, th. préc., n°541 et s.

<sup>1610</sup> Rappr. M. FABRE-MAGNAN, « L'obligation de motivation en droit des contrats », art. préc. L'auteur lie l'obligation de motivation avec « *le fait que la loi ait finalisé certains droits, en ait limité les mobiles* ».

importe l'effet du droit ou les parties au contrat, le seul fait de devoir respecter une finalité ou un motif légitime ordonnerait le respect d'une obligation de motivation. Néanmoins, le droit du travail pourrait inciter à ne réserver une telle obligation qu'au titulaire partie « forte » du contrat. Il est vrai que lorsque le législateur impose une motivation, c'est souvent dans un souci de protection d'une des parties au contrat<sup>1611</sup>. En témoigne par exemple le licenciement ou le congé donné au locataire à usage d'habitation<sup>1612</sup>. Pourtant, même à considérer que c'est la prise en considération du destinataire de la mesure qui incite à la motivation, pourquoi la restreindre aux contrats structurellement déséquilibrés ? À partir du moment où une partie, serait-elle « forte », subit l'exercice d'un droit potestatif, ne se retrouve-t-elle pas en situation d'infériorité ? Souvent, il est vrai, le sujet passif coïncide avec la partie « faible », mais, lorsque ce n'est pas le cas – et l'on songe avant tout à la prise d'acte ou à la résolution unilatérale pour manquement grave de droit commun – l'éventuelle partie « forte » n'agit pas en tant que telle. Au contraire, elle subit une décision qui lui est préjudiciable. Dans ces conditions, elle devrait pouvoir être prise en considération au même titre que si elle était la partie « faible ».

**410. Le contenu de la motivation.** En tout état de cause, la motivation se conçoit par rapport à la finalité ou la justification attendue. Même réservée au bénéfice d'une partie faible, elle demeure dictée par la nature du droit exercé. Dans le cadre d'un droit justifié, la motivation tiendrait ainsi à l'exposé des motifs – dont le bénéficiaire n'aurait pas la maîtrise – justifiant l'exercice de son droit. La motivation d'une prise d'acte serait donc l'énonciation des griefs invoqués à l'encontre de l'employeur.

---

<sup>1611</sup> Cf. not., pour des auteurs favorables à une obligation de motivation dans les contrats « déséquilibrés »: D. MAINGUY, « Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats », in *Mélanges Michel CABRILLAC*, Litec, 1999, p. 165 ; M. FABRE-MAGNAN, « Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique » RDC 2004, p. 573 ; Th. REVET, « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », RDC 2004, p. 579 et « La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999, p. 31 ; A.-S. LAVEFVE-LABORDERIE, *La pérennité contractuelle*, LGDJ, 2005, n°911 et s. ; F. GAUDU, « L'exigence de motivation en droit du travail », RDC 2004, p. 566. Rapp. égal. C. BOISMAIN, *Les contrats relationnels*, PUAM, 2005, n°420 et s. L'auteur considère que dans ce type de contrat pèse(ra)it une obligation de motivation de la rupture lorsque son auteur est le cocontractant « *pouvant retrouver facilement un partenaire équivalent* ». Autrement dit, est la partie « forte » au contrat.

<sup>1612</sup> Article 15, I, de la loi du 6 juillet 1989, n°89-462, tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n°86-1290 du 23 décembre 1986.

Dans le cadre de droits finalisés, la motivation devrait répondre à la finalité poursuivie. La difficulté tient alors au degré de précision exigée. Dans l'hypothèse d'un changement des conditions de travail, l'employeur devrait exposer la finalité qu'il poursuit, sans qu'il puisse se contenter de la seule référence à l'intérêt de l'entreprise<sup>1613</sup>. Ainsi, par exemple, pourrait-il décider un changement des conditions de travail pour répondre à des impératifs commerciaux<sup>1614</sup>, pour améliorer le rendement de tel établissement ou combattre la concurrence. La question se pose également de savoir, lorsque le changement des conditions de travail est individuel, si l'employeur pourrait, voire devrait, motiver sa décision par rapport à la situation professionnelle du salarié (expertise, expérience, capacités...)

Quant à la motivation dans le cadre de la rupture de la période d'essai, elle est plus délicate. Soit l'employeur peut se contenter d'évoquer une « insuffisance professionnelle », une « perte de confiance » ou une inadéquation des compétences du salarié avec l'emploi considéré, ce qui est alors d'un intérêt limité, soit il doit étayer ses propos par des éléments objectifs, des griefs précis<sup>1615</sup>, ce qui ferait basculer la rupture de l'essai dans le giron des droits justifiés. Si l'autonomie de la période d'essai devait être préservée, la motivation ne devrait permettre que de vérifier que l'employeur a bien utilisé l'essai selon sa finalité, c'est-à-dire pour mettre à l'épreuve le salarié<sup>1616</sup> ce qui semble s'apparenter à une gageure.

## 2. La motivation, garantie formelle ou garantie de fond ?

**411. Le cas du licenciement étendu ?** Introduite en droit français par la loi de 1973, l'exigence de justification du licenciement s'est peu à peu affirmée, renforcée tant par le législateur<sup>1617</sup> que par la jurisprudence. Aujourd'hui, cette obligation s'exprime par l'indication formelle des motifs de la rupture dans la lettre de licenciement<sup>1618</sup> fixant les

---

<sup>1613</sup> En ce sens, L.-K. GRATTON, *Les clauses de variation...*, th. préc., n°567.

<sup>1614</sup> Cass. soc., 12 juillet 2006, n°04-47687.

<sup>1615</sup> Ph. AUVERGNON, « Les ruptures en période d'essai », art. préc. ; D. JACOTOT et Ch. BOURRIER, « L'art de détourner la règle de droit... », art. préc.

<sup>1616</sup> D. NOGUÉRO, « Le devenir de la période d'essai », *Dr. soc.* 2002, p. 589.

<sup>1617</sup> Notamment la loi n°86-1320 du 30 décembre 1986 qui impose la justification dans la lettre même de licenciement. La loi de 1973 n'imposait la motivation que si le salarié la demandait.

<sup>1618</sup> Et non dans un autre document : Cass. soc., 29 novembre 1990, *Dr. soc.* 1991, p. 99, note J. SAVATIER. – Cass. Ass. plén., 20 novembre 1999, *Dr. soc.* 1999, p. 13.

limites du litige<sup>1619</sup>. Le défaut de cette justification équivalant à une absence de cause réelle et sérieuse<sup>1620</sup>, l'employeur n'a pas la possibilité de justifier postérieurement sa décision<sup>1621</sup>. La lettre de licenciement doit ainsi énoncer des motifs précis et vérifiables<sup>1622</sup>, l'employeur devant indiquer avec précision la nature de l'événement l'ayant mené au licenciement. La forme rejoint ici le fond. Dans ces conditions, la justification du licenciement n'apparaît plus comme une simple règle de procédure<sup>1623</sup> que l'employeur doit suivre mais comme partie intégrante de l'acte de licenciement.

Faut-il étendre cette solution aux autres hypothèses de droits potestatifs ?

Si la motivation est consubstantielle au fond, son défaut équivaldrait dans l'hypothèse d'un droit finalisé, au non-respect de sa finalité, et dans celle du droit justifié à l'absence de motif légitime. Le titulaire serait nécessairement hors de son droit<sup>1624</sup>. Le juge ne pourrait que constater l'absence de motif légitime ou le détournement de finalité. Si, au contraire, la motivation n'est que formelle, elle n'a pas vocation à rendre l'acte irrégulier au fond. Seule l'inexécution de l'obligation de motivation en tant que telle serait condamnée dans la mesure où l'employeur aurait bien, en réalité, respecté la finalité ou l'exigence de justification du droit concerné. Ainsi par exemple, la rupture intervenue sans respecter l'exigence de motivation ne serait pas pour autant injustifiée, le changement des conditions de travail non motivé ne serait pas réputé détourné de sa finalité. Dans cette hypothèse, seuls des dommages-intérêts pourraient éventuellement être octroyés.

---

<sup>1619</sup> Cass. soc., 20 mars 1990, Bull. civ. V, n°124. – Cass. soc., 19 juin 1991. – Cass. soc., 25 octobre 2005, JCP S. 2006, 1075, note T. LAHALLE.

<sup>1620</sup> Arrêt « Rogié » : Cass. soc., 29 novembre 1990, Dr. soc. 1991, p. 103 obs. J. SAVATIER.

<sup>1621</sup> Quand bien même il aurait énoncé des motifs réels et sérieux lors de l'entretien (Cass. soc., 12 janvier 1994, Bull. civ. V, n°2) ou que l'absence de motifs dans la lettre soit due à une demande du salarié (Cass. soc., 10 janvier 1995, Bull. civ. V, n°19).

<sup>1622</sup> Cass. soc., 2 avril 2003, n°01-42294 (licenciement pour motif personnel : « *Si l'énonciation dans la lettre de licenciement d'une incompatibilité d'humeur, sans autre précision, ne constitue pas un motif de licenciement, la mention de la perturbation du personnel et de la clientèle constitue un grief matériellement vérifiable qui peut être précisé et discuté devant les juges du fond* »). – Cass. soc., 21 mars 2007, JCP S. 2007, 1412, note L. DRAI (licenciement pour motif économique).

<sup>1623</sup> E. LAFUMA, « Le juge et le processus de décision », in *Le juge et la décision de gestion*, Dalloz, 2006, p. 55 et s., spéc. p. 61 et 62.

<sup>1624</sup> En cas de changement des conditions de travail, le refus du salarié de se soumettre serait légitime et l'éventuel licenciement tiré de ce refus, sans cause réelle et sérieuse. En cas de rupture de la période d'essai, celle-ci serait considérée comme abusive et permettrait l'octroi de dommages-intérêts. En cas de prise d'acte, la rupture produirait les effets d'une démission.

**412. Le choix d'une garantie formelle.** La motivation n'est pas *naturellement* consubstantielle à l'exercice de droits, seraient-ils potestatifs. Les conséquences attachées à la motivation/garantie de fond sont particulièrement graves. Il peut paraître inéquitable de condamner le défaut de motivation de la même façon que l'exercice injustifié ou détourné de sa finalité du droit. Le bénéficiaire doit pouvoir prouver qu'il avait en définitive respecté les exigences de finalité ou de justification attachées à son droit<sup>1625</sup>. Et l'on touche ici un des rôles de la motivation. Elle n'est pas gage de l'absence de tout détournement ou d'existence de réels motifs légitimes à la décision prise, mais elle permet, avant tout, de faciliter la preuve, soit en l'allégeant au bénéfice de celui subissant la mesure<sup>1626</sup>, soit, dans l'hypothèse d'un défaut de motivation, en présument la mauvaise foi de l'auteur<sup>1627</sup>. Devraient sans doute être traitées ainsi les obligations de motivation prévues par le contrat de travail lui-même, notamment s'il fallait soumettre la prise d'acte à une telle exigence.

**413. Les exceptions.** Au-delà du licenciement où la motivation constitue une exigence de fond, se pose la question des éventuelles obligations de motivation prévues par des conventions collectives. Sont-elles traitées comme des exigences de forme ou de fond ? Par analogie, au vu de la jurisprudence traitant comme exigence de fond l'obligation de motiver la lettre de convocation à l'entretien préalable prévue dans une convention collective<sup>1628</sup> – et de façon générale les procédures conventionnelles<sup>1629</sup> – il est permis de penser que la Cour de cassation jugerait de même, face à l'exigence de motivation prévue par une convention collective dans le cadre, par exemple, d'un changement des conditions de travail<sup>1630</sup>.

---

<sup>1625</sup> *Contra* M. JAOUEN, *La sanction prononcée ...*, th. préc., n°351.

<sup>1626</sup> Sans pour autant renverser la charge de la preuve. En ce sens : E. GAILLARD, *Le pouvoir...* th. préc., n°187 ; Th. REVET, « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale... », art. préc., spéc. n°7 ; L.-K. GRATTON, *Les clauses de variation...*, th. préc., n°560 et s.

<sup>1627</sup> Dans cette hypothèse, il y aurait bien renversement de la charge de la preuve. En ce sens : Th. REVET, « La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat », *in L'unilatéralisme et le droit des obligations*, art. préc., n°17 ; L.-K. GRATTON, *Les clauses de variation...*, th. préc., n°564.

<sup>1628</sup> Cass. soc., 9 janvier 2013, JCP S. 2013, 1181, note N. DAUXERRE ; Lexbase hebdo, éd. soc., 24/01/2013, n°513, note S. TOURNAUX.

<sup>1629</sup> Ex. : cass. soc., 28 mars 2000, Bull. civ. V, n°136. – Cass. soc., 16 janvier 2001, Bull. civ. V, n°9. L'inobservation de la procédure conventionnelle rend le licenciement sans cause réelle et sérieuse.

<sup>1630</sup> V. d'ailleurs Cass. soc., 7 février 2007, n°05-42927, relevé par L.-K. GRATTON dans sa thèse (*Les clauses de variation...* th. préc., n°569). En l'occurrence, la convention collective prévoyait une motivation aux décisions de mutation. À défaut d'une telle motivation, le refus du salarié de s'y

## B. La procédure de licenciement comme prémices de justification ?

**414. Les finalités de la procédure de licenciement.** La procédure de licenciement peut se concevoir de deux manières différentes. La première, classique, ne la voit que comme une simple garantie formelle. La seconde, au contraire, la considère comme plus substantielle, portant les prémices de la justification du licenciement. Cette dernière approche lie l'information – sur la mise en place d'une procédure de licenciement – due par l'employeur au salarié (licenciement individuel) ou à ses représentants (licenciement collectif pour motif économique) à la justification même que l'employeur doit porter à l'acte de licenciement<sup>1631</sup>. L'employeur, confronté à la contradiction, est amené à argumenter sa position. L'influence éventuelle du salarié et/ou des représentants du personnel, voire même de la DIRECCTE, dans le cadre du nouveau droit<sup>1632</sup> du licenciement économique ne peut être niée. Les différents entretiens<sup>1633</sup>, consultations<sup>1634</sup> et délais<sup>1635</sup> prévus par le législateur ont évidemment pour objet d'appeler l'employeur à prendre toute la mesure de sa décision. Mais ces différentes étapes n'ont-elles qu'un rôle de simple influence sur le processus décisionnel de l'employeur ou révèlent-elles déjà une exigence de justification? Sans doute faut-il distinguer selon que le motif est personnel ou économique. Si dans les deux hypothèses s'engage un dialogue (1), les parties n'étant pas les mêmes, des différences en résultent. Le particularisme de la procédure propre aux licenciements pour motif économique mérite alors de s'y arrêter (2).

---

soumettre n'est pas considéré comme fautif, le licenciement corrélatif étant alors considéré comme sans cause réelle et sérieuse.

<sup>1631</sup> E. LAFUMA, *Des procédures internes...*, th. préc. n°200 et s. ; A. LYON-CAEN, « La procédure au cœur du droit du licenciement pour motif économique », Dr. ouvr. 2002, p. 161 et s., spéc. II.1, *in fine* ; A. FABRE, *Le régime du pouvoir de l'employeur...*, th. préc. n°341 et s.

<sup>1632</sup> Loi du 14 juin 2013, n°2013-504 relative à la sécurisation de l'emploi.

<sup>1633</sup> Entretien préalable en cas de licenciement individuel ou pour licenciement de moins de dix salariés dans une même période de trente jours : article L. 1232-2 et s. (licenciement pour motif personnel) et article L. 1233-11 et s. (licenciements pour motif économique) du Code du travail.

<sup>1634</sup> Consultation des représentants du personnel (Comité d'entreprise ou délégués du personnel) en cas de licenciement collectif pour motif économique de moins de dix salariés dans une période de trente jours (article L. 1233-8 du Code du travail).

<sup>1635</sup> Délai à respecter entre l'entretien individuel et la notification du licenciement : article L. 1232-6 (licenciement personnel) et L. 1233-15 du Code du travail (licenciement pour motif économique).

## 1. *L'incidence de l'instauration d'un dialogue*

**415. Différence de sens.** Le dialogue instauré en cas de licenciement disciplinaire est inspiré du « droit à la défense » emprunté au droit pénal, alors que celui instauré en cas de licenciement pour motif économique paraît davantage le corrélatif d'un « droit à l'emploi » du salarié. Si dans le cadre d'un licenciement disciplinaire, il s'agira surtout de permettre au salarié de se défendre – bien qu'il se retrouve alors face à l'employeur à la fois juge et partie<sup>1636</sup> –, dans celui d'un licenciement pour motif économique, une autre logique est à l'œuvre. Le salarié n'aura pas à se défendre. L'employeur devra expliquer la mesure. Il devra notamment proposer un contrat de sécurisation professionnelle (entreprise de moins de mille salariés) ou des congés de reclassement (entreprise d'au moins mille salariés)<sup>1637</sup> permettant au salarié de bénéficier d'actions destinées à favoriser son retour à l'emploi.

**416. Différence de portée.** L'« échange de vues » entre les parties ou entre l'employeur et un représentant du personnel ou délégué syndical n'est pas en soi gage de l'existence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement. L'employeur peut être convaincant, cohérent, et expliquer son projet en répondant à un souci de transparence sans pour autant justifier d'une véritable cause réelle et sérieuse de licenciement. L'affirmation doit certes être relativisée lorsqu'est en cause un licenciement collectif pour motif économique. La concertation alors imposée entre l'employeur et les représentants du personnel implique la transmission de documents étayant le projet de mise en cause de l'emploi et laissant *a priori* transparaître une véritable cause réelle et sérieuse au licenciement collectif.

---

<sup>1636</sup> F. DUQUESNE, « Les droits de la défense du salarié menacé de licenciement, esquisse d'une réforme de la procédure de licenciement individuel », *Dr. soc.* 1993, p. 847 et s.

<sup>1637</sup> Articles L. 1233-65 à L. 1233-70 du Code du travail. Le contrat de sécurisation professionnelle remplace la convention de reclassement personnalisé et le contrat de transition professionnelle. Les entreprises concernées sont celle de moins de mille salariés, les salariés bénéficiaires devant avoir au moins un an d'ancienneté.

Dans les entreprises d'au moins mille salariés (ou celles visées par la législation sur les comités de groupe ou d'entreprise européens), l'employeur est tenu de proposer à chaque salarié un congé de reclassement (article L. 1233-71 du Code du travail). Pour celles ayant conclu un accord de gestion prévisionnelle des emplois, l'employeur peut proposer un congé de mobilité (articles L. 1233-77 et s. du Code du travail).

## 2. La procédure du licenciement pour motif économique

**417. L'obligation de reclassement.** Avant tout licenciement pour motif économique, l'employeur doit s'efforcer de reclasser le ou les salariés susceptibles d'être licenciés<sup>1638</sup>. Cette obligation s'étend à l'ensemble des postes disponibles dans l'entreprise et, le cas échéant, au sein du groupe auquel cette dernière appartient<sup>1639</sup>. Le défaut de reclassement rend, selon la Cour de cassation, le licenciement sans cause réelle et sérieuse<sup>1640</sup>. Une telle solution permet d'intégrer l'exigence de reclassement à la cause justificative – et non qualitative malgré les termes parfois employés par la jurisprudence<sup>1641</sup> – du licenciement pour motif économique. En d'autres termes, l'obligation de reclassement est une limite au droit même de licencier de l'employeur. Ainsi, la justification du licenciement n'est plus seulement axée sur l'entreprise et les difficultés qu'elle rencontre mais prend en considération le ou les salariés concernés par la décision.

**418. L'incidence de l'intervention des représentants du personnel dans le cadre de licenciement collectif.** Dans les entreprises dotées de représentants du salarié, le licenciement collectif (qu'il soit de moins ou de plus de dix salariés) pour motif économique implique l'intervention, du moins la consultation, de ces derniers. L'employeur est tenu de leur adresser « *tous renseignements utiles* », indiquant notamment les « *raisons économiques, financières et techniques du projet de*

---

<sup>1638</sup> Article L. 1233-4 du Code du travail.

Le même raisonnement vaut dans l'hypothèse du salarié déclaré inapte. L'employeur est tenu de le reclasser (Article L. 1226-2 du Code du travail). À défaut, le licenciement qui en résulterait serait sans cause réelle et sérieuse.

<sup>1639</sup> Arrêt « *Vidéocolor* », Cass. soc., 5 avril 1995, Bull. civ. V, n°123, préc. : « *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* ». L'article L. 1233-4 du Code du travail a repris cette solution.

La jurisprudence a eu l'occasion de préciser que cette recherche s'étendait aux entreprises situées à l'étranger « *sauf à démontrer que la législation applicable localement aux salariés étrangers ne permet pas le reclassement* » (Cass. soc., 4 décembre 2007, JCP S. 2008, 1186, note P.-Y. VERKINDT). L'article L. 1233-4-1 du Code du travail dispose désormais que lorsque l'entreprise comporte des établissements à l'étranger, le salarié peut demander à l'employeur des offres de reclassement dans ces établissements. (Loi n°2010-499 du 18 mai 2010 visant à garantir de justes conditions de rémunération aux salariés concernés par une procédure de reclassement).

<sup>1640</sup> Cass. soc., 17 mars 1999, Dr. soc. 1999, p. 503. *Adde* G. COUTURIER, « Vers un droit du reclassement », Dr. soc., 1999, p. 497.

<sup>1641</sup> Cf. J. PÉLISSIER, « La cause économique du licenciement », RJS 8-9/92, p. 527.

*licenciement [collectif]*»<sup>1642</sup>. Ces informations ont pour objectif de permettre aux représentants d'apprécier la pertinence et la cohérence du projet envisagé<sup>1643</sup>. Dans les hypothèses de grands licenciements (au moins dix licenciements dans une même période de trente jours) dans les entreprises d'au moins cinquante salariés où un comité d'entreprise est en place, la consultation se dédouble<sup>1644</sup> : outre la consultation au titre du projet de restructuration et de compression des effectifs de l'article L. 2323-31 du Code du travail, le comité est consulté au titre du projet de licenciement collectif de l'article L. 1233-30, I, 2°, du Code du travail (nombre de suppressions d'emploi, catégories professionnelles concernées, critères d'ordre des licenciements *etc.*). Le comité d'entreprise peut alors proposer des mesures alternatives au projet de restructuration, lesquelles doivent recevoir une réponse motivée de la part de l'employeur<sup>1645</sup>. De façon générale, lorsqu'un comité d'entreprise formule des avis et des propositions, l'employeur a l'obligation de lui présenter des réponses motivées<sup>1646</sup>. Autrement dit, l'employeur a l'obligation de présenter une « argumentation détaillée et circonstanciée »<sup>1647</sup> de la mesure privative d'emploi qu'il envisage<sup>1648</sup>.

Or le juge prud'homal peut ordonner « *toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles* »<sup>1649</sup> en cas de contentieux. Ne pourrait-il pas, alors, avoir accès à ces échanges<sup>1650</sup>

<sup>1642</sup> Article L. 1233-10 du Code du travail pour les licenciements collectifs de moins de dix salariés et article L. 1233-31 du Code du travail pour les licenciements économiques d'au moins dix salariés.

<sup>1643</sup> B. TEYSSIE, J.-F. CESARO et A. MARTINON, *Droit du travail, relations individuelles*, LexisNexis, 2014, 3<sup>ème</sup> éd., n°1530.

<sup>1644</sup> Article L. 1233-30 du Code du travail.

<sup>1645</sup> Article L. 1233-33 du Code du travail.

<sup>1646</sup> Articles L. 2323-3 et 4 du Code du travail.

<sup>1647</sup> Expression empruntée à E. LAFUMA, *Des procédures internes...*, th. préc. n°206 à 208.

<sup>1648</sup> Dans le même ordre d'idées, l'instauration d'un plan de sauvegarde de l'emploi laisse place à débats ou même à négociation. En effet, le comité d'entreprise (lorsque la voie empruntée pour l'élaboration du plan est unilatérale) comme la DIRECCTE (que la voie empruntée soit celle du document unilatéral de l'employeur ou celle de l'accord collectif : R. VATINET, « Les accords relatifs au PSE », JCP S. 2014, 1188) sont force de propositions (article L. 1233-57, alinéa 1, du Code du travail : la DIRECCTE « *peut présenter toute proposition pour compléter ou modifier le plan de sauvegarde de l'emploi, en tenant compte de la situation économique de l'entreprise* ». *Adde* l'article L. 1233-57-6, alinéa 1, du Code du travail qui permet à l'administration de formuler des observations ou propositions à tout moment de la procédure) auxquelles l'employeur est tenu de répondre de manière motivée (articles L. 1233-57 al. 2 et L. 1233-57-6, alinéa 2, du Code du travail). Le contenu même du PSE peut également être négocié via un accord majoritaire (article L. 1233-24-1 du Code du travail). Mais il ne s'agit plus, à proprement parler, de juger ou non de la cause réelle et sérieuse de licenciement. Les deux peuvent se distinguer. Le contrôle de l'administration ne porte d'ailleurs pas sur le motif de licenciement mais bien sur la procédure et le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi (G. COUTURIER, « Un nouveau droit des (grands) licenciements collectifs », *Dr. soc.* 2013, p. 814).

<sup>1649</sup> Article L. 1235-1, alinéa 3, du Code du travail.

<sup>1650</sup> F. GAUDU, « Les réductions d'effectifs et les comités d'entreprise après la loi du 2 août 1989 », *Dr. ouvr.* 1990, p. 177.

lorsqu'il contrôle l'existence de la cause justificative du licenciement ? L'article L. 1235-9 du Code du travail opère d'ailleurs lui-même le lien entre la procédure suivie devant les représentants du personnel et l'office du juge<sup>1651</sup>. En effet, selon cet article, l'employeur doit communiquer, « *en cas de recours portant sur un licenciement pour motif économique [...] tous les éléments fournis aux représentants du personnel* ». Mais, il est vrai que le juge use peu de ce moyen pour contrôler la justification du licenciement<sup>1652</sup>. En outre, l'écueil d'une telle approche peut être celle de l'affaiblissement du contrôle jurisprudentiel face à des licenciements parés de la légitimité de la concertation ou de la négociation lorsque la procédure suivie est négociée<sup>1653</sup>.

**419. L'incidence de l'exigence d'un plan de sauvegarde de l'emploi.** La mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi dans les hypothèses de « grands » licenciements (au moins dix salariés dans une même période de trente jours) dans les entreprises d'au moins cinquante salariés<sup>1654</sup> n'est pas une garantie de forme, la nullité étant encourue en cas de défaut ou d'insuffisance du plan. Néanmoins, en distinguant explicitement la validité du plan de sauvegarde de l'emploi de la cause même du licenciement, la jurisprudence paraît exclure le plan de sauvegarde de l'emploi de la cause justificative du licenciement<sup>1655</sup>. Mais il faut ici distinguer la justification au regard de l'entreprise de celle au regard des salariés effectivement concernés. La finalité même du plan de sauvegarde de l'emploi est de limiter le nombre de licenciements et de mettre en place un plan de reclassement des salariés. Elle demeure axée sur ces derniers et non plus sur l'entreprise. On se rapproche alors de la logique propre à l'obligation de

---

<sup>1651</sup> E. LAFUMA, *Des procédures internes...*, th. préc., n°223 ; F. GAUDU, « Les réductions d'effectifs et les comités d'entreprise... », art. préc.

<sup>1652</sup> Sur ce point cf. E. LAFUMA, *Des procédures internes...*, th. préc., n°224. L'auteur relève peu d'arrêts où les juges se seraient appuyés sur l'échange entre l'employeur et les représentants du personnel pour contrôler la justification du motif économique du licenciement.

<sup>1653</sup> Le contrôle du comité d'entreprise (lequel n'est pas consulté sur certains éléments du PSE) et de l'Administration lorsque l'employeur emprunte la voie de l'accord collectif dans les hypothèses de « grands » licenciements dans les entreprises de plus de cinquante salariés est souvent restreint. V. cependant Cass. soc., 9 octobre 2007, n°06-41286 : l'employeur ne peut opposer au salarié le fait que le plan de sauvegarde de l'emploi a fait l'objet d'un accord collectif.

Cf. J.-F. PAULIN, *Rép. dr. trav.*, Dalloz, V° Licenciement pour motif économique (procédure), janvier 2016, n°28.

<sup>1654</sup> Articles L. 1233-61 et s. du Code du travail.

<sup>1655</sup> *Supra* n°404.

reclassement préalable imposée à l'employeur<sup>1656</sup>. En d'autres termes, le plan de sauvegarde de l'emploi tend bien à justifier le licenciement<sup>1657</sup> mais en prenant en considération les salariés et non plus l'entreprise. D'ailleurs, l'éventuelle nullité du plan de sauvegarde de l'emploi a pour objectif, en principe, de réengager le processus. Le retour au *statu quo* antérieur n'a pas vocation à durer<sup>1658</sup>. Il s'agit de permettre l'élaboration d'un nouveau plan, cette fois-ci garant des intérêts des salariés. La cause justificative, du moins au regard de l'entreprise, n'est effectivement pas nécessairement remise en cause par la nullité du plan. En revanche, l'absence ou l'insuffisance du plan rend bien les licenciements injustifiés au regard de la situation des salariés.

**420. La sanction de la procédure irrégulière.** Mis à part le plan de sauvegarde de l'emploi et l'obligation de reclassement, les irrégularités de procédure sont sanctionnées par le seul octroi de dommages-intérêts sans qu'il soit question de remettre en cause la justification du licenciement prononcé. Ainsi, si le droit du licenciement, en particulier pour motif économique, permet sans doute d'extérioriser le processus décisionnel de l'employeur, la distinction entre ce qui relève de la procédure et l'existence ou non d'un motif réel et sérieux demeure. La première relève davantage de l'explication que de la réelle justification. Les vertus du dialogue instauré, que ce soit avec le salarié, les représentants du personnel ou les syndicats, ne doivent néanmoins pas être déconsidérées dès lors que l'employeur conduit les débats de bonne foi.

## II. La charge de la preuve

**421. Le cas du licenciement étendu ?** Bien que le législateur semble opérer un partage de la preuve lorsqu'il dispose que le juge forme sa conviction sur « *le caractère réel et sérieux des motifs [du licenciement...] au vu des éléments fournis par les*

---

<sup>1656</sup> Infra n°600 et s. Sachant que l'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi n'exonère pas l'employeur de son obligation de reclassement : Cass. soc., 1<sup>er</sup> février 2011, n°09-69022.

<sup>1657</sup> E. DOCKÈS, « Le droit du licenciement perd son sens à l'ombre de l'arrêt *Vivéo* », art. préc.

<sup>1658</sup> Rapp. F. GAUDU, « Les nullités du licenciement et le principe Pas de nullité sans texte », Dr. soc. 2010, p. 151. Selon l'auteur, dans certains cas, « *quoique la réintégration soit [...] ordonnée, il va de soi que celle-ci n'interdit pas un nouveau licenciement à brève échéance, après régularisation (nullité du licenciement du salarié médicalement inapte, insuffisance du PSE). La nullité n'est alors qu'un moyen au service du reclassement. Plutôt qu'une réparation, c'est un outil* ».

*parties* »<sup>1659</sup>, l'exigence de motivation/justification pesant sur l'employeur ainsi que le principe selon lequel « *le doute profite au salarié* »<sup>1660</sup> indiquent que le risque de la preuve pèse bien sur l'employeur. Ce dernier ne peut pas (plus<sup>1661</sup>) se contenter d'alléguer un motif en apparence réel et sérieux.

Ne pourrait-on pas – même sans exiger une motivation formelle – envisager d'agir directement sur la charge de la preuve lorsqu'est en cause un droit potestatif finalisé ou justifié ? En effet, cette charge de la preuve pèse sur celui contestant la mesure. Elle peut alors apparaître difficile à apporter, d'autant plus s'il s'agit de prouver un détournement de finalité. Opérer un partage ou un renversement de la charge de la preuve serait alors une voie possible.

**422. Droits finalisés : partage de la charge de la preuve.** Il s'agirait de s'inspirer du partage de la preuve qui a lieu dans les hypothèses de discrimination ou de harcèlement : le salarié doit apporter des éléments de fait laissant penser qu'il a été victime de discrimination et c'est ensuite à l'employeur de démontrer que sa décision était dictée par des considérations objectives<sup>1662</sup>. Transposé au cas de la rupture de l'essai ou du changement des conditions de travail, le salarié devrait apporter des éléments de fait laissant penser que la mesure qu'il a subie a été prise dans une finalité autre que celle de l'essai ou de l'intérêt de l'entreprise et ce serait ensuite à l'employeur de prouver qu'il a bien agi dans les limites de son droit.

**423. Droits justifiés : renversement de la charge de la preuve.** C'est le choix opéré par le projet Terré<sup>1663</sup> et l'ordonnance n°2016-131 de 10 février 2016<sup>1664</sup> dans le cadre

---

<sup>1659</sup> L. 1235-1, alinéa 3, du Code du travail. Ex. : Cass. soc., 11 décembre 1997, Bull. civ. V, n°436 : « *La charge de la preuve de la cause réelle et sérieuse de licenciement n'incombe pas particulièrement à l'une ou l'autre partie* ».

<sup>1660</sup> L. 1235-1, alinéa 8, du Code du travail.

<sup>1661</sup> Cf. jurisprudence antérieure à la loi n°89-549 du 2 août 1989, modifiant le Code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion précisant que le doute profite au salarié : Cass. soc., 6 juillet 1979, Bull. civ. V, n°622. – Cas. soc. 23 mars 1982 n°80-40484.

<sup>1662</sup> Cass. soc., 23 novembre 1999, Bull. civ. V, n°447. (Avant même la transposition des directives 97/80/CE du 15 décembre 1997, et 2000/78/CE du 27 novembre 2000, par la loi n°2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, imposant ce partage de la preuve, dorénavant transcrit à l'article L. 1134-1 du Code du travail).

<sup>1663</sup> Article 110, alinéa 3, du projet : « *Le débiteur peut, à tout moment, contester la résolution, le cas échéant, en référé. Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution ...* ». Cf. C. AUBERT de VINCELLES, « La résolution pour inexécution », in *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2008, p. 272, n°6.

de la résolution pour manquement grave. Ce qui importe avant tout est l'existence de la justification proprement dite, davantage que la forme qu'elle revêt. Ce qui explique les hypothèses où la jurisprudence a pu admettre une justification postérieure à l'acte. En tant que droit « causé », la charge de la preuve ne devrait effectivement pas peser sur le contractant subissant la rupture mais bien sur son auteur. Il ne s'agit pas simplement de prouver que l'auteur n'a pas commis d'abus dans l'exercice de son droit mais qu'il a bien agi pour un motif légitime.

**424. Conclusion du Chapitre I.** La nature du droit, c'est-à-dire son caractère finalisé ou justifié, implique un contrôle particulier. Plus la potestativité d'un droit est altéré, plus son contrôle sera soutenu. La distinction entre les droits finalisés et les droits justifiés apparaît alors aisée, les premiers étant soumis au contrôle du détournement de finalité, les seconds à l'exigence d'un motif légitime, compris, en principe, comme un élément dont le titulaire n'a pas la maîtrise. Mais à l'analyse, il ressort que les frontières ne sont pas toujours immuables. Dans le cadre des droits justifiés, en particulier des droits de rupture, les juges effectuent un contrôle de la disproportion. Le plus souvent, sera alors suivi le modèle de l'article L. 1333-1 du Code du travail, les juges vérifiant que la mesure prise (en l'occurrence la rupture du contrat) n'est pas disproportionnée aux manquements reprochés (en cas de licenciement disciplinaire ou de prise d'acte) ou aux difficultés économiques rencontrées (en cas de licenciement pour motif économique). Les juges apprécient ainsi l'importance du manquement ou des difficultés sans que les parties puissent en principe en prédéterminer la gravité à l'avance. Mais les juges ont pu également, dans le cadre de certains licenciements pour motif économique, user du modèle de l'article L. 1121-1 du Code du travail, c'est-à-dire contrôler la disproportion de la mesure au but recherché. À cette fin, les juges examinent les effets de la décision sur l'entreprise. Ils vérifient que la mesure a bien pour finalité de redresser l'entreprise ou de sauvegarder sa compétitivité. Mais dès lors qu'est en cause une finalité, on ne peut guère s'étonner de retrouver cette forme de contrôle, dit de « conformité », dans le cadre de droits potestatifs « simplement » finalisés. En effet, en particulier face à un changement de conditions de travail, la jurisprudence tend également à s'intéresser aux effets de la décision prise – et pas seulement à l'intention

---

<sup>1664</sup> Nouvel article 1226, alinéa 4 (Entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2016). Mais cet article, en son alinéa 3 prévoit également que la notification de la résolution doit comporter « *les raisons qui la motive* ».

de l'auteur de l'acte – afin de vérifier que celle-ci est bien de nature à répondre au bon fonctionnement de l'entreprise. Devant la difficulté du contrôle de l'exercice de certains droits potestatifs, spécialement lorsque l'employeur bénéficie d'une présomption de bonne foi, il a fallu s'interroger sur les outils à la disposition des juges, autrement dit les moyens du contrôle. Or, le contrôle jurisprudentiel de la cause réelle et sérieuse de licenciement est facilité par une exigence de motivation, exigence qui n'existe pas dans le cadre d'autres droits potestatifs, qu'ils soient finalisés comme la période d'essai ou le changement des conditions de travail, ou justifiés, comme la prise d'acte. Si la voie de l'extension d'une telle motivation aux autres hypothèses de droits potestatifs est envisageable, le licenciement demeure une figure particulière. D'une part, la motivation qui lui est attachée se présente comme une véritable garantie de fond – son défaut équivalant à une absence de cause réelle et sérieuse – d'autre part, la procédure que l'employeur doit suivre porte également, en particulier en cas de licenciement pour motif économique, les prémices même de la justification attendue, du moins au regard de la situation du salarié<sup>1665</sup>. Or, si l'exigence de motivation devait être étendue aux autres hypothèses de droits potestatifs, finalisés ou justifiés, ce ne devrait être qu'en tant que garantie formelle. Le défaut de motivation ne devrait pas équivaloir à l'exercice injustifié ou détourné de sa finalité du droit considéré. Au moins, un tel défaut pourrait faire présumer la mauvaise foi de l'auteur de l'acte. Mais ce qui importe en définitive est que le titulaire du droit prouve qu'il a respecté la finalité du droit exercé ou qu'il justifie d'un motif légitime. Il serait alors possible d'agir directement sur la charge de la preuve, sans qu'il soit nécessaire d'imposer une exigence de motivation, et de prévoir, soit un partage de la preuve en cas de droits finalisés, soit un renversement de la charge de la preuve en cas de droits justifiés.

---

<sup>1665</sup> Alors même que lors du contrôle de la cause réelle et sérieuse de licenciement pour motif économique, si la Cour de cassation apprécie parfois les effets de la mesure prise sur la situation de l'entreprise, elle peine à s'attacher aux effets de la mesure sur le salarié. Cf. supra n°404 et s.

## Chapitre II. La sanction des actes irréguliers au fond

**425. *Au-delà de l'abus de droit.*** Lorsque la rupture ou la modification du contrat est injustifiée ou ne répond pas à la finalité du droit octroyé, c'est l'acte lui-même qui doit être remis en cause. Il ne s'agit pas tant de s'attarder sur le comportement de l'auteur que de s'attacher à l'irrégularité, de fond, de l'acte en question. En ce sens, on se situe au-delà de l'abus de droit. Mais toute difficulté n'est pas écartée car se pose alors la question de la sanction adéquate.

**426. « Être ou ne pas être ».** Il s'agit de savoir si la sanction d'un acte injustifié ou détourné de sa finalité peut – voire doit – être sa remise en cause concrète, c'est-à-dire son inefficacité. En d'autres termes, le maintien forcé du contrat initial est-il possible ? Si l'on s'intéresse à la résolution unilatérale injustifiée du droit commun, on ne peut que constater l'hésitation de la jurisprudence. Il est possible de citer des arrêts admettant tant le maintien forcé<sup>1666</sup> qu'au contraire le refusant<sup>1667</sup>, sans que l'on puisse conclure à une position de principe. Quant aux auteurs, ils demeurent divisés. Une préférence pour le maintien du contrat paraît cependant se faire jour<sup>1668</sup>. En théorie, une telle solution se conçoit. En effet, l'irrégularité dont il est question touche aux limites même du droit octroyé, que ces limites soient considérées comme internes<sup>1669</sup> (la finalité du droit) ou externes (le motif suffisant). L'acte est irrégulier en tant que tel, sa remise en cause peut être envisagée. Elle aboutirait alors au maintien forcé du contrat initial. Et ce, quelle que soit l'approche faite de l'acte considéré, qu'on l'analyse en fait d'inexécution ou en acte nul. Pourtant, en droit du travail, la jurisprudence refuse le maintien du contrat initial (Section I). Bien qu'injustifiée ou détournée de sa finalité, la rupture du contrat demeure efficace sans que puissent toujours être invoqués des arguments techniques. C'est que les inconvénients corrélatifs au « retour à la vie » du contrat suscitent la question de son

---

<sup>1666</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 mai 2001, RTD civ. 2001, p. 590, obs. J. MESTRE et B. FAGES (résolution unilatérale pour manquement grave d'un contrat liant une clinique à un médecin).

<sup>1667</sup> Cass. com., 22 octobre 1996, RTD civ 1997, p. 123, obs. J. MESTRE ; D. 1997, p. 286, obs. P. JOURDAIN. – Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 2 octobre 2001, Bull. civ. I, n°239 (résolution unilatérale sans cause légitime d'un mandat d'intérêt commun).

<sup>1668</sup> *Contra* Th. GÉNICON, *La résolution du contrat...*, th. préc., n°631. À propos de la résolution unilatérale pour manquement grave, l'auteur considère que seuls des dommages-intérêts peuvent être prononcés au titre de la résolution irrégulière.

<sup>1669</sup> Expression empruntée à J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, tome 1, *Le contrat, Le consentement*, LGDJ, 2013, 4<sup>ème</sup> éd., n°781.

opportunité. L'indemnisation est ainsi la sanction de l'irrégularité au fond des ruptures du contrat de travail. Mais l'irrégularité de l'acte peut entraîner d'autres préjudices que celui de la rupture. Et l'on songe aux droits soumis à une condition de présence. Les conséquences de l'acte irrégulier au fond, au-delà même des seules conséquences indemnitaires, nécessitent ainsi que l'on s'y arrête (Section II).

### **Section I. Le maintien refusé du contrat initial**

**427. Plan.** L'absence d'un motif suffisant ou le détournement de finalité du droit concerne la délimitation de l'étendue du droit accordé. L'irrégularité de fond de l'acte devrait permettre sa remise en cause (I), le maintien du contrat initial devrait être possible. Certains obstacles surgissent néanmoins (II).

#### ***I. La remise en cause envisageable de la rupture irrégulière du contrat de travail***

**428. La confusion regrettable des termes.** La question qui se pose est celle de savoir si la rupture (ou la modification ou suspension du contrat) injustifiée ou détournée de sa finalité se situe – ou non – dans le champ de l'abus de droit. La terminologie employée par le législateur et la jurisprudence tend souvent à une assimilation. Et ce, que le contentieux concerne le licenciement sans cause réelle et sérieuse, la grève ou la période d'essai. L'article L. 1235-5 du Code du travail, par exemple, englobe sous le terme de licenciement abusif tant le licenciement irrégulier en la forme que le licenciement sans cause réelle et sérieuse. La confusion peut ici s'expliquer par des considérations historiques. En effet, avant que ne soit exigée une cause réelle et sérieuse au licenciement, la jurisprudence avait recours à l'abus de droit pour limiter son exercice<sup>1670</sup>. La jurisprudence relative aux grèves a, de son côté, pendant longtemps amalgamé grèves illicites et grèves abusives<sup>1671</sup>. Quant au contentieux de la rupture de la période d'essai, il est résolument placé sous l'angle de l'abus. Même à quitter le terrain du droit du travail, il est possible de retrouver cette fâcheuse confusion. Il en est ainsi de

---

<sup>1670</sup> Cf. supra n°284.

<sup>1671</sup> Cf. la jurisprudence citée in *La sanction civile en droit du travail*, LGDJ, 2002, n°55, th. M. GRÉVY. (Ex. pour une grève dite « illicite » : Cass. soc., 4 mai 1956, Bull. civ. IV, n°415. Ex. pour une grève dite « abusive » : Cass. soc., 27 mars 1952, Dr. soc. 1952, p. 532).

la rupture des mandats d'intérêt commun<sup>1672</sup> en l'absence de « motif légitime » et de la résolution unilatérale pour manquement grave<sup>1673</sup> qualifiée sans doute improprement « d'abusive ». Il faut cependant noter que l'assimilation ne vient pas alors de la Cour de cassation proprement dite mais des pourvois ou des arrêts de cours d'appel. Cette confusion est cependant parfois confortée par la doctrine qui ne distingue pas toujours entre les différentes hypothèses. Pourtant, ce n'est pas que l'auteur de la rupture a « mal » rompu – il s'agirait bien alors d'abus de droit – c'est qu'il aurait *dû ne pas* rompre. On se situe au-delà de l'abus de droit.

**429. Acte irrégulier au fond et abus de droit.** L'abus de droit concerne d'ailleurs avant tout le comportement du bénéficiaire du droit<sup>1674</sup>. Au contraire, un acte « irrégulier au fond » paraît condamnable en lui-même sans qu'il soit besoin de se tourner vers son auteur. L'acte irrégulier est davantage qu'un simple acte abusif. Il en est ainsi du droit détourné de sa finalité (B) ou injustifié (A). Dans ces hypothèses, la rupture ou la modification devrait pouvoir être mise en cause. Le droit du travail s'éloigne pourtant de cette approche.

#### A. La remise en cause de l'acte injustifié

**430. De l'auteur à l'acte.** Au lendemain de la loi imposant une cause réelle et sérieuse au licenciement, nombre d'auteurs<sup>1675</sup> ont relevé que l'absence de cause réelle et sérieuse n'équivalait pas à un abus de droit. En imposant un juste motif, un glissement s'opère inévitablement de l'auteur de la décision à l'acte de rupture lui-même. Le licenciement injustifié est davantage qu'un licenciement abusif<sup>1676</sup>. Le « préjudice » ne résulte pas d'un comportement fautif mais de la rupture proprement dite. Ce raisonnement devrait s'appliquer aux ruptures devant au moins répondre à un juste

---

<sup>1672</sup> Ex. : Cass. com., 14 janvier 1997, n°94-21795. – Cass. soc., 24 novembre 2009, n°08-19596. – Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 novembre 2013, Bull. civ. I, n°232.

<sup>1673</sup> Ex. : Cass. com., 18 juin 2013, n°12-13360. – Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 28 octobre 2003, Bull. civ. I, n°211.

<sup>1674</sup> Infra n°500 et s.

<sup>1675</sup> J. PÉLISSIER, *Le nouveau droit du licenciement*, Sirey, éd. 1978 ; G. COUTURIER, « Le nouveau droit du licenciement », *Dr. soc.* 1978, p. 74.

<sup>1676</sup> P. ANCEL, « Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle », *Cahiers du droit de l'entreprise*, 1998, n°6, p. 30, suppl. au JCP E. 1998 ; D. MAINGUY, « Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats », in *Mélanges Michel CABRILLAC*, Litec, 1999, p. 169 ; Y. PAGNERRE, *L'extinction unilatérale...*, th. préc., n°819 ; C. SÉVELY-FOURNIÉ, *Essai sur l'acte juridique extinctif...*, th. préc., n°510.

*Contra* A. MARTINON, *Essai sur la stabilité ...*, th. préc., n°120.

motif. Dans ces conditions, si la rupture a lieu pour un motif insuffisant, elle devrait pouvoir être remise en cause<sup>1677</sup>. Il ne s'agit pas pour autant de revenir sur le droit même, support de l'acte considéré. Le droit de rompre demeure, c'est l'acte unilatéral qui fait l'objet d'un contrôle<sup>1678</sup>. Le même raisonnement peut être suivi face à un détournement de la finalité d'un droit.

### *B. La remise en cause du droit détourné de sa finalité*

**431. Le particularisme de « l'abus par détournement ».** L'illégitimité constatée ne provient pas des seules circonstances de la rupture ou de la modification en cause mais de l'effet même de l'acte, à savoir la rupture ou la modification. Le détournement de finalité est un problème de délimitation du droit et non un problème de comportement. Un changement des conditions de travail décidé dans un intérêt autre que celui de l'entreprise, une rupture de l'essai pour un autre motif que les compétences du salarié ou encore une grève ne répondant pas à une finalité professionnelle, excèdent le seul abus de droit. Ces actes unilatéraux n'auraient pas dû avoir lieu. D'ailleurs, même lorsque la terminologie « d'abus de droit » est conservée, chacun s'accorde sur le particularisme de cet abus dit « par détournement », différent de celui vu comme une faute dans le comportement de l'auteur<sup>1679</sup>. Ainsi, il est souvent admis que le détournement de droit

---

<sup>1677</sup> C'est d'ailleurs la solution du droit allemand. Le licenciement injustifié socialement, c'est-à-dire qui n'est pas causé par des motifs personnels, un comportement fautif ou des exigences économiques, n'est pas valable. Dès lors le contrat de travail se maintient, la réintégration est ainsi la sanction prévue par la loi – du moins lorsqu'il prend place dans les entreprises de plus de dix salariés et pour les salariés ayant plus de 6 mois d'ancienneté (sauf cas particuliers tels que la réintégration considérée comme inacceptable pour le salarié parce qu'il aurait, par exemple, été licencié dans des conditions vexatoires) En pratique néanmoins, les parties négocient une transaction, le salarié ne conteste plus la légalité du licenciement mais reçoit en contrepartie une indemnité. Cf. Sous la direction d'I. BOURGEOIS, *Le modèle social allemand en mutation*, Cirac, 2005, p. 54 et 55.

Adde F. GÉA, O. KAUFFMANN, F. KESSLER et S. MICHEL, « La rupture du contrat de travail en droit allemand : présentation générale », in *La rupture du contrat de travail en droits français et allemand*, Presse universitaire de Strasbourg, 2000, p. 23).

<sup>1678</sup> Ce qui pourrait expliquer la différence relevée par un auteur entre la clause résolutoire et la résolution unilatérale pour manquement grave. Selon l'analyse minutieuse de l'auteur, la jurisprudence considérerait que dans un cas l'existence même du droit serait concerné, non dans le second. (Y. PAGNERRE, *L'extinction unilatérale...*, th. préc. spéc. n°542 et 595). Autrement dit, dans l'hypothèse d'une clause résolutoire, l'existence même du droit dépend de la constatation des faits justificatifs énumérés par la clause (cf. Ch. PAULIN, *La clause résolutoire*, LGDJ, 1996, *passim*, [ex. : n°150, 68, 77], dans l'hypothèse de la résolution unilatérale pour manquement grave, c'est l'exercice du droit, et donc l'acte unilatéral en lui-même, qui est conditionné par un « juste motif ».

<sup>1679</sup> Cf. not. Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, th. préc., not. n°801.

rejoint le « *défaut de droit* »<sup>1680</sup>. Autrement dit, que le terme d'abus de droit ne soit réservé qu'au seul comportement fautif du titulaire du droit, ou qu'il englobe également l'abus par détournement, l'objet diffère. Dans un cas il s'agit de sanctionner l'auteur, dans l'autre, l'acte lui-même. Là encore le droit n'est pas remis en cause, seul l'acte unilatéral au moyen duquel il a été exercé l'est. Le rapprochement avec les ruptures injustifiées peut alors être fait. Leur sanction devrait être la même. Il ne s'agit pas de réparer un préjudice subi du fait d'un comportement répréhensible mais de remettre en cause l'acte « illicite » lui-même. Cependant, la jurisprudence peine parfois à se détacher du concept d'abus de droit. Il est vrai que les frontières peuvent se brouiller. Face à la brusquerie de la rupture d'une période d'essai, il est facile d'hésiter entre l'abus de comportement (l'auteur avait le droit mais il a agi trop rapidement) et le véritable détournement de finalité (la brusquerie démontre que l'employeur n'a pas pu rompre pour un motif tenant à la compétence du salarié). La distinction est plus nette en ce qui concerne la grève dès lors que la jurisprudence oppose la grève proprement dite aux « *mouvements illicites* »<sup>1681</sup>. Ces derniers ne sont plus qualifiés de « grève » car se situant au-delà du droit de grève. Ainsi la jurisprudence écarte de la qualification de grève les revendications ne répondant pas à une finalité professionnelle. On ne pourrait donc plus, dans cette hypothèse, parler d'abus du droit de grève proprement dit<sup>1682</sup>.

**432. L'hypothèse de la rupture de la période d'essai.** Lorsque l'employeur détourne la période d'essai de sa finalité, il s'expose au risque de se placer de lui-même hors cadre de cet essai. Dans ces conditions, le droit du licenciement devrait reprendre son emprise. L'employeur devrait être tenu de respecter la procédure adéquate et d'arguer d'un motif réel et sérieux. À défaut la rupture devrait être analysée comme un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Ainsi, certains motifs non tirés des capacités professionnelles du salarié, mais légitimes (et l'on songe évidemment au motif économique), pourraient permettre une rupture licite du contrat à condition de respecter les règles relatives au licenciement. À défaut, la rupture, même pendant la *durée* de l'essai, devrait être considérée comme un licenciement sans cause réelle et sérieuse, et

---

<sup>1680</sup> Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...* th. préc., n°346. Rappr. J. DABIN, *Le droit subjectif*, op. cit., p. 269.

<sup>1681</sup> Cass. soc., 17 décembre 1996, Bull. civ. V, n°445, préc.

<sup>1682</sup> Cf. Ph. WAQUET, « La grève, les mouvements illicites et l'abus du droit de grève », RJS 3/95, p. 139.

non comme une rupture *d'essai*<sup>1683</sup>. Il devrait en être de même d'un motif tiré ni des capacités du salarié, ni d'un motif justificatif de licenciement. Un tel raisonnement revient à considérer que le détournement de finalité de la période d'essai remet en cause celle-ci. Bien que se situant *pendant* la période d'essai, la rupture n'est pas une rupture d'essai échappant en tant que telle au droit commun du licenciement. L'article L. 1231-1, alinéa 2, du Code du travail devrait pouvoir ainsi être écarté. La jurisprudence semble emprunter cette voie lorsqu'elle impose le respect du droit disciplinaire à une rupture tirée de la faute du salarié, ou qu'elle refuse de voir une *rupture d'essai* quand l'employeur rompt le contrat pour motif économique<sup>1684</sup>. Néanmoins, la Cour de cassation continue de raisonner en termes d'abus. Dès lors que la rupture a lieu *pendant* l'essai, la chambre sociale conclut à une rupture abusive de l'essai. La solution est d'autant plus regrettable que, mise à part l'indemnité compensatrice de préavis, les conséquences d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse – le salarié aura alors nécessairement moins de deux ans d'ancienneté – ou d'une rupture abusive se rapprochent. Dans les deux hypothèses, le salarié aura droit à une indemnité correspondant au préjudice subi<sup>1685</sup>. Or ce préjudice paraît bien être de même nature. Si on peut concevoir que le préjudice subi est plus important lorsque le salarié n'est plus en période d'essai, on peut admettre que dans les deux hypothèses, la seule rupture irrégulière permette d'octroyer des dommages-intérêts. En refusant les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse à la rupture pendant la période d'essai<sup>1686</sup>, la jurisprudence exclut la remise en cause de la période d'essai. Pour autant, on ne peut présumer du seul octroi de dommages-intérêts que ce n'est pas l'acte lui-même de rupture qui est considéré comme « vicié ». Le licenciement sans cause réelle et sérieuse

---

<sup>1683</sup> J. PÉLISSIER, obs. sous Cass. soc., 20 novembre 2007, RDT 2008, p. 29 ; G. AUZERO, obs. sous Cass. soc., 7 février 2012, RDT 2012, p. 214.

<sup>1684</sup> Supra n°257.

<sup>1685</sup> Article L. 1235-5 du Code du travail pour le licenciement sans cause réelle et sérieuse. Le législateur emploie d'ailleurs le terme de licenciement abusif.

Cass. soc., 10 décembre 2008, Bull. civ. V, n°246 pour une résiliation intervenue au cours de la période d'essai sans rapport avec l'appréciation des qualités professionnelles du salarié : « *De l'aveu même de l'employeur, il avait rompu le contrat de travail au seul motif que [le salarié] refusait la diminution de sa rémunération contractuelle [...]. L'employeur avait commis un abus dans l'exercice de son droit de résiliation [...]. La cour d'appel a apprécié souverainement le montant du préjudice dont elle a justifié l'existence par l'évaluation qu'elle en a faite* ». (C'est nous qui soulignons).

<sup>1686</sup> Cf. Cass. soc., 7 février 2012, Dr. soc. 2012, p. 524, obs. J. MOULY ; LPA 11 mai 2012, n°95, p. 7, note C. TILLOY. En l'espèce, la Cour de cassation refuse qu'une prise d'acte, aux torts de l'employeur, pendant la période d'essai puisse produire les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Elle n'admet qu'une analyse en termes de rupture abusive de la période d'essai.

ne donne droit qu'à des dommages-intérêts. Pourtant le salarié a bien subi une rupture injustifiée, c'est-à-dire un « *préjudice de rupture* »<sup>1687</sup>. On peut en conclure de même pour un salarié dont la période d'essai est rompue pour un motif extérieur à ses capacités professionnelles. En outre, dans l'hypothèse d'une rupture de l'essai à titre de sanction, un autre moyen permettrait de la remettre en cause. Puisque le droit disciplinaire doit s'appliquer, ne devrait-on pas admettre le jeu de l'article L. 1333-2 du Code du travail permettant l'annulation de la sanction ? A moins de ne considérer que cet article, écarté en cas de licenciement<sup>1688</sup>, le soit également en cas de rupture d'essai.

## II. *Les obstacles à la remise en cause de la rupture irrégulière du contrat*

**433. Portée des obstacles.** De nombreux obstacles ont pu être invoqués à l'appui du refus de la remise en cause de l'acte irrégulier. Si certains apparaissent effectivement dirimants (B), d'autres peuvent, au contraire, être écartés (A).

### A. *Les obstacles écartés*

**434. La nature de l'acte irrégulier au fond.** L'acte juridique s'est construit par opposition au fait juridique. L'inexécution, même volontaire, du contrat s'analyse comme un fait juridique (éventuellement justifiant une résolution unilatérale). Elle n'est pas en principe, en elle-même, une rupture efficace du contrat, bien qu'elle puisse parfois entraîner une « extinction de fait »<sup>1689</sup>, alors précaire par nature<sup>1690</sup>. Si la jurisprudence civile ou commerciale a parfois pu admettre qu'une inexécution particulièrement grave puisse équivaloir à une rupture, les arrêts ne sont pas récents<sup>1691</sup>. La jurisprudence sociale était alors analogue<sup>1692</sup>. Mais désormais, la solution apportée au contrat de travail est claire : son inexécution n'est pas analysée comme une rupture en

<sup>1687</sup> Terminologie empruntée à Y. PAGNERRE, *L'extinction unilatérale...*, th. préc.

<sup>1688</sup> Article L. 1333-3 alinéa 1<sup>er</sup> du Code du travail.

<sup>1689</sup> C. SÉVELY-FOURNIÉ, *Essai sur l'acte juridique extinctif...*, th. préc., n°31.

<sup>1690</sup> Sous réserve d'une éventuelle prescription.

<sup>1691</sup> Ex. Cass. com., 1<sup>er</sup> décembre 1992, Bull. civ. IV, n°392 (violation d'un contrat de distribution exclusif par le concessionnaire). Un auteur analyse cependant cette hypothèse comme une véritable résolution unilatérale : C. SÉVELY-FOURNIÉ, *Essai sur l'acte juridique...*, th. préc., n°31, p. 5. – Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 juillet 1996, Bull. civ. I, n°292 (réduction importante de l'activité d'un médecin par une clinique équivalent à une rupture).

<sup>1692</sup> Ex. Cass. soc., 13 décembre 1995, 92-44770 : « *L'inexécution par l'employeur de ses obligations contractuelles met[t] à sa charge la rupture du contrat de travail qui en est résultée* ». – Cass. soc., 28 janvier 1997, n°95-40090 : « *L'inexécution par l'employeur de ses obligations contractuelles rendait la rupture du contrat de travail, qui en résultait, imputable à ce dernier* ».

soi du contrat<sup>1693</sup>. Un acte sera toujours nécessaire, qu'il émane de l'une ou l'autre partie.

Pour autant, lorsque l'acte est irrégulier, il est deux manières de le considérer. Soit comme un simple *fait* entraînant l'inexécution du contrat, soit comme un acte « illicite » condamnable en tant que tel. Les avis sont partagés en la matière. Certains auteurs analysent par exemple la résolution unilatérale injustifiée comme un fait d'inexécution<sup>1694</sup>. D'autres insistent sur la nature d'acte juridique de la rupture, distinct du simple fait<sup>1695</sup>.

La jurisprudence paraît accueillir davantage la première analyse. En effet, lorsqu'elle se fonde sur l'article 1142 du Code civil – même s'il s'agit alors de refuser le maintien forcé du contrat – c'est bien qu'elle se place sur le terrain de l'inexécution. Il en est ainsi de l'analyse de la rétractation de la promesse unilatérale du contrat<sup>1696</sup> ou, autrefois, du licenciement du salarié protégé sans autorisation administrative<sup>1697</sup>. Mais, qu'on analyse la rupture irrégulière comme un *fait juridique* d'inexécution du contrat (1) ou comme un *acte juridique irrégulier* c'est-à-dire « illicite » (2), le maintien du contrat initial est toujours envisageable.

### 1. La rupture irrégulière traitée comme un fait d'inexécution

**435. L'obstacle contourné de l'article 1142 du Code civil.** L'exécution forcée comme sanction de l'inexécution s'est heurtée à la lettre de l'article 1142 du Code civil.

---

<sup>1693</sup> Cass. soc., 25 juin 1992, Bull. civ. V, n°419 : « *Le refus par le salarié de poursuivre l'exécution du contrat de travail [...] n'entraîne pas à lui seul la rupture du contrat, même en cas de départ du salarié, mais constitue un manquement aux obligations contractuelles...* ». – Cass. soc., 14 juin 2006, n°04-43110 : « *L'inexécution par l'employeur de ses obligations contractuelles n'entraîne pas en soi la rupture des contrats de travail* ».

<sup>1694</sup> B. HOUIN, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, th. Paris, 1973, n°I-21 ; C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat*, Dalloz, 2003, spéc. n°411 ; Th. GÉNICON, *La résolution du contrat...*, th. préc. ; Y.-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions...*, th. préc., n°212.

<sup>1695</sup> En ce sens, cf. not. M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties...*, th. préc., n°518 et s. ; C. SÉVELY-FOURNIÉ, *Essai sur l'acte juridique extinctif...*, th. préc. ; Ph. CHAUVIRÉ, « Quelle sanction pour la rupture unilatérale du contrat en l'absence de comportement grave ? », *Rev. Lamy dr. civ.*, 2010, n°75, p. 7.

<sup>1696</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 15 décembre 1993, n°91-14999, *Supra* n°65. Tant que l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations n'est pas entrée en vigueur (au 1<sup>er</sup> octobre 2016), puisqu'elle décide que « *la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis* » (nouvel article 1124, alinéa 2).

<sup>1697</sup> Cass. soc., 27 novembre 1952, Bull. civ. section sociale, n°853. (Reviement par l'arrêt « *Revet-Sol* », Cass. soc., 14 juin 1972, Bull. civ. V, n°425).

La majorité de la doctrine s'est alors appliquée à contourner cet article (a) afin de reconnaître au créancier un véritable « droit à l'exécution forcée » (b).

*a. Le contournement de l'article 1142 du Code civil*

**436. La remise en cause de l'interprétation littérale de l'article 1142 du Code civil.**

On sait que l'article 1142 du Code civil disposant que « *toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur* » est longtemps apparu comme un obstacle à cette exécution forcée. La doctrine a donc cherché un moyen de le contourner. Elle a alors invoqué d'autres articles du Code civil<sup>1698</sup> se présentant à contre-courant d'une telle approche comme l'article 1143 du même Code, relatif aux obligations de ne pas faire permettant au créancier de demander « *que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement soit détruit* », et, surtout, l'article 1184 selon lequel : « *La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts* »<sup>1699</sup>. Mais alors, l'interprétation libérale du XIX<sup>ème</sup> siècle allait conduire à voir l'article 1142 du Code civil comme offrant une alternative au débiteur (exécuter le contrat ou payer).

**437. Les propositions doctrinales.** Afin de combattre cette approche, deux interprétations ont été proposées<sup>1700</sup>. L'une majoritaire consistant à ne réserver l'article 1142 du Code civil qu'aux hypothèses où l'exécution forcée serait impossible en pratique ou porterait atteinte à une liberté individuelle. L'autre, plus récente, ne voyant pas cet article comme prohibant l'exécution forcée en soi. Selon cette approche, le juge ne serait en réalité autorisé à octroyer des dommages-intérêts que dans l'hypothèse où le débiteur refuserait *de facto* d'exécuter sa prestation malgré sa condamnation en

---

<sup>1698</sup> On peut également citer l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 9 juillet 1991 : « *Tout créancier peut, dans les conditions prévues par la loi, contraindre son débiteur défaillant à exécuter ses obligations à son égard.* »

<sup>1699</sup> Cf. Cass. civ., 3<sup>ème</sup>, 11 mai 2005, CCC, novembre 2005, comm. 187, L. LEVENEUR. Au visa de l'article 1184 du Code civil : « *Attendu que la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté peut forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible* ».

<sup>1700</sup> Cf. not. G. VINEY, « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français (partie 1) », in *Le droit à l'exécution en nature*, Revue de droit Henri CAPITANT, n°3, 2011. [en ligne] <http://www.henricapitantlawreview.fr/article.php?id=318>

justice<sup>1701</sup>. Cette dernière approche est séduisante mais la jurisprudence semble encore préférer la première. Elle invoque en effet l'article 1142 du Code civil lorsqu'elle veut s'opposer à l'exécution forcée de certaines obligations<sup>1702</sup>.

**438. Droit du travail : l'hypothèse de la réintégration.** Même compris littéralement, il est possible d'écarter l'article 1142 du Code civil en droit du travail<sup>1703</sup>.

D'une part, il n'est pas certain que les obligations auxquelles l'employeur est tenu puissent être analysées comme des obligations de faire ou de ne pas faire. L'obligation de rémunérer le salarié est une obligation de donner, quant à l'obligation de fournir du travail, elle ne se réduit sans doute pas à une simple obligation de faire. S'il s'agit avant tout de mettre un emploi à la disposition du salarié, alors on est davantage face à une obligation de *praestare*<sup>1704</sup> que de *facere*.

D'autre part, dans les hypothèses de licenciement nul, l'article 1142 du Code civil n'est plus vu comme un obstacle à la réintégration des salariés<sup>1705</sup>. Il ne devrait donc pas pouvoir être valablement mobilisé à l'appui du refus d'imposer l'exécution forcée des contrats injustement rompus<sup>1706</sup>. D'autant plus qu'à l'époque où les licenciements nuls

<sup>1701</sup> Ph. WÉRY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires. Une relecture des articles 1142 à 1144 du Code civil*, éd. Kluwer, coll. Scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1993.

<sup>1702</sup> Notamment en cas d'avant-contrat. Cf. par ex. le rapport du conseiller P. BAILLY sous Cass. mixte, 26 mai 2006, Bull. civ. ch. mixte, n°4, [en ligne] <http://www.lexinter.net/JPTXT4/JP2005/rapport10.htm>. L'auteur cite l'adage « *Nemo praecise potest cogi ad factum ...* » (« *Personne ne peut être contraint à accomplir un fait, parce que cela ne peut se réaliser sans violence, ni pression, et pour cette raison, le paiement de la valeur de ce qui est dû remplace l'obligation de faire* »). Cf. H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, Litec, 1999, n°260, p. 510).

V. aussi Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 16 janvier 2007, D. 2007, p. 1119, note O. GOUT ; RDC 2007, p. 719, note D. MAZEAUD qui, au visa des articles 1134 et 1142 du Code civil, considère « *qu'en sollicitant le prononcé d'une mesure visant à interdire, sous astreinte, la poursuite des actes de commercialisation entrepris par [son cocontractant] en méconnaissance de ses engagements, [le contractant] n'avait fait qu'user de la faculté reconnue à toute partie contractante de poursuivre l'exécution forcée de la convention lorsque celle-ci est possible* » (C'est nous qui soulignons).

<sup>1703</sup> Cf. not. Ch. RADÉ et S. TOURNAUX, « Réflexions à partir de l'application de l'article 1142 du Code civil en droit du travail », RDC 2005, p. 197.

<sup>1704</sup> G. PIGNARRE, « L'obligation de l'employeur de mettre un emploi à la disposition du salarié : vers la reconnaissance d'une obligation de *praestare* dans le contrat de travail », D. 2001, p. 3547 ; « A la redécouverte de l'obligation de *praestare* : pour une relecture de quelques articles du Code civil », RTD civ. 2001, p. 41.

<sup>1705</sup> Cass. soc., 14 juin 1972, JCP G. 1972, II, 17275, obs. G. LYON-CAEN ; Dr. soc. 1972, p. 765, note J. SAVATIER.

<sup>1706</sup> Voir cependant la sanction des clauses de garantie d'emploi : la jurisprudence se fonde sur l'article 1142 du Code civil pour justifier l'octroi de dommages-intérêts et le refus de la réintégration des salariés : Cass. soc., 25 novembre 2003, Dr. soc. 2004, p. 166, obs. J. SAVATIER.

ne pouvaient donner lieu à réintégration<sup>1707</sup>, la solution s'expliquait par la conception de l'employeur « souverain »<sup>1708</sup>. Il paraissait en effet impensable de pouvoir imposer à ce dernier une réintégration. Celle-ci était présentée comme une atteinte au pouvoir patronal<sup>1709</sup>. Mais dès lors que le droit de rompre de l'employeur est limité, la réintégration du salarié n'est que l'expression de la remise en cause de l'acte irrégulier.

*b. Un droit à l'exécution forcée ?*

**439. La primauté de l'exécution forcée ?** A partir du moment où l'exécution forcée est possible<sup>1710</sup>, la question subsidiaire est celle de savoir s'il faut la privilégier ou non par rapport à l'octroi de dommages-intérêts. Beaucoup déduisent du respect de la force obligatoire exprimée à l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1134 du Code civil la primauté de l'exécution forcée. On a cependant pu objecter que certains pays privilégient, au contraire, l'octroi de dommages-intérêts tout en reconnaissant la force obligatoire des conventions<sup>1711</sup>. Selon cette approche, si l'article 1134 du Code civil permet effectivement de sanctionner l'inexécution du contrat, il ne privilégierait pas pour autant une sanction (exécution forcée en nature) sur une autre (dommages-intérêts)<sup>1712</sup>. La prévalence de telle ou telle sanction dépend en réalité de l'approche retenue du contrat. Le fondement de sa force obligatoire influence ainsi l'appréhension de la « meilleure » façon de sanctionner l'inexécution du contrat. La conception française du contrat, qu'elle le fonde sur des aspirations morales (respect de la parole donnée) ou

<sup>1707</sup> Cass. soc., 17 novembre 1952, Bull. civ, n°853. (Notons cependant que cet arrêt se présente comme une « marche arrière » de la jurisprudence. En effet, le licenciement des représentants du personnel sans autorisation avait été considéré comme nul dès 1948 : Cass. civ. sect. soc., 3 juin 1948, Bull. IV, n°557).

<sup>1708</sup> G. COUTURIER, « Les techniques civilistes et le droit du travail. Chronique d'humeur à partir de quelques idées reçues », D. 1975, chron. p. 151 et s. spéc. n°16 et 17 ; « La réintégration des salariés non spécialement protégés », Dr. soc. 1981, p. 249.

<sup>1709</sup> G. LYON-CAEN et H. SINAY, « La réintégration des grévistes illégalement licenciés », JCP G. 1970, I, 2335 ; H. SINAY, « La réintégration dans l'entreprise », in *Les transformations du droit du travail, Études offertes à Gérard LYON-CAEN*, D. 1989, p. 415.

<sup>1710</sup> Et c'est le choix des différents projets de réforme ou d'unification du droit dans les hypothèses de résolutions unilatérales pour manquement grave : Article 1154 du projet Catala, article 162 du projet de la Chancellerie ; Article 7.2.2, alinéa 1, des Principes Unidroit (certes plusieurs exceptions sont alors précisées) ; Article 9.102 des Principes européens du droit des contrats.

<sup>1711</sup> Cf. not. F. BELLIVIER et R. SEFTON-GREEN, « Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droits français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme », in *Le contrat au début du XXI<sup>ème</sup> siècle, Études offertes à Jacques GHESTIN*, p. 91 et s. ; Y.-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution ...*, th. préc. et « La prétendue primauté de l'exécution forcée », RDC 2005, p. 161 ; F. CALLÈDE, *Exécution forcée en nature ou par équivalent. Etude de droit comparé Droit français/Droit anglais*, mémoire, Paris II, 2011.

<sup>1712</sup> Y.-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, th. préc., *passim*, et « La prétendue primauté de l'exécution forcée », art. préc.

volontaristes, tend à voir l'exécution forcée en nature comme la meilleure manière d'assurer le respect de l'engagement contracté<sup>1713</sup>. Peu importe alors que la solution puisse apparaître anti-économique. À la différence du droit anglo-saxon<sup>1714</sup>, lequel analyse le contrat davantage comme un bien que comme un lien d'obligations. Les solutions divergent donc selon que l'on se soucie surtout de pérennité contractuelle<sup>1715</sup> ou d'efficacité économique<sup>1716</sup>. Autrement dit, il ne s'agit pas tant de technique que de politique juridique<sup>1717</sup>.

---

<sup>1713</sup> N. MOLFESSIS, « Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature ? », RDC 2005, p. 37, n°9 ; S. AMRANI-MEKKI, « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », art. préc., n°30 et 31. *Adde* F. CALLEDE, *Exécution forcée en nature ou par équivalent...*, mémoire préc., Paris II, 2011, spéc. p. 36 et s.

<sup>1714</sup> L'exécution forcée en nature en *Common Law* est subsidiaire, elle est prononcée lorsque l'octroi de dommages-intérêts en cas d'inexécution apparaîtrait comme « injuste ». Cf. Y.-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, th. préc., p. 44 ; F. CALLEDE, *Exécution forcée en nature ou par équivalent...*, mémoire préc., p. 13 et s.

<sup>1715</sup> A.-S. LAVEFVE-LABORDERIE, *La pérennité contractuelle*, LGDJ, 2005. L'auteur considère que la pérennité contractuelle est une « aspiration intégrée » de la théorie renouvelée du contrat qu'elle fonde sur l'utile et le juste (n° 323 et s.) par opposition à la théorie classique fondée sur l'autonomie de la volonté et pour laquelle la pérennité ne serait qu'une « aspiration ponctuelle » ; D. MAZEAUD, « La révision du contrat », LPA, 30 juin 2005, n°129, p. 4 : l'auteur invoque le solidarisme à l'appui d'une exigence de pérennité. *Adde* A. MARTINON, *Essai sur la stabilité du contrat...*, th. préc.

**L'idée est de préserver le lien contractuel dans le temps, quitte d'ailleurs, à en admettre une certaine flexibilité. La fixation unilatérale du prix, les obligations de renégociation ou les clauses de modification conventionnelles, le contrôle accru de la rupture de certains contrats, la révision pour imprévision (cf. le nouvel article 1195 du Code civil issu de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016), les cas de suspension du contrat etc. en seraient autant d'exemples** (Cf. Y.-M. LAITHIER, « A propos de la réception du contrat relationnel en droit français », D. 2006, p. 1003 ; D. MAZEAUD, « Les sanctions en droit des contrats, brèves réflexions sur quelques tendances lourdes... », in *Les sanctions en droit contemporain, vol. 1. La sanction, entre technique et politique*, Dalloz, 2012, p. 235 et s., n°11). **Or cette tendance ne bénéficie pas seulement à une partie « faible » ou « dépendante ». En droit du travail par exemple, tant l'obligation de reclassement que le changement des conditions de travail participent de l'adaptation du contrat de travail lui permettant de perdurer** (et l'on pense alors au courant dit de flexi-sécurité). **Autrement dit, c'est en considération du lien contractuel en tant que tel que se justifierait l'exigence de pérennité. Pour autant une telle exigence n'a de sens qu'en considération de la durée du contrat** (J. ROCHFELD, « Les modes temporels d'exécution du contrat », RDC 2004, p. 47) **et de sa nature** (cf. notamment la classification entre les contrats-échanges, coopération et organisation. cf. sur ce point F. CHÉNEDE, *Les commutations en droit privé*, th. préc. ; J.-F. HAMELIN, *Le contrat-alliance*, th. préc. ; S. LEQUETTE, *Le contrat-coopération*, th. préc. ; V. aussi, la figure des « contrats relationnels » importée du droit américain : H. BOUTHINON-DUMAS, « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », *Revue internationale de droit économique*, 3/2001, p. 339).

<sup>1716</sup> Encore qu'une exigence « exacerbée » de loyauté pourrait autant limiter les demandes d'exécution forcée de la part du créancier.

<sup>1717</sup> Ch. JAMIN, « Le renouveau des sanctions contractuelles : pot-pourri introductif », in *Le renouveau des sanctions contractuelles*, *Economica*, 2007, n°12 ; M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat...*, th. préc., n°515 et s.

**440. Le choix du créancier.** Si l'exécution forcée devait prévaloir, elle devrait pouvoir être imposée, même au créancier, par le juge ou par le débiteur<sup>1718</sup>. Or l'article 1184 du Code civil offre au créancier une option entre l'exécution et la résolution du contrat. Le choix paraît ainsi lui revenir sans que l'on puisse conclure à une quelconque hiérarchie<sup>1719</sup>. En témoigneraient d'ailleurs les limites que certains voudraient apposer à l'exécution forcée en nature : celle de l'abus<sup>1720</sup> ou du « déraisonnable »<sup>1721</sup> dans l'hypothèse où cette exécution forcée serait particulièrement onéreuse pour le débiteur et de peu d'intérêt pour le créancier lui-même.

2. *La rupture ou la modification irrégulière traitée comme un acte juridique « illicite »*

**441. La suppression de la situation illicite.** Afin de supprimer l'acte illicite, ou du moins ses effets, tant pour le passé que pour l'avenir, la sanction adéquate paraît être celle de l'inefficacité ou de la nullité. Pourrait-on recourir au concept de l'inexistence ? On sait la jurisprudence et une partie de la doctrine<sup>1722</sup> réfractaires à cette théorie de l'inexistence, pourtant, un regain d'intérêt pour cette notion a pu être noté dans les années 2000<sup>1723</sup>. Reste que considérer l'acte illicite comme inexistant reviendrait à considérer la manifestation de volonté intervenue non comme un acte unilatéral mais

---

<sup>1718</sup> G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd. 2001, n°19-1 et 21 ; I. CORNESSE, « L'exécution forcée en nature des obligations contractuelle », RRJ 2003, p. 2433.

<sup>1719</sup> D. TALLON, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », RTD civ. 1994, p. 223, spéc. n°39.

<sup>1720</sup> G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité*, op. cit, n°20-1.

<sup>1721</sup> Y.-M. LAITHIER, « La prétendue primauté de l'exécution en nature », art. préc., spéc. p. 176.

Il s'agirait donc de limiter pour le créancier la possibilité d'imposer l'exécution en nature à son débiteur. Une telle obligation de « minimiser » le dommage n'existe pas en droit positif français.

<sup>1722</sup> Ch. LARROUMET et S. BROS, *Traité de droit civil, tome 3, Les obligations. Le contrat*, Economica, 2014, 7<sup>ème</sup> éd., n°531 et s. ; F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil. Les personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz, 7<sup>ème</sup> éd., n°417 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 2013, Dalloz, 11<sup>ème</sup> éd., n°87 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Les obligations. I. L'acte juridique*, Sirey, 2014, 16<sup>ème</sup> éd., n°326.

<sup>1723</sup> Cf. not. S. GAUDET, « Inexistence, nullité et annulabilité du contrat : essai de synthèse », *Revue de droit McGill* 1995, vol. 40, p. 291 ; V. PELTIER, « Contribution à l'étude de la notion d'inexistence en droit privé », RRJ 2000, p. 937 ; H. ADIDA-CANAC, « Actualité de l'inexistence des actes juridiques », in *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2004, Partie II ; C. WITZ, « La consécration de l'inexistence par plusieurs instruments d'uniformisation du droit », in *Études offertes au Doyen Philippe SIMLER*, Dalloz/Litec, 2006, p. 729 ; F. HAGE-CHAHINE, « Le rationnel et l'empirique dans la notion d'inexistence en matière d'actes juridiques », in *Le monde du droit, écrits rédigés en l'honneur de Jean FOYER*, Economica, 2008, p. 529.

comme un fait juridique, générateur d'une inexécution<sup>1724</sup>. La distinction entre l'acte et le fait juridique n'aurait alors plus de sens.

Certes, la frontière entre l'inexistence et la nullité n'est pas toujours facile à percevoir. Le critère de l'*apparence* parfois mis en avant est sans doute trompeur<sup>1725</sup>. En outre, il faut adapter les règles applicables aux contrats aux actes unilatéraux. Dans ce cas, les auteurs proposent de restreindre le concept d'inexistence à l'absence d'un droit subjectif reconnu par le Droit objectif<sup>1726</sup>. Dans cette hypothèse d'absence totale de droit subjectif, l'acte prenant appui sur « rien », serait alors inexistant. La distinction entre un « acte » fait véritablement sans droit et un acte « seulement » irrégulier réapparaît alors. Ainsi, l'employeur a effectivement le droit de licencier. L'acte de licencier n'est pas inexistant mais irrégulier. Or, le « vice » qui l'affecte ne peut disparaître que par la suppression de l'acte lui-même ou, du moins, de ses effets. L'acte unilatéral irrégulier, ou « illicite » devrait être nul, ou du moins inefficace<sup>1727</sup>. Si la jurisprudence oscille parfois entre ces termes, l'objectif poursuivi est le même : obtenir l'anéantissement des effets de l'acte pour le passé et l'avenir. Le rétablissement de la situation antérieure est alors la conséquence « logique » de la suppression de l'acte irrégulier ou de ses effets<sup>1728</sup>. En effet, si l'on prend la théorie de la nullité, que celle-ci soit vue comme un *état* de l'acte (théorie classique) ou comme l'exercice d'un droit de critique (théorie moderne initiée par Japiot)<sup>1729</sup>, le « vice » réside bien dans l'acte lui-même. Que l'on agisse alors directement sur ce dernier ou sur ses conséquences juridiques, la nullité a

---

<sup>1724</sup> En ce sens Y. PAGNERRE, *L'extinction unilatérale...*, th. préc., n°48 et s.

<sup>1725</sup> O. GOUT, *Le juge et l'annulation du contrat*, PUAM, 1999.

<sup>1726</sup> C. SÉVELY-FOURNIÉ, *Essai sur l'acte juridique extinctif...*, th. préc., n°533; Y. PAGNERRE, *L'extinction unilatérale des engagements...*, th. préc.

<sup>1727</sup> Ch. PAULIN, *La clause résolutoire*, th. préc., n°229 ; P. ANCEL, « Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle », art. préc.

<sup>1728</sup> A. MARAIS, « Le maintien forcé du contrat par le juge », LPA, 2 octobre 2002, n°197, p. 7 ; V. LE BLAN-DELANNOY, « Le maintien judiciaire du contrat en cas de rupture abusive : l'impasse ? », LPA, 24 janvier 2005, n°16, p. 6.

<sup>1729</sup> G. DURRY, « Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français », in *Inexistence, nullité et annulabilité des actes juridiques, Travaux de l'Association Henri CAPITANT*, tome XIV, Dalloz, 1965, p. 611. Pour un historique v. par ex. C. RENARD et E. VIEUJEAN, « Nullité, inexistence et annulabilité en droit civil belge », *Annales de la faculté de droit de Liège*, 1962, p. 214 ; M. BOUDOT, « Nullité, annulation et validation des actes dans la doctrine française des 19<sup>ème</sup> et 20<sup>ème</sup> siècles », in *La théorie des nullités*, LGDJ, 2008, p. 79.

pour finalité de rétablir la situation transgressée<sup>1730</sup>. Il s'agit donc de revenir sur la rupture ou la modification du contrat. Le contrat initial « revit »<sup>1731</sup>.

**442. L'exemple du transfert d'entreprise.** Dans les hypothèses de modification de la situation juridique de l'employeur (par exemple par fusion, vente *etc.*), l'article L. 1224-1 du Code du travail prévoit que les contrats de travail en cours subsistent auprès du nouvel employeur. Après avoir considéré les licenciements prononcés à l'occasion du transfert comme sans cause réelle et sérieuse ouvrant droit à des dommages-intérêts<sup>1732</sup>, la jurisprudence a opté pour la formulation suivant laquelle les licenciements étaient « sans effet »<sup>1733</sup>. La Cour de cassation a précisé la sanction alors encourue : « Le salarié peut, à son choix, demander au repreneur la poursuite du contrat de travail illégalement rompu ou demander à l'auteur du licenciement illégal la réparation du préjudice en résultant »<sup>1734</sup>, offrant ainsi un choix équivalent au salarié confronté à un licenciement nul<sup>1735</sup>. Le terme « sans effet » a peut-être été préféré à celui de « nullité » réservée à des hypothèses particulières légalement prévues, ou aux licenciements portant atteinte à une liberté fondamentale<sup>1736</sup>. Certains y ont vu un recours à l'inexistence<sup>1737</sup>. Peut d'ailleurs être comprise en ce sens la jurisprudence réservant l'hypothèse où le repreneur informerait, avant l'expiration du délai de préavis, son intention de poursuivre le contrat de travail. Dans ce cas, le salarié n'a plus le choix d'opter pour la rupture avec dommages-intérêts ou la poursuite du contrat. Cette dernière, seule, s'impose<sup>1738</sup>. Autrement dit, l'acte est bien réputé n'avoir jamais existé. Tant que le contrat n'est pas rompu *de facto*, le repreneur peut écarter toute effectivité de la rupture « illégale ». On s'éloigne ici de la théorie « moderne » de la nullité qui

<sup>1730</sup> C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, LGDJ, 1992, *passim*, not. n°375, 399.I et 740.

<sup>1731</sup> R. ENCINAS de MUÑAGORRI, *L'acte unilatéral...*, th. préc., n°592.

<sup>1732</sup> Cass. soc., 17 juillet 1990, Bull. civ. V, n°372.

<sup>1733</sup> Cass. soc., 22 avril 1992, Bull. civ. V, n°291. – Cass. soc., 20 janvier 1998 (arrêt « Guernonprez »), Dr. soc. 1998, p. 297, obs. R. VATINET. (*Adde* sur cet arrêt : M. HENRY, « À propos de l'arrêt Guernonprez c./ d'Abrigeon : violation de L. 122-12 du Code du travail et nullité en peau de lapin », Dr. soc. 1998, p. 1019). – Cass. soc., 22 janvier 2002, Dr. soc. 2002, p. 463, obs. A. MAZEAUD. – Cass. soc., 20 mars 2002, (arrêt « Maldonado ») Dr. soc. 2002, p. 519, note A. MAZEAUD ; Dr. ouvr. 2002, p. 370, note Y. SAINT-JOURS et P. MOUSSY.

<sup>1734</sup> Arrêt « Maldonado », Bull. civ. V, n°94, préc.

<sup>1735</sup> *Infra* n°671.

<sup>1736</sup> *Infra* n°627.

<sup>1737</sup> G. PIGNARRE, « Les licenciements privés d'effet en cas de transfert d'entreprise, la revanche du droit des contrats », D. 2003, p. 14.

<sup>1738</sup> Arrêt « Voisin » : Cass. soc., 11 mars 2003, Dr. soc. 2003, p. 482, note A. MAZEAUD.

veut que la saisine du juge soit nécessaire et que seule la partie lésée, si la nullité est relative, puisse l'invoquer<sup>1739</sup>. Or l'intérêt protégé est celui du salarié mais le choix ne lui appartient pourtant plus.

### *B. Les obstacles dirimants*

**443. L'efficacité de l'acte irrégulier.** La rupture bien qu'irrégulière du contrat, qu'elle provienne directement d'un droit de rompre (1) ou soit consécutive d'un changement des conditions de travail (2), demeure effective.

#### *1. L'hypothèse de la rupture du contrat*

**444. Difficultés pratiques d'une remise en cause concrète.** Il est parfois impossible, ce sera l'hypothèse de la rupture du contrat par le salarié (b), sinon inopportun, ce sera le cas de la rupture par l'employeur (a), de remettre concrètement en cause l'acte irrégulier au fond.

##### *a. La rupture par l'employeur : un choix de politique législative<sup>1740</sup>.*

**445. Difficultés pratiques d'une fiction juridique.** Des difficultés peuvent surgir, notamment lorsqu'est en cause un contrat à exécution successive. Agir comme si l'acte n'avait jamais existé<sup>1741</sup> demeure une fiction juridique. Des restitutions sont sans doute nécessaires pour le temps pendant lequel le contrat ne s'est *de facto* pas réalisé<sup>1742</sup>. Mais plus encore, il peut exister des impossibilités – matérielles<sup>1743</sup>, juridiques voire même simplement d'opportunité – qui sont autant d'obstacles à la « remise en marche » du contrat. L'écoulement du temps doit à cet égard, être pris en considération. Dans ces conditions, deux moyens sont possibles. Celui d'agir sur la rétroactivité<sup>1744</sup> (ce qui sera notamment le cas de l'annulation d'un contrat à exécution successive dont les effets ne seront éteints que pour l'avenir à la condition qu'il n'en résulte pas un déséquilibre pour

<sup>1739</sup> Y. PICOD, Rep. dr. civ. Dalloz, V° Nullité, mars 2013.

<sup>1740</sup> Sur la problématique de la politique juridique cf. H. BATIFFOL, « Problèmes de frontières : droit et politique », in *Le droit investi par la politique*, Arch. phil. dr., t. 16, 1971, p.15.

<sup>1741</sup> « Ce qui est nul est réputé n'avoir jamais existé » selon la formule de la Cour de cassation (Ex. Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 mai 2001, Bull. civ. I, n°133. – Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 22 juin 2005, Bull. civ. III, n°143).

<sup>1742</sup> En ce qui concerne le licenciement nul, pour la période intermédiaire entre la rupture (annulée) et la réintégration du salarié cf. infra n°648 et s.

<sup>1743</sup> Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, th. préc., n°793.

<sup>1744</sup> Ex. Article 1844-15 du Code civil : « Lorsque la nullité de la société est prononcée, elle met fin, sans rétroactivité, à l'exécution du contrat ».

l'une des parties), ou, plus radicalement, de préférer une autre sanction<sup>1745</sup>. C'est le choix qu'a fait le législateur en droit du travail lorsqu'il a préféré sanctionner le licenciement injustifié par le concept de licenciement sans cause réelle et sérieuse et non par celui de licenciement nul<sup>1746</sup>.

**446. Raisons d'opportunité de l'effectivité d'une rupture irrégulière.** Plusieurs raisons peuvent être invoquées à l'appui du choix de l'indemnisation fait par le législateur, telles que le caractère interpersonnel du contrat de travail<sup>1747</sup>, la contrainte physique nécessaire à la réintégration, la relation conflictuelle qui en résulterait, les difficultés liées au temps qui a pu s'écouler entre le prononcé de la rupture et la réintégration proprement dite, le caractère précaire de cette dernière – d'autant plus en période d'essai – les atteintes apportées à la liberté d'entreprendre *etc.* Pourtant, comment expliquer que dans certaines hypothèses – lorsque le licenciement est considéré comme nul – la réintégration puisse effectivement (sauf impossibilité matérielle<sup>1748</sup>) être imposée à l'employeur ? L'obstacle de la contrainte physique n'a pas de sens pour l'employeur, notamment personne morale. Les arguments pratiques peuvent alors *a priori* être écartés.

Il est vrai de prime abord qu'existe bien une différence entre les licenciements nuls et ceux sans cause réelle et sérieuse. Les premiers expriment en principe la sanction apportée à une protection « renforcée » du salarié, soit que celui-ci se trouve dans une situation particulière (salariée enceinte, salarié protégé...) soit que l'employeur ait porté

---

<sup>1745</sup> L. AYNÈS, « Rapport introductif », in *L'anéantissement rétroactif du contrat*, RDC 2008, p. 9, spéc. n°14.

<sup>1746</sup> Néanmoins, les conséquences d'un licenciement nul ne sont pas toujours la « reprise » du contrat. Le refus de la contrainte physique impose de laisser le choix au salarié de sa réintégration ou non. *Infra* n°672 et s.

<sup>1747</sup> Rappr. le refus de l'exécution forcée du contrat de mandat d'intérêt commun injustement rompu.

<sup>1748</sup> Ex. dans l'hypothèse de licenciement nul pour nullité du plan de sauvegarde : article L. 1235-11 du Code du travail : « ... *sauf si cette réintégration est devenue impossible, notamment du fait de la fermeture de l'établissement ou du site ou de l'absence d'emploi disponible* ». V. aussi par ex. Cass. soc., 24 juin 1998, D. 1998, IR, 193 : « *Ce n'est qu'au cas où l'entreprise a disparu, ou celui où il existe une impossibilité absolue de réintégration, que l'employeur est libéré de son obligation* ». – Cass. soc., 15 juin 2005, Dr. soc. 2005, p. 847, note G. COUTURIER : « *La cour d'appel a constaté que [la société] avait cessé définitivement son activité et que ses actifs industriels avaient été vendus ; qu'ayant ainsi fait ressortir que l'entreprise avait disparu, elle a pu en déduire que la réintégration, demandée dans les seuls emplois que les salariés occupaient dans cette entreprise avant leurs licenciements, était devenue matériellement impossible* ».

atteinte à une de ses libertés protégées<sup>1749</sup>. Les seconds ne relèvent pas d'une protection particulière. Néanmoins, cette différence ne s'explique pas au moyen d'arguments techniques. En effet, la liberté d'entreprendre n'est pas davantage atteinte dans un cas que dans l'autre. Dans les deux hypothèses, il s'agira toujours d'un acte irrégulier, qui n'aurait pas dû être pris. La réintégration ne remet pas en cause les droits de l'employeur, puisque par hypothèse, on se situe dans le cadre d'un dépassement de ses droits. Dès lors que la limite portée à la liberté d'entreprendre par l'exigence de la cause réelle et sérieuse est entérinée, il n'y a pas de réel obstacle à ce que la réintégration puisse être imposée à l'employeur ayant licencié sans motif son salarié. Les débats relatifs à la loi de 1973 imposant l'exigence d'une cause réelle et sérieuse font d'ailleurs état de propositions d'amendement sanctionnant le licenciement injustifié par la nullité et le droit à réintégration corrélatif du salarié<sup>1750</sup>. Ainsi, ce sont bien des considérations d'opportunité qui ont dicté le choix du législateur face à un licenciement sans cause réelle et sérieuse. On connaît la solution apportée : si la réintégration est possible, elle ne l'est qu'avec l'accord des cocontractants. Sanctionner le licenciement injustifié par le concept de licenciement sans cause réelle et sérieuse, c'est bien faire le choix – de politique juridique – de l'indemnisation au détriment de l'anéantissement de l'acte pourtant irrégulier.

*b. La rupture par le salarié : l'impossibilité de la contrainte physique*

**447. La liberté du salarié.** Il sera impossible à l'employeur d'imposer au salarié sa réintégration. Ici l'obstacle de la contrainte physique a un sens. Elle ne peut être exercée à l'encontre du salarié. Sa liberté individuelle s'y oppose. Lorsque le contrat de travail est à durée indéterminée, le salarié peut toujours démissionner. C'est pourquoi la prise d'acte injustifiée dans cette hypothèse ne peut, en réalité, jamais être irrégulière. En lui faisant produire les effets d'une démission, elle sera certes « aux risques et péril » du salarié, mais ce dernier ne sera pas tenu d'indemniser l'employeur pour rupture abusive. (Sauf, le cas échéant, pour non-respect d'un éventuel préavis ou en cas de circonstances particulières entourant la rupture). Dans le cadre du contrat à durée déterminée, la solution est identique. Alors même que le salarié a pu valablement prendre un

---

<sup>1749</sup> Il faut néanmoins souligner l'exception de la nullité du licenciement corrélatif à la nullité du plan de sauvegarde. Ce qui est protégé n'est « que » le droit à l'emploi.

<sup>1750</sup> Inspirés de l'évolution de la jurisprudence favorable à la réintégration des salariés protégés. Cf. JO, Débats Ass. Nat., 30 mai 1973, p. 1628.

engagement de maintien de son emploi temporaire, on estime qu'on ne peut le contraindre par la force à exécuter celui-ci. Une rupture prise pour des motifs autres que ceux prévus aux articles L. 1243-1 et L. 1243-2 du Code du travail donneront ainsi lieu à des dommages-intérêts.

## 2. *L'hypothèse du changement des conditions de travail*

**448. Sanction par ricochet.** Un changement des conditions de travail imposé dans un intérêt autre que celui de l'entreprise devrait pouvoir être remis en cause et le salarié maintenu dans son contrat initial. Mais une telle solution ne serait en pratique possible que si le salarié est bien resté dans l'entreprise. Or, le plus souvent, en ayant opposé un refus au changement de ses conditions de travail, l'employeur l'aura licencié. Certes, le refus du salarié étant alors légitime, le licenciement n'aura pas de motif réel et sérieux. Mais la rupture sera bel et bien consommée.

## **Section II. Les conséquences de l'efficacité de la rupture irrégulière du contrat**

**449. Privation injustifiée de l'emploi.** Refuser, face à une rupture irrégulière, le maintien du contrat initial, c'est faire le choix de l'indemnisation (I). Mais, si en licenciant sans cause réelle et sérieuse son salarié, l'employeur l'a nécessairement privé injustement de son emploi, il peut également l'avoir privé injustement de droits soumis à condition de présence (II).

### *I. Les conséquences indemnitaires des ruptures irrégulières*

**450. La qualification de l'indemnisation.** La prévalence de l'indemnisation pécuniaire et la réintégration ravalée au rang de simple faculté laissée aux parties situent la sanction sur le terrain *a priori* classique de la responsabilité civile, celui de la réparation du préjudice subi (A). Mais on le sait, à côté de la fonction traditionnelle de « réparation », la doctrine attache parfois à la responsabilité civile une fonction de « peine privée »<sup>1751</sup> (B). Or le recours en droit du travail au mécanisme du forfait-

---

<sup>1751</sup> G. VINEY, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité*, 2010, 3<sup>ème</sup> éd., n°3 et s. Cf. surtout S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, 1995.

plancher semble y faire écho. Le préjudice serait alors délaissé au profit de l'auteur de l'acte. L'indemnisation automatique aurait pour objectif de dissuader, et le cas échéant punir, celui ayant rompu pour un motif insuffisant. Mais c'est assimiler la rupture irrégulière à une faute de son auteur. Or l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse est due quel que soit le comportement de l'employeur. Son éventuelle bonne foi ne l'exempte pas. S'écarter à la fois du préjudice subi par le salarié et du comportement de l'employeur ne peut se faire sans se détacher corrélativement du concept de responsabilité. L'indemnité vient directement « compenser » l'irrégularité même de l'acte (C). En revanche, l'introduction un temps envisagée par l'avant-projet de « loi Travail », d'un plafond d'indemnisation des salariés injustement licenciés modifierait l'appréhension du licenciement illicite en consacrant alors une « violation efficace de la loi » (D).

*A. L'indemnisation, réparation des conséquences de l'acte irrégulier : le recours au préjudice subi*

**451. Préjudice matériel et préjudice moral.** Au regard de l'existence d'un forfait-plancher, la logique de responsabilité impose de raisonner non seulement en termes de préjudice matériel mais également moral, que l'on soit face à un licenciement (1) ou à une rupture anticipée injustifiée d'un engagement à durée déterminée (2).

*1. Le licenciement*

**452. Indemnisation et réintégration.** L'indemnisation (b) est la sanction classique du licenciement injustifié, dès lors que la réintégration (a) du salarié n'est qu'une faculté laissée au choix des cocontractants.

*a. La réintégration*

**453. Une réparation en nature.** En se situant sur le terrain de la responsabilité et en raisonnant à travers le prisme du préjudice subi par le salarié, la réintégration ne peut être perçue que comme une réparation en nature de ce préjudice et non comme la conséquence d'une suppression d'un acte illicite<sup>1752</sup>. Le contrat de travail « reprend »,

---

<sup>1752</sup> M. KELLER, « La réparation du préjudice né de la perte de l'emploi », Dr. ouvr. 1996, p. 264 et s. spéc. p. 271 et 272 ; D. CASSAN, *La réintégration du salarié*, 1998, th. Montpellier I.

l'article L. 1235-3 du Code du travail précisant par ailleurs que la réintégration se fait avec « *maintien [des] avantages acquis* ». Dès lors que la réintégration n'est pas la conséquence de la suppression d'une situation illicite, la rétroactivité, en principe, n'a pas lieu d'être. Pour autant, le temps passé entre la rupture proprement dite et la réintégration ne peut être éludé. Le salarié aura droit à des dommages-intérêts réparant le préjudice subi pendant cette période d'inactivité<sup>1753</sup>.

**454. Une faculté.** Les auteurs distinguant entre le maintien forcé du contrat, mesure de réparation en nature, et le maintien du contrat, mesure d'exécution en nature, considèrent que le premier est facultatif alors que le second est de droit, du moins lorsqu'il est demandé par celui ayant souffert de la rupture<sup>1754</sup>. De prime abord, la réintégration faisant suite à un licenciement sans cause réelle et sérieuse répond effectivement à la première approche. En effet, l'article L. 1235-3 du Code du travail disposant que « *le tribunal peut proposer la réintégration* » conduit à penser que le juge a le pouvoir d'apprécier l'opportunité de cette solution. Mais ce sont en réalité les parties qui disposent de cette faculté. La réintégration ne peut être imposée ni à l'une ni à l'autre. Se pose alors la question de la réintégration du salarié à l'initiative des parties alors même que les textes ne l'ont pas prévue. En effet, la réintégration n'est expressément admise qu'en cas de licenciement injustifié d'un salarié ayant plus de deux ans d'ancienneté dans des entreprises de plus de dix salariés. Elle paraît donc écartée lorsque l'effectif de l'entreprise est de moins de onze salariés ou que l'ancienneté du salarié est de moins de deux ans. Il en est de même de la rupture anticipée injustifiée d'un contrat à durée déterminée pour lequel le législateur n'a prévu qu'une indemnisation. Néanmoins, si les parties devaient s'accorder sur la réintégration du salarié, on voit difficilement quel en serait l'obstacle.

#### *b. L'indemnisation*

**455. La problématique.** La référence au « préjudice » en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse est équivoque. Si, lorsque l'entreprise comprend moins de onze

---

<sup>1753</sup> B. TEYSSIÉ, J.-F. CESARO et A. MARTINON, *Droit du travail, relations individuelles*, LexisNexis, 2014, 3<sup>ème</sup> éd., n°1617.

<sup>1754</sup> Cf. sur ce point : A. MARAIS, « Le maintien forcé du contrat par le juge », art. préc. ; V. LE BLAN-DELANNOY, « Le maintien judiciaire du contrat en cas de rupture abusive : l'impasse ? », art. préc.

salariés ou que le salarié a moins de deux ans d'ancienneté, le législateur a prévu que l'indemnité due corresponde « *au préjudice subi* »<sup>1755</sup>, dans les autres hypothèses, c'est un forfait minimum sans se référer à un quelconque préjudice qui a été conçu<sup>1756</sup>. Dans la première hypothèse, le législateur paraît se placer sur le terrain classique de la réparation d'un préjudice subi, dans l'autre, il s'en écarte. La jurisprudence paraît hésitante. En effet, la Cour de cassation considère que « *la seule constatation de l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement [entraîne] la condamnation de l'employeur à réparer le préjudice dont il appartient au juge d'apprécier l'étendue* »<sup>1757</sup>. D'une part la Cour semble admettre que la « *seule constatation de l'absence de cause réelle et sérieuse* » suffise à prononcer une indemnisation – alors même que l'on se situerait dans une entreprise de moins de onze salariés ou face à un salarié de moins de deux ans d'ancienneté – et d'autre part, le renvoi à l'« *étendue du préjudice* » semble impliquer de s'intéresser effectivement aux conséquences de la rupture.

Si l'on veut rester dans une logique de réparation, sans doute faut-il alors envisager deux préjudices distincts. Le premier résulterait du fait d'avoir subi une rupture irrégulière. D'ordre « moral »<sup>1758</sup>, il serait systématique. Le second, éventuel, correspondrait à la réparation du préjudice matériel effectivement subi par le cocontractant du fait de la rupture injustifiée et s'ajouterait au premier.

**456. Dans l'hypothèse des entreprises de moins de onze salariés ou dans le cas de salarié ayant moins de deux ans d'ancienneté**, la référence au « préjudice subi » aura tendance à être comprise comme le seul préjudice matériel devant effectivement être prouvé par le salarié. Mais si l'on admet le recours au concept de préjudice moral, il devrait être possible de considérer qu'un minimum devrait toujours être dû (quitte à se contenter d'un montant symbolique) auquel s'ajouterait, éventuellement, le préjudice matériel. Cette approche serait même compatible avec l'alinéa 4 de l'article L. 1235-1

---

<sup>1755</sup> Article L. 1235-5 du Code du travail.

<sup>1756</sup> Article L. 1235-3 du Code du travail. La différence d'indemnisation selon la taille de l'entreprise et l'ancienneté du salarié s'explique sans doute pour des raisons économiques mais demeure critiquable.

<sup>1757</sup> Cass. soc., 25 septembre 1991, Bull. civ. V, n°380. – Cass. soc., 7 décembre 1995, JCP E. 1996, II, 867, obs. L. FINEL. – Cass. soc., 14 mai 1998, Bull. civ. V, n°253. Rapp. autre formulation : « *Le salarié licencié sans cause réelle et sérieuse a nécessairement subi un préjudice dont il appartient au juge d'apprécier l'étendue* » : Cass. soc, 22 février 2006, Bull. civ. V, n°79.

<sup>1758</sup> Sur ce caractère « moral » cf. A. MARTINON, *Essai sur la stabilité du contrat...*, th. préc., n°389 ; L.-K. GRATTON, « Le dommage déduit de la faute », RTD civ. 2013, p. 275.

du Code du travail<sup>1759</sup> imposant au juge le soin de justifier le montant des indemnités qu'il octroie.

**457. Dans l'hypothèse des entreprises de plus de dix salariés et d'un salarié ayant au moins deux ans d'ancienneté**, le salarié a droit au minimum à six mois de salaire<sup>1760</sup>. Le recours au mécanisme du forfait-plancher implique que les juges peuvent allouer davantage<sup>1761</sup>. Faut-il alors concevoir ce « forfait-plancher » comme l'expression du préjudice moral tiré du seul fait d'avoir subi un licenciement sans cause réelle et sérieuse ? On pourrait le penser. S'ajouterait donc à ce forfait minimum des dommages-intérêts pour le préjudice matériel effectivement subi. Seraient alors pris en considération l'âge du salarié, son ancienneté, ses perspectives d'embauche<sup>1762</sup>. Le salarié peut avoir mis plusieurs années avant d'être de nouveau embauché, il peut également être toujours en recherche d'emploi au moment où le juge statue.

## 2. La rupture anticipée injustifiée d'un engagement à durée déterminée

**458. Typologie.** L'engagement à durée déterminée peut prendre deux formes, celle du contrat à durée déterminée (a) ou celle de la garantie d'emploi (b).

### a. Le cas du contrat à durée déterminée

**459. Rupture par le salarié.** L'article L. 1243-3 du Code du travail prévoit expressément que l'employeur a droit à des « *dommages-intérêts correspondant au préjudice subi* ». La jurisprudence le comprend, *a priori*, comme la seule indemnisation du temps passé à retrouver un salarié. En d'autres termes est exclusivement pris en considération le préjudice matériel. Pourtant, il serait possible, ici aussi, de considérer que le seul fait d'avoir subi une rupture injustifiée porte un préjudice moral. Une indemnité, même symbolique, serait alors due.

---

<sup>1759</sup> Loi n°2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi.

<sup>1760</sup> Article L. 1235-3 du Code du travail.

<sup>1761</sup> Ex. En cas de rupture anticipée d'un contrat à durée déterminée : Cass. soc., 12 mars 2002, RJS 6/02/2002, n°659.

<sup>1762</sup> R. VATINET, « L'instrumentalisation de la responsabilité civile à titre de sanction en droit du travail », in *La sanction en droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, 2012, n°213, p. 125.

**460. Rupture par l'employeur.** Le salarié a droit à des dommages-intérêts d'un montant au moins égal « *aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme du contrat* »<sup>1763</sup>. Une telle solution est en elle-même ambiguë. En effet, d'une part, le recours à un « forfait » semble écarter le lien entre l'indemnité perçue et le préjudice subi. Mais d'autre part, la référence aux salaires que le salarié aurait dû recevoir rapproche la situation de la réparation du préjudice *matériel* que le salarié subit effectivement. En ce sens, le salarié ne peut cumuler l'indemnisation perçue avec les indemnités de chômage. Encore faut-il préciser que ce non-cumul ne concerne que les relations salarié-pôle emploi, l'employeur ne pouvant déduire ces indemnités du solde des salaires restant dus<sup>1764</sup>. En revanche, le salarié peut cumuler les salaires restant dus avec ceux d'un nouvel emploi. Ce qui fait que, dans cette hypothèse, le salarié aura bien droit à davantage que la réparation de son seul préjudice matériel. Il n'est cependant pas possible d'analyser cet « excédent » comme réparant le préjudice moral né de la rupture, car ce serait considérer que seul le salarié ayant trouvé un emploi de remplacement aurait subi un tel préjudice, ce qui serait pour le moins paradoxal. Faut-il alors réaffirmer que malgré la référence aux salaires « perdus », il ne s'agit que de réparer le préjudice « moral » tiré du fait d'avoir subi une rupture injustifiée ? Il faut en réalité s'interroger sur la finalité poursuivie par le législateur ou la jurisprudence. En interdisant à l'employeur de pouvoir déduire de ce qu'il doit les allocations chômage et éventuels salaires reçus par le salarié du fait d'une nouvelle embauche, ne s'agit-il pas, avant tout, de le sanctionner ?<sup>1765</sup> L'indemnisation n'a-t-elle pas alors pour effet de dissuader, voire de punir l'employeur rompant injustement son engagement ? En imposant à l'employeur le paiement des salaires restant dus, ne s'agit-il pas en réalité de le contraindre au paiement forcé de sa créance davantage qu'à la réparation du préjudice subi<sup>1766</sup> ?

---

<sup>1763</sup> Article L. 1243-4 du Code du travail.

<sup>1764</sup> Cass. soc., 27 février 2001, Bull. civ. V, n°59.

<sup>1765</sup> Rappr. l'hypothèse du salarié protégé licencié en violation de son statut protecteur, infra n°678.

<sup>1766</sup> Comp. Cass. com., 22 octobre 1996, RTD civ. 1997, p. 123, obs. J. MESTRE. En l'espèce une société s'était engagée par contrat à durée déterminée à confier cinquante voyages par an à un transporteur pour un prix global forfaitaire. Au bout de cinq voyages, la société rompt le contrat. Elle est condamnée à payer l'ensemble du forfait restant dû. Cassation au motif que « le prix, fût-il d'un montant forfaitairement convenu, n'était dû qu'en cas d'exécution de la convention ». Le transporteur n'avait droit qu'à des dommages-intérêts réparant le préjudice subi. – Cass. soc., 18 novembre 2003, Bull. civ. V, n°285 (l'inaptitude n'était alors pas considéré comme un cas de rupture anticipée du contrat à durée déterminée) : « *Si l'inaptitude physique du salarié ne constitue pas un cas de force majeure autorisant la rupture anticipée du contrat à durée déterminée, une telle inaptitude et l'impossibilité du reclassement*

*b. Le cas de la garantie d'emploi*

**461. En l'absence de clause pénale.** La jurisprudence semble s'être calquée sur les règles légales propres à la rupture anticipée injustifiée du contrat à durée déterminée puisqu'elle considère qu'en cas de rupture pendant la période garantie, le montant des salaires jusqu'au terme prévu de cette garantie sera dû<sup>1767</sup>. Néanmoins, la Cour de cassation permet que l'employeur puisse déduire les allocations chômage perçues par le salarié<sup>1768</sup> du montant qu'il doit, ce qui atténue l'idée de sanction.

**462. En présence d'une clause pénale.** La jurisprudence paraît admettre que la clause de garantie d'emploi puisse être assortie d'une clause d'indemnisation forfaitaire<sup>1769</sup>. Serait alors dû le montant prévu, sans qu'il faille établir un lien avec le préjudice subi. Mais les parties peuvent-elles prévoir un montant moindre que le montant des salaires restants dus, ou l'ordre public social s'y oppose-t-il ? La solution imposant, en l'absence de montant déterminé à l'avance, l'octroi des salaires restant dus en cas de violation de la clause de garantie d'emploi est ici jurisprudentielle et non légale. La solution pourrait donc différer de celle à l'œuvre en cas de rupture anticipée injustifiée dans les contrats à durée déterminée (impossibilité pour l'employeur de prévoir un montant moindre)<sup>1770</sup>. Les auteurs paraissent cependant partagés sur la question<sup>1771</sup>.

*de l'intéressé n'ouvrent pas droit au paiement des salaires restant à courir jusqu'au terme du contrat [...]. Il en résulte que [le salarié] ne peut prétendre qu'à l'attribution de dommages-intérêts résultant du préjudice subi ».*

<sup>1767</sup> Cass. soc., 27 octobre 1998, Bull. civ. V, n°455. – Cass. soc., 2 février 1999, Bull. civ. V, n°49.

<sup>1768</sup> Cass. soc., Ass. plén., 13 décembre 2002, JCP E. 2003, p. 252, note F. TAQUET ; D. CORRIGNAN-CARSIN, « Interdiction du cumul des indemnités de chômage et des dommages-intérêts alloués en cas de violation d'une clause de garantie d'emploi », JCP G. 2003, 10057. – Cass. soc., 21 décembre 2006, JCP S. 2007, 1270, obs. Th. TAURAN. Revirement de jurisprudence, la Cour de cassation admettait auparavant que les dommages-intérêts alloués au salarié en cas de violation d'une clause de garantie d'emploi puissent se cumuler avec les indemnités de chômage (Cass. soc., 6 mai 1998, Bull. civ. V, n°230) mais à cette époque, les dommages-intérêts dus n'étaient pas équivalents aux rémunérations que le salarié aurait perçues jusqu'au terme de la période garantie.

<sup>1769</sup> Cass. soc., 4 mars 2008, Bull. civ. V, n°44, préc. : « Attendu qu'interprétant la clause contractuelle qui ne prévoyait pas le versement d'une indemnité forfaitaire en cas de violation de la garantie d'emploi, la cour d'appel a pu décider que cette clause ne constituait pas une clause pénale et que les dispositions de l'article 1152 du Code civil n'étaient donc pas applicables ».

<sup>1770</sup> Supra n°250.

<sup>1771</sup> Contre : D. CORRIGNAN-CARSIN, « Interdiction du cumul des indemnités de chômage et des dommages-intérêts... », art. préc.

Pour : M.-N. ROUSPIDE-KATCHADOURIAN, *Le juge et le contrat de travail...*, th. préc., n°790.

De façon générale, le mécanisme du « forfait-plancher » permet de se détacher d'une logique de « réparation » pour basculer vers une logique de « peine privée ».

*B. L'indemnisation, sanction de l'auteur de l'acte irrégulier : le recours à la peine privée.*

**463. La peine privée, distincte de la réparation.** La peine privée est une sanction civile, répressive, ayant pour objet la punition de certains comportements fautifs<sup>1772</sup>. Or, de nombreux auteurs considèrent que les dommages-intérêts dus en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse non seulement réparent le préjudice subi mais poursuivent également une fonction de peine privée<sup>1773</sup>. Sans doute faut-il distinguer les deux<sup>1774</sup>. La peine privée s'intéresse à l'auteur de l'acte et non au préjudice, à la différence de la réparation. Pour autant, l'une n'est pas nécessairement exclusive de l'autre. Le mécanisme du forfait-plancher dû en cas de rupture injustifiée du contrat de travail permet, en tout état de cause, de se détacher du concept de préjudice.

**464. Les fonctions de la peine privée.** Les auteurs soulignent la double fonction de la peine privée à la fois dissuasive<sup>1775</sup> et punitive<sup>1776</sup>. Savoir à l'avance que l'indemnisation sera d'au moins six mois de salaires ou égale aux salaires qui auraient dû en tout état de cause être versés poursuit *a priori* effectivement un but prophylactique. (Le remboursement par l'employeur à Pôle emploi des allocations chômage versées au salarié dans la limite de six mois participe également de cette fonction « punitive »<sup>1777</sup>).

---

<sup>1772</sup> M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties...*, th. préc., n° 55 ; A. JAULT, *La notion de peine privée*, LGDJ, 2005, n°19.

<sup>1773</sup> Cf. not. : G. LYON-CAEN et M.-C BONNETÊTE, « La réforme du licenciement à travers la loi du 13 juillet 1973 », *Dr. soc.* 1973, p. 493 ; S. CARVAL, *La responsabilité civile...*, th. préc., n°172 et s. ; A. MARTINON, *Essai sur la stabilité...*, th. préc., n°403 ; V. ROULET, « Indemnisation forfaitaire et indemnisation réelle », in *La sanction en droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, 2012, n°194 ; R. VATINET, « L'instrumentalisation de la responsabilité civile ... », art. préc. ; F. BOUSEZ et A. MARTINON, « Les sanctions en droit du travail, de la pluralité des autorités à la diversité des sanctions », in *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 1, *op. cit.*, p. 411 et s., n°21.

<sup>1774</sup> En ce sens : A. JAULT, *La notion de peine privée*, LGDJ, 2005, 1<sup>ère</sup> partie. *Contra* M. CRÉMIEUX, « Réflexions sur la peine privée moderne », in *Études offertes à Pierre KAYSER*, Dalloz, 1979, tome 1, p. 261.

<sup>1775</sup> La notion de réparation (au sens de la perspective de devoir des dommages-intérêts) peut également poursuivre une fonction dissuasive : D. MAZEAUD, *La clause pénale*, th. préc., n°544 ; A. JAULT, *La notion de peine privée*, th. préc., n°112.

<sup>1776</sup> V. *cepend.* M.-N. ROUSPIDE-KATCHADOURIAN, « La singularité de la réparation du préjudice lié à la rupture du contrat de travail » *JCP S.* 2015, 1121.

<sup>1777</sup> Article L. 1235-4 du Code du travail.

Ces fonctions sont cependant parfois ineffectives. Ce peut notamment être le cas au sein de grandes entreprises lorsque l'employeur a les moyens de « provisionner » des départs injustifiés. L'éventualité d'une modulation à la hausse du forfait ne suffit pas toujours à éviter ce risque. Ce peut également être le cas de la rupture d'un engagement à durée déterminée, mais l'employeur n'en tirera alors aucun profit puisqu'il devra l'ensemble des salaires qu'il aurait dû verser, sans que le salarié, en contrepartie, exécute une prestation de travail.

**465. La faute de l'auteur.** Si la peine privée délaisse le préjudice, c'est pour s'intéresser à la faute. Or, ici, la faute se confond avec l'acte irrégulier<sup>1778</sup>. Peu importe le comportement de l'employeur, peu importe sa bonne ou mauvaise foi. Le forfait-plancher sera dû que l'absence de cause réelle et sérieuse soit flagrante ou non. Le minimum dû n'a pas vocation à sanctionner l'éventuelle mauvaise foi de l'employeur. Une modulation à la hausse pourrait éventuellement être envisageable lorsque l'employeur est particulièrement de mauvaise foi, mais il faudrait alors recourir à l'institution, rejetée pour le moment en droit français<sup>1779</sup>, des dommages-intérêts punitifs<sup>1780</sup>. À défaut, seules les circonstances particulières (licenciement vexatoire<sup>1781</sup> *etc.*) peuvent donner lieu à une augmentation des dommages-intérêts<sup>1782</sup>.

---

<sup>1778</sup> Rappr. D. TALLON, « Pourquoi parler de faute contractuelle ? », in *Droit civil, procédure, linguistique juridique. Écrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1994, p. 429 et s., spéc. p. 437/438 et « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », RTD. civ. 1994, p. 223 et s., spéc. n°16. L'auteur considère qu'en cas d'inexécution du contrat imputable au débiteur, la faute se confond avec l'inexécution du contrat, sans qu'il soit nécessaire d'examiner le comportement du débiteur. (Sous réserve de la faute dite qualifiée).

<sup>1779</sup> Aujourd'hui, au contraire de la *Common Law*, le droit français ne permet pas l'octroi de dommages-intérêts punitifs. Cependant, saisie d'une demande d'*exequatur* d'un jugement américain allouant des dommages-intérêts punitifs, la Cour de cassation, tout en condamnant la disproportion, considère que « le principe d'une condamnation à des dommages-intérêts punitifs, n'est pas, en soi, contraire à l'ordre public » (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> décembre 2010, Bull. civ. I, n°248). L'article 1371 du rapport CATALA reconnaissait la possibilité d'une condamnation à des dommages-intérêts punitifs : « L'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages-intérêts compensatoires, à des dommages-intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public. La décision du juge d'octroyer de tels dommages-intérêts doit être spécialement motivée et leur montant distingué de celui des autres dommages-intérêts accordés à la victime [...] ». Comp. l'avant-projet de loi portant réforme de la responsabilité civile d'avril 2016, qui prévoit, en cas de faute lourde délibérément commise, la possibilité d'une amende civile proportionnée « à la gravité de la faute commise, aux facultés contributives de l'auteur ou aux profits [que son auteur] en aura retirés ». Cette amende étant alors affectée à un fonds d'indemnisation en lien avec la nature du dommage subi, ou à défaut, au Trésor public.

<sup>1780</sup> Alors même que dans les pays de *Common law* connaissant des dommages-intérêts punitifs, le contrat n'en est pas le terrain d'élection (ce qui s'explique par l'existence de la théorie de l'*efficient breach of contract* permettant à une partie de rompre un contrat car les dommages-intérêts alors dus

*C. L'indemnisation, « compensation » de l'illicéité de l'acte : le recours à une sanction autonome*

**466. Sanction autonome.** Il est possible de considérer que l'irrégularité (au fond) de l'acte permette, à elle seule, l'octroi d'une indemnisation sans qu'il soit nécessaire de s'intéresser au comportement de l'auteur de l'acte (qui, le cas échéant, pourra donner droit à des dommages-intérêts sur un autre fondement que celui de l'absence de cause réelle et sérieuse) ou de recourir au concept de préjudice « moral ».

**467. La « compensation » de l'illicite.** Une doctrine minoritaire<sup>1783</sup> considère que le concept de responsabilité contractuelle n'a pas lieu d'être et que l'inexécution du contrat ne peut donner lieu qu'à exécution forcée soit en nature soit par équivalent. Selon ces auteurs, à défaut d'exécution forcée, le simple fait de ne pas exécuter donnerait droit à l'octroi de dommages-intérêts<sup>1784</sup> peu important le préjudice effectivement subi. Appliquer ce raisonnement à un acte extinctif illicite reviendrait à considérer que l'illicéité en elle-même, sans qu'il soit besoin de recourir ni à une faute de l'auteur ni au préjudice subi, ouvrirait droit à l'octroi de dommages-intérêts.

Si l'on ose certains parallèles, il s'agirait de « l'équivalent pécuniaire » de la suppression de l'illicite. Il est certes impossible de concevoir la cessation de l'illicite autrement qu'en nature<sup>1785</sup>. Cependant, si l'on raisonne en termes de réparation, le préjudice « moral » se confond avec la rupture elle-même, si l'on raisonne en termes de faute, celle-ci se confond avec l'irrégularité même de l'acte. Dans ces conditions, il serait possible de « compenser » l'irrégularité même de l'acte sans passer par l'intermédiaire

seraient moindres que la perte qui résulterait de l'exécution du contrat). Cf. D. CALCIU, *Les dommages et intérêts punitifs*, mémoire, Paris II. *Adde* sur cette question des dommages-intérêts punitifs : S. PIEDELIÈVRE, « Les dommages-intérêts punitifs : une solution d'avenir ? », in *La responsabilité civile à l'aube du XXI<sup>ème</sup> siècle*, RCA, Hors-série juin 2001, p. 68 ; Ph. PIERRE, « L'introduction des dommages et intérêts punitifs en droit des contrats, Rapport français », RDC 2010, p. 1117.

<sup>1781</sup> Il y a bien là abus de droit, au sens de faute de comportement de l'employeur. Cf. *infra* n°501.

<sup>1782</sup> *Infra* n°523.

<sup>1783</sup> Ph. RÉMY, « La responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept », RTD. civ. 1997, p. 233 ; Ph. le TOURNEAU *et alii*, *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation*, Dalloz, 2014, 10<sup>ème</sup> éd., n°802 et s.

Contra not. Ch. LARROUMET, « Pour la responsabilité contractuelle », in *Le droit privé français à la fin du XX<sup>ème</sup> siècle, Études offertes à Pierre CATALA*, Litec, 2001, p. 543.

<sup>1784</sup> Il est vrai que la jurisprudence l'admet dans le cas d'obligation de ne pas faire. (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 31 mai 2007, D. 2007, p. 2784, note C. LISANTI). Mais elle peut alors s'appuyer sur l'article 1145 du Code civil.

<sup>1785</sup> C. BLOCH, *La cessation de l'illicite, recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Dalloz, 2008, n°441.

d'un préjudice ou d'une faute. Autrement dit, le minimum dû peut être considéré comme une sanction autonome de la rupture injustifiée, par l'employeur, du contrat de travail. Le cumul est alors possible avec la réparation de l'éventuel préjudice matériel, conséquence de la rupture injustifiée

*D. L'indemnisation, compensation financière du « droit » de violer la loi ?*

**468. L'influence de l'analyse économique du droit.** La loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques dite loi Macron<sup>1786</sup> avait tenté d'introduire des montants maximaux, en fonction de l'ancienneté du salarié et des effectifs de l'entreprise, aux indemnités accordées en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse. Le Conseil constitutionnel avait alors censuré le mécanisme mis en place. Faire dépendre le montant de l'indemnité encourue des effectifs de l'entreprise méconnaissait, selon le Conseil, le principe d'égalité devant la loi<sup>1787</sup>. Ne fermant cependant pas la voie à l'instauration de barèmes<sup>1788</sup>, il permettait d'en envisager la mise en place en fonction de critères, cette fois-ci acceptés. C'est dans cette lignée que se sont inscrits les premiers avant-projets (notamment de février et mars 2016) de la « loi Travail » visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs. Si la dernière version du projet (mai 2016) ne fait plus état d'un tel plafond (seraient seulement prévus des barèmes indicatifs sans valeur normative et sont donc écartés de la loi proprement dite), la question demeure cependant de l'incidence de l'existence d'un plafond indemnitaire. C'est déjà écarter le principe de la réparation intégrale du préjudice subi, mais plus encore, ce plafond ne permet-il pas ce qu'un auteur appelle la « violation efficace du droit »<sup>1789</sup>? C'est-à-dire la possibilité de méconnaître la loi (en l'occurrence l'exigence d'une cause réelle et sérieuse de

<sup>1786</sup> Loi n°2015-990 du 6 août 2015.

<sup>1787</sup> Cons. Const., 5 août 2015, n°2015-715 du 5 août 2015, considérant n°152.

<sup>1788</sup> « *Considérant toutefois, que, si le législateur pouvait, à ces fins, plafonner l'indemnité due au salarié licencié sans cause réelle et sérieuse, il devait retenir des critères présentant un lien avec le préjudice subi par le salarié ; que, si le critère de l'ancienneté dans l'entreprise est ainsi en adéquation avec l'objet de la loi, tel n'est pas le cas du critère des effectifs de l'entreprise ; que, par suite, la différence de traitement instituée par les dispositions contestées méconnaît le principe d'égalité devant la loi* ». On peut alors s'interroger sur la constitutionnalité des dispositions prévoyant un régime différent selon que les entreprises ont plus ou moins de onze salariés (cf. supra n°457 et 458). La Cour de cassation avait pu refuser de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité sur ce sujet (Cass. soc., 10 octobre 2014, Bull. V, n°237). La décision du Conseil s'inscrit en faux contre l'analyse de la Cour. Dès lors, celle-ci ne pourrait plus faire l'impasse d'un renvoi devant le Conseil si la question lui était de nouveau posée.

<sup>1789</sup> P. LOKIEC, *Il faut sauver le droit du travail !*, Odile Jacob, 2015.

licenciement) moyennant un certain prix ? Mais le principe même de « la rupture efficace » ou *efficient breach of contract* (permettant à un cocontractant ne désirant plus exécuter un contrat devenu « trop » cher, de s'en désengager, moyennant réparation) dont s'inspirerait cette possibilité de « violer efficacement » le Droit<sup>1790</sup> s'en écarte dès lors qu'il s'agit d'évaluer les dommages-intérêt dus. En effet, si la théorie de la « rupture efficace » se réduit à un calcul économique et ne permet pas toujours de mesurer précisément le préjudice subi, et, par voie de conséquence, d'indemniser parfaitement le dommage (on songe en particulier au préjudice extra-patrimonial)<sup>1791</sup>, il n'existe pas de plafond d'indemnisation (à tout le moins, seule une obligation de minimiser le dommage pourrait être imposée<sup>1792</sup>). Alors que la théorie de la violation efficace n'est pas d'opérer un décalage entre le préjudice réellement subi et l'indemnisation obtenue (même si en pratique ce peut être le cas), l'insertion d'un plafond de licenciement concrétise la dissociation entre le préjudice subi et les dommages-intérêts octroyés<sup>1793</sup>. C'est alors laisser place aux calculs économiques, permettre aux entreprises de procéder à un bilan coût/avantages entre le paiement des dommages-intérêts dus en cas de licenciement illicite et le bénéfice attendu d'une réduction d'effectifs. Certes l'absence de plafond n'interdit pas d'ores et déjà, du moins pour certaines entreprises, de provisionner le coût d'éventuels contentieux, mais l'introduction de tels maxima facilitera encore davantage cette démarche. Le dossier de presse du Gouvernement de juin 2015<sup>1794</sup> est à ce titre révélateur : « *Un employeur a besoin de savoir dans quelles conditions, dans quels délais et à quel coût il peut se séparer d'un salarié* ». Faut-il cependant rappeler qu'il s'agit ici de licenciements illicites ?

---

<sup>1790</sup> Sur la théorie de la « violation efficace du contrat » ou « *efficient breach of contract* » qui nous vient de la *common law*, en particulier des États-Unis, cf. not. B. RUDDEN et P. JUILHARD, « La théorie de la violation efficace », RIDC 1986, p. 1015 ; Y.-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, th. préc. ; J. ROCHFELD, « La rupture efficace », in *Droit et économie des contrats*, LGDJ, 2008, p. 169 ; D. MAZEAUD, « Le droit européen des contrats et ses influences sur le droit français », in *Nouveaux défis du droit des contrats en France et en Europe*, Sellier, 2009, p. 29 et s., not. p. 43 ; M. BIER, *L'efficacité économique des sanctions de l'inexécution du contrat. Etude comparative de droit anglais et de droit français*, mémoire, Montpellier, 2014 ; H. JUILLET-RÉGIS, *La force obligatoire du contrat...*, th. préc., n°683 et s.).

<sup>1791</sup> Cf. not. Y.-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, th. préc., n°431.

<sup>1792</sup> Cf. H. JUILLET-RÉGIS, *La force obligatoire du contrat...*, th. préc., n°684.

<sup>1793</sup> G. BARGAIN et T. SACHS, « La tentation du barème », RDT 2016, p. 251.

<sup>1794</sup> Dossier de presse, *Tout pour l'emploi, dans les TPE et les PME*, juin 2015, p. 13.

**469. Synthèse.** L'efficacité de la rupture injustifiée a pour conséquence de substituer à la cessation de l'illicite une indemnisation. Puisque l'acte lui-même, ou du moins ses effets, n'est pas remis en cause, la sanction prononcée sera pécuniaire. À cet effet, il est possible soit de s'intéresser à l'auteur même de l'acte (l'indemnisation sera une peine privée), soit à l'acte lui-même (l'indemnisation compensera l'illicéité de l'acte unilatéral), soit à ses conséquences (l'indemnisation réparera un préjudice). En se référant au « préjudice subi », le législateur (du moins jusqu'ici) et la jurisprudence peinent à s'écarter de la fonction traditionnelle de la responsabilité. Pourtant, l'indemnisation est due quel que soit le préjudice matériel effectif subi par le salarié et quel que soit le comportement de l'employeur. Un minimum est dû, ou devrait l'être. Se pose alors la question de la portée de cette solution. Ne devrait-elle pas valoir pour l'ensemble des ruptures injustifiées (et notamment en cas de résolution unilatérale injustifiée) et par voie de conséquence jouer également lorsque c'est le salarié qui est en tort ? On pourrait l'admettre.

## *II. Les conséquences de l'irrégularité au fond de la rupture sur les droits du salarié sous condition de présence*

**470. Les clauses de présence.** L'irrégularité de la rupture, outre qu'elle prive injustement le salarié de son emploi, peut également avoir pour conséquence de priver tout aussi injustement le salarié de certains de ses droits attachés au maintien de son contrat. Et l'on songe aux clauses de présence conditionnant l'octroi de certaines primes ou droits à participation et à intéressement. En effet, dans ces hypothèses, le grief de pure potestativité est écarté justement du fait que le licenciement est justifié. L'absence de cause réelle et sérieuse change nécessairement la donne. La solution apportée par la jurisprudence oscille entre l'inefficacité, « l'inopposabilité » de la clause de présence (A), et la réparation de la perte de chance (B).

### *A. L'« inopposabilité » des clauses de présence*

**471. De l'article 1174 à l'article 1178 du Code civil**<sup>1795</sup>. Les clauses de présence échappent au grief de pure potestativité dans la mesure où la rupture du contrat ne

---

<sup>1795</sup> Cf. S. GJIDARA « Le déclin de la potestativité dans le droit des contrats : le glissement jurisprudentiel de l'article 1174 à 1178 du Code Civil », art. préc.

dépend pas de la seule volonté de l'employeur. D'ailleurs, lorsque le licenciement pour perte de confiance était encore considérée comme légitime, le subjectivisme dont était empreint ce motif incitait les juges à refuser l'application d'une clause d'exigibilité immédiate du prêt<sup>1796</sup>. Dans cette hypothèse, le licenciement ne dépendait en réalité que de l'appréciation de l'employeur et donc, de sa seule volonté. Au contraire, l'exigence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement est garante de la validité des clauses de présence. Dès lors que le licenciement du salarié est injustifié, se pose la question du sort de telles clauses.

La jurisprudence a pu parfois considérer la clause elle-même comme nulle car alors purement potestative<sup>1797</sup>. Mais une telle analyse, faisant dépendre la validité de la condition selon les circonstances ultérieures de sa réalisation, donne prise à la critique<sup>1798</sup>. Et ce, d'autant que l'article 1178 du Code civil trouve alors matière à s'appliquer. Le législateur répute en effet la condition accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous celle-ci, qui en a empêché l'accomplissement. En licenciant sans cause réelle et sérieuse, l'employeur a empêché que la condition de présence puisse se réaliser. Il faudrait alors la réputer remplie. En d'autres termes, la clause de présence ne devrait pas pouvoir être « opposée » au salarié en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse.

**472. Application aux prêts et primes sous condition de présence.** La jurisprudence relative aux prêts octroyés par l'employeur et aux primes sous condition de présence fait sienne cette analyse. Bien que ne s'appuyant pas formellement sur l'article 1178 du Code civil, la Cour de cassation estime que l'employeur ne peut se prévaloir d'une clause d'exigibilité immédiate du prêt dès lors que le licenciement qu'il a prononcé est sans cause réelle et sérieuse<sup>1799</sup>. La jurisprudence est davantage explicite en ce qui

---

<sup>1796</sup> CA Aix-en-Provence, 15 juin 1988, RTD civ. 1988, p. 542, obs. J. MESTRE.

<sup>1797</sup> TGI Paris, 9<sup>ème</sup> ch., 9 février 1990, Dr. ouvr. 1990, p. 246. Les juges se fondent sur l'article 1174 du Code civil pour considérer que le licenciement du salarié *avait « résulté de la seule volonté de l'employeur qui a procédé à un licenciement jugé abusif [...] »* et que dans ces conditions, *« la clause était nulle comme purement potestative »*.

<sup>1798</sup> H. J. et L. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, 8 (ou 9<sup>ème</sup> éd.), tome 2, volume 1, par F. CHABAS, p. 1108.

<sup>1799</sup> Cass. soc., 13 janvier 1999, n°96-45138 : *« Mais attendu qu'ayant constaté que le contrat de prêt conclu le 20 avril 1993 entre l'employeur et la salariée contenait une clause de déchéance du terme prévoyant le remboursement du prêt dans l'hypothèse où le débiteur cesserait d'occuper pour quelque raison et à quelque titre que ce soit toute fonction dans la société prêteuse, c'est par une interprétation nécessaire, exclusive de dénégation, que la cour d'appel a décidé qu'en égard au caractère abusif du*

concerne les primes sous condition de présence. Dans un arrêt relatif au versement de commissions subordonnées à la présence du salarié, la Cour de cassation admet que la condition de présence ne peut trouver à s'appliquer si le salarié rapporte la preuve de « *la faute de l'employeur ayant empêché [sa] réalisation* »<sup>1800</sup>. La Cour a même eu l'occasion de faire expressément référence au mécanisme de l'article 1178 du Code civil alors qu'était en cause une prime d'objectif sous condition de présence<sup>1801</sup>. Ainsi, la jurisprudence admet que de telles primes demeurent dues dès lors que le licenciement est sans cause réelle et sérieuse<sup>1802</sup>. L'employeur ne pouvant se prévaloir de la clause de présence. Mais cette solution ne vaut que pour l'année en cours. C'est donc considérer que la clause de présence n'est « inopposable » que pour cette année. Or le salarié aurait pu être licencié pour motif réel et sérieux avant même la fin de l'année en cours ou au contraire ne pas l'être pendant de nombreuses années. Le recours au mécanisme de la perte de chance pouvait paraître davantage approprié. Il est d'autant plus étonnant que la Cour de cassation ne fasse pas appel à ce mécanisme, qu'elle en use dans le cadre des stock-options.

---

*licenciement, l'employeur ne pouvait s'en prévaloir* ».

Le cas échéant, le juge aura la possibilité de fixer lui-même un terme à la restitution (article 1900 du Code civil).

<sup>1800</sup>Cass. soc., 7 janvier 1992, Dr. soc. 1992, p. 190 : « *Un contrat peut prévoir que la partie du salaire stipulée sous forme de commissions ne sera versée que si le salarié est présent dans l'entreprise au moment où les conditions d'exigibilité de ces commissions sont remplies ; qu'une telle clause n'est pas purement potestative dès lors que son application dépend d'éléments qui sont pour partie étrangers à la volonté de l'employeur, que l'application de cette clause ne peut être écartée que si le salarié rapporte la preuve soit de la faute de l'employeur ayant empêché la réalisation de l'une de ces conditions, soit de la réduction de son salaire à un montant inférieur au minimum légal ou conventionnel* » (en l'espèce des chantiers n'avaient pas été ouverts mais ce n'était pas dû à la faute de l'employeur).

<sup>1801</sup> Cass. soc., 13 novembre 2002, n°00-46448 « *Attendu que la condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement ; Et attendu que la cour d'appel a estimé que l'employeur, qui s'était engagé unilatéralement au paiement d'une prime d'objectifs à la condition notamment de la présence de la salariée dans l'entreprise à la date de son versement, avait licencié sans cause réelle et sérieuse Mme X... ; que, les autres conditions d'attribution étant remplies, elle en a exactement déduit, sans inverser la charge de la preuve, que la prime était due* ».

Même si les primes d'objectifs ne peuvent plus être conditionnées par une clause de présence (Cass. soc., 18 juin 2008, n°07-40695), le raisonnement vaut toujours.

<sup>1802</sup> Cass. soc., 12 juillet 2006, n°04-46290, RJS 11/06, n°1170 : « *Attendu que la cour d'appel a estimé que l'employeur qui s'était engagé unilatéralement au paiement d'une prime de fin d'année à la condition, notamment, de la présence du salarié dans l'entreprise à la date de son versement, avait licencié sans cause réelle et sérieuse le salarié ; qu'elle en a exactement déduit que la prime était due* ».

## B. La perte de chance

**473. Le cas des stock-options.** La jurisprudence recourt au mécanisme de la perte de chance dans les hypothèses où un licenciement injustifié<sup>1803</sup> a privé le salarié de la possibilité de lever ses options. Au premier abord, une telle solution se justifie. L'exercice par le salarié de sa faculté d'option n'est qu'éventuel, il serait délicat que le salarié obtienne autant que s'il avait effectivement levé l'option. L'incertitude, d'ailleurs, est double. On ne sait ni si le salarié aurait effectivement levé l'option, ni à quel moment il aurait agi. La réparation à laquelle aura droit le salarié ne peut être que celle de la perte de chance de lever, voire de céder ses options. Elle ne peut correspondre à l'avantage qu'aurait procuré la levée d'option si elle s'était réalisée<sup>1804</sup>.

**474. Evaluation du préjudice.** Le licenciement sans cause réelle et sérieuse, en privant le salarié de son droit d'option peut être à l'origine d'un double préjudice, celui de la perte de la plus-value dite d'acquisition (différence entre le prix fixé initialement d'achat et la valeur de l'action à la date où la levée d'option est possible) et de la plus-value de cession (différence entre le prix initial et la valeur de l'action à la date où celle-ci est cédée)<sup>1805</sup>. Mis à part un arrêt isolé<sup>1806</sup>, la jurisprudence ne s'attache qu'au premier. Son évaluation dépendra alors du moment où le juge statue. En effet, selon que la période pendant laquelle le salarié aurait pu lever ses options est passée, non encore advenue ou en cours, les possibilités de calcul seront différentes<sup>1807</sup>.

Dans le premier cas, lorsque la période de levée d'option est passée, le gain perdu peut effectivement être calculé. La difficulté étant alors de savoir à quelle date le juge doit se placer. Si le salarié avait pu manifester son intention de lever l'option à une date précise,

---

<sup>1803</sup> En cas de clause contractuelle imputant à l'employeur la responsabilité de la rupture, le salarié n'aura pas droit à réparation de la perte de chance de lever ses options, sauf si une clause particulière le prévoit. (Cass. soc., 26 janvier 2011, Bull. civ. V, n°35). Une telle solution s'explique par le fait que la rupture n'est pas nécessairement à proprement parler injustifiée. En revanche, une prise d'acte produisant les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse devrait pouvoir donner droit à réparation de la perte de chance de lever les options.

<sup>1804</sup> Cass. soc., 18 mai 2011, n°10-12943 : Hypothèse où la Cour d'appel avait alloué au salarié le montant total de la plus-value qu'il aurait réalisée s'il avait levé ses options. : « *En statuant ainsi, la cour d'appel, qui s'est abstenue de mesurer la réparation allouée à la chance perdue, laquelle ne pouvait être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée, a violé le texte susvisé* ».

<sup>1805</sup> Ph. MONTANIER et J. KOVAC, Rep. dr. tr. Dalloz, V° Options sur action (stock-options), n°87, mars 2013.

<sup>1806</sup> CA PARIS, 8<sup>ème</sup> ch., 6 novembre 1997, n°95/00610, Juris-Data, n° 023309.

<sup>1807</sup> Cf. sur ce point F. de ROSTOLAN, « Perte de stock-options à la suite d'un licenciement : quel préjudice ? » JCP S. 2006, 2007.

le juge pourra la retenir. À défaut, il pourra se placer soit au début de la période possible de levée d'option, soit à la fin, soit encore opter pour la moyenne de la plus-value pendant toute cette période<sup>1808</sup>.

Mais octroyer l'équivalent de cette plus-value répare-t-elle véritablement une perte de chance ? N'est-ce pas en réalité considérer que le salarié aurait nécessairement levé les options ? Or, même si l'existence d'une plus-value est avérée pendant la période d'exercice de la levée d'option, il n'est pas certain que le salarié aurait effectivement exercé son droit. De plus, c'est aussi considérer qu'il aurait simultanément cédé ses actions, ce qui n'est pas non plus certain. S'ajoute la question de l'hypothèse où aucune plus-value d'acquisition n'aurait pu être concrètement réalisée. Faut-il nécessairement en déduire que le salarié n'a subi aucun préjudice ? On peut à première vue le penser. Néanmoins, le salarié aurait pu, malgré la conjoncture, lever ses options dans la perspective d'une plus-value, ultérieure, de cession. (Sans doute davantage probable lorsque le prix initial et le prix d'acquisition sont équivalents). En outre, la jurisprudence a admis que le salarié subissait du fait de la perte de la possibilité de lever ses options nécessairement un préjudice<sup>1809</sup>. On pourrait alors en conclure que le salarié a toujours droit à des dommages-intérêts. D'autant plus qu'à défaut, le salarié aura droit ou non à des dommages-intérêts selon le moment où le juge statue. En effet, on peut envisager l'hypothèse où, statuant avant l'ouverture même de la période d'exercice de levée d'option, le juge octroie des dommages-intérêts au titre de la perte de chance, alors que s'il avait été saisi ultérieurement, il aurait su qu'en l'occurrence aucune plus-value effective d'acquisition n'avait été réalisée et ne rien octroyer. Ainsi, la perte de chance devrait toujours être préférée même si *de facto* le résultat qu'aurait concrètement eu la levée d'option si elle avait été exercée ne peut être totalement occulté.

Dans le deuxième cas, lorsque la période de levée d'option est non encore advenue, le recours au mécanisme de la perte de chance est évident puisque le juge statue avant même que la période d'exercice de la levée d'option soit ouverte. Le juge devra alors prendre en considération les perspectives d'évolution des actions en cause, lesquelles

---

<sup>1808</sup> F. de ROSTOLAN, « Perte de stock-options... », art. préc.

<sup>1809</sup> « *Le salarié n'avait pu, du fait de son licenciement sans cause réelle et sérieuse, lever les options sur titres et qu'il en était nécessairement résulté un préjudice qui devait être réparé* » : Cass. soc., 29 septembre 2004, JCP E. 2004, 1902, note S. GRANDVUILLEMIN ; Rev. des Soc. 2005, p. 396, note B. SAINTOURENS. – Cass. soc., 29 janvier 2014, Bull. Joly Soc., 1<sup>er</sup> avril 2014, n°4, p. 238. – Cass. soc., 29 janvier 2013, n°11-24406.

seront *a priori* d'autant plus discernables que la date d'ouverture de la période d'exercice sera proche.

Le troisième cas – hypothèse où la période de levée d'option est en cours – oscille entre la première situation, le juge pouvant se placer à une date déterminée (par exemple la date du début de la période d'exercice ou la date à laquelle il est saisi<sup>1810</sup>), et la deuxième, anticipant les perspectives d'évolution pendant la durée restant à courir.

**475. De l'inopposabilité de la clause de présence.** En ne permettant pas au salarié de lever ses options après la rupture de son contrat, alors même que celle-ci est injustifiée<sup>1811</sup>, la jurisprudence reprend le raisonnement qu'elle tient face aux promesses (ou engagements) unilatérales. Les critiques opposées à son refus de l'exécution forcée<sup>1812</sup> peuvent être reprises ici, notamment lorsque les plans de stock-options sont à durée déterminée.

Certes, la philosophie sous-jacente des plans de stock-options tient initialement à la volonté d'associer les salariés, en tant que tels, à la vie de la société. Mais de tels plans sont souvent davantage perçus comme un simple complément de rémunération. En licenciant sans cause réelle et sérieuse son salarié, l'employeur le prive injustement de ce complément. On pourrait alors préférer l'« inopposabilité » de la clause de présence à la réparation de la perte de chance. La Cour de cassation avait d'ailleurs elle-même pu sembler emprunter cette voie. Dans un arrêt de 2002, la chambre sociale cassait l'arrêt de la Cour d'appel pour ne pas avoir recherché « *si les clauses [de présence] étaient opposables au salarié et si elles pouvaient recevoir application en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse* »<sup>1813</sup>.

Une telle solution aurait pour avantage d'éviter la difficulté liée à l'évaluation des dommages-intérêts et de résoudre la difficulté de savoir si le salarié aurait ou non acquis ou cédé telle ou telle action. Elle serait *a priori* davantage satisfaisante que la réparation pour perte de chance. Mais elle n'est envisageable que si la période d'exercice n'est pas

---

<sup>1810</sup> F. de ROSTOLAN, « Perte de stock-options ... », art. préc.

<sup>1811</sup> Cass. soc., 1<sup>er</sup> décembre 2005, Dr. soc. 2005, p. 452, note Ch. RADÉ ; Bull. Joly Soc., 1<sup>er</sup> avril 2006, n°4, p. 507, note G. AUZÉRO. – Cass. soc., 2 février 2006, Bull. civ. V, n°55. – Cass. soc., 7 juin 2006, n°04-46722 : « *Le salarié, qui ne peut, du fait de son licenciement sans cause réelle et sérieuse, exercer les options sur titre qui lui avaient été attribuées, a droit à la réparation du préjudice qui en résulte pour lui et non au maintien des options* ».

<sup>1812</sup> Supra n°65.

<sup>1813</sup> Cass. soc., 15 janvier 2002, Bull. Joly Soc., 1<sup>er</sup> mai 2002, n°5, p. 633, note H. LE NABASQUE.

expirée. À défaut, le recours à la réparation de la perte de chance est la seule solution. En outre, elle ne prend pas en considération le fait que le salarié aurait pu, dans l'hypothèse où il n'aurait effectivement pas été licencié, subir ultérieurement une rupture cette fois-ci justifiée, voire aurait démissionné, avant le début de la période d'exercice. Dans ces conditions, l'« inopposabilité » de la clause de présence aurait, en outre, pour effet de « punir » l'employeur.

**476. Conclusion du Chapitre II.** Les actes irréguliers au fond, c'est-à-dire les actes ne respectant pas la finalité qui leur est assignée ou l'exigence de motifs dont ils sont assortis, se situent au delà du simple abus de droit. Ils devraient, à ce titre, pouvoir être remis en cause. Autrement dit, le changement, ou la rupture du contrat, devrait être considéré comme inefficace, le contrat initial se poursuivant. Mais le droit du travail refuse cette solution. Or, s'il est vrai que l'impossibilité de recourir à la contrainte physique empêche effectivement d'imposer au salarié une réintégration dont il ne veut pas, un tel obstacle perd de sa pertinence face à l'employeur, d'autant plus lorsqu'il est une personne morale. Ce sont en réalité des considérations de politique législative qui ont imposé qu'un licenciement injustifié soit sanctionné non par sa nullité et la réintégration corrélative du salarié, mais par l'octroi de dommages-intérêts.

Les difficultés pratiques du « retour » au contrat initial ne pouvaient cependant pas être niées. Le choix du droit du travail d'opter, moyennant indemnisation, pour une rupture efficace, malgré son irrégularité au fond, se conçoit alors. Cette indemnisation venant, *a priori*, réparer le préjudice subi par le salarié. Mais le recours au mécanisme du forfait-plancher lorsqu'est en cause un licenciement sans cause réelle ou sérieuse, ou en cas de rupture anticipée injustifiée par l'employeur d'un contrat à durée déterminée, implique qu'un montant minimum est toujours dû quel que soit le préjudice matériel effectivement subi. Un tel forfait suppose donc, si l'on veut toujours raisonner en termes de réparation, de faire appel à un préjudice « moral », tenant au seul fait d'avoir subi une rupture injustifiée. Cependant, ce mécanisme du forfait-plancher permet une autre analyse de l'indemnisation perçue. L'existence d'un tel forfait permet en effet de délaissier les règles classiques de la réparation et de considérer qu'il s'agit en réalité de l'expression d'une peine privée à l'encontre de l'employeur. Une telle approche paraît particulièrement adaptée à l'hypothèse de la rupture anticipée injustifiée du contrat à durée déterminée puisque l'employeur est alors tenu de verser l'ensemble des rémunérations que le salarié aurait dû percevoir jusqu'au terme du contrat sans qu'il

puisse bénéficier de contrepartie et sans référence au préjudice matériel du salarié effectivement subi. Une dernière façon d'appréhender ce forfait-plancher est néanmoins encore possible. Puisqu'il est dû quel que soit le comportement de l'employeur, il viendrait directement compenser l'illicéité de l'acte intervenu. Reste que la jurisprudence se détache difficilement de la référence au préjudice subi et d'un raisonnement en termes de responsabilité. Il est certain, en revanche, que la mise en place d'un forfait-plafond sonnerait, pour sa part, le glas du principe de réparation intégrale.

Si le choix de l'effectivité d'une rupture irrégulière au fond est souvent opportun, sa portée doit cependant être pleinement envisagée. Cette efficacité de la rupture peut, en effet, avoir pour conséquence de priver le salarié de droits dont il aurait pu bénéficier s'il n'avait pas été injustement licencié. En effet, les primes, prêts et stock-options soumis à condition de présence échappent au grief de pure potestativité dans la mesure où la rupture du contrat ne peut dépendre de la seule volonté de l'employeur. À partir du moment où le licenciement est sans cause réelle et sérieuse, la condition de présence tombe sous le joug de l'article 1178 du Code civil. Afin de sanctionner de telles hypothèses, la jurisprudence use de deux mécanismes, celui de l'inopposabilité de la clause de présence (ce sera le cas du prêt ou de la prime) et celui de la « perte de chance » (ce sera l'hypothèse des stock-options)<sup>1814</sup>.

**477. Conclusion du Titre I.** L'altération du droit potestatif, que ce dernier soit finalisé ou justifié, implique un contrôle au fond de l'acte par lequel le titulaire a usé de son droit. Le respect de la finalité ou l'existence réelle d'un motif sérieux doit pouvoir être contrôlé. Ce contrôle varie en principe selon l'amoindrissement de potestativité considéré, prenant la forme du détournement de finalité du droit pour les droits finalisés et celui de la disproportion pour les droits justifiés.

Mais, alors qu'un acte détourné de sa finalité, ou injustifié, se situe au-delà de l'abus de droit et pourrait ainsi se voir sanctionner par son inefficacité, le droit du travail a fait le choix d'une sanction pécuniaire. Ainsi, une rupture injustifiée demeure une rupture efficace, l'employeur, étant alors, en principe, condamné, au minimum, à un « forfait-plancher ». Mais l'effectivité de la rupture injustifiée, si elle écarte certes les difficultés

---

<sup>1814</sup> Alors même que la Cour aurait pu inverser son raisonnement et préférer la perte de chance pour la prime sous condition de présence et celle de l'inopposabilité pour les stock-options lorsque la période d'exercice n'est pas expirée. Cf. supra n°475.

pratiques d'une réintégration du salarié laisse alors place à la problématique des droits soumis à condition de présence. Injustement privé de son emploi, le salarié sera ainsi également injustement privé de ses droits soumis à condition de présence. Afin de condamner l'employeur au versement de dommages-intérêts pour réparer le préjudice subi, la jurisprudence recourt tantôt au mécanisme de l'inopposabilité de la clause de présence tantôt à la perte de chance.

## TITRE II LES LIMITES TIREES DE LA CONSIDERATION DU DESTINATAIRE DE L'ACTE

**478. *La prise en considération du cocontractant.*** L'exercice d'un droit potestatif n'est pas seulement limité par le respect d'une finalité ou l'exigence d'un événement objectif déclencheur (déjà y échappent les droits purement potestatifs), mais, comme tout droit subjectif, il se trouve également limité par la prise en considération du destinataire même de l'acte. Par définition, la modification ou la rupture unilatérale du contrat cause un préjudice à celui qui la subit. Partant, le titulaire du droit ne peut en abuser. Les circonstances entourant le changement des conditions de travail ou la rupture du contrat de travail, le comportement du titulaire du droit, doivent ainsi répondre à l'exigence de bonne foi. La jurisprudence tend même à prescrire une certaine manière de procéder. Il s'agit alors de tempérer les effets préjudiciables du droit potestatif, sans en principe remettre en cause ce dernier.

**479. *La prise en considération du salarié, individu.*** Dans une relation de travail, la prise en considération du destinataire, lorsqu'est en cause le salarié, implique une autre limite : celle des droits et libertés fondamentaux du salarié. En effet, de nombreuses normes, tant nationales qu'internationales, en garantissent le respect. Si des atteintes sont néanmoins possibles au sein de la relation de travail, ce n'est que sous le prisme de l'article L. 1121-1 du Code du travail, c'est-à-dire à la condition d'être justifiées et proportionnées. Les droits potestatifs de l'employeur, en imposant un changement de conditions de travail ou une rupture du contrat de travail peuvent éventuellement porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux du salarié. Si cette atteinte apparaît alors disproportionnée ou injustifiée, la sanction en sera drastique, puisque le licenciement sera en principe nul.

**480. *Plan.*** Non seulement le titulaire du droit potestatif ne peut user de son droit abusivement, mais plus encore, il peut se trouver limité par les droits et libertés fondamentaux du salarié. La prise en considération du destinataire de l'acte implique tant le contrôle du comportement du bénéficiaire du droit (Chapitre I) que la protection

des droits et libertés fondamentaux du salarié lorsque c'est ce dernier qui subit l'exercice d'un droit potestatif (Chapitre II).

## Chapitre I. Le contrôle du comportement du bénéficiaire du droit

**481. Application de l'article 1134, alinéa 3, du Code civil.** Le bénéficiaire d'un droit potestatif ne peut en user que de manière loyale. L'article 1134, alinéa 3, du Code civil « *[Les conventions] doivent être exécutées de bonne foi* » s'applique, selon la jurisprudence, aux prérogatives unilatérales contractuelles<sup>1815</sup> alors même qu'elles auraient comme objet l'extinction – et non l'exécution – du contrat. Le terme « contractuel » ne doit pas induire en erreur. Il ne s'agit pas de réserver le contrôle du manquement à la bonne foi aux seules prérogatives trouvant leur source dans une clause du contrat. La résiliation et la résolution unilatérale par exemple sont tout autant sujettes à l'abus de droit (au sens de manquement à la bonne foi<sup>1816</sup>) qu'une clause résolutoire ou de dédit. Les droits potestatifs tant de l'employeur que du salarié s'exprimant par des actes unilatéraux sont ainsi soumis à l'exigence de bonne foi.

**482. D'une directive d'interprétation à une directive de comportement.** L'évolution de la lecture de l'article 1134, alinéa 3, du Code civil est remarquable<sup>1817</sup>. Initialement vue comme un simple rappel de l'abandon de la distinction romaine<sup>1818</sup> entre contrat de droit strict (contenu déterminé par le sens littéral des termes du contrat ou des formalités

---

<sup>1815</sup> Cass. com., 10 juillet 2007, in F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, GAGC, tome 2, Dalloz, 2008, 12<sup>ème</sup> éd., n°164 ; CCC, décembre 2007, comm. 294, L. LEVENEUR ; D. 2007, p. 2839, note Ph. STOFFEL-MUNCK, p. 2844, note P.-Y. GAUTIER et p. 2972, obs. B. FAUVARQUE-COSSON ; Rep. Defrénois 2007, p. 1454, obs. É. SAVAUX ; JCP G. 2007, II, 10154, note D. HOUTCIEFF ; RDC 2007, p. 1107, obs. L. AYNÈS et p. 1110, obs. D. MAZEAUD ; RTD civ. 2007, p. 773, obs. B. FAGES ; RLDC 2008, p. 6, note Ph. DELEBECQUE.

Réaffirmé depuis. Ex. : Cass. com., 15 mars 2011, n°09-13299.

<sup>1816</sup> Infra n°495.

<sup>1817</sup> Sur cette évolution cf. not. G. LYON-CAEN, « De l'évolution de la notion de bonne foi », RTD civ. 1946, p. 75 ; A. BÉNABENT, « La bonne foi dans l'exécution du contrat, Rapport français », in *La bonne foi, Travaux de l'Association Henri CAPITANT*, tome XLIII, Litec, 1994, p. 737 ; Y. PICOD, « L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat », in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p. 57 ; D. COHEN, « La bonne foi contractuelle : éclipse et renaissance », in *1804-2004, Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 517.

<sup>1818</sup> J. de MALLEVILLE, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État*, 1807, tome III, p. 33 ; Ch.-B.-M. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, 1821, tome VI, Paris, n°195 ; Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code napoléon, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, tome I, Paris, 1868, p. 360 et s.

V. déjà J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 1<sup>ère</sup> partie, Livre 1<sup>er</sup>, Titre 1<sup>er</sup>, section 3, XII, nouvelle édition revue et corrigée par M. de HERICOURT, Paris, 1735.

Contra Ph. JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, th. préc., n°159 et s.

accomplies) et contrat de bonne foi (interprétation plus souple)<sup>1819</sup>, la référence à la bonne foi était entendue comme une règle d'interprétation des contrats fondée sur l'intention des parties<sup>1820</sup>. Mais retenir cette approche, c'était d'une part, se soumettre au dogme de l'autonomie de la volonté et, d'autre part, faire de l'article 1134, alinéa 3, du Code civil une simple redondance de l'article 1156 du Code civil : « *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* »<sup>1821</sup>. Or la seule recherche de la commune intention des parties ne suffit pas toujours à combler les lacunes du contrat<sup>1822</sup>. La bonne foi permet au contraire « d'assouplir » le contrat. L'interprétation dont celui-ci doit faire l'objet s'écarte alors de la réalité de la volonté des parties pour se diriger vers ce qu'elle devrait être. L'exigence de bonne foi permet d'aller au-delà de la seule intention des parties pour apprécier leur comportement<sup>1823</sup> à l'aune d'un standard objectif. En ce sens, l'exigence de bonne foi est une norme de comportement.

**483. De l'absence de mauvaise foi à la coopération.** La jurisprudence ne se contente pas d'un comportement *neutre*, exempt de mauvaise foi, mais exige des comportements *positifs*. Les cocontractants ne doivent pas seulement *s'abstenir*, mais *coopérer*<sup>1824</sup>. Les termes employés sont symptomatiques : exigence ou obligation de loyauté, de coopération, de collaboration, *etc.* Le degré exigé étant alors fonction de la nature du contrat, de la technicité de la prestation et/ou de la qualité des parties<sup>1825</sup>. Pas à pas, la jurisprudence en est venue à « découvrir » de nouvelles obligations au sein de certains contrats. On songe ainsi aux diverses obligations de conseil, de renseignement voire de sécurité parfois imposées. L'exigence de bonne foi remplirait ainsi deux fonctions, l'une de direction des comportements, l'autre d'enrichissement du contenu même du contrat. On retrouve ici l'analyse de certains auteurs distinguant entre la bonne foi du contractant

---

<sup>1819</sup> Cf. G. MAY, *Éléments de droit romain à l'usage des étudiants des Facultés de droit*, Paris, Sirey, 1920 ; J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2002, n°466.

<sup>1820</sup> Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariae*, tome IV, Paris, 1902, p. 563.

<sup>1821</sup> M.-N. ROUSPIDE-KATCHADOURIAN, *Le juge et le contrat de travail...*, th. préc., n°229.

<sup>1822</sup> M.-N. ROUSPIDE-KATCHADOURIAN, *Le juge et le contrat de travail...*, th. préc., n°232.

<sup>1823</sup> A. BÉNABENT, « La bonne foi dans l'exécution du contrat, Rapport français », in *La bonne foi, Travaux de l'Association Henri CAPITANT*, tome XLIII, Litec, 1994, p. 291.

<sup>1824</sup> J. MESTRE, « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », RTD civ. 1986, p. 100.

<sup>1825</sup> Y. PICOD, « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », JCP G. 1998, I, 3318. Ph. Le TOURNEAU et M. POULMAREDE, Rep. dr. civ. Dalloz, V°Bonne foi, octobre 2014.

et la bonne foi contractuelle<sup>1826</sup>. Mais ce faisant, l'exigence de loyauté n'est-elle pas dépassée ? Le concept de bonne foi n'est-il pas en réalité « forcé » ? La systématisation de certains comportements invite effectivement à s'interroger. Il paraît possible d'affirmer que certaines hypothèses sont en réalité au-delà de l'abus de comportement. On peut dès lors parler de « forçage »<sup>1827</sup>.

**484. Plan.** L'exigence de bonne foi se présente en principe comme une norme comportementale (Section I), mais « forcée », elle permet également l'ajout au contrat (Section II).

### Section I L'exigence de bonne foi, norme comportementale

**485. Plan.** Le concept de bonne foi a suscité de nombreux débats. Appliqué au contrat, son appréhension dépend en réalité des évolutions conceptuelles de ce dernier. On comprend alors qu'il soit difficile d'en déterminer avec précision la nature (I). Comprise comme une norme prescriptive, l'exigence de bonne foi permet d'apprécier le comportement des cocontractants à l'aune d'un standard. Le manquement à la bonne foi se présente donc comme une faute de comportement (II). Ce faisant, il se distingue d'éventuels autres abus, notamment ceux tirés du bien-fondé de l'acte<sup>1828</sup>. En effet, le contrôle de la manière d'agir du bénéficiaire du droit n'est pas le contrôle des motifs ou de la finalité de ce droit. Il n'est cependant pas toujours aisé d'opérer de telles distinctions.

#### I. La nature de l'exigence de bonne foi

**486. Tiraillements.** L'évolution du concept même du contrat – notamment par la recherche de « nouveaux » fondements à sa force obligatoire – n'est pas sans incidence sur l'approche retenue de la bonne foi. Si, historiquement, la bonne foi était avant tout comprise comme une exigence de morale, elle fera ultérieurement l'objet d'une autre

---

<sup>1826</sup> R. VOUIN, *La bonne foi, notion et rôle actuels en droit privé français*, LGDJ, 1939, p. 145 ; Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ, 1989, p. 79.

<sup>1827</sup> Expression empruntée à Ph. MALAURIE et L. AYNÈS in *Les obligations, op. cit.*, n°611.

<sup>1828</sup> Ph. STOFFEL-MUNCK, « La rupture du contrat, Rapport français », in *Le contrat, Travaux de l'Association Henri CAPITANT*, tome LV, Société de législation comparée, 2005, p. 803. *Adde*, du même auteur, note sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 5 novembre 2003, RDC 2004, p. 637.

analyse issue de l'utilité économique de l'opération juridique envisagée. La bonne foi paraît ainsi tiraillée entre la morale et l'utilité (A). Par ailleurs, le terme « d'obligation » de bonne foi, parfois employé par la jurisprudence<sup>1829</sup>, suscite l'interrogation. Les débats s'articulent alors autour de la question de savoir s'il s'agit effectivement d'une véritable obligation ou s'il ne faudrait pas préférer analyser la bonne foi comme un devoir (B).

#### A. *La bonne foi, entre morale et utilité*

**487. Le fondement de la bonne foi.** La justification de l'exigence de bonne foi dans le contrat dépend de la conception retenue de ce dernier. En ce sens, le rattachement à la morale ou à l'utilité ne peut être qu'un choix axiologique (1). Néanmoins, puisqu'il s'agit ici de s'intéresser à des prérogatives unilatérales, l'analyse peut différer selon que ces dernières concernent l'exécution du contrat ou son extinction. L'objet même de l'exigence de bonne foi doit être pris en considération (2).

##### 1. *Un choix axiologique*

**488. Droit et morale.** Les rapports entretenus entre le droit et la morale sont une problématique récurrente en Droit<sup>1830</sup>. On enseigne volontiers que malgré certaines ressemblances, ce sont surtout des différences (de contenu, de finalités, de sanctions *etc.*) qui prévalent. Si l'on ne peut alors nier, d'un point de vue historique<sup>1831</sup>, la coloration « morale » de l'article 1134 du Code civil, n'était-ce pas alors intégrer au sein du Droit une règle morale<sup>1832</sup> dont il aurait pourtant fallu se détacher ? Le reproche a pu être fait<sup>1833</sup>. Par ailleurs, la morale souffre parfois d'une connotation péjorative. Jugée trop « idéaliste », trop floue, trop subjective, et sans doute trop liée à la religion, elle tend à être écartée. L'approche scientifique, voire scientiste, du Droit au XIX<sup>ème</sup> siècle

---

<sup>1829</sup> Ex. : Cass. soc., 21 septembre 2006, D. 2006, p. 2901, note H. KOBINA GABA ; RTD civ. 2007, p. 114, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

<sup>1830</sup> Parmi une littérature abondante, cf. not. F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 2015, 10<sup>ème</sup> éd., n°11 et s. ; H.-L.-A HART, *Le concept de droit*, traduit par M. VAN de KERCHOVE, Facultés universitaires Saint Louis, 2<sup>ème</sup> éd. 2005.

<sup>1831</sup> J.-L. GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations*, 1992, PUF, n°71.

<sup>1832</sup> G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, *op. cit.*, n°157; Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat*, th. préc., n° 59.

<sup>1833</sup> M. VILLEY, « Droit et morale », in *Seize essais de philosophie du droit*, 1969, p. 119 cité par B. JALUZOT, *La bonne foi dans les contrats, Etude comparative de droit français, allemand et japonais*, Dalloz, 2001, n°228.

s'efforçant d'en expurger toute référence métaphysique<sup>1834</sup> a sans doute sa part de responsabilité dans cette évolution. De la même manière que l'on réfute la morale comme fondement de la force obligatoire des contrats<sup>1835</sup>, on en vient à l'écartier de la bonne foi de l'article 1134, alinéa 3, du Code civil et à lui préférer une vision de « l'utile »<sup>1836</sup>. Ainsi, à côté de l'approche traditionnelle de la bonne foi vue comme un moyen de « moraliser » les comportements au sein d'un contrat, éclot une autre justification : celle, économique, de la réalisation du contrat.

**489. Les approches « moralisatrice » et « utilitariste » de la bonne foi.** La première conception, à laquelle se rattachent sans doute les « solidaristes », est une vision du contrat où chaque partie doit prendre en considération les intérêts de l'autre<sup>1837</sup>. Résolument tournée vers le cocontractant débiteur ou le sujet « passif », elle permet

<sup>1834</sup> Développement des « théories pures du Droit », notamment en réaction à la « philosophie du droit ». Cf. not. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, LGDJ, 1962, rééd., 1999.

<sup>1835</sup> Sur les différents fondements proposés, cf. R. LOIR, *Les fondements de l'exigence de bonne foi en droit français des contrats*, mémoire, Lille II, 2002.

<sup>1836</sup> En ce sens : G. WICKER, « Force obligatoire et contenu du contrat », in *Les concepts contractuels à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Dalloz, 2003, p. 155 ; S. LEQUETTE, *Le contrat-coopération...*, th. préc., not. n°428.

Sur « l'utile et le juste » cf. J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », D. 1982, p. 1 ; J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, tome 1, *Le contrat, le consentement*, LGDJ, 2013, 4<sup>ème</sup> éd., n°169 et s.

<sup>1837</sup> En ce sens, C. GUELFUCCI-THIBIERGE, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », RTD civ. 1997, p. 357 ; F. DIESSE, « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », in *Le droit et l'immatériel*, Arch. phil. dr., t. 43, 1999, p. 259.

Cf. sur le courant du solidarisme contractuel (inspiré de Demogue, *Traité des obligations en général, II, Effets des obligations*, tome 6, éd. A. Rousseau & cie, 1931, n° 3 : « Les contractants forment une sorte de microcosme. C'est une petite société où chacun doit travailler pour 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 ».) : Ch. JAMIN : « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXIème siècle, Études offertes à Jacques GHESTIN*, LGDJ, 2001, p. 441 et « Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique », in *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004, p. 165 ; D. MAZEAUD : « Loyauté, solidarité, fraternité... », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François TERRÉ*, Dalloz, 1999, p. 603, « Le nouvel ordre contractuel », RDC 2003, p. 295, « Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel. Ne risque-t-on pas d'aller trop loin ? », in *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003, p. 143, « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », in *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004, p. 57 et « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises », *Mélanges en l'honneur du professeur Jean HAUSER*, Dalloz/LexisNexis, 2012, p. 905 ; L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, 2004, Economica.

Adde M. MIGNON, « De la solidarité en général et du solidarisme contractuel en particulier ou Le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité ? », RRJ, droit prospectif, 2004, p. 2153 ; O. AMIEL, « La place actuelle du solidarisme de Léon Bourgeois », RRJ, droit prospectif, 2008, p. 1143 ; Y. LEQUETTE, « Bilan des solidarismes contractuels », *Mélanges offerts à Paul DIDER, études de droit privé*, Economica 2008, p. 247 et « Retour sur le solidarisme: le rendez-vous manqué des solidaristes français avec la dogmatique juridique », *Mélanges en l'honneur du professeur Jean HAUSER*, Dalloz/LexisNexis, 2012, p. 879.

effectivement de « moraliser » les comportements, ou, du moins, de considérer le contrat comme « *un instrument de civilité* »<sup>1838</sup>. La seconde conception, en revanche, considère que si le contrat lie ceux qui y ont consenti, ce n'est pas parce qu'il est *bien* de respecter ses engagements, ou s'il faut l'exécuter de bonne foi, ce n'est pas qu'il serait *immoral* d'être de mauvaise foi, mais c'est parce qu'à défaut, le contrat perdrait toute utilité. Il ne s'agit pas tant d'être loyal à son cocontractant qu'au contrat lui-même. La loyauté n'a alors vocation qu'à permettre l'effectivité du but recherché par le contrat<sup>1839</sup>.

**490. Le choix de l'approche.** Le choix opéré entre ces deux approches dépend en réalité de la conception que l'on retient du contrat lui-même. En d'autres termes, la conception de la bonne foi est fonction de la vision que l'on a des rapports sociaux<sup>1840</sup>. Ceux-ci sont l'objet même du Droit. Ce dernier est nécessairement porteur de valeurs<sup>1841</sup>. Préférer comme fin du Droit, et en particulier du contrat, l'utilité à un idéal réputé inatteignable est un choix axiologique. Il s'agit toujours de confronter un comportement avec ce qu'il aurait dû être. Une représentation de l'Homme et de la Société est nécessaire à l'appréhension de ces différents concepts.

Certes, l'analyse « économique » paraît moins subjective que l'approche morale. Elle est peut-être même davantage réaliste. Faut-il pour autant conclure que ces deux approches sont nécessairement antagonistes ? Il est permis d'adopter une vision plus nuancée. Écarter tout lien avec l'économie du contrat paraît vain. Les « solidaristes » eux-mêmes admettent que l'objectif poursuivi demeure celui de retirer toute l'utilité du contrat<sup>1842</sup>. La « morale » prônée n'est alors pas désintéressée<sup>1843</sup>. Elle est finalisée. Mais écarter

---

<sup>1838</sup> Ch. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », art. préc., p. 471 *in fine*.

<sup>1839</sup> Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, th. préc., n°69 et 84 ; M.-N. ROUSPIDE-KATCHADOURIAN, *Le juge et le contrat de travail...*, th. préc., n°236.

<sup>1840</sup> J. MESTRE, « Pour un principe directeur de bonne foi mieux précisé », *Rev. Lamy dr. civ.*, 2009, n°58 : « *L'exigence de bonne foi suscite dans le droit des contrats autant d'adhésions spontanées que de craintes affirmées. Ce qui se comprend assez bien tant, à travers cette exigence, chacun de nous projette le plus souvent sa conception du contrat et peut-être, plus profondément encore, sa vision des rapports sociaux* ».

<sup>1841</sup> P. ROUBIER, « Philosophie du droit et théorie générale du droit », *in Qu'est-ce que la philosophie du droit ?*, *Arch. phil. dr.*, t.7, 1962, p. 149 et s. ; M. VIRALLY, *La pensée juridique*, 1960, rééd. 2010, Panthéon-Assas, p. 24 et s. ; J.-P. CHAZAL, « Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique », *Arch. phil. dr.*, t. 44, 2001, p. 201.

<sup>1842</sup> D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité... », art. préc.

<sup>1843</sup> Ph. le TOURNEAU et M. POUMARÈDE, *Rep. dr. civ. Dalloz*, V° Bonne foi : « *C'est alors à une morale édulcorée que l'on a affaire, car mâtinée par un intérêt : la bonne foi est, en droit, le plus souvent pratiquée dans une vue utilitariste* ».

tout lien avec la morale apparaît tout autant critiquable. Comment nier l'aspect moral de la bonne foi, notamment lorsque l'on s'intéresse à son envers, la mauvaise foi, l'intention de nuire *etc.*<sup>1844</sup> ? Par ailleurs, il faut prendre en considération l'objet même de la bonne foi.

## 2. *L'objet de l'exigence de loyauté*

**491. Problématique.** Rappelons que sont en cause des droits potestatifs, c'est-à-dire des prérogatives unilatérales pouvant avoir pour objet soit la modification du contrat soit son extinction. Or, si l'approche « utilitariste » permet de comprendre l'exécution de bonne foi du contrat – et partant l'exercice d'un droit potestatif de modification – comme son *exécution utile*, qu'en est-il lorsqu'est en cause non plus l'exécution mais l'*extinction* du contrat ? Ainsi, la fonction même de la prérogative en cause – modification ou extinction du contrat – influe sur l'approche retenue de la bonne foi (a). Mais il faut encore s'arrêter sur la terminologie employée tant par la doctrine que la jurisprudence. En effet, les termes de « manquement à la bonne foi » font parfois place à ceux d'« abus de droit » (b). Les expressions ne sont cependant pas synonymes. Elles se recoupent néanmoins parfois.

### *a. Le contenu de l'exigence de bonne foi, fonction de l'effet du droit potestatif*

**492. L'exécution du contrat.** Les deux approches proposées (considération des intérêts de son cocontractant ou effectivité de la réalisation du contrat) paraissent *a priori* admissibles. Ainsi, la jurisprudence condamnant l'employeur n'ayant pas pris en considération l'absence de transports en commun sur le nouveau lieu de travail de son salarié pourrait tant se justifier par la prise en considération de l'intérêt du cocontractant que par un impératif d'efficacité économique. La Cour de cassation paraît cependant préférer la seconde approche lorsqu'elle met l'accent sur l'impossibilité de travailler<sup>1845</sup>

---

<sup>1844</sup> Ph. le TOURNEAU et M. POUMARÈDE, Rep. dr. civ. Dalloz, V° Bonne foi, préc.

<sup>1845</sup> Cass. soc., 10 janvier 2001, Dr. soc. 2001, p. 553, obs. J. SAVATIER : « *La salariée se trouvait dans l'impossibilité en l'absence de transport en commun de se rendre à l'heure prévue sur le nouveau lieu de travail qui lui était imposé* ». – Cass. soc. 25 mars 2009, n° 07-45281 : « *Qu'en statuant ainsi, sans rechercher comme l'y invitait la salariée, si l'abus de droit par l'employeur dans la mise en œuvre de la clause de mobilité ne résultait pas du fait que le poste auquel la salariée était affectée située à environ cent cinquante kilomètres de son domicile n'était pas desservi par les transports en commun, qu'elle ne disposait pas d'un moyen de transport personnel et que l'employeur ne lui avait pas assuré les moyens*

du salarié. Autrement dit, si l'employeur a le devoir de s'intéresser aux difficultés de transport rencontrées par son salarié, c'est moins dans un souci altruiste que dans celui de la finalité économique de l'exécution efficace du contrat. La terminologie employée par la jurisprudence dans une affaire où était en cause la suppression d'un avantage par l'employeur invite à opérer un parallèle avec l'article 1178 du Code civil : « *Alors que l'employeur, prenant en compte la spécificité de son travail d'inventoriste en équipe et l'horaire exceptionnel de prise du travail, faisait prendre la salariée depuis plus de dix ans à son domicile par un véhicule de l'entreprise et, cessant de la faire bénéficier de cet avantage lié à sa fonction, l'avait mise dans l'impossibilité de travailler, ce qui caractérisait un manquement de l'employeur à l'exécution de bonne foi du contrat de travail* »<sup>1846</sup>. La logique mise en œuvre s'apparente à celle réputant accomplie la condition ne s'étant pas réalisée du fait du débiteur. Dès lors que c'est l'employeur qui, par sa décision, a placé le salarié dans l'impossibilité de travailler, il doit en assumer les conséquences. Imposer à l'employeur lorsqu'il met en œuvre une clause de mobilité de prendre en considération les moyens de transport à la disposition du salarié exprime l'idée selon laquelle le salarié doit être à même de pouvoir accomplir sa prestation. La finalité poursuivie est bien celle de l'exécution du contrat, plus précisément de sa pérennité<sup>1847</sup>. L'employeur ne devant pas empêcher, par sa propre action, le salarié de travailler. La chambre sociale paraît ainsi faire sienne l'analyse « utilitariste » du contrat, et partant, de la bonne foi. Mais la perspective en cause ici est celle de l'exécution du contrat. L'employeur peut user de ses prérogatives unilatérales de modification mais de manière à ce que le salarié puisse continuer d'offrir sa prestation. Il est dès lors difficile de retenir la même conception lorsqu'est en cause l'extinction du contrat.

**493. L'extinction du contrat.** Comment justifier en cas de rupture du contrat l'exigence de bonne foi ? Il ne peut être ici question de préservation du contrat ou du

---

*de se rendre sur son nouveau lieu de travail, ce dont il résultait son absence de faute à l'origine de son licenciement, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des articles susvisés ».*

<sup>1846</sup> Cass. soc., 10 mai 2006, Dr. soc. 2006, p. 803, obs. J. SAVATIER ; JCP S. 2006, 1727, note B. BOSSU.

<sup>1847</sup> « Nouvelle » valeur juridique s'exprimant par le souci de préserver le lien contractuel quitte, d'ailleurs, à en admettre une certaine flexibilité. Cf. not. D. MAZEAUD, « La révision du contrat », LPA, 30 juin 2005, n°129, p. 4 ; A.-S. LAVEFVE-LABORDERIE, *La pérennité contractuelle*, LGDJ, 2005.

souci de son efficacité économique. La loyauté en cause ne peut concerner le contrat, elle ne peut concerner que le cocontractant. On retrouverait ici l'idée de « moralisation » des comportements. Certes, certaines règles entourant la rupture (et l'on songe en particulier à la mise en demeure) ont encore vocation à « sauver » le contrat et donc à s'inscrire davantage dans une démarche d'efficacité et de pérennité de ce dernier que dans une perspective altruiste envers le cocontractant. Reste que lorsque le droit éteint le contrat, l'exigence de bonne foi se comprend avant tout comme la prise en considération de l'intérêt de celui subissant la rupture. L'unilatéralisme de la prérogative serait alors le critère justificatif<sup>1848</sup>.

**494. Synthèse.** Il faudrait distinguer les droits potestatifs selon leur fonction d'éteindre ou de modifier le contrat. Dans le premier cas, unilatéralisme et exigence de pérennité se complètent pour imposer le respect d'un certain comportement. L'utilité et la morale demeurent alors liées. En revanche, lorsqu'est en cause une prérogative extinctive, il s'agit surtout de morale ou de civilité.

*b. L'articulation des notions d'abus de droit et de manquement à la bonne foi*

**495. Flux et reflux.** La doctrine, comme la jurisprudence, emploient tantôt le terme d'abus de droit, tantôt celui de manquement à la bonne foi, sans toujours opérer de distinction. A été émise l'hypothèse selon laquelle le choix de l'un ou l'autre exprimerait une différence de degré du contrôle de la Cour de cassation<sup>1849</sup>. Le manquement à la bonne foi contractuelle serait laissé au pouvoir souverain des juges du fond alors que la Cour de cassation contrôlerait l'abus de droit. Mais il est permis de douter d'une telle analyse. Dès lors qu'il s'agit de contrôler un comportement à l'aune d'un standard, peu importe le fondement utilisé<sup>1850</sup>. La différence entre l'abus et le manquement à la bonne foi tient en réalité surtout à la nature de l'objet considéré. S'agit-il d'une obligation, et l'on parlera davantage de bonne foi, s'agit-il de droit et il

---

<sup>1848</sup> Rappr. sur la problématique de la motivation, M. FABRE-MAGNAN, « L'obligation de motivation... », art. préc.

<sup>1849</sup> J. GHESTIN, note sous Ass. plén., 1<sup>er</sup> décembre 1995, JCP G. 1996, II, 22565 ; Ch. JAMIN, « Réseaux intégrés de distribution : de l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives », JCP G. 1996, I, 3539.

<sup>1850</sup> En ce sens P. ANCEL, « Critères et sanctions de l'abus de droit ... », art. préc. ; L.-K. GRATTON, *Les clauses de variation...* th. préc., n°676 à 678.

sera question d'abus. Ainsi, les deux concepts se superposent. Ils ne recouvrent pourtant pas toujours la même réalité. Si la bonne foi peut fonder la création de « nouvelles » obligations dans le contrat<sup>1851</sup>, l'abus ne le peut pas<sup>1852</sup>. Mais ce dernier n'est pas circonscrit à la matière contractuelle – il est d'ailleurs né en dehors de celle-ci – au contraire de la bonne foi. En revanche, cette dernière s'applique à tout le contrat, à l'ensemble de son contenu (obligationnel ou autre<sup>1853</sup>) alors que l'abus de droit paraît réservé au seul contrôle des droits subjectifs<sup>1854</sup>. Dans ces conditions, les prérogatives contractuelles unilatérales auraient vocation à être contrôlées à l'aune de l'abus. Mais lorsque la prérogative en question se confond avec l'exécution du contrat, on comprend que la jurisprudence puisse hésiter. Ainsi, par exemple, l'exercice d'une clause de mobilité relève à la fois de l'exécution du contrat et d'une prérogative unilatérale. On ne peut dès lors guère s'étonner que la Cour de cassation lie aussi aisément le manquement à la bonne foi à l'abus de droit<sup>1855</sup>. Néanmoins, il semblerait que la jurisprudence privilégie dans ce cas le terrain de l'abus<sup>1856</sup>. Ainsi, du moins en droit du travail<sup>1857</sup>, le recours à l'abus de droit serait effectivement préféré lorsqu'est en cause une prérogative unilatérale, quel que soit son objet. Finalement, il ne s'agit que d'une question de terminologie. L'abus de droit a ici la même fonction que l'exigence de bonne foi.

---

<sup>1851</sup> Encore que l'on puisse considérer que ce n'est pas la bonne foi de l'article 1134, alinéa 3, qui devrait être mobilisée mais l'article 1135 du Code civil. Cf. infra n°548 et 549.

<sup>1852</sup> P. ANCEL, « Critères et sanctions de l'abus de droit... », art. préc.

<sup>1853</sup> Sur cette distinction, cf. infra n°497.

<sup>1854</sup> En ce sens, M. FABRE-MAGNAN, « L'obligation de motivation... », art. préc. ; L. BIGIAOUI-DUHAMEL, *L'abus de droit en droit du travail*, th. préc., n°38 ; L-K. GRATTON, *Les clauses de variation...*, th. préc., spéc. n°665.

<sup>1855</sup> Ex. : Cass. soc., 18 mai 1999, Bull. civ. V, n°219 : « *L'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, avait fait un usage abusif de [la] clause [de mobilité]* ». – Cass. soc., 14 octobre 2008, n°07-40345 : « En utilisant la clause de mobilité de manière abusive, l'employeur avait manqué à son obligation d'exécuter le contrat de bonne foi ».

<sup>1856</sup> Parmi une jurisprudence abondante : Cass. soc., 20 février 2007, n°05-43628. – Cass. soc., 25 mars 2009, n°07-45281. – Cass. soc., 23 janvier 2013, n°11-22694. (La Cour de cassation parle de mise en œuvre abusive ou d'abus dans la mise en œuvre d'une clause de mobilité).

<sup>1857</sup> Comp. la jurisprudence relative aux clauses résolutoires. La Cour de cassation se place presque toujours sur le terrain du manquement à la bonne foi et non de l'abus.

En revanche si l'on analyse la jurisprudence relative à la fixation unilatérale, on peut noter le changement de terminologie de la jurisprudence qui, en 1994 se fonde sur la bonne foi (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 novembre 1994, D. 1995, p. 122, note L. AYNÈS ; JCP G. 1995, II, 22371, note J. GHESTIN), et, en 1995, utilise l'abus de droit. (Cass. Ass. plén., 1<sup>er</sup> décembre 1995, D. 1996, jur. p. 13, concl. M. JÉOL, note L. AYNÈS ; JCP E. 1996, II, 776, note L. LEVENEUR ; JCP N. 1996, I, 13, obs. D. BOULANGER ; LPA, 27 décembre 1995, p. 11, note D. BUREAU et N. MOLFESSIS ; RTD civ. 1996, p. 153, obs. J. MESTRE).

Quant à la résiliation unilatérale, bien que mobilisant l'article 1134, alinéa 3, du Code civil, la Cour de cassation se place également sur le terrain de l'abus de droit : Cass. civ., 1<sup>ère</sup> 5 février 1985, RTD civ. 1986, p. 105, obs. J. MESTRE.

## B. La bonne foi, entre devoir et obligation

**496. Principe de distinction.** L'obligation est traditionnellement définie comme un lien de droit<sup>1858</sup>, un rapport juridique, par lequel une partie – le débiteur – est tenue envers une autre de donner, faire ou ne pas faire quelque chose<sup>1859</sup>. L'obligation a pour objet une prestation économique, le devoir est une norme plus générale de comportement<sup>1860</sup>. Or, par définition, l'exigence de bonne foi est ici comprise comme norme prescriptive de comportement. Il s'agit de savoir si le titulaire du droit a agi ou non conformément à la norme sociale attendue. Ainsi entendue, la bonne foi, ou « loyauté », paraît effectivement relever davantage du « devoir » que de « l'obligation » *stricto sensu*. Un manquement à la bonne foi peut être caractérisé sans que son auteur ait nécessairement manqué à une obligation contractuelle *stricto sensu*<sup>1861</sup>. Une certaine attraction se fait pourtant jour.

**497. Le manquement à la bonne foi détaché du manquement à une obligation particulière.** Dès lors qu'il est admis que le contrat ne se résume pas à la production

---

<sup>1858</sup> Institutes de JUSTINIEN, III, 13 pr. : « *Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura* » : L'obligation est un lien de droit qui nous astreint à la nécessité d'exécuter une prestation conformément au droit de notre cité.

PAUL, D. 44. 7. 3 pr. : « *Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis adstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum* » : La substance des obligations ne consiste pas à faire nôtre une chose corporelle ou une servitude mais d'astreindre un autre à nous donner quelque chose, à faire quelque chose ou à accomplir une prestation en notre faveur.

<sup>1859</sup> Comp. la rédaction de l'article 1101 du Code civil encore applicable aujourd'hui : « *Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose* » à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016 : « *Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* ».

Adde *L'obligation*, Arch. phil. dr., t. 44, 2000.

<sup>1860</sup> J.-P. CHAZAL, « Les nouveaux devoirs des contractants, Est-on allé trop loin ? », in *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003, p. 99 et s. spéc. p. 104 et 105. V. aussi : P. ROUBIER, « Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs », in *Le rôle de la volonté dans le droit*, Arch. phil. dr., t. 3, 1957, p. 1 et s. spéc., p. 45 et s. L'auteur envisage le devoir comme une « dette éventuelle » alors que la dette *stricto sensu* peut être comptabilisée au passif du patrimoine du débiteur

<sup>1861</sup> Th. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, th. préc. n°295. L'auteur cite plusieurs hypothèses : « *lorsqu'un assureur poursuit devant les tribunaux l'exécution de la première version d'un contrat moins avantageux et auquel il n'avait pas été consenti* (Cass. req., 18 avril 1904, S. 1904, 1, 144), [...], *lorsqu'un marchand de biens cherche à débaucher les « sous-agents » de son propre agent commercial général* (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 janvier 1979, Bull. civ. I, n°17), *lorsqu'un fournisseur décide, contrairement à une pratique de crédit établie depuis des années, [...] sans mise en garde préalable de demander le paiement comptant des marchandises à un moment où il accorde à d'autres membres de son réseau [...] des délais de paiement* (Cass. com., 25 mars 1991, n°88-19546) ».

d'obligations, suivant en ce sens les analyses de certains auteurs<sup>1862</sup> (particulièrement celle relative à la distinction entre « force obligatoire » et « contenu obligationnel » du contrat<sup>1863</sup>), il peut y avoir inexécution du contrat – et donc manquement à la bonne foi – sans que soit mise en cause une obligation déterminée<sup>1864</sup>. Pour illustrer ce propos en droit du travail, est souvent citée l'hypothèse où l'employeur a pris une décision unilatérale sans se soucier des conséquences sur les moyens de transport de son salarié<sup>1865</sup>. L'employeur serait condamné sans qu'il existe une véritable obligation d'assurer le transport du salarié<sup>1866</sup>. Le manquement à la bonne foi serait ainsi consommé sans que l'inexécution d'une obligation *stricto sensu* soit nécessaire. Le propos se doit cependant d'être nuancé. En effet, seuls deux arrêts de la chambre sociale<sup>1867</sup> condamnent de cette manière l'employeur et dans l'une des deux affaires<sup>1868</sup>, il est permis de suivre une autre analyse. En l'occurrence, la salariée avait bénéficié pendant dix ans d'un transport organisé par l'employeur entre son domicile et son lieu de transport. L'employeur ayant décidé de cesser cette pratique, il est condamné pour manquement à la bonne foi. Or, il était possible de considérer que le transport opéré pendant une dizaine d'années était devenu un élément contractuel du contrat de travail<sup>1869</sup> ou encore un engagement unilatéral de volonté. Dès lors, l'employeur aurait bien manqué à une obligation contractuelle *stricto sensu*. Cette obligation serait ainsi « ajoutée » au contrat au vu des circonstances d'espèce, et non en fonction d'un type de contrat déterminé.

---

<sup>1862</sup> P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », RTD civ. 1999, p. 771. *Adde* R. LIBCHABER, « Réflexions sur les effets du contrat », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit, Mélanges offerts à Jean-Luc AUBERT*, art. préc.

<sup>1863</sup> P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel... », art. préc.

<sup>1864</sup> Th. GÉNICON, *La résolution du contrat ...*, th. préc., n°304.

Dès lors que le contrat ne se réduit pas à la seule production d'obligations, il est possible d'admettre la résolution unilatérale pour inexécution du contrat sans qu'il soit nécessaire de démontrer l'inexécution d'une véritable obligation. En particulier sur les hypothèses de manquement à la bonne foi susceptibles de justifier la résolution du contrat cf. Th. GÉNICON, *ibid*, n°295. (Il ne s'agit pas ici des cas où, sous couvert de manquement à la bonne foi, la jurisprudence condamne en réalité l'inexécution d'une obligation *stricto sensu*. Sur ce point cf. Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, th. préc., n°167 et s.).

<sup>1865</sup> Cass. soc., 10 janvier 2001, Bull. civ. V, n°3, préc. – Cass. soc., 10 mai 2006, Bull. civ. V, n°169, préc.

<sup>1866</sup> En ce sens L.-K. GRATTON, *Les clauses de variation...*, th. préc., n°653 ; M.-N. ROUSPIDE-KATCHADOURIAN, *Le juge et le contrat de travail...*, th. préc., n°223.

<sup>1867</sup> Cass. soc., 10 janvier 2001, Bull. civ. V, n°3, préc. – Cass. soc., 10 mai 2006, Bull. civ. V, n°169, préc.

<sup>1868</sup> Cass. soc., 10 mai 2006, Bull. civ. V, n°169, préc.

<sup>1869</sup> En ce sens : J. SAVATIER, note sous Cass. soc., 10 mai 2006, préc.

**498. Le manquement à la bonne foi traité comme une obligation « stricto sensu ».**

La Cour de cassation n'hésite pas à traiter le manquement à la bonne foi comme un manquement à une « véritable » obligation<sup>1870</sup>. Au stade de la qualification par exemple, la chambre sociale confrontée à la mise en œuvre de clauses de mobilité peut tout autant employer les termes de « *manquement à l'exécution de bonne foi du contrat de travail* »<sup>1871</sup> que ceux « *d'attitude contraire à l'obligation de bonne foi* »<sup>1872</sup>. La Cour ne paraît pas ainsi s'embarrasser de la distinction entre le devoir et l'obligation *stricto sensu*. Cette position s'observe également au stade de la sanction. La jurisprudence, rejointe par une partie de la doctrine<sup>1873</sup>, semble faire sienne l'analyse « obligationnelle » de l'exigence de bonne foi en la sanctionnant comme le serait une véritable obligation<sup>1874</sup>.

## II. La faute de comportement

**499. Plan.** Le manquement à la bonne foi lors de l'exercice d'un droit potestatif peut s'analyser comme une faute de comportement. Il ne s'agit pas de se poser la question du bien-fondé de l'acte. Ce dernier est en effet encadré par le contrôle du motif légitime ou du détournement de finalité du droit. L'abus dont il est question ici ne tient pas à la rupture ou au changement des conditions de travail mais à la façon dont ceux-ci sont intervenus. Le préjudice subi est donc distinct, ce qui peut d'ailleurs permettre un cumul de « réparations »<sup>1875</sup>. Il est ainsi nécessaire de distinguer le contrôle tiré du manquement à la bonne foi des autres contrôles de l'abus (A) avant de pouvoir s'intéresser à la sanction à lui apporter (B).

<sup>1870</sup> Ex. : Cass. civ., 3<sup>ème</sup>, 14 septembre 2005, D. 2006, p. 761, obs. D. MAZEAUD ; RDC 2006, p. 314, obs. Y.-M. LAITHIER : « *L'obligation de bonne foi* ». – Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 mars 2006, n°04-19178 : « *En s'abstenant de faire connaître à [la société] la date d'enlèvement des semences avant l'expiration de la période de plantation, [le cocontractant] avait manqué à son devoir de coopération et de loyauté, caractérisant ainsi l'inexécution d'une obligation contractuelle* ».

<sup>1871</sup> Cass. soc., 10 mai 2006, Bull. civ. V, n°169.

<sup>1872</sup> Cass. soc., 8 février 2005, n°02-46527.

<sup>1873</sup> P. ANCEL, « Les sanctions du manquement à la bonne foi... », art. préc., n°12 et s. spéc. n°16 L'auteur, après avoir pourtant lié directement la bonne foi à la force obligatoire du contrat (« Force obligatoire et contenu obligationnel... », art. préc., n°39 *in fine*) s'est finalement persuadé du « *bien-fondé de l'approche obligationnelle de la bonne foi contractuelle* » ; Y.-M. LAITHIER, « L'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi est-elle susceptible de clause contraire ? », D. 2014, p. 33.

<sup>1874</sup> Il existe pourtant une sanction propre au manquement à la bonne foi, celle de l'inefficacité. V. sur ce point *infra* n°519.

<sup>1875</sup> Voir par exemple pour le licenciement *infra* n°522.

### A. Le contrôle tiré du manquement à la bonne foi

**500. Des différents types de contrôle.** Le contrôle du manquement à la bonne foi s'intéresse à la manière dont le titulaire d'un droit en fait usage, c'est-à-dire à son comportement, aux circonstances entourant l'acte de rupture ou de modification. La jurisprudence relative aux clauses de mobilité semble s'inscrire dans cette voie lorsqu'elle considère que le « *salarié doit démontrer que la décision de l'employeur a été prise en réalité pour des raisons étrangères [à l'intérêt de l'entreprise] ou que la clause a été mise en œuvre dans des conditions exclusives de la bonne foi contractuelle* »<sup>1876</sup>. D'une part, le droit ne doit pas être détourné de sa finalité, d'autre part, son exercice doit être conforme à un certain standard. C'est bien cette deuxième acception qui nous intéresse ici. Mais la frontière ainsi tracée entre ce qui relève du comportement contraire à la bonne foi et ce qui relève du détournement de finalité est souvent fragile. Les circonstances sont parfois difficilement détachables des motifs. Il peut être difficile de distinguer l'abus de comportement de l'abus par détournement de finalité (1). En outre, le contrôle de l'abus de comportement doit également s'articuler avec le contrôle propre au droit du travail tiré de l'article L. 1121-1 du Code du travail<sup>1877</sup> : « *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 ni proportionnées au but recherché* ». En effet, si la prise en considération de la vie personnelle et familiale du salarié par l'employeur lors de l'exercice d'un de ses droits potestatifs peut ressortir d'une exigence comportementale, la protection particulière liée aux droits et libertés fondamentaux peut également avoir vocation à jouer. Or le contrôle diffère puisque s'exercera alors un contrôle de proportionnalité<sup>1878</sup>. L'approche jurisprudentielle de la vie personnelle et familiale du salarié a justement évolué. De contrôle du manquement à la bonne foi, elle a basculé vers le contrôle de proportionnalité propre aux droits et libertés fondamentaux (2).

---

<sup>1876</sup> Cass. soc., 14 octobre 2008, n°07-43071.

<sup>1877</sup> Texte résultant de la loi du 31 décembre 1992, n°92-1446, relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage, JO, 1<sup>er</sup> janvier 1992, p. 13, généralisant la solution inaugurée par la loi n°82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise, s'agissant du règlement intérieur.

<sup>1878</sup> Infra n°614 et s.

1. *La frontière tenue entre l'abus de comportement et l'abus par détournement de finalité*

**501. Standard objectif.** L'abus tiré du comportement de l'auteur de l'acte invite à contrôler ce comportement à l'aune de celui qu'aurait adopté une personne normalement prudente et diligente. Il ne s'agit donc pas seulement de s'arrêter sur la psychologie de l'auteur, qui sera certes sanctionné s'il est de mauvaise foi ou agit dans l'intention de nuire (a), mais également d'observer son comportement sous l'angle d'un standard. C'est d'ailleurs ainsi que l'on peut parler de « bonne foi objective »<sup>1879</sup>. L'examen de la jurisprudence démontre que très souvent le manquement à l'exigence de bonne foi ressort d'un exercice trop brusque du droit (b).

a. *L'intention de nuire*

**502. Le critère des actes « détachables ».** La difficulté ici rencontrée est de distinguer l'acte lui-même exercé dans l'intention de nuire – autrement dit les motifs – des circonstances l'entourant – le comportement – qui en relèveraient. À cet effet, il faut sans doute recourir au critère des circonstances « détachables ». C'est-à-dire des circonstances pouvant être sanctionnées en elles-mêmes sans qu'il soit besoin de remettre en cause l'acte dont elles sont le support. À défaut, on rejoindrait effectivement la même problématique que celle du détournement de la finalité du droit, et par voie de conséquence celle, théorique, de la remise en cause possible du droit<sup>1880</sup>.

**503. L'exemple des conditions vexatoires.** Si l'on prend l'exemple des conditions vexatoires entourant une rupture ou une modification, la distinction est aisée. Le préjudice subi n'est certainement pas celui de la rupture ou de la modification mais bien celui des injures, diffamation *etc.* constituées au moment de la prise de décision. Le licenciement « vexatoire »<sup>1881</sup> n'est pas un licenciement sans cause réelle et sérieuse. L'acte de rupture est bien distinct des circonstances dans lesquelles il a été exercé. Il ne s'agit pas de remettre en cause le bien-fondé de la rupture.

---

<sup>1879</sup> B. LEFEBVRE, « La bonne foi : notion protéiforme », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 1996, n°2, p. 321.

<sup>1880</sup> *Supra* n°429 et s.

<sup>1881</sup> Pour un licenciement vexatoire : Cass. soc., 19 juillet 2000, Bull. civ. V, n°306. Pour une mise à la retraite vexatoire : Cass. soc., 3 mars 2010, n°08-44996.

**504. L'exemple de la démission.** Dans l'hypothèse de la démission, la distinction est davantage malaisée. En effet, les circonstances entourant la rupture telles que le détournement de clientèle, le débauchage, la mise en place d'une activité concurrente<sup>1882</sup>, peuvent paraître révéler une véritable intention de nuire au stade des motifs même de la démission. Autrement dit, on serait davantage dans un cas de détournement de finalité que de manquement à la bonne foi. Si l'on prend l'exemple de cette salariée mannequin de haute couture ayant démissionné le jour même de la présentation de la collection alors que de nombreux modèles avaient été confectionnés sur mesure<sup>1883</sup>, ou de la démission concertée de plusieurs salariés<sup>1884</sup> dans le but manifeste de troubler l'entreprise, ne peut-on pas considérer que c'est le bien-fondé même de la rupture qui est en cause et pas seulement les circonstances ? Mais alors, où placer le « curseur » entre ce qui serait un acte « détachable » et ce qui serait l'acte lui-même ? Dans les affaires précitées, le critère de la « désorganisation » de l'entreprise semble se dégager. Ainsi, lorsque la faute du salarié aurait certes vocation à nuire à son ancien employeur mais sans pour autant désorganiser son entreprise, alors il s'agirait d'un manquement à la bonne foi. Au contraire, lorsque la finalité poursuivie serait celle de la désorganisation de l'entreprise délaissée, l'intention de nuire atteindrait l'acte de rompre lui-même. Un détournement de clientèle pourrait ainsi, en soi, être considéré comme « détachable » de la démission proprement dite. Mais la frontière est fragile. Si ce détournement de clientèle se double d'un débauchage du personnel par exemple, c'est bien la désorganisation de l'entreprise qui est recherchée. Il est ainsi bien difficile dans l'hypothèse de la démission d'opérer une répartition fonctionnelle. Au demeurant, la jurisprudence n'opère pas une telle distinction. Dès lors que l'intention de nuire est caractérisée, que ce soit le motif de rompre ou les circonstances l'entourant qui soient en cause, elle sanctionne le salarié pour démission abusive sur le fondement de l'article L. 1237-2 du Code du travail.

---

<sup>1882</sup> Ex. Cass. soc., 16 mars 1993, n°88-45268 : démission concertée de plusieurs salariés, détournement de clientèle et ouverture d'une entreprise concurrente à proximité de l'ancienne.

<sup>1883</sup> Cass. soc., 15 juin 1959, Bull. civ. IV, n°779. Rappr. CA Paris, 22<sup>ème</sup> ch., 21 décembre 1989 : JurisData n°1989-027613 pour un comédien abandonnant le spectacle en cours.

<sup>1884</sup> Cass. soc., 12 janvier 1972, Bull. civ. n°20. – Cass. soc., 16 mars 1993, n°88-45268, préc. La Cour précise d'ailleurs en l'espèce que la démission concertée était indissociable du détournement de clientèle opéré.

## b. La brusquerie

**505. Définition.** Il s'agit des hypothèses où le bénéficiaire exerce son droit de manière précipitée, à contretemps<sup>1885</sup>. Sera ainsi sanctionné celui n'ayant pas laissé le temps à son cocontractant d'anticiper suffisamment l'effectivité de l'acte modificatif ou extinctif (i), ou celui ayant eu un comportement antérieur incompatible avec sa décision (ii).

### i. La précipitation

**506. Vers une exigence systématique de préavis.** La jurisprudence condamne les décisions trop hâtives de l'employeur. Une période d'essai rompue trop rapidement<sup>1886</sup> voire trop tardivement est ainsi caractéristique d'une légèreté blâmable de l'employeur. De la même manière, un changement des conditions de travail (clause de mobilité ou autre) ne doit pas être précipité. Ainsi la Cour de cassation a pu relever la « *précipitation inhabituelle* » de l'employeur rompant trop rapidement l'essai de son salarié<sup>1887</sup> ou « *la manière brutale* » dont avait été décidé un changement de lieu de travail<sup>1888</sup>. Peu à peu semble s'être imposée à l'employeur exerçant un droit potestatif l'exigence de respecter un délai de préavis ou de prévenance. Dans ces conditions se pose la question de savoir si le terrain du manquement à la bonne foi n'est pas délaissé au profit de la reconnaissance d'une véritable obligation *stricto sensu*. La faute ne serait alors plus une faute de comportement, mais serait celle de l'inexécution d'une obligation particulière<sup>1889</sup>.

---

<sup>1885</sup> Formule empruntée à D. HOUTCIEFF. L'auteur cependant écarte l'incohérence du manquement à la bonne foi mais c'est qu'il réduit cette dernière à la psychologie du débiteur (*Le principe de cohérence en matière contractuelle*, PUAM, 2001, t.2, p. 687), ce qui va à l'encontre du postulat dont nous sommes partis.

<sup>1886</sup> Ex. : Cass. soc., 6 janvier 2010, n°08-42868 : « *Et attendu que la cour d'appel a relevé qu'après avoir notifié à la salariée, par lettre du 14 juin 2004, que sa période d'essai qui expirait le 7 juillet suivant serait renouvelée pour une période de trois mois, l'employeur l'avait finalement informée de la rupture de leurs relations contractuelles dès le 5 juillet ; qu'ayant ainsi fait ressortir que [l'employeur] avait rompu le contrat de travail quelques jours seulement après avoir décidé de renouveler la période d'essai, avant même que ce renouvellement n'ait pris effet et alors que la salariée n'avait pas encore bénéficié de l'intégralité de la formation prévue au contrat de travail et nécessaire à l'exercice de ses fonctions, elle a pu décider qu'[il] avait agi avec une légèreté blâmable* ».

<sup>1887</sup> Cass. soc., 3 février 1994, n°90 43836.

<sup>1888</sup> Cass. soc., 28 novembre 2001, n°99-45985, préc.

<sup>1889</sup> Cf. infra n°548 et s.

**507. Vers un détournement de la finalité du droit.** La rapidité de la décision de l'employeur peut dissimuler davantage qu'un simple manquement à l'exigence de bonne foi. C'est particulièrement le cas pour la période d'essai où la précipitation de l'employeur peut en réalité caractériser un véritable détournement de finalité du droit<sup>1890</sup>. L'hésitation entre la légèreté blâmable et le détournement du droit est alors permise. Certes, en définitive, la différence est de peu d'intérêt puisque l'on sait le droit du travail réticent à la remise en cause de l'acte de rupture, serait-il illicite<sup>1891</sup>. La condamnation consistera toujours en l'octroi de dommages-intérêts.

*ii. L'incohérence*

**508. La croyance légitime en la pérennité du contrat.** Il s'agit, ici, des situations où le bénéficiaire du droit a pu laisser croire à son cocontractant que le contrat allait perdurer mais le rompt cependant. La jurisprudence considère que cette rupture est abusive. La chambre commerciale de la Cour de cassation a rendu plusieurs arrêts en ce sens dans le cadre de contrats de concession commerciale à durée indéterminée lorsque la rupture est intervenue alors que le concédant avait incité le cessionnaire à opérer d'importants efforts d'investissement<sup>1892</sup>. La chambre sociale suit le même raisonnement lorsqu'une croyance légitime en la pérennité du contrat a pu naître dans l'esprit du salarié sans que soit pour autant accordée une réelle garantie d'emploi. A ainsi pu être

---

<sup>1890</sup> Cass. soc., 12 mars 1970, JCP 1970, II, 16548, note H. GROUDEL ; Pour un panorama de jurisprudence, voir J.-Ph. TRICOIT, « L'abus du droit de rompre le contrat de travail au cours de la période d'essai », JSL, 27 avril 2004, n°144, p. 4. – Cass. soc., 6 décembre 1995, Bull. civ. V, n°330 : « *L'employeur avait mis fin aux relations contractuelles quatre jours à peine après le début de la période d'essai fixée à trois mois, et alors que le différend qui l'avait opposé à la salariée était antérieur à la signature du contrat de travail* » : la rapidité de la rupture semble en réalité démontrer un détournement de finalité du droit.

<sup>1891</sup> Supra n°443 et s.

<sup>1892</sup> Cass. com., 5 avril 1994, JCP G, 1994, I, 3803, obs. Ch. JAMIN. – Cass. com., 20 janvier 1998, D. 1998, p. 413, note Ch. JAMIN ; JCP E. 1999, n°7, p. 323, note J.-P. CHAZAL – Cass. com., 29 janvier 2002, CCC, août 2002, comm. 123, M. MALAURIE-VIGNAL. – Cass. com., 9 avril 2002, RTD civ. 2002, p. 811, obs. J. MESTRE et B. FAGES. – Cass. com., 5 octobre 2004, JCP G. 2005, I, 114, obs. M. CHAGNY ; CCC, janvier 2005, comm. 1, L. LEVENEUR ; RDC 2005, p. 288, obs., Ph. STOFFEL-MUNCK et p. 384, obs. M. BEHAR-TOUCHAIS ; RTD civ. 2005, p. 127, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; RTD com. 2005, p. 407, obs. B. BOULOC ; D. 2005, p. 2836, obs. B. FAUVARQUE-COSSON.

*Adde* les principes Unidroit, art. 1.8 : « *Une partie ne peut agir en contradiction avec une attente qu'elle a suscitée chez l'autre partie lorsque cette dernière a cru raisonnablement à cette attente et a agi en conséquence à son désavantage* ».

sanctionnée la rupture intervenue au stade de la période d'essai<sup>1893</sup> ou ultérieurement par licenciement<sup>1894</sup> ou même par une mise à la retraite<sup>1895</sup> alors que l'employeur avait laissé croire à une certaine stabilité du contrat de travail. Ce qui importe n'est pas l'intention de l'auteur de la rupture mais l'espoir qu'il a pu susciter chez son cocontractant. Cet espoir doit alors s'appuyer sur des circonstances de fait effectivement déduites du comportement du titulaire du droit<sup>1896</sup>. Si le salarié a procédé à des investissements économiques, ou à un déménagement, à la demande de l'employeur<sup>1897</sup> il pourra effectivement se prévaloir d'une croyance légitime à une certaine pérennité de son contrat de travail. Il n'est pas certain, en revanche qu'il en sera de même si c'est le salarié qui en est à l'initiative. C'est, en tout état de cause, cette approche que retient le droit des affaires. En d'autres termes, il importe de savoir à l'initiative de qui les efforts ont été réalisés<sup>1898</sup>. Une telle solution est néanmoins critiquable dans la mesure où le cocontractant a pu se sentir contraint d'opérer ces efforts alors même qu'ils ne lui

---

<sup>1893</sup> Cass. soc., 25 mars 1985, Bull. civ. V, n°203 : rupture de l'essai alors que l'employeur avait, lors de l'embauche, laissé espérer au salarié un emploi stable et que la situation de la personne à laquelle il devait succéder n'était pas clarifiée.

<sup>1894</sup> Ex. : Cass. soc., 29 janvier 1964, Bull. civ. IV, n°74. – Cass. soc., 24 mars 1971, Bull. civ. V, n°238. L'employeur avait licencié un cadre supérieur alors qu'il lui avait « *laissé espérer une certaine stabilité [dans] sa situation en l'incitant à refuser des offres d'emplois équivalents* ». – Cass. soc., 1<sup>er</sup> juin 1972, Bull. civ. V, n°398. Licenciement cinquante jours après avoir été engagé alors que l'employeur avait débauché le salarié de son précédent emploi en lui promettant une situation stable. – Cass. soc., 6 décembre 1972, Bull. civ. V, n°669.

<sup>1895</sup> Le contentieux relatif à la mise à la retraite est intéressant. La Cour de cassation a pu passer de la légèreté blâmable pour un employeur ayant mis à la retraite un salarié embauché à plus de 65 ans (Cass. soc., 20 novembre 2001, n°99-45065) à l'absence de motif. Elle a en effet décidé que « *lorsque le salarié [...] atteint, au moment de son engagement, l'âge permettant à l'employeur de le mettre à la retraite en application de l'article L. 1237-5 du Code du travail, son âge ne peut constituer un motif permettant à l'employeur de mettre fin au contrat de travail* » (Cass. soc., 29 juin 2011, Bull. civ. V, n°174).

*Adde* Cass. soc., 29 septembre 2010, n°09-65929. En l'espèce, la Cour de cassation considère que le comportement de l'employeur était fautif car celui-ci avait « *[pris] en considération le souhait du salarié de ne pas être mis à la retraite, lui avait proposé de diriger une société du groupe à constituer [mais] cette proposition n'avait pas été suivie d'effet du fait de l'employeur* ». La sanction est cependant particulière car le salarié se voit alors indemnisé de « *la perte de chance de bénéficier d'actions dont l'attribution était soumise à une condition d'ancienneté* ».

<sup>1896</sup> Le simple fait pour l'employeur d'avoir consenti un prêt ne suffit pas ; Cass. soc., 18 juillet 1964, JCP 1964, II, 13858.

<sup>1897</sup> Ex. : Cass. soc., 6 décembre 1972, Bull. civ. V, n°669, préc. En l'espèce, la Cour d'appel avait pu déduire que l'employeur en embauchant le salarié « *après lui avoir confié des tâches qui impliquaient la fermeture de son ancien atelier et le transfert de son domicile, avait entendu conserver sa collaboration et lui garantir un emploi stable* ».

<sup>1898</sup> Si les investissements opérés l'ont été à l'initiative de celui ayant rompu le contrat, l'abus est caractérisé (Ex : Cass. com., 5 avril 1994, Bull. civ. IV, n°149 préc., – 20 janvier 1998, Bull. civ. IV, n°40, préc. – Cass. com., 9 janvier 2001, n°98-14538). Au contraire, s'ils l'ont été à la seule initiative du cocontractant, il n'y a pas d'abus (Ex. Cass. com., 7 octobre 1997, Bull. civ. IV, n°252).

auraient pas été demandés<sup>1899</sup>. D'autant que sont ici en cause des contrats où l'une des parties est en position de force.

**509. L'incohérence justifiée ?** L'incohérence du comportement ne préjuge pas nécessairement de la mauvaise foi ou de l'intention de nuire de l'auteur. Elle relève davantage de la légèreté blâmable. Dans ces conditions, la question peut se poser de l'éventuelle légitimité de cette incohérence. Ne serait-il pas possible d'admettre que l'auteur de l'acte puisse objectivement justifier son comportement et échapper ainsi à la caractérisation de l'abus de droit ? On pourrait le penser, encore que l'on puisse considérer que c'est à l'employeur de supporter les risques de l'aléa économique.

## 2. Du manquement à la bonne foi au contrôle des droits et libertés fondamentaux

**510. La prise en considération des effets de la décision.** On a pu déjà observer que la bonne foi imposait à l'employeur mettant en œuvre une clause de mobilité de prendre en considération l'existence ou l'absence de transports en commun sur le nouveau lieu de travail<sup>1900</sup>. Plus généralement, ressort de l'analyse de la jurisprudence l'exigence de prendre en considération la vie personnelle et familiale du salarié.

**511. L'atteinte à la vie personnelle du salarié comme moyen de déqualifier la faute tirée du refus de se soumettre à un changement des conditions de travail.** Pendant longtemps la jurisprudence a considéré que le refus du salarié de se soumettre à un changement de ses conditions de travail était, par principe, constitutif d'une faute grave<sup>1901</sup> privative des indemnités de licenciement<sup>1902</sup>. La prise en considération de la vie personnelle et familiale du salarié permettait alors de déclasser la faute grave tenant

---

<sup>1899</sup> Ch. JAMIN note sous Cass. com., 7 octobre 1997 et 20 janvier 1998, D. 1998, jur. p. 413.

<sup>1900</sup> Supra n°492.

<sup>1901</sup> Ex. : Cass. soc., 12 juin 1997, RJS 7/97, n°794. – Cass. soc., 30 septembre 1997, Dr. soc. 1997, p. 1094, obs. J.-E. RAY. – Cass. soc., 2 février 1999, Dr. soc. 1999, p. 419, obs. A. MAZEAUD.

<sup>1902</sup> La jurisprudence avait déjà pu considérer que si le refus du salarié était en principe constitutif d'une faute grave, il ne l'était pas nécessairement : Cass. soc., 4 juin 1998, D. 1999, somm. comm. p. 35, obs. C. BOISSEL : « *Le refus d'un salarié d'accepter un changement de ses conditions de travail ne constitue pas nécessairement une faute grave* ».

Voir aussi Cass. soc., 9 avril 2002, Bull. civ. V, n°123 : « *Le refus par le salarié d'un changement des conditions de travail, qui portait à la fois sur l'horaire quotidien et sur les tâches demandées, lesquels n'avaient pas varié pendant vingt années, n'était pas de nature à rendre impossible le maintien du salarié dans l'entreprise pendant la durée du préavis et ne constituait pas une faute grave* ».

au refus en faute simple<sup>1903</sup> lorsque ce refus était motivé par des considérations d'ordre familial. Mais la portée de ces arrêts devait nécessairement être amoindrie par l'évolution, en général, de la qualification de la faute constitutive du refus du salarié. La Cour de cassation a en effet ultérieurement renversé le principe et l'exception en considérant que le refus du salarié de se soumettre n'était plus, à lui seul, constitutif d'une faute grave<sup>1904</sup>. Seules des circonstances de fait pouvaient justifier celle-ci<sup>1905</sup>. Le refus du salarié demeure cependant en principe illégitime. L'employeur est libre de procéder à un licenciement disciplinaire<sup>1906</sup>. S'est posée la question de savoir s'il n'était pas envisageable d'admettre, dans certaines circonstances, la légitimité du refus du salarié.

**512. L'atteinte à la vie personnelle du salarié comme atteinte à la bonne foi contractuelle.** La jurisprudence a effectivement admis que, dans certaines circonstances relevant de sa situation personnelle, le salarié pouvait refuser légitimement un changement de ses conditions de travail, en particulier dans l'hypothèse de l'exercice

---

<sup>1903</sup> Cass. soc., 17 octobre 2000, D. 2001, p. 737, note A.-S. CHRÉTIEN-LESSCHAEVE : « Attendu, d'autre part, que, si le refus de la salariée de poursuivre l'exécution du contrat en raison, non d'une modification du contrat mais d'un simple changement des conditions de travail décidé par l'employeur dans l'exercice du pouvoir de direction est fautif et rend la salariée responsable de l'inexécution du préavis qu'elle refuse d'exécuter aux nouvelles conditions, le refus n'est pas constitutif d'une faute grave alors que le nouvel horaire imposait à la salariée d'être présente à l'heure du déjeuner dont elle pouvait disposer précédemment, ce qui lui permettait de s'occuper de ses enfants d'âge scolaire ». – Cass. soc., 14 décembre 2005, D. 2006, p. 1087, note C. LEFRANC-HAMONIAUX : « 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 ». On note ici la même formulation que celle employée par le législateur pour les salariés à temps partiel.

<sup>1904</sup> « Le refus par le salarié d'un changement de ses conditions de travail, s'il rend son licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse, ne constitue pas à lui seul une faute grave » : Cass. soc., 23 février 2005, JCP E. 2005, 1069, note D. CORRIGNAN-CARSIN.

Formulation reprise par les arrêts ultérieurs. Ex. : Cass. soc., 11 mai 2005, Bull. civ. V, n°156. – Cass. soc., 25 janvier 2006, n°04-41440. – Cass. soc., 20 mars 2007, n°05-43662. – Cass. soc., 13 novembre 2008, n°06-46306. – Cass. soc., 16 septembre 2009, n°07-45032. – Cass. soc., 13 octobre 2010, n°09-65986. – Cass. soc., 28 avril 2011, n°09-69514. – Cass. soc., 23 mai 2012, n°10-28042. – Cass. soc., 23 mai 2013, n°12-15461.

Ex. où la faute grave est retenue : Cass. soc., 28 février 2001, Bull. civ. V, n°64 : « Et attendu ensuite, qu'en l'état de la clause de mobilité, la cour d'appel, après avoir constaté que l'employeur ne s'était pas contenté d'observer le délai de prévenance prévu à la clause mais avait avisé à l'avance le salarié de son déplacement pour lui permettre de s'organiser, a pu décider que le refus délibéré et injustifié du salarié d'obéir à l'ordre qui lui était donné, rendait impossible son maintien dans l'entreprise pendant la période de préavis et caractérisait une faute grave ».

<sup>1906</sup> Cass. soc., 15 décembre 2004, Bull. civ. V, n°335 : « Mais attendu que la cour d'appel, après avoir retenu qu'eu égard à ses charges de famille le refus de Mme X... d'accepter les changements de ses conditions de travail n'était pas constitutif d'une faute grave, a pu décider que ce refus constituait néanmoins une faute justifiant son licenciement ».

d'une clause de mobilité. Ainsi en a-t-il été d'une mutation imposée à un salarié se trouvant « *dans une situation familiale critique* »<sup>1907</sup> ou entraînant « *un important bouleversement dans [sa] vie personnelle et familiale* »<sup>1908</sup>. Désormais l'employeur doit s'intéresser aux conséquences que la mutation entraîne sur la situation personnelle du salarié. Plus encore, il semble que la jurisprudence soit allée jusqu'à lui imposer une sorte « d'ordre des mutations »<sup>1909</sup>. En effet, la Cour de cassation a d'abord admis l'abus de droit dans une affaire où le poste antérieurement tenu demeurait disponible<sup>1910</sup>, ou lorsqu'existaient d'autres postes plus proche du domicile du salarié<sup>1911</sup>. Ensuite, elle a condamné l'employeur dans la mesure où le nouveau poste pouvait être pourvu par d'autres salariés<sup>1912</sup>. Ainsi, l'employeur serait tenu de choisir, parmi les salariés qu'il peut muter, celui pour lequel la mutation serait la moins préjudiciable au regard de sa vie personnelle et familiale. Il est permis de rapprocher ce raisonnement de l'ordre des licenciements prévu en cas de licenciement pour motif économique<sup>1913</sup>. Il faut cependant se garder de donner une portée excessive à l'arrêt considéré<sup>1914</sup>. C'est l'addition d'éléments de fait qui permet de conclure à l'abus de l'employeur, et par voie de conséquence, à la légitimité du refus du salarié. Le salarié ne peut être choisi en fonction de sa seule vie personnelle. En réalité, il s'agit de cas extrêmes<sup>1915</sup>, d'hypothèses où le salarié est confronté à des difficultés particulières, où l'atteinte à sa situation paraît excessive.

---

<sup>1907</sup> Cass. soc., 18 mai 1999, JCP G. 1999, IV, 2275 ; Dr. soc. 1999, p. 734, note B. GAURIAU ; JCP E. 2000, p. 40, note C. PUIGELIER. Un arrêt de 2001 prend également en considération la vie personnelle de la salariée (mère d'un enfant handicapé dont elle s'occupait à l'heure du déjeuner) que l'employeur connaissait pour considérer le licenciement comme nul. Mais cette nullité s'explique par la suspension du contrat de travail de la salariée, et la nécessité d'une faute grave. Autrement dit, on ne peut savoir si en l'espèce les juges considéraient le refus de la salariée comme simplement fautif ou comme légitime. (Cass. soc., 6 février 2001, LPA, 29 octobre 2001, n°215, p. 12 ; RJS 4/01, n°412).

<sup>1908</sup> Cass. soc., 20 février 2007, n°05-43628.

<sup>1909</sup> F. GAUDU et R. VATINET, *Traité des contrats, Les contrats de travail ...*, op. cit., n°330.

<sup>1910</sup> Cass. soc., 6 février 2001, préc.

<sup>1911</sup> Cass. soc., 2 juillet 2003, n°01-42046 : « *L'employeur avait affecté [le salarié] sur un site distant de plus de cent cinquante km, sans rechercher s'il existait d'autres possibilités d'emploi [...]* ». – Cass. soc., 16 mai 2007, n°06-41922 : « *En statuant ainsi, sans rechercher comme elle y était invitée s'il était possible à l'entreprise d'offrir à la salariée un emploi plus proche de son domicile, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du texte susvisé* ».

<sup>1912</sup> Cass. soc., 18 mai 1999, préc.

<sup>1913</sup> Infra n°599.

<sup>1914</sup> B. GAURIAU note sous Cass. soc., 18 mai 1999, in Dr. soc. 1999, p. 734.

<sup>1915</sup> C. PUIGELIER, note sous Cass. soc., 18 mai 1999, in JCP E, 2000, p. 40.

**513. L'atteinte à la vie personnelle du salarié comme atteinte disproportionnée à un droit ou une liberté fondamentale.** Bien que la Cour de cassation ait pu affirmer en 2006<sup>1916</sup> qu'une mutation ne constituait pas en elle-même une atteinte « à la liberté fondamentale du salarié quant au libre choix de son domicile », au contraire d'une clause de domiciliation<sup>1917</sup>, elle a, en 2008<sup>1918</sup>, admis qu'une telle mutation pouvait porter atteinte à la vie personnelle et familiale du salarié et considéré qu'en ces circonstances, l'atteinte devait être proportionnée pour être acceptée. L'article L. 1121-1 du Code du travail trouve alors à s'appliquer, la Cour de cassation usant d'ailleurs de la formule caractéristique de cet article puisque les juges du fond doivent rechercher si « l'atteinte pouvait être justifiée par la tâche à accomplir et était proportionnée au but recherché ». D'abord rendue dans des hypothèses de mise en œuvre de clauses de mobilité<sup>1919</sup>, cette nouvelle jurisprudence s'est étendue au cas du changement d'horaires<sup>1920</sup>. La décision de l'employeur ne doit pas porter une atteinte excessive à la vie familiale et personnelle du salarié. La jurisprudence a ainsi quitté le terrain de la bonne foi contractuelle pour se placer sur celui des droits et libertés fondamentaux. La logique en est alors différente<sup>1921</sup>.

---

<sup>1916</sup> Cass. soc., 28 mars 2006, JCP G. 2006, II, 10209, note J. MOULY ; RDC 2006, p. 1163, note Ch. RADÉ ; JCP S. 2006, n°19, p. 23, note P.-Y. VERKINDT.

<sup>1917</sup> Au visa de l'article 8§1 de la CEDH, la Cour de cassation a considéré que « le libre choix du domicile personnel et familial est l'un des attributs [du] droit [au respect du domicile] ; qu'une restriction à cette liberté par l'employeur 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 » : Cass. soc., 12 janvier 1999, Dr. soc. 1999, p. 287, obs. J.-E. RAY ; D. 1999, p. 645, note J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY ; LPA, 31 mars 1999, n°64, p. 10, note B. GAURIAU ; RJS 2/99, n°51. – Cass. soc., 3 novembre 2004, n°03-40158. – Cass. soc., 12 juillet 2005, Bull. civ. V, n°241. – Cass. soc., 28 février 2012, Bull. civ. V, n°78. (En l'espèce, la Cour vise ensemble l'article 8§1 de la CEDH [droit au respect de la vie privée et familiale], l'article 9 du Code civil [droit au respect de la vie privée] et l'article L. 1121-1 du Code du travail).

<sup>1918</sup> Cass. soc., 14 octobre 2008, LPA, 3 avril 2009, n°65, p. 5, note V. FRAISSINIER-AMIOT ; RDT 2008, p. 731, note G. AUZERO ; JCP G. 2008, II, 10201, note D. CORRIGNAN-CARSIN ; JCP E. 2009, 1125, note S. BÉAL et C. TERRENOIRE ; RDC 2009, p. 175, note Ch. RADÉ et p. 642, note Ch. NEAU-LEDUC. *Adde* F. CANUT, « Tir groupé autour de la clause de mobilité », Dr. ouvr. 2009, p. 7.

<sup>1919</sup> Cass. soc., 13 janvier 2009, D. 2009, p. 1799, note M.-C. ESCANDE-VARNIOL ; RDC 2009, p. 1116, note Ch. NEAU-LEDUC ; JCP E. 2010, 1309, note S. BÉAL. – Cass. soc., 12 juillet 2010, n°08-44363. – Cass. soc., 23 mars 2011 n°09-69127.

<sup>1920</sup> Cass. soc., 3 novembre 2011, SSL, 14 novembre 2011, n°1513, p. 10, note A. MARCON ; D. 2012, p. 67, note P. LOKIEC ; RDT 2012, p. 31, note S. TOURNAUX ; JCP S. 2012, 1159, note H. KOBINA GABA. – Cass. soc., 8 novembre 2011, n°10-19339.

<sup>1921</sup> Cf. infra n°604 et s.

## B. La sanction du manquement à la bonne foi

**514. Entre « classicisme » et originalité.** Celui qui manque à la bonne foi engage sa responsabilité. Mais s'est alors posée la question de la nature de cette responsabilité lorsqu'est en cause une prérogative contractuelle. S'agit-il de responsabilité délictuelle ou contractuelle? Après avoir déterminé de quelle responsabilité relève le manquement à la bonne foi (1), il sera possible de s'intéresser à sa sanction. Plusieurs sanctions sont en effet envisageables. Certaines, classiques, ressortent de l'inexécution du contrat, d'autres sont davantage originales puisque consistant en la paralysie du droit, ne serait-ce que pour un temps limité. Il s'agira alors de déterminer la plus adéquate (2).

### 1. Le choix de la responsabilité

**515. La nature de la responsabilité.** La question de la responsabilité – délictuelle ou contractuelle – qu'engage celui qui manque à la bonne foi semble hanter tant la jurisprudence que la doctrine. La première apparaît inconstante (a), la seconde, en conflit (b).

#### a. L'inconstance de la jurisprudence

**516. Hésitations.** L'évolution de la jurisprudence est évidente quand bien même sa position ne serait pas certaine. Si dans les années 1950, la Cour de cassation avait pu juger que « *l'abus de droit, qu'il ait été commis dans le domaine contractuel ou extracontractuel, engendre dans tous les cas, la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle de son auteur qui est tenu à réparation intégrale du dommage qu'il a causé par sa faute* »<sup>1922</sup>, elle s'est volontiers placée dans les années 2000 sur le terrain de la responsabilité contractuelle<sup>1923</sup> ; les arrêts visent alors les articles 1134 et 1147 du Code civil<sup>1924</sup>. Pour autant, elle ne délaisse pas toujours le domaine du délictuel<sup>1925</sup>. Il est même possible de citer un arrêt rendu sous le visa à la fois de l'article 1134, alinéa 3 et

<sup>1922</sup> Cass. soc., 11 juin 1953, D. 1953, jur. p. 663.

<sup>1923</sup> Cass. soc., 4 juin 2002, JCP G. 2003, I, 152, obs. G. VINEY. – Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 septembre 2003, n°00-20175. Ce dernier arrêt est particulièrement clair. La Cour de cassation censure l'arrêt de la Cour d'appel s'étant fondé sur l'article 1182 du Code civil pour qualifier un fait du débiteur de faute extracontractuelle. La Cour estime en effet « *qu'il résultait [des] constatations [de la cour d'appel] que l'attitude dénoncée ne pouvait être qu'un manquement à la bonne foi due dans l'exécution du contrat* ».

<sup>1924</sup> Ex. : Cass. com., 25 mars 2003, n° 00-15386.

<sup>1925</sup> Ex. : Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 4 juillet 2003, D. 2004, obs. Y. PICOD (en matière de cautionnement disproportionné).

de l'article 1382 du Code civil<sup>1926</sup>. Ainsi la position de la Cour de cassation demeure encore parfois incertaine, même si elle n'hésite plus à faire appel à la responsabilité contractuelle.

*b. Le débat doctrinal*

**517. L'approche délictuelle.** Si l'on admet l'existence de la responsabilité contractuelle<sup>1927</sup>, il peut paraître naturel de se placer sur ce terrain lorsque le manquement à la bonne foi – ou l'abus – concerne un droit contractuel. Néanmoins, certains auteurs, s'appuyant notamment sur la distinction faite entre le devoir et l'obligation<sup>1928</sup>, considèrent qu'est seule en cause la responsabilité délictuelle. Analysant la bonne foi comme un devoir général de conduite valant pour chacun, tenu ou non par des liens contractuels, ils font de l'article 1134, alinéa 3, la reprise de l'article 1382 du Code civil<sup>1929</sup>. L'approche a pu séduire<sup>1930</sup>. Il est cependant permis de préférer l'analyse contractuelle.

**518. L'approche contractuelle.** Même à y voir un devoir, la bonne foi de l'article 1134 du Code civil renvoie à la manière dont les parties exécutent le contrat. Celui-ci façonne le comportement attendu. Sa nature (contrat-échange, organisation, coopération...) influe d'ailleurs. C'est bien que le contrat imprime une vision particulière de la bonne foi. On l'a vu, si le contrat doit être exécuté de bonne foi, c'est

---

<sup>1926</sup> Cass. civ., 3<sup>ème</sup>, 27 juin 2001, n°99-17733.

<sup>1927</sup> Il faut rappeler qu'une partie de la doctrine, sans doute minoritaire mais influente, réfute le concept même de responsabilité contractuelle, considérant que l'octroi de dommages-intérêts n'est que l'expression d'une exécution forcée par équivalent du contrat : Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, n°802 et s. ; D. TALLON, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », RTD civ. 1994, p. 223 ; Ph. RÉMY, « La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept ? », RTD civ. 1997, p. 323. Or, on ne peut nier une différence de régime qui incite à distinguer ce qui relève de l'un et ce qui relève de l'autre. Sur ce point cf. P. JOURDAIN, « La distinction des responsabilités délictuelle et contractuelle : État du droit français », colloque *Les conceptions générales de la matière*, mars 2009, [http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/280/280033\\_P.JOURDAIN.pdf](http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/280/280033_P.JOURDAIN.pdf) et « Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle », in *Les métamorphoses de la responsabilité*, 6<sup>èmes</sup> journées SAVATIER, PUF, 1997, p. 73.

<sup>1928</sup> Supra n°496.

<sup>1929</sup> Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, th. préc., n°134.

<sup>1930</sup> En ce sens C. SÉVELY-FOURNIÉ, *Essai sur l'acte juridique extinctif...*, th. préc., n°511 ; A. CATHIARD, note sous Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 mars 2005, D. 2005, p. 1462 ; A. FABRE, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, th. préc., n°596.

en vue de la réalisation de son objet<sup>1931</sup>. Dans ces conditions, l'exigence de bonne foi ne peut lui être extérieure, elle fait partie du contenu même du contrat.

## 2. *Le choix des sanctions*

**519. Des différents types de sanctions.** L'examen de la jurisprudence révèle que coexistent différentes sanctions au manquement à la bonne foi. Certaines sont celles dont on use face à l'inexécution d'une obligation proprement dite, d'autres sont au contraire propres au manquement à la bonne foi. Les premières renvoient, à défaut d'exécution forcée, à l'octroi de dommages-intérêts et/ou permettent le prononcé de la résolution unilatérale du contrat. Quant aux secondes, elles renvoient aux sanctions de l'inefficacité<sup>1932</sup>. L'exemple topique est sans doute celui des clauses résolutoires invoquées de mauvaise foi<sup>1933</sup> mais la jurisprudence a pu l'admettre dans d'autres hypothèses. Ainsi en a-t-il été pour une clause d'unité de compte dont s'était prévalu un cocontractant après avoir agi longtemps comme si cette clause n'existait pas<sup>1934</sup>.

Il n'est pas toujours aisé d'opérer une partition entre les manquements sanctionnés par l'octroi de dommages-intérêts, la résolution du contrat ou par l'inefficacité d'une clause ou d'un droit. L'arrêt de la Cour de cassation du 10 juillet 2007<sup>1935</sup> semble apporter une solution bien qu'on puisse hésiter sur l'exact sens à lui donner. Dans cette affaire, la chambre commerciale<sup>1936</sup> affirmait que « *si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties* ». Compris *a priori*

<sup>1931</sup> En ce sens, Ph. JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, th. préc., n°164 ; Th. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, th. préc., n°288.

<sup>1932</sup> P. ANCEL, « Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat, retour sur l'arrêt de la chambre commerciale du 10 juillet 2007 », in *Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Daniel TRICOT*, Litec, 2011, p. 61. V. aussi Y. PAGNERRE, *L'extinction unilatérale des engagements*, th. préc., n°870 et s.

<sup>1933</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 15 décembre 1976, Bull. civ. III, n°465. – Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 31 janvier 1995, D. 1995, somm. comm. p. 230, note D. MAZEAUD ; RTD civ. 1995, p. 623, obs. J. MESTRE. – Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 29 janvier 2002, n°00-18210. – Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 11 février 2004, n°02-20184.

<sup>1934</sup> Cass. com., 8 mars 2005, D. 2005, p. 883, obs. X. DELPECH ; RDC 2005, p. 1015, obs. D. MAZEAUD.

<sup>1935</sup> Cass. com., 10 juillet 2007, Bull. civ. IV, n°188, préc. Réaffirmé depuis. Cf. not. Cass. com., 15 mars 2011, n°09-13299.

<sup>1936</sup> Repris not. par la 2<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> chambre civile : Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 7 mai 2009, n°08-16501. – Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 9 décembre 2009, RDC 2010, p. 561, note Y.-M. LAITHIER et D. MAZEAUD. – Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 21 mars 2012, Bull. civ. III, n°49.

comme distinguant le « cœur du contrat » des clauses octroyant des droits potestatifs<sup>1937</sup>, l'arrêt suscite cependant l'interrogation. En effet, il n'est pas certain, ni que la distinction soit toujours aisée à mettre en œuvre<sup>1938</sup>, ni qu'elle soit véritablement fondée<sup>1939</sup>. En tout état de cause, le juge confronté à l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle unilatérale en a déjà prononcé l'inefficacité. Il ne s'agit cependant pour ce dernier que d'une faculté. Certains arrêts ont préféré retenir la responsabilité de l'auteur plutôt que l'inefficacité de son droit<sup>1940</sup>. Le droit du travail n'échappe pas à cette constatation. La jurisprudence sanctionne le manquement à la bonne foi lors de l'exercice d'un droit potestatif soit par l'inefficacité de ce droit (a) soit par une sanction plus classique, celle de l'octroi de dommages-intérêts (b).

*a. La sanction de l'inefficacité du droit*

**520. Justification de l'inefficacité comme sanction.** La sanction même de l'inefficacité pose une première difficulté. Puisque le droit est alors paralysé, peut-on toujours considérer qu'il s'agit de sanctionner une faute de comportement ? Ne s'agirait-il pas de condamner l'acte lui-même au-delà des seules circonstances entourant son exercice ? Répondre par l'affirmative serait considérer que la réparation de la faute de comportement ne pourrait se résoudre que par équivalent<sup>1941</sup>. Or il est permis de s'interroger sur l'éventuelle place d'une réparation en nature. Certains auteurs<sup>1942</sup>

---

<sup>1937</sup> L. AYNÈS, note sous Cass. com., 10 juillet 2007, RDC 2007, p. 1107. Cf. égal. le communiqué de la Cour de cassation (sur son site internet) relatif à cet arrêt.

<sup>1938</sup> Ex. Cass. civ., 3<sup>ème</sup>, RDC 2010, p. 561, obs. Y.-M. LAITHIER et D. MAZEAUD : En l'espèce, la Cour reprend le même attendu de principe mais censure l'arrêt de la Cour d'appel ayant écarté le refus d'agrément d'un bailleur. Or une clause d'agrément offre bien une « prérogative unilatérale » à son bénéficiaire. Il semble bien qu'ici, la distinction « cœur du contrat »/prérogatives unilatérales n'ait pas été correctement appliquée.

<sup>1939</sup> F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, GAJC, tome 2, Dalloz, 2008, 12<sup>ème</sup> éd., n°164. Les auteurs considèrent qu'il pourrait exister des hypothèses où le manquement à la bonne foi pourrait être sanctionné par l'atteinte aux « *droits et obligations constituant la substance du contrat* ». Ils renvoient alors à la saga des arrêts portant sur les « cuves des pétroliers ».

<sup>1940</sup> Ex. : Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 5 novembre 2003, RDC 2004, p. 637, note Ph. STOFFEL-MUNCK.. En l'espèce, une partie avait acquis de manière déloyale la reconduction d'un bail. La Cour de cassation ne prononce pas la déchéance du droit du bailleur mais le condamne à la réparation du préjudice, lequel est évalué au montant des loyers résultant de la poursuite du bail en question. Certes, l'arrêt se situe avant l'arrêt « Les Maréchaux », mais l'inefficacité des clauses résolutoires invoquées de mauvaise foi avait déjà été admise (Ex. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 31 janvier 1995, Bull. civ. I, n°57, préc.).

<sup>1941</sup> En ce sens Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...* th. préc.

<sup>1942</sup> A. MARAIS, « Le maintien forcé du contrat par le juge », art. préc. ; V. LE BLAN-DELANNOY, « Le maintien judiciaire du contrat en cas de rupture abusive : l'impasse ? », art. préc. Comp. G. VINEY, « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français (partie 3) », in *Le droit à l'exécution en nature*, Revue de droit Henri CAPITANT, n°3, 2011, [en

distinguent en effet le maintien forcé du contrat selon qu'il est une mesure d'exécution en nature, conséquence de l'illicéité de l'acte, ou une mesure de réparation en nature d'un préjudice subi. Dans cette dernière hypothèse, il s'agirait de neutraliser un comportement déloyal sans pour autant remettre en cause la validité même de l'acte pris. Le préjudice réparable demeure distinct de la rupture ou de la modification en tant que telle. Une telle sanction n'est toutefois pas adaptée à tout type d'abus de comportement. Elle paraît vaine dans certaines hypothèses telles que des décisions intervenues dans des conditions vexatoires par exemple. En revanche, elle semble pouvoir être la sanction appropriée aux ruptures ou modifications imposées trop brutalement. Et l'on voit alors poindre une limite à cette sanction : sa durée. La paralysie des effets de la décision considérée comme abusive (en réalité c'est le comportement qui est abusif) ne devrait être que limitée dans le temps<sup>1943</sup>. Ce serait sinon remettre en cause le droit même dont bénéficie le cocontractant. Autrement dit, il ne s'agit pas de revenir sur la modification ou la rupture proprement dite, mais simplement sur sa brutalité en neutralisant la décision considérée afin de maintenir, pendant un temps limité, la situation antérieure. Le préjudice de « brutalité » serait ainsi réparé. Le bénéficiaire ne perdant pas son droit devrait donc pouvoir en faire usage ultérieurement.

**521. Application en droit du travail : le cas générique du changement des conditions de travail.** De façon générale, le droit du travail préfère l'octroi de dommages-intérêts. Quel que soit le type d'abus, la « victime » se verra le plus souvent accorder des dommages-intérêts plutôt que le maintien de son contrat initial. Il est cependant une hypothèse où l'on pourrait peut être admettre l'inefficacité d'un droit

---

ligne] <http://www.henricapitantlawreview.fr/article.php?id=328>, qui considère la distinction comme inutile, du moins en matière contractuelle. Comp. égal. P. REMY-CORLAY, « Exécution et réparation : deux concepts ? », RDC 2005, p. 13.

<sup>1943</sup> En ce sens, A. MARAIS, « Le maintien forcé du contrat... », art. préc. ; D. HOUTCIEFF, « Quelle sanction pour la contradiction ? », Rev. Lamy dr. civ., 2005, n°18. (L'auteur défend la « fin de non recevoir » comme sanction de l'incohérence dans le comportement du titulaire du droit. La sanction ne pouvant éteindre le droit, elle ne peut qu'être temporaire).

Il n'est cependant pas certain que la jurisprudence limite toujours dans le temps ces décisions. En effet, dans certaines hypothèses, l'incohérence est en réalité sanctionnée par une véritable réécriture du contrat. Dans un cas, la clause prévoyant une rente viagère est écartée (Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 8 avril 1987, JCP 1988, II, 21037, note Y. PICOD) car elle n'avait pas été réclamée pendant une dizaine d'années, dans un autre, c'est une clause d'unité de compte qui sera évincée (Cass. com., 8 mars 2005, LPA, 27 septembre 2005, n°192, p. 11, obs. Y. DAGORNE-LABBE ; RTD civ. 2005, p. 391, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; RTD com. 2005, p. 397, note D. LEGEAIS ; D. 2005, p. 883, note X. DELPECH) car la banque, après avoir agi comme si cette clause n'existait pas, en réclamait soudain le bénéfice.

exercé contrairement à la bonne foi. Il s'agit de celle du changement des conditions de travail et en particulier de la mise en œuvre d'une clause de mobilité<sup>1944</sup>. Si cette sanction ne paraît pas évidente au premier abord, c'est qu'elle se dissimule derrière le contentieux du licenciement. En effet, au moment où l'on s'interroge sur un éventuel manquement à la bonne foi, le refus du salarié de se conformer à une décision estimée illégitime aura déjà été sanctionné par un licenciement. Ce n'est donc qu'*a posteriori* que la rupture sera qualifiée de licenciement « sans cause réelle et sérieuse ». Mais en considérant que le salarié peut valablement s'opposer à la décision unilatérale de son employeur, la jurisprudence semble bien admettre l'inefficacité de celle-ci<sup>1945</sup>.

*b. Les sanctions indépendantes de l'efficacité du droit*

**522. Faute autonome.** L'octroi de dommages-intérêts apparaît comme la sanction appropriée à un comportement « détachable » de l'acte de rupture ou de modification pour lequel la réparation en nature n'aurait pas de sens. Le préjudice subi est bien distinct de l'acte de rompre ou de modification. En d'autres termes, le titulaire du droit était bien fondé à en faire usage, mais les circonstances dans lesquelles est intervenue sa décision sont répréhensibles. Le comportement déloyal se situe à la marge de l'exercice du droit. L'exemple type est celui des circonstances vexatoires, humiliantes, entourant la décision unilatérale. Un licenciement « vexatoire » mérite réparation indépendamment de l'existence ou non d'une cause réelle et sérieuse<sup>1946</sup>. Il s'agit bien d'une faute entraînant un préjudice distinct<sup>1947</sup>. L'atteinte à l'honneur ou à la dignité<sup>1948</sup> qui en résulte est un préjudice de nature morale. L'octroi de dommages-intérêts en permet la

<sup>1944</sup> En ce sens, L.-K. GRATTON, *Les clauses de variation...*, th. préc., n°753 ; P. ANCEL, « Les sanctions du manquement à la bonne foi... », art. préc.

<sup>1945</sup> Ex. Cass. soc., 18 mai 1999, Bull. civ. V, n°219, préc. – Cass. soc., 20 février 2007, n°05-43628, préc.

V. cependant Cass. soc., 4 avril 2006, JCP S. 2006, 1426, note B. BOSSU. En l'espèce, le licenciement a été considéré comme ayant une cause réelle et sérieuse, mais l'abus de droit de l'employeur a cependant été sanctionné par l'octroi de dommages-intérêts.

<sup>1946</sup> Ex. : Cass. soc., 17 juillet 1996, Bull. civ. V, n° 290. – Cass. soc., 19 mars 1998, Bull. civ. V, n° 159. – Cass. soc., 27 novembre 2001, Bull. civ. V, n° 360. – Cass. soc., 10 juillet 2013, Bull. civ. V, n°193. Rapp. Pour une distinction entre la révocation sans juste motif (valable) et les conditions brusques et vexatoires : Cass. com., 1<sup>er</sup> février 1994, JCP 1995, II, 22432, note D. GIBIRILA.

<sup>1947</sup> Cass. soc., 3 octobre 2007, Bull. civ. V, n°148.

<sup>1948</sup> Cass. soc., 25 février 2003, Bull. civ. V, n°66. La Cour de cassation vise notamment l'article 9 du Code civil qui dispose que « *chacun a droit au respect de sa vie privée* ». Un tel fondement peut surprendre dans une affaire où les juges ont considéré que « *le fait de porter à la connaissance du personnel, sans motif légitime, les agissements d'un salarié nommé désigné constitue une atteinte à la dignité de celui-ci de nature à lui causer un préjudice distinct de celui résultant de la perte d'emploi* ».

réparation. Pour autant, celle-ci peut prendre une autre forme. A ainsi pu être jugée adéquate la publication dans la presse spécialisée du jugement condamnant l'employeur<sup>1949</sup>. On peut rapprocher de cette situation, l'hypothèse des grèves dont l'abus ne consiste pas dans le détournement de leur finalité mais en des actes illicites qui leur sont détachables<sup>1950</sup>.

## Section II Le « forçage » de l'exigence de bonne foi, l'ajout au contrat

**523. La portée du concept de bonne foi.** La bonne foi n'est pas simplement norme de comportement, elle a pu également permettre l'enrichissement du contrat au risque d'en être dénaturée. Appliquée aux prérogatives unilatérales, certaines exigences sont nées qui relèvent parfois de l'ajout d'obligations *stricto sensu*. La jurisprudence a pu paraître sur certains points novatrice. On peut alors s'étonner que sur d'autres, elle le soit moins. Ainsi l'exigence d'un préavis (I) ou délai de prévenance à l'exercice de droits potestatifs, en particulier d'extinction et de modification, s'est fait jour peu à peu avant d'être, souvent, reprise par le législateur. De la même manière, la jurisprudence a « créé » l'obligation de reclassement (II). À la différence, aucune obligation de motivation antérieure ou concomitante à l'exercice de droits potestatifs n'a été ajoutée par la jurisprudence. Pourtant, la prise en considération de celui subissant la mesure aurait pu permettre l'éclosion d'une telle obligation<sup>1951</sup>. De même, aucune exigence de mise en demeure dans le cadre de la prise d'acte n'est née de la jurisprudence. Or, à la suite de l'évolution de cette dernière, s'écartant de l'analyse objective de la nature du manquement reproché<sup>1952</sup>, une telle obligation aurait pu se concevoir, elle-même soumise à l'exigence de bonne foi<sup>1953</sup>. On peut s'interroger d'ailleurs sur la portée de la disposition de l'ordonnance du 10 février 2016 imposant une mise en demeure avant

---

<sup>1949</sup> Cass. soc., 25 janvier 1989, Bull. civ. V, n°64.

<sup>1950</sup> Ph. WAQUET, « Abus de droit de grève et responsabilité », rapp. sous Cass. soc., 18 janvier 1995, Dr. soc. 1995, p. 183 et « La grève, les mouvements illicites et l'abus du droit de grève », RJS 3/1995, p. 139.

<sup>1951</sup> Approche choisie par le rapport CATALA sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations (article 1158) et par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 (Nouvel article 1226, alinéa 3) en cas de résolution unilatérale pour manquement grave.

Sur la sanction alors à apporter au non-respect de l'obligation de motivation cf. Supra n°411 et s.

<sup>1952</sup> Supra n°390.

<sup>1953</sup> Exemple d'une mise en demeure adressée pendant les vacances du destinataire : Cass. com., 18 janvier 2000, n°97-17912.

toute résolution unilatérale pour manquement grave, sauf urgence<sup>1954</sup>. Il est vrai néanmoins qu'une mise en demeure n'a pas toujours d'utilité<sup>1955</sup>. En droit du travail, elle pourrait ne prendre sens que dans des hypothèses limitées où le manquement reproché « deviendrait » grave justement du fait de l'inertie de l'employeur<sup>1956</sup>. Autrement dit, la mise en demeure participerait de la définition de la gravité de la faute. Dans ces conditions, le défaut de mise en demeure révélerait en réalité un manquement qui ne serait pas suffisamment sérieux pour justifier une prise d'acte aux torts de l'employeur.

### I. L'exigence d'un préavis

**524. Problématiques.** Le préavis se présente comme un moyen de prévenir la brutalité d'un acte unilatéral. Il s'agit d'offrir au cocontractant subissant la rupture un temps d'adaptation, de réorganisation<sup>1957</sup> afin de se préparer à l'effectivité de la rupture ou de la modification et d'en tirer les conséquences. Dès lors, le préavis paraît bien relever de l'exigence de bonne foi<sup>1958</sup>. Il est permis néanmoins de s'interroger. En systématisant cette exigence, n'a-t-on pas ajouté une obligation *stricto sensu* ? En effet, en droit du travail<sup>1959</sup>, tant le législateur que la jurisprudence sont intervenus pour exiger le respect d'un préavis, ou d'un délai de prévenance, lorsque l'employeur – et dans une moindre mesure le salarié – exerce un droit potestatif. L'étendue de cette exigence (A) impose de s'interroger sur la question de savoir si le respect d'un préavis n'est que le

<sup>1954</sup> Nouvel article 1226, alinéa 1<sup>er</sup>.

<sup>1955</sup> Rappr. Article 110, alinéa 2, du Projet TERRÉ : « *Le créancier est dispensé de la mise en demeure lorsqu'elle est inutile pour caractériser l'inexécution ou en cas d'urgence. La résolution est alors acquise à l'expiration d'un délai raisonnable fixé dans la notification* ».

<sup>1956</sup> Supra n°388.

<sup>1957</sup> A. ROBERT, « La protection contre la rupture dans les contrats à durée indéterminée par la théorie du congé et du préavis », in *La tendance à la stabilité du lien contractuel*, LGDJ, 1960, p. 36 ; B. HOUIN, *La rupture unilatérale...*, th. préc., p. 635 et s.

<sup>1958</sup> Rappr. la jurisprudence relative aux relations commerciales imposant le respect d'un délai de préavis en cas de résiliation unilatérale : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 mars 2004, RDC 2014, p. 355, note Y.-M. LAITHIER. Sous le visa de l'article 1134 du Code civil, la Cour de cassation considère que si « *M. X... avait le droit de rompre unilatéralement le contrat verbal à durée indéterminée, c'était à condition qu'il respectât un délai de préavis raisonnable, sauf à justifier d'un motif de rupture sans préavis* ». V. égal. à propos de la rupture d'un prêt à usage d'habitation : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 février 2004, Bull. civ. I, n°34 : « *Attendu que l'obligation pour le preneur de rendre la chose prêtée après s'en être servi est de l'essence du commodat ; que lorsqu'aucun terme n'a été convenu pour le prêt d'une chose d'un usage permanent, sans qu'aucun terme naturel soit prévisible, le prêteur est en droit d'y mettre fin à tout moment, en respectant un délai de préavis raisonnable* ».

<sup>1959</sup> Rappr. l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 qui dispose que « *lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable* ». (Nouvel article 1211 du Code civil).

moyen de prévenir une brusque rupture, ou si, au contraire, il relève d'une véritable obligation ajoutée (B).

#### A. *L'étendue de l'exigence du préavis*

**525. Une exigence étendue.** Que la prérogative unilatérale soit extinctive (1) ou modificative (2), le respect d'un délai de préavis ou de prévenance apparaît comme un principe. Cette exigence est davantage au second plan en cas de prérogative suspensive (3).

##### 1. *En cas d'acte unilatéral extinctif du contrat de travail*

**526. Justification de l'exigence d'un préavis.** Le respect d'un préavis ne concerne pas seulement le contrat de travail<sup>1960</sup>. De façon générale, législateur, cocontractants, ou juge, imposent une telle exigence lorsqu'est en cause un acte unilatéral extinctif<sup>1961</sup>. Il ne s'agit pas alors de protéger un cocontractant en particulier<sup>1962</sup>. Même une partie dite « forte » en bénéficie. L'exigence de préavis n'est pas limitée aux contrats de dépendance. Ce qui semble alors prévaloir est l'unilatéralisme. Dans ces conditions, l'exigence de préavis s'inscrit ici dans une politique législative<sup>1963</sup> de « moralisation » des relations contractuelles. Le droit du travail le démontre puisque tant l'employeur que le salarié doivent respecter, en principe, un délai de préavis – ou de prévenance – lorsqu'ils rompent le contrat de travail. Pour autant le régime applicable peut différer selon le cocontractant en cause.

---

<sup>1960</sup> Peut déjà être citée la dénonciation des conventions collectives, engagements unilatéraux ou usages de l'entreprise. Cass. soc., 25 février 1988, D. 1988, somm. comm. p. 329, obs. A. LYON-CAEN ; JCP E. 1988, II, 15228, obs. B. TEYSSIÉ. – Cass. soc., 3 décembre 1996, février TPS 1997, n°53, note B. TEYSSIÉ.

<sup>1961</sup> Ph. STOFFEL-MUNCK, « La rupture du contrat... », art. préc., p. 649 et s. spéc. p. 664 ; A. SONET, *Le préavis...*, th. préc. ; P.-Y. GAUTIER, « Le temps suffisant en droit civil : délais de préavis », in *Le temps et le droit*, Litec, 2012, p. 53 et s., n°6 ; Y. PAGNERRE, *L'extinction unilatérale...*, th. préc., n°929. . V. égal. le nouvel article 1211 du Code civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016 : « *Lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable* ».

<sup>1962</sup> V. cependant Décision n°99-419 DC relative au Pacte civil de solidarité, JO, 16 novembre 1999, p. 16962 : « *Il appartient au législateur, en raison de la nécessité d'assurer pour certains contrats la protection de l'une des parties, de préciser les clauses permettant une telle résiliation, ainsi que les modalités de celle-ci, notamment le respect d'un préavis* ». (Considérant n°61).

<sup>1963</sup> Y.-M. LAITHIER, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 mars 2014, RDC 2014, p. 355.

Ainsi, quel que soit l'auteur de la rupture, un préavis doit en principe être respecté (a). Certaines hypothèses justifient néanmoins qu'une telle exigence puisse parfois être écartée (b).

*a. Le principe de l'exigence d'un préavis*

**527. L'appréhension contrastée du préavis.** Qu'il s'agisse de l'employeur ou du salarié, l'auteur d'une rupture unilatérale doit *a priori* respecter un délai de préavis (i). Des différences, cependant, peuvent être relevées. Les parties au contrat de travail ne sont pas traitées de manière identique. Il en est notamment ainsi de la durée du préavis à respecter, en particulier du préavis estimé excessif (ii).

*i. Une exigence réciproque ?*

**528. Rupture du contrat de travail.** Les usages ou les conventions collectives avaient déjà pu exiger le respect de certains délais de préavis<sup>1964</sup>. Quant à la jurisprudence, elle avait semblé, dès 1859<sup>1965</sup> imposer une telle exigence. En effet, la Cour de cassation avait affirmé que « *si un louage de service a été consenti pour une durée illimitée, il dépend sans doute de la volonté de l'une ou de l'autre des parties de le faire cesser ; mais que si la loi ne détermine aucun délai à observer, la renonciation ne peut cependant être faite à contre-temps et d'une manière préjudiciable à l'intérêt de l'une des parties* ». Bien que dans cette affaire, l'existence d'un usage ait bien été alléguée, les termes employés laissaient penser que le respect d'un certain délai devait toujours être respecté. Cependant, un arrêt de 1876 affirma clairement une solution contraire : « *En l'absence de conventions spéciales ou d'usages nettement établis pour le délai-congé, le principe de la libre rupture conserve toute sa force* »<sup>1966</sup>. Le législateur intervint alors. Plusieurs lois se succédèrent<sup>1967</sup> avant que le préavis ne

---

<sup>1964</sup> V. cepdt. avant l'avènement du Code Napoléon déjà, certains décrets de la fin du XVIII<sup>ème</sup> imposant des préavis à suivre en cas de démission dans certaines professions. Ex. : Décret de la Constituante du 26 juillet 1791 relatif à la police des papeteries. Cf. BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Du contrat de louage*, 1900, 2<sup>ème</sup> éd., tome II, n°2273 ; A. SONET, *Le préavis en droit privé*, PUAM, 2003, n°27 et s.

<sup>1965</sup> Cass. 8 février 1859, D. 1859, 1, 57.

<sup>1966</sup> Cass. 19 mai 1876, S. 1876, 1, 256.

<sup>1967</sup> La loi du 27 décembre 1890 ouvrait droit à des dommages-intérêts dans certaines circonstances mais la plupart des auteurs considéraient que la loi ne visait pas l'absence de préavis. (cf. pour une position des différents auteurs A. SONET, *Le préavis...*, th. préc., n°49).

V. ensuite Loi du 19 juillet 1928 modifiant l'article 23 du livre 1<sup>er</sup>, Gaz. Pal., 1928, 2, 966. – Loi du 19 février 1958, n°58-158, JO, 20 février 1958, p. 1858. – Loi du 13 juillet 1973 portant modification du

devienne, définitivement, la règle. Désormais, les articles L. 1234-1 et L. 1237-1 du Code du travail consacrent l'exigence d'un préavis en cas de démission et de licenciement renvoyant aux conventions et accords collectifs, lois spéciales ou, à défaut aux usages, le soin d'en fixer la durée. Lorsque la rupture est à l'initiative de l'employeur, des durées légales sont par ailleurs instituées<sup>1968</sup>. Les règles applicables en cas de licenciement sont également étendues aux hypothèses de départ et de mise à la retraite<sup>1969</sup>. De même, la loi soumet la rupture d'un contrat à durée déterminée à l'exigence d'un préavis dans l'hypothèse où le salarié rompt légitimement le contrat avant son terme pour avoir conclu un contrat à durée indéterminée<sup>1970</sup>.

**529. Rupture de la période d'essai.** Pendant longtemps, la période d'essai fut exemptée du respect de tout préavis. L'autonomie et la précarité de cette période justifiaient une libre rupture sans délai. Seules des dispositions contractuelles ou conventionnelles pouvaient en prévoir un<sup>1971</sup>. Ainsi, rien n'interdisait une rupture le dernier jour de la période d'essai, encore qu'il fût possible d'y voir un abus de droit, au sens d'abus de comportement<sup>1972</sup>. Mais l'encadrement croissant de la rupture de l'essai appelait à un renouveau. La loi du 25 juin 2008<sup>1973</sup> introduisit ainsi l'obligation de respecter un délai de prévenance. Lorsque c'est l'employeur qui est à l'initiative de la rupture, le délai est fonction de la durée de présence du salarié. Il oscille entre vingt-quatre heures et un mois<sup>1974</sup>. En revanche le salarié n'a à respecter qu'un délai de quarante-huit, voire de vingt-quatre heures<sup>1975</sup> lorsqu'il est à l'initiative de la rupture.

Code du travail en ce qui concerne la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée, n°73-680, JO, 18 juillet 1973, p. 7763.

<sup>1968</sup> Article L. 1234-1 du Code du travail : le salarié a droit « 1° S'il justifie chez le même employeur d'une ancienneté de services continus inférieure à six mois, à un préavis dont la durée est déterminée par la loi, la convention ou l'accord collectif de travail ou, à défaut, par les usages pratiqués dans la localité et la profession ; 2° S'il justifie chez le même employeur d'une ancienneté de services continus comprise entre six mois et moins de deux ans, à un préavis d'un mois ; 3° S'il justifie chez le même employeur d'une ancienneté de services continus d'au moins deux ans, à un préavis de deux mois ».

<sup>1969</sup> Articles L. 1237-6 et L. 1237-10 du Code du travail.

La jurisprudence étend les normes plus favorables relatives au licenciement aux mises à la retraite : Cass. soc., 15 mai 2007, JCP S. 2007, 1570, note D. CORRIGNAN-CARSIN. En le justifiant par le renvoi fait aux articles L. 1237-6 et L. 1237-10 (instituant un préavis en cas de départ ou mise à la retraite).

<sup>1970</sup> Article L. 1243-2 du Code du travail.

<sup>1971</sup> H. SINAY, « Le travail à l'essai », art. préc.

<sup>1972</sup> Supra n°506.

<sup>1973</sup> Loi n°2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail.

<sup>1974</sup> Article L. 1221-25 du Code du travail.

<sup>1975</sup> Article L. 1221-26 du Code du travail.

**530. Le cas particulier de l'absence de norme applicable.** Si, en principe, les ruptures unilatérales du contrat de travail sont effectivement soumises à l'exigence d'un préavis, il faut cependant réserver l'hypothèse d'une démission ou d'un licenciement d'un salarié de moins de six mois d'ancienneté et pour lequel aucune loi spéciale, convention, accord collectif, ou usage ne prévoirait le respect d'un préavis. Dans ce cas, l'exigence du préavis est écartée<sup>1976</sup>. Le contrat de travail ne pourrait pallier cette absence qu'en cas de licenciement ou de mise à la retraite, non dans celui d'une démission<sup>1977</sup>, ce qui se justifie par l'application du principe de faveur.

**531. La durée du préavis soumise au principe de faveur.** Si l'exigence de préavis est en principe réciproque, la durée du préavis à respecter diffère selon la partie en cause. Une telle différence se justifie par la position du salarié et le caractère alimentaire du contrat de travail. La rupture de ce dernier ne revêt pas la même importance selon la partie qui la subit. Ainsi le licenciement donnera lieu en principe à une durée de préavis plus longue que la démission. En outre l'application du principe de faveur impose, dans l'hypothèse d'un conflit de normes<sup>1978</sup>, que l'on choisisse la norme la plus favorable au salarié. La durée la plus longue est considérée comme plus favorable en cas de licenciement, au contraire, en cas de démission, ce sera la durée la moins longue qui le sera. On aurait pu cependant hésiter dès lors que l'exigence de préavis est réciproque<sup>1979</sup> et que non seulement l'auteur de la rupture mais aussi celui qui la subit doivent la respecter. Ainsi le « responsable » de l'éventuelle inexécution du préavis ne sera pas toujours l'employeur. Or l'indemnité alors due est fonction de la durée du préavis restant à courir<sup>1980</sup>. Lorsque c'est sur le salarié – et non l'employeur – que pèse le

---

<sup>1976</sup> Cass. soc., 29 mars 2006, JCP S. 2006, 1427, note R. VATINET ; Dr. soc. 2006, p. 638, J. DUPLAT ; D. 2006, p. 2228, note L. PERRIN.

<sup>1977</sup> Cass. soc., 3 février 1998, Bull. civ. V, n°59 : « *L'existence et la durée [du] délai-congé ne peuvent résulter du seul contrat de travail* ».

<sup>1978</sup> Le principe de faveur a effectivement vocation à s'appliquer. Le législateur l'a expressément prévu dans le cadre du licenciement : l'article L. 1234-1 du Code du travail prévoit qu'en cas de licenciement, les durées légales de préavis en cas de rupture du contrat de travail ne sont applicables qu'à défaut de normes plus favorables au salarié. (Ex. d'un conflit entre le contrat de travail et la convention collective : Cass. soc., 1<sup>er</sup> avril 1992, Bull. civ. V, n°222 : « *La convention collective [prévoyant un délai de préavis] ne pouvait laisser au contrat de travail la faculté de fixer une durée supérieure* »). Néanmoins en cas de conflit entre un usage et la convention collective, c'est cette dernière qui prévaut (Cass. soc., 14 avril 1983, Bull. civ. n°193).

<sup>1979</sup> Cass. soc., 18 juin 2008, JCP S, 2008, 1493, note F. DUMONT.

<sup>1980</sup> Supra n°552.

versement de l'indemnité compensatrice, c'est la durée la plus courte, même en cas de licenciement, qui lui est la plus favorable.

*ii. La problématique de la durée excessive du préavis*

**532. Quelle sanction ?** Quel sort réserver à un préavis dont la durée paraît démesurée même au regard de la spécificité de l'emploi du salarié ou de sa carrière<sup>1981</sup> ? Deux sanctions pourraient être envisageables, celle de la nullité de la clause ou celle de sa réduction.

**533. La nullité de la clause.** L'article 1780, alinéa 1, du Code civil prohibant les engagements perpétuels et l'article L. 1121-1 du Code du travail condamnant les atteintes disproportionnées aux libertés individuelles ne permettraient-ils pas de prononcer la nullité d'une clause prévoyant une durée excessive ? La solution paraît évidente lorsque le préavis excessif concerne la démission. Un tel préavis est effectivement de nature à faire échec au droit de rompre du salarié. Au vu du particularisme du contrat de travail, il porterait d'ailleurs atteinte non seulement à sa liberté de travail mais également à sa liberté *stricto sensu*. Cette dernière hypothèse demeure sans doute théorique car on voit mal des conventions collectives prévoir des durées de préavis excessives. Néanmoins, le cas échéant, la nullité d'une telle clause devrait être envisagée. Le salarié serait alors libéré de tout préavis.

En ce qui concerne le licenciement, il faut être davantage nuancé. Doit-on considérer que l'employeur tenu de respecter une durée trop longue de préavis est privé de son droit unilatéral de rompre ? On pourrait *a priori* le penser. Néanmoins, l'employeur conserve par définition la possibilité de rompre pour faute grave ou lourde (aucun préavis n'est alors dû<sup>1982</sup>). Par ailleurs, la Cour de cassation a pu valider des clauses restreignant effectivement le droit de l'employeur alors même qu'elles n'étaient pas limitées dans le temps<sup>1983</sup>. À suivre cette jurisprudence, une clause prévoyant une durée trop longue de préavis en cas de licenciement ne devrait pas en soi être susceptible de nullité. Une autre solution ne pourrait-elle pas être envisagée ?

---

<sup>1981</sup> Cass. soc., 24 juin 2009, n°08-40574.

<sup>1982</sup> *Infra* n°279.

<sup>1983</sup> *Ibid.* (à propos des indemnités de licenciement contractuelles révélatrices d'une obligation de maintien dans l'emploi).

**534. La réduction de la clause.** La jurisprudence sociale a déjà admis la possibilité d'une réduction d'une clause lorsqu'était en cause une disproportion. Il en est ainsi des clauses de non-concurrence justifiées<sup>1984</sup> mais excessives quant à leur étendue. La Cour de cassation a reconnu aux juges, du moins pendant un temps, la possibilité de les réduire dans la durée, l'espace ou à certaines activités<sup>1985</sup>. Mais l'extension d'une telle solution à l'hypothèse du préavis prêterait à critiques. D'une part, le fondement d'un tel pouvoir de réduction du juge est difficile à trouver, l'article 1134 du Code civil semblant au contraire s'y opposer. D'autre part, la jurisprudence relative aux clauses de non-concurrence a évolué, laissant désormais le salarié juge de la sanction à prononcer<sup>1986</sup>, ce dernier ayant désormais le choix de la nullité ou de la réduction de la clause. À suivre cette évolution, seul le salarié pourrait demander la réduction de la durée du préavis, ce qui se révélerait inutile dès lors qu'il n'y aurait pas intérêt. Or, si la clause de non-concurrence a vocation à porter atteinte à la seule liberté de travail du salarié, la durée excessive d'un préavis peut tant achopper sur la liberté de l'employeur que sur celle du salarié.

En réalité, la solution de la Cour de cassation confrontée à des durées excessives de préavis est plus subtile. Le contentieux des préavis excessifs se révèle le plus souvent dans des hypothèses où celui-ci n'ayant pas été exécuté, l'une des parties demandera à l'autre l'octroi d'une indemnité compensatrice. Autrement dit, c'est sur le terrain de l'indemnisation que se situera le litige. Or l'article 1152, alinéa 2, du Code civil offre expressément au juge la possibilité de modérer (voire d'augmenter) le montant de la peine prévue. La Cour de cassation se place donc sur le terrain de la clause pénale pour permettre une diminution de l'indemnité prévue. Mais on peut alors se demander si la jurisprudence ne réserverait pas un sort différent aux clauses instituant un préavis selon qu'elles proviennent d'une convention collective (ou accord collectif) ou du contrat. En effet, un raisonnement par analogie avec les indemnités de licenciement est possible. On le sait, la jurisprudence refuse d'analyser comme clause pénale la clause d'une convention collective prévoyant une indemnité de licenciement<sup>1987</sup>. Toute modération du

---

<sup>1984</sup> Plus exactement « *indispensables à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise* » : Cass. soc., 10 juillet 2002, Bull. civ. V, n°239. Depuis, jurisprudence constante.

<sup>1985</sup> Ex. : Cass. soc., 25 mars 1998, Bull. civ. V, n°174, préc. – Cass. soc., 25 mars 1998, n°176. – Cass. soc., 18 novembre 2002, Dr. soc. 2002, p. 1007, obs. R. VATINET.

<sup>1986</sup> Cass. soc., 12 octobre 2001, JCP S. 2012, 1005, note J.-F. CESARO.

<sup>1987</sup> Cass. soc., 14 mai 1987, Bull. civ. V, n°320. – Cass. soc., 22 février 1995, Bull. civ. V, n°65. – Cass. soc., 28 mai 2008, n°07-41079.

montant prévu est dès lors refusée<sup>1988</sup>. En revanche, la Cour de cassation qualifie la clause contractuelle prévoyant une telle indemnité de clause pénale susceptible d'être révisée dans sa partie excessive<sup>1989</sup>. On pourrait alors considérer que seules les clauses contractuelles imposant un préavis excessif pourraient faire l'objet, via le montant des dommages-intérêts dus, d'une diminution<sup>1990</sup>.

Néanmoins, la formulation dont la Cour de cassation use lorsqu'elle admet la réduction suscite des interrogations. En se référant à une durée de préavis telle qu'elle aboutit « à mettre en échec le droit de l'employeur de rompre »<sup>1991</sup>, ou « *interdi[t] de fait toute résiliation unilatérale* »<sup>1992</sup>, la Cour se place sur le terrain de la liberté d'entreprendre de l'employeur. La question de la nullité de la clause peut alors se poser. Dans ces conditions, le préavis serait *de facto* ramené à celui prévu par la convention collective ou, *a minima*, par la loi. Une telle solution devrait d'ailleurs valoir que la clause soit contractuelle ou conventionnelle. La source n'a pas d'incidence sur l'atteinte ou non à la liberté. La qualification de clause pénale ne serait alors qu'opportune. Ne jouant que pour les clauses « contractuelles », elle permettrait de diminuer le montant dû, en-deçà de l'excès, tout en demeurant éventuellement au-delà de ce que le législateur, ou les partenaires sociaux, avait pu prévoir.

#### *b. Les exceptions à l'exigence d'un préavis*

**535. L'hypothèse de la dispense à l'initiative du salarié.** Il s'agit de s'intéresser ici aux hypothèses où aucun préavis, ni aucune indemnité compensatrice, n'aura à être respecté. La première exception, à ne pas confondre avec la situation où l'employeur dispense unilatéralement son salarié d'effectuer le préavis, est l'accord des parties. Mais analysée avant tout comme une renonciation du salarié à son droit au préavis, la demande doit provenir de ce dernier et ne doit pas être équivoque. Dans ces conditions

---

<sup>1988</sup> Supra n°280. Le raisonnement suivi est qu'une clause pénale ne peut qu'être contractuelle au sens strict. Cf. D. MAZEAUD, « Les clauses pénales en droit du travail », *Dr. soc.* 1994, p. 343 ; J.-S. BORGHETTI, « La qualification de clause pénale », *RDC* 2008, n°4, p. 1158. Pourtant, on a pu voir que l'article L. 5125-2, alinéa 4 du Code du travail, prévoit que dans les accords de maintien dans l'emploi doit être insérée une clause pénale. Cf. J. DANIEL, « L'accord de maintien de l'emploi, un mélange détonnant de complexité et d'insécurité », *JCP S.* 2014, 1187.

<sup>1989</sup> Supra n°279.

<sup>1990</sup> Le contentieux concerne des préavis « contractuels » : Cass. soc., 12 juillet 1999, n°98-40483. – Cass. soc., 7 juin 2006, n°04-41391. – Cass. soc., 24 juin 2009, n°08-40574, préc.

<sup>1991</sup> Cass. soc., 12 juillet 1999, n°98-40483, préc. – Cass. soc., 7 juin 2006, n°04-41391, préc.

<sup>1992</sup> Cass. soc., 24 juin 2009, n°08-40574, préc.

seulement, le salarié ne pourra effectivement pas prétendre au paiement d'une indemnité<sup>1993</sup>.

**536. L'hypothèse des dispenses légitimes.** À côté de l'hypothèse de la demande du salarié, la loi ou la jurisprudence ont pu admettre des cas où le préavis pouvait être légitimement écarté sans qu'aucune indemnité compensatrice ne soit due, et ce, que l'employeur (i) ou le salarié (ii) soit à l'initiative de la rupture.

*i. La rupture à l'initiative de l'employeur*

**537. L'impossibilité matérielle tenant à l'entreprise.** Lorsque l'impossibilité d'exécuter le préavis provient de l'entreprise, elle ne devrait pas exonérer l'employeur de sa responsabilité puisqu'elle lui est alors imputable. Ainsi, par exemple, « *la cessation de l'entreprise ne libère par l'employeur de l'obligation de respecter le préavis* »<sup>1994</sup>. Seule la force majeure devrait le lui permettre. Mais outre le fait que les conditions de cette dernière sont rarement réunies<sup>1995</sup>, le législateur a lui-même expressément prévu le versement d'indemnités de licenciement et de préavis lorsque la rupture du contrat résulte d'un « *sinistre relevant d'un cas de force majeure* »<sup>1996</sup>, ce qui amène à s'interroger sur les hypothèses encore concernées par l'exonération de responsabilité de l'employeur.

**538. L'impossibilité matérielle tenant au salarié.** En revanche, lorsque l'impossibilité d'exécuter le contrat pendant la période de préavis tient à la situation du salarié et non à celle de l'entreprise, l'employeur est plus facilement libéré de son obligation. Sauf clauses conventionnelles voire contractuelles contraires, il ne devra pas d'indemnités compensatrices. Tel est par exemple le cas de l'absence d'agrément

---

<sup>1993</sup> La jurisprudence analyse cette demande comme une renonciation : Cass. soc., 15 juin 2000, n°98-41951. – Cass. soc., 6 octobre 2010, RJS 12/10, n°922.

<sup>1994</sup> Article L. 1234-7 du Code du travail.

<sup>1995</sup> Par exemple la destruction de l'entreprise dès lors qu'elle n'est pas totale et imprévisible ne relève pas de la force majeure : Cass. soc., 12 février 2003, TPS, avril 2003, n°136, note P.-Y. VERKINDT (destruction partielle d'un hôtel par un cyclone).

En revanche, caractérisation de la force majeure dans une espèce où un festival avait été annulé à la suite d'actions menées par des intermittents du spectacle étrangers à l'entreprise : Cass. soc., 31 octobre 2006, HCP 2007, 1019, note L. DRAI (rupture anticipée de contrats à durée déterminée).

<sup>1996</sup> Article L. 1234-13 du Code du travail. La jurisprudence acceptait auparavant que cette hypothèse exonérât l'employeur : Cass. soc., 20 décembre 1989, RJS 2/90, n°97 (l'incendie d'origine criminelle rendant l'entreprise inexploitable constituait un cas de force majeure dès lors que l'insuffisance de protection d'accès aux locaux n'était pas établie).

nécessaire à l'exécution du contrat<sup>1997</sup>, de l'incarcération du salarié<sup>1998</sup>, de son inaptitude physique médicalement constatée<sup>1999</sup> dès lors que l'employeur a rempli son obligation de reclassement<sup>2000</sup>. Encore faut-il que l'employeur n'ait pas dispensé unilatéralement le salarié d'effectuer son préavis. Dans le cas contraire, la Cour de cassation considère que l'inexécution du préavis provient de la décision de l'employeur et non de l'incapacité du salarié<sup>2001</sup>. Ainsi, en cas de dispense, l'employeur doit toujours l'indemnité compensatrice de préavis<sup>2002</sup> quand bien même le salarié aurait été dans l'incapacité de l'assurer. Il faut également réserver l'hypothèse de l'origine professionnelle de l'inaptitude<sup>2003</sup>. Dans ce cas, l'impossibilité de poursuivre l'exécution du contrat pendant le préavis est imputable à l'employeur, il est normal que ce dernier en supporte la responsabilité.

**539. La faute grave du salarié.** Le législateur a expressément prévu une dispense de préavis en cas de licenciement pour faute grave<sup>2004</sup>, la définition même de cette dernière impliquant justement l'impossibilité du maintien du contrat ne serait-ce que pendant la période du préavis<sup>2005</sup>. Transparaît le raisonnement selon lequel le salarié est en quelque sorte « responsable » de la rupture. Ce n'est donc pas à l'employeur d'en assumer les conséquences, d'où la privation des indemnités de préavis et de licenciement. Pour

---

<sup>1997</sup> Cass. soc., 14 octobre 1997, bull. civ. V, n°311 : défaut de titre autorisant de continuer à travailler en France. – Cass. soc., 12 février 2003, n°00-45667 : le salarié avait refusé la formation proposée par l'employeur aux fins d'obtenir l'agrément, et refusait également l'exécution des tâches ne nécessitant pas ledit agrément.

<sup>1998</sup> Cass. soc., 17 décembre 1984, D. 1985, IR 159.

<sup>1999</sup> Cass. soc., 22 juin 1994, n°92-42477. – Cass. soc., 7 juin 1995, n°91-42977. – Cass. soc., 17 janvier 2006, n°03-48262.

<sup>2000</sup> Cass. soc., 18 mars 2003, Bull. civ. V, n°99.

<sup>2001</sup> Cass. soc., 21 janvier 2003, n°01-40573. – Cass. soc., 31 octobre 2012, JSL, 3 janvier 2013, n°335, p. 10, obs. A. BOUCHERET ; JCP S. 2013, 1033, note F. DUMONT.

<sup>2002</sup> La Cour de cassation a même considéré que le salarié devait recevoir une prime d'assiduité durant le préavis dont il était dispensé : Cass. soc., 27 juin 2001, n°98-45711.

Dans l'hypothèse où le salarié aurait été licencié à tort, sans préavis, l'employeur ne pourrait déduire des indemnités compensatrices de préavis qu'il doit, les indemnités versées par la sécurité sociale : Cass. soc., 9 octobre 2001, n°99-43518.

<sup>2003</sup> Cass. soc., 28 janvier 1998, n°94-45537.

<sup>2004</sup> Article L. 1234-1 du Code du travail. Rapp. l'article L. 442-6, I, 5° du Code du commerce : « [...] Les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure [...] ».

<sup>2005</sup> Même à abandonner la référence expresse au préavis. Comp. ainsi Cass. soc., 26 février 1991, Bull. civ. V, n°97 qui se réfère expressément à l'impossibilité de maintenir le contrat même pendant la durée limitée du préavis et Cass. soc., 27 septembre 2007, Bull. civ. V, n°146 qui simplifie la formule en considérant que la faute grave est « celle qui rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise ».

autant, tant que la rupture est effectivement immédiate, l'éventuel versement d'une indemnité compensatrice ne remet pas en cause la gravité de la faute<sup>2006</sup>. Ce raisonnement vaut également en cas de rupture anticipée du contrat à durée déterminée, lorsque le motif en est la faute grave du cocontractant<sup>2007</sup>.

ii. *La rupture à l'initiative du salarié*

**540. L'exception de la prise d'acte.** La prise d'acte entraîne « *la cessation immédiate du contrat de travail* »<sup>2008</sup> de sorte que, conclut la Cour de cassation, « *le salarié n'est pas tenu d'exécuter son préavis* »<sup>2009</sup>. Fallait-il considérer que le raisonnement à suivre était le même que celui valant pour le licenciement pour faute grave ? On pouvait le penser dès lors que la jurisprudence définissait le « *manquement suffisamment grave de l'employeur* » justifiant une prise d'acte de la même manière que la faute grave, c'est-à-dire comme celui « *empêch[ant] la poursuite du contrat* »<sup>2010</sup>. Mais la Cour de cassation a, au contraire, affirmé dans un arrêt du 2 juin 2010<sup>2011</sup> que « *la circonstance que l'intéressé a spontanément accompli ou offert d'accomplir [le préavis] [était] sans incidence sur l'appréciation de la gravité des manquements invoqués à l'appui de la prise d'acte* ». Une telle solution pouvait surprendre d'autant que la Cour prenait soin de préciser que « *la prise d'acte entraî[n]t la cessation immédiate du contrat de travail, [...] le salarié n'[était] pas tenu d'exécuter un préavis* » et qu'elle continue de définir le manquement justifiant une prise d'acte comme celui suffisamment grave pour empêcher la poursuite du contrat de travail<sup>2012</sup>. En réalité, la jurisprudence semble écartelée entre le régime du licenciement pour faute grave et celui de la résolution unilatérale pour manquement grave de droit commun. En réaffirmant que l'exécution ou non d'un préavis en cas de prise d'acte est « *sans*

---

<sup>2006</sup> Cass. soc., 27 novembre 2007, Bull. civ. V, n°146, JCP S. 2007, II, 1088, note D. CORRIGNAN-CARSIN.

<sup>2007</sup> En revanche, lorsque le salarié rompt de manière anticipée son contrat à durée déterminée car il a conclu par ailleurs un contrat à durée indéterminée, l'article L. 1243-2 du Code du travail prévoit le respect d'un préavis.

<sup>2008</sup> Cass. soc., 31 octobre 2006, Dr. soc. 2007, p. 113, note J. SAVATIER ; JCP G. 2006, II, 10205, note D. JACOTOT ; JCP S. 2006, 1948, note P.-Y. VERKINDT. – Cass. soc., 4 juin 2008, JCP S. 2008, 1438, note J.-Y. FROUIN. – Cass. soc., 25 février 2009, JCP S. 2009, 1283, note S. BRISSY.

<sup>2009</sup> Ex. : Cass. soc., 2 juin 2010, JCP G. 2010, 820, note D. CORRIGNAN-CARSIN ; JCP S. 2010, 1309, note N. DAUXERRE. – Cass. soc., 28 septembre 2011, Bull. civ. V, n°199. – Cass. soc., 3 mai 2012, n°10-22770.

<sup>2010</sup> Cass. soc., 30 mars 2010, Bull. civ. V, n°80.

<sup>2011</sup> Cass. soc., 2 juin 2010, Bull. civ. V, n°128, préc.

<sup>2012</sup> Cass. soc., 26 mars 2014, Bull. civ. V, n°85.

*incidence sur l'appréciation de la gravité des manquements invoqués* »<sup>2013</sup>, la chambre sociale se rapproche de la première chambre civile qui considère que la résolution unilatérale n'est pas exclusive d'un préavis<sup>2014</sup>.

En tout état de cause, le non-respect du préavis sera nécessairement mis à la charge de l'une des parties. Le versement de l'indemnité reposera soit sur l'employeur soit sur le salarié selon les effets qu'aura produits la prise d'acte.

En cas de prise d'acte « injustifiée », c'est le régime de la démission qui doit être appliquée. Le salarié sera tenu du paiement d'une indemnité de préavis<sup>2015</sup> sauf lorsque l'impossibilité d'exécuter le préavis sera le fait de sa maladie<sup>2016</sup>.

En cas de prise d'acte justifiée, les effets seront celui du licenciement sans cause réelle et sérieuse. La jurisprudence est alors particulièrement ferme car elle impose à l'employeur le paiement de l'indemnité compensatrice de préavis alors même que le salarié ne pourrait l'effectuer, soit du fait de sa maladie<sup>2017</sup> soit de par une nouvelle embauche<sup>2018</sup>. En effet, la jurisprudence considère que l'inexécution du préavis est nécessairement imputable à l'employeur, peu important les circonstances ultérieures à la rupture du contrat. La Cour de cassation a même admis que l'indemnité restait due alors que le salarié avait lui-même demandé d'être dispensé de l'exécution du préavis<sup>2019</sup>. Mais les faits d'espèce expliquent cette hypothèse. Le salarié avait démissionné, d'où sa demande d'être dispensé de préavis (de démission). Cette démission étant équivoque, elle avait été requalifiée en prise d'acte, produisant alors les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Dès lors l'employeur devait l'indemnité compensatrice de préavis (de licenciement).

---

<sup>2013</sup> Cass. soc., 9 juillet 2014, n°13-15832. V. égal. Cass. soc., 12 février 2012, n°12-29497.

<sup>2014</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 13 octobre 1998, D. 1999, p. 115, obs. Ph. DELEBECQUE et p. 197, note Ch. JAMIN ; JCP G. 1999, II, 10133, note N. RZEPECKI ; RTD civ. 1999, p. 394, obs. J. MESTRE et p. 506, obs. J. RAYNARD.

<sup>2015</sup> Ex. : Cass. soc., 17 février 2004, n°01-42427. – Cass. soc., 15 mars 2005, n°03-40170. – Cass. soc., 8 juin 2011, Bull. civ. V, n°141.

<sup>2016</sup> Cass. soc., 15 janvier 2014, JCP S. 2014, 1255, note L. DRAI.

<sup>2017</sup> Cass. soc., 20 janvier 2010, JCP G. 2010, 190, note C. LEFRANC-HAMONIAUX.

<sup>2018</sup> Cass. soc., 30 novembre 2011, n°09-71858.

<sup>2019</sup> Cass. soc., 20 janvier 2010, Bull. civ. V, n°17.

**541. Exceptions particulières.** Certaines dispenses de préavis au bénéfice du salarié ont été expressément prévues par le législateur<sup>2020</sup>. Il en est ainsi de la démission de la femme enceinte<sup>2021</sup>, à l'issue d'un congé de maternité<sup>2022</sup>, de la rupture pour création d'entreprise<sup>2023</sup> ou encore du départ du journaliste salarié en cas de changement d'orientation de son employeur<sup>2024</sup>. Dans ces hypothèses, le salarié ne sera pas tenu d'effectuer un préavis et ne devra pas d'indemnité compensatrice.

## 2. En cas d'acte unilatéral modificatif du contrat de travail

**542. Le rôle de la jurisprudence.** Le législateur n'impose aucun délai de préavis ou prévenance lorsqu'est décidé un changement des conditions de travail ou une mutation temporaire liée aux fonctions du salarié<sup>2025</sup>. La jurisprudence l'a alors imposé<sup>2026</sup>. Le salarié doit avoir le temps de se préparer au changement à venir. Ainsi la Cour de cassation impose le respect d'un délai suffisant<sup>2027</sup> ou raisonnable<sup>2028</sup> en cas de mutation au-delà du secteur géographique, que ce soit en application d'une clause de mobilité, ou parce que la mutation est temporaire. De façon générale, la jurisprudence considère que le salarié doit être prévenu suffisamment à l'avance de tout changement de ses conditions de travail<sup>2029</sup>.

---

<sup>2020</sup> Des règles spéciales propres à des contrats particuliers (contrats aidés, apprentissage...) imposent ou non l'exigence de préavis. Cf. sur ce point : C. ROY-LOUSTAUNAU, J.-Cl. Travail traité, V° Fasc. 32-1, préavis, septembre 2014.

<sup>2021</sup> Article L. 1225-34 du Code du travail.

<sup>2022</sup> Article L. 1225-66 du Code du travail. Le salarié doit néanmoins informer son employeur au moins quinze jours à l'avance.

<sup>2023</sup> Article L. 3142-85 du Code du travail.

<sup>2024</sup> Article L. 7112-5, 3° du Code du travail. *Adde* Cass. soc., 17 avril 1996, Bull. civ. V, n°167 : « La résiliation du contrat de travail, même si le journaliste bénéficie d'une indemnité de licenciement, reste son fait et il est légalement dispensé d'accomplir un préavis. [Il] ne peut donc réclamer une indemnité compensatrice de préavis à son employeur ».

<sup>2025</sup> *Supra* n°128.

<sup>2026</sup> Ex. pour une clause de mobilité : Cass. soc., 16 février 1987, Bull. civ. V, n°83.

<sup>2027</sup> Cass. soc., 3 juin 1997, n°94-43476 : « [La] mutation avait été notifiée [au salarié] sans qu'un délai de prévenance suffisant ait été respecté, [la cour d'appel] a pu en déduire que la clause de mobilité avait été mise en œuvre dans des conditions abusives et que le salarié était fondé à refuser sa nouvelle affectation ». – Cass. soc., 3 novembre 2004, n°03-40158 : « La cour d'appel [...] a retenu que l'employeur avait mis en œuvre la clause de mobilité avec précipitation, en impartissant à la salariée un délai de prévenance et de réflexion insuffisant ». – Cass. soc., 11 mai 2005, n°03-43040 : « Il ressort [...] que les conditions dans lesquelles la clause de mobilité avait été mise en œuvre procédaient d'une précipitation abusive justifiant le refus de la salariée. ». (C'est nous qui soulignons).

<sup>2028</sup> Cass. soc., 15 mars 2006, Bull. civ. V, n°106 (mutation temporaire).

<sup>2029</sup> Cass. soc., 20 mai 1997, n°94-43653 (le salarié n'avait pas été informé suffisamment tôt de ses heures supplémentaires). – Cass. soc., 28 novembre 2001, n°99-45985, préc. (changement de lieu de

**543. La durée du préavis.** Le recours au délai « suffisant » ou « raisonnable » permet une approche à la fois objective et subjective. Seront ainsi prises en considération la nature du changement opéré, la durée passée de la relation de travail<sup>2030</sup> mais également la situation personnelle du salarié. Les parties peuvent elles-mêmes avoir prévu un délai à respecter, pour autant le juge ne perdra pas sa capacité à contrôler le caractère suffisant ou non du préavis<sup>2031</sup>.

**544. Exceptions.** La jurisprudence, *a contrario*, permet à l'employeur d'être dispensé d'un délai de prévenance à la condition de justifier l'urgence par des contraintes particulières<sup>2032</sup>. Celles-ci devraient résulter de difficultés spécifiques, sans doute temporaires, rencontrées par l'entreprise. Le nécessaire remplacement d'un salarié dont l'absence n'a pas pu être anticipée pourrait par exemple justifier une telle urgence. Il paraît en revanche difficile de justifier l'urgence par des raisons tenant au salarié subissant le changement de conditions de travail. Même utilisée à titre de sanction, une clause de mobilité devrait respecter un délai de préavis lors de sa mise en œuvre.

travail en l'absence de clause de mobilité). – Cass. soc., 4 avril 2006, JCP S. 2006, 1426, note B. BOSSU (information trop tardive du déménagement de la société).

<sup>2030</sup> Cass. soc., 16 février 1987, Bull. civ. V, n°83 : « *Mais attendu que la cour d'appel a retenu [...] qu'en imposant à la salariée, par télégramme, après quarante-cinq mois de travail dans le même poste, une nouvelle affectation à gagner dans les vingt-quatre heures, la société avait marqué son désir de voir la démonstratrice contrainte de refuser un tel bouleversement des conditions de travail* » – Cass. soc., 29 mai 1991, n°88-40329, préc. : « *[Le salarié] s'était vu enjoindre par télégramme de se trouver le lendemain à l'autre extrémité du territoire* ». – Cass. soc., 24 novembre 2004, n°02-46988 : « *Mais attendu qu'ayant constaté qu'en imposant brutalement et sans raison, à la journaliste âgée de soixante-deux ans et employée depuis dix-huit ans à la rédaction de Toulouse, une affectation qui impliquait un changement de lieu de travail et de résidence sans lui donner d'informations précises sur ses futures fonctions, la cour d'appel, qui a retenu que l'employeur avait mis en œuvre la clause de mobilité de façon discrétionnaire et abusive, a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision* ». – Cass. soc., 3 mai 2012 n°10-25937. – Cass. soc., 28 novembre 2012, n°11-22645. En revanche, pour un exemple de délai respecté : Cass. soc., 28 février 2001, Bull. civ. V, n°64.

Comp. avec les hypothèses où la Cour de cassation impose un délai de préavis « suffisant » lorsqu'est en cause une rupture unilatérale pour laquelle le législateur n'est pas intervenu. Le délai est fonction de la durée de la relation contractuelle en cause. Cf. not. D. MAZEAUD, « Durées et ruptures », *in Durées et contrats*, RDC 2004, p. 129 ; C. BOURGEON et A. Van EECKHOUT, « La durée de préavis de rupture d'une relation d'affaires », RDC 2005, p. 491.

<sup>2031</sup> Cass. com., 12 mai 2004, RDC 2004, p. 943, note Ph. STOFFEL-MUNCK. Arrêt rendu en matière de relations commerciales mais transposable à la relation de travail.

<sup>2032</sup> Cass. soc., 29 mai 1991, n°88-40329 : « *Mais attendu que, répondant aux conclusions, la cour d'appel, a relevé que M. X..., qui n'avait jamais quitté la même région depuis son embauche, s'était vu enjoindre par télégramme de se trouver le lendemain à l'autre extrémité du territoire, sans que l'employeur ait justifié avoir été contraint d'agir avec une telle précipitation* ». (C'est nous qui soulignons.)

### 3. En cas d'acte suspensif du contrat de travail

**545. Le délai de préavis comme condition de fond.** La problématique est ici différente. Tout d'abord, les droits potestatifs suspensifs – si l'on peut véritablement parler de « droit »<sup>2033</sup> – ne sont pas toujours soumis à une exigence de préavis, une simple information peut parfois suffire (congés pour maladie et maternité par exemple). Ensuite, le délai de préavis ou l'obligation d'information sont en principe des conditions de l'exercice même du droit. Autrement dit, le salarié ne respectant pas ces exigences ne pourra pas en réalité prétendre exercer son droit. Prenons ici l'exemple de la grève dans les services publics<sup>2034</sup>. L'article L. 2512-2 du Code du travail prévoit le respect d'un préavis collectif<sup>2035</sup>. Sa violation – volontaire<sup>2036</sup> – devrait entraîner l'illicéité du mouvement et, par voie de conséquence, la responsabilité de ceux participant au mouvement irrégulier. La Cour de cassation n'a cependant pas toujours retenu cette solution<sup>2037</sup>. Une telle sanction s'explique par un régime spécifique justifié notamment

<sup>2033</sup> Supra n°114 et s.

<sup>2034</sup> Adde les articles L. 1324-2 à L. 1324-11 du Code des transports pour les entreprises chargées d'une mission de service public de transports terrestres réguliers de voyageurs, à vocation non touristique (loi n°2007-1224 du 21 août 2007). Sur ce modèle fut adoptée la loi n°2012-375 du 19 mars 2012 (Journal Officiel 20 Mars 2012), portant création des articles L. 1114-1 et suivants du Code des transports, applicable aux entreprises de transport aérien de passagers. Rappr égal. l'article L. 133-3 du Code de l'éducation institué par la loi n°2008-790 du 20 août 2008 mettant en place un service d'accueil pour les élèves des écoles maternelles et élémentaires pendant le temps scolaire.

<sup>2035</sup> Préavis émanant « d'une organisation syndicale représentative au niveau national, dans la catégorie professionnelle ou dans l'entreprise, l'organisme ou le service intéressé » (article L. 2512-2, alinéa 2, du Code du travail).

<sup>2036</sup> La Cour de cassation admet en effet que le non-respect de l'exigence d'un préavis pour des personnels ne sachant pas, de bonne foi, que leur entreprise ou établissement gérait un service public, ne soit pas sanctionnée (Cass. soc., 5 juin 1984, Bull. civ. V, n°229. – CE, 8 janvier 1992, arrêt « Ciejka », Rec CE, p. 5, Dr. soc. 1992, p. 469, concl. M. POCHARD).

<sup>2037</sup> Cass. soc., 25 février 2003, Bull. civ. V, n°63 : « attendu que la cour d'appel, qui a constaté qu'un préavis de grève avait été déposé par la CGT, peu important qu'il ait été irrégulier, a pu en déduire que les salariés n'avaient commis aucune faute en participant à la grève dans le respect du délai de prévenance ».

V. cependant la jurisprudence postérieure : Cass. soc., 11 janvier 2007, Bull. civ. n°2 : « Attendu que pour décider que la salariée n'avait commis aucune faute en participant au mouvement de grève [...] et annuler la sanction, l'arrêt infirmatif relève qu'elle était de repos le 1er décembre et que peu importait que le préavis ait été irrégulier dès lors qu'elle avait elle-même respecté le délai de prévenance de cinq jours francs après la notification du préavis ; Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait du jugement qui lui était déféré que, par une note [...] l'employeur avait informé l'ensemble des salariés de l'entreprise du caractère illégal de la grève en raison du non-respect du délai légal de préavis et que l'existence de cette notification, invoquée devant elle par l'employeur n'était pas discutée par la salariée, la cour d'appel a violé le texte susvisé ». – Cass. soc., 30 janvier, 2013, Bull. civ. n°21 : « Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que les organisations syndicales n'avaient pas respecté la procédure de négociation préalable leur imposant de notifier à l'employeur qu'elles envisageaient de déposer un préavis de grève, ce dont il résultait que celui-ci était irrégulier, peu important le caractère national du

par l'exigence de la continuité du service public. La vocation du préavis collectif n'est pas seulement de permettre l'anticipation matérielle du conflit à venir, mais de chercher à l'éviter par la voie de la négociation collective. Dès lors on conçoit que la sanction attachée atteigne la grève elle-même. En revanche, le préavis individuel auquel peuvent être soumis certains agents<sup>2038</sup> est bien distinct de la licéité de la grève. Le salarié ne respectant pas son obligation est alors passible de sanctions disciplinaires.

Dans le même ordre d'idées peuvent être cités les différents droits à un congé (formation<sup>2039</sup>, sabbatique<sup>2040</sup>, parental<sup>2041</sup>). Ceux-ci sont soumis tant à un délai de prévenance fixé par le Code du travail lui-même<sup>2042</sup> qu'à des conditions tenant notamment à l'ancienneté du salarié. Ce dernier ne peut voir prospérer sa demande s'il ne répond pas à ces conditions<sup>2043</sup>.

**546. Hypothèses d'absence de préavis.** En revanche, dans l'hypothèse de la grève dans le secteur privé, la loi n'impose pas de préavis. La question s'était alors posée de l'éventuelle validité d'une clause issue d'une convention ou d'un accord collectif

*mouvement de grève, et que l'employeur avait informé l'ensemble des salariés de l'entreprise du caractère illégal de la grève en raison de l'irrégularité du préavis, la Cour d'appel a violé les textes susvisés ».*

<sup>2038</sup> Par ex. article L. 1324-7 du Code des transports pour les salariés dont la présence est indispensable à l'exécution du plan de transport.

<sup>2039</sup> Congé individuel de formation (articles L. 6322-1 et s. du Code du travail), congé pour bilan de compétences (articles L. 6322-42 et s. du Code du travail), congé d'enseignement ou de recherche (articles L. 6322-53 et s. du Code du travail).

<sup>2040</sup> Article L. 3142-91 du Code du travail.

<sup>2041</sup> Article L. 1225-47 du Code du travail.

<sup>2042</sup> L'article R. 6322-3 du Code du travail prévoit des délais de soixante et cent-vingt jours au plus tard, en cas de congés individuels de formation, l'article R. 6322-40 du Code du travail prévoit soixante jours au plus tard en cas de congé pour bilan de compétences, l'article L. 1225-50 du Code du travail prévoit des délais d'au moins un et deux mois en cas de congé parental d'éducation.

<sup>2043</sup> Cela étant, l'employeur a le droit, si l'absence du salarié « peut avoir des conséquences préjudiciables à la production et à la marche [ou « bonne marche »] de l'entreprise » : Ex. : articles L. 3142-13 (congés pour formation économique et sociale et formation syndicale) ; L. 3142-34 (congé de solidarité internationale) ; L. 3142-54 (congé de représentation) et L. 6322-6 du Code du travail (congé individuel de formation), de refuser le congé ou de le reporter mais de manière limitée (ex. : articles R. 6322-7 du Code du travail pour le congé individuel de formation ; R. 6322-41 pour le congé de bilan de compétences et rémunération ; R. 6322-66 pour le congé de recherche et d'innovation ; R. 6322-73 pour le congé de formation des jeunes de moins de vingt-cinq ans)

L'employeur peut également le refuser dans les hypothèses où le nombre de salariés ayant bénéficié du congé considéré pendant l'année dépasse un certain seuil : articles D. 3142-15 du Code du travail pour le congé de solidarité internationale ; R. 3142-18 pour le congé de formation de cadres et d'animateurs pour la jeunesse ; R. 3142-28 pour le congé de représentation.

instituant un préavis. Par un arrêt de principe en date du 7 juin 1995<sup>2044</sup> revenant sur une jurisprudence incertaine et équivoque, la chambre sociale de la Cour de cassation a estimé « *qu'une convention collective ne peut avoir pour effet de limiter ou de réglementer pour les salariés l'exercice du droit de grève constitutionnellement reconnu et que seule la loi peut créer un délai de préavis de grève s'imposant à eux* ». Il est vrai que le Préambule de la Constitution de 1946 affirme que « *le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent* » et une interprétation latitudinaire<sup>2045</sup> avait initialement permis à la jurisprudence d'admettre la licéité de clauses conventionnelles<sup>2046</sup> restreignant le droit de grève pendant un temps limité. Mais désormais, la cause est entendue. Seul le législateur peut imposer le respect d'un préavis. Dans cette hypothèse, il peut alors, le cas échéant, renvoyer aux partenaires sociaux le soin d'en fixer les modalités<sup>2047</sup>. Restait la question de l'information adressée à l'employeur. Celle-ci est certaine, ne serait-ce que parce que les salariés sont tenus de lui présenter leurs revendications professionnelles<sup>2048</sup>. À défaut, le mouvement serait illicite. Il s'agit d'une condition de fond de l'exercice de leur droit de grève, mais aucune modalité particulière n'est exigée tant que ces revendications ont été portées à la connaissance de l'employeur au moment de l'arrêt de travail<sup>2049</sup>.

---

<sup>2044</sup> Cass. soc., 7 juin 1995, Dr. soc. 1996, p. 37, obs. Ch. RADÉ ; D. 1996, jur. p. 75, note B. MATHIEU. Réaffirmé par Cass. soc., 12 mars 1996, Dr. soc. 1996, p. 541.

<sup>2045</sup> La Cour de cassation (comme d'ailleurs le conseil d'État) a pu considérer que la désignation du législateur par le Préambule de la Constitution n'exprimait qu'une vocation prioritaire et non une compétence exclusive : Cass. soc., 9 juillet 1951, Dr. soc. 1952, p. 116, obs. P. DURAND. – CE, 7 juillet 1950, Dr. soc. 1950, p. 317.

Il était également possible de comprendre le terme de « lois » comme la norme provenant autant du législateur que d'une convention : B. TEYSSIÉ, J.-Cl *Travail traité*, fasc. 70-10, « Conflits collectifs, grève dans le secteur privé, Conditions », octobre 2015, n°41.

<sup>2046</sup> Cass. soc., 14 janvier, 5 et 6 mai 1960, JCO 1960, II, 11692. – Cass. soc., 27 février 1974, Bull. civ. 1974, V, n°140. Certains auteurs considèrent d'ailleurs qu'une telle clause pourrait encore être opposable aux syndicats signataires : A. CRISTAU, Rep. dr. tr. Dalloz, V° Grève dans le secteur privé, n°51 et s., janvier 2015. *Contra* L. MILET, obs. sous Cass. soc., Dr. ouvr. 1996, p. 94.

<sup>2047</sup> Cons. const., 16 août 2007, n°2007-556 DC, cons. 7 : « *Il résulte de ces dispositions [Préambule de la Constitution de 1946] qu'il est loisible au législateur de renvoyer au décret ou de confier à la convention collective le soin de préciser les modalités d'application des règles fixées par lui pour l'exercice du droit de grève* ».

<sup>2048</sup> Cass. soc., 16 novembre 1996, Bull. civ. V, n°391. Les salariés n'ont pas à attendre l'éventuel rejet de leurs revendications (Cass. soc., 11 juillet 1989, Dr. soc. 1989, p. 717, obs. J. DÉPREZ. – Cass. soc., 20 mai 1992, n°90-45271 à 45278).

<sup>2049</sup> Cass. soc., 22 octobre 2014, JCP S. 2015, 1103, note E. JEANSEN ; RDT 2015, p. 128, note I. ODOUL-ASOREY ; Lexbase hebdo, éd. soc., 13/11/2014, n°590, obs. Ch. RADÉ : « *L'exercice normal du droit de grève n'étant soumis à aucun préavis, sauf dispositions législatives le prévoyant, il nécessite seulement l'existence de revendications professionnelles collectives dont l'employeur doit avoir connaissance au moment de l'arrêt de travail, peu important les modalités de cette information* ».

Au contraire, le salarié exerçant légitimement son droit de retrait ne semble tenu ni d'un délai de prévenance – ce qui se justifie par l'imminence du danger – ni même d'une information. L'hésitation était pourtant permise. En effet, les salariés confrontés à une situation présentant un danger grave et imminent pour leur vie ou leur santé doivent en informer l'employeur<sup>2050</sup>. Si cette information n'est soumise à aucun formalisme<sup>2051</sup>, elle demeure une obligation<sup>2052</sup>. Partant, cette alerte pouvait sembler être un préalable à l'exercice du droit de retrait du salarié. Néanmoins, l'article L. 4131-3 du Code du travail disposant « *qu'aucune sanction, aucune retenue de salaire ne peut être prise à l'encontre d'un travailleur ou d'un groupe de travailleurs qui se sont retirés d'une situation de travail dont ils avaient un motif raisonnable de penser qu'elle présentait un danger grave et imminent pour la vie ou pour la santé de chacun d'eux* » ne mentionne aucune obligation d'information. Dans ces conditions, procédure d'alerte et droit de retrait demeureraient distincts, sans pour autant que l'on puisse nier tout lien entre les deux<sup>2053</sup>. Un arrêt, certes inédit, de la chambre sociale de la Cour de cassation semble avoir d'ailleurs admis l'exercice d'un droit de retrait « de fait »<sup>2054</sup>.

*B. Le préavis, obligation ajoutée ou moyen d'éviter le manquement à la bonne foi ?*

**547. De l'importance du fondement de l'exigence de préavis.** L'exigence de préavis apparaît assez générale. Initialement la jurisprudence en est souvent l'instigatrice. La question de son fondement se pose alors (1). Mais l'approche du préavis retenue – obligation ajoutée ou moyen d'éviter le manquement à la bonne foi – influe alors sur la sanction à apporter en cas de non-respect de cette exigence de préavis (2).

*1. Le fondement de l'exigence d'un préavis*

**548. L'article 1134, alinéa 3, du Code civil versus l'article 1135 du Code civil.** Bien que l'article 1134, alinéa 3, ne traite que de l'exécution du contrat et l'article 1135

---

<sup>2050</sup> Article L. 4131-1 du Code du travail.

<sup>2051</sup> Cass. soc., 28 mai 2008, Bull. civ. V, n°10.

<sup>2052</sup> Cass. soc., 21 janvier 2009, n°07-41935.

<sup>2053</sup> L'absence d'alerte de la part du salarié pouvant laisser supposer l'absence de bien-fondé du droit de retrait. Cf. Cass. soc., 21 janvier 2009, n°07-41935, préc.

<sup>2054</sup> Cass. soc., 2 mars 2010, n°08-45086 : « *La cour d'appel a analysé le refus du salarié dont l'amplitude de travail avait été, la veille, de 21,5 heures, d'effectuer, le 8 juillet 2005, un nouveau transport de marchandises, comme l'exercice, de fait, de son droit de retrait* ».

(« *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* ») que de « l'obligation » contractuelle, ces deux règles ont vocation à s'appliquer aux prérogatives unilatérales (qui ne sont pas des obligations), notamment extinctives (qui ne renvoient pas à l'exécution du contrat). Le débat porte alors sur la question de savoir lequel de ces deux articles est le plus approprié à fonder l'exigence d'un préavis. Certes, souvent, une règle spéciale l'impose. Néanmoins, de par sa généralisation et le rôle encore actif de la jurisprudence, la question de son fondement conserve un intérêt. Mais choisir parmi ces articles, c'est partir du postulat que ces derniers sont distincts. Or, si une distinction formelle aurait effectivement un intérêt, elle ne semble pas être de droit positif.

Lorsqu'on analyse la jurisprudence, des hésitations sont à relever. Si celle-ci a pu explicitement s'appuyer sur l'*équité* au cours du XIX<sup>ème</sup> siècle<sup>2055</sup> pour exiger le respect d'un préavis, elle use davantage de l'article 1134 du Code civil au siècle suivant<sup>2056</sup>. Quant à la doctrine, elle est en désaccord. Certains sont partisans d'une distinction formelle<sup>2057</sup> quand d'autres lient indubitablement ces articles<sup>2058</sup>. Mais à l'examen du droit positif et de la doctrine partisane de la distinction formelle, ce qui paraît réellement importer est l'existence ou non d'un ajout au contrat.

---

<sup>2055</sup> Cf. la jurisprudence citée par Y. PAGNERRE, *L'extinction unilatérale des engagements...*, th. préc., n°933.

<sup>2056</sup> La Cour de cassation vise l'article 1134 du Code civil lorsqu'elle définit les règles applicables (parmi lesquelles est exigé le respect d'un délai de préavis) à la dénonciation d'un usage : Cass. soc., 3 décembre 1996, Bull. civ. V, n°412, préc. – Cass. com., 8 octobre 2003, n°01-10326 : « *L'obligation pour un concédant [...] de respecter un préavis d'une durée conforme aux usages de la profession relève de l'obligation de bonne foi qui s'impose en matière contractuelle* ».

<sup>2057</sup> L. LEVENEUR, « Le forçage du contrat », Dr. et patr. 1998, n°58, p. 74, art. préc. ; Ph. JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Dalloz, 2005, n°163 et s. (L'auteur considère que l'article 1135 du Code civil permet l'ajout d'obligations au contrat – ce que ne peut faire l'article 1134 al. 3 – sans pour autant pouvoir modifier le contenu de ce dont les parties sont convenues – ce que pourrait l'article 1134 al. 3) ; C. MOULY-GUILLEMAUD, *Retour sur l'article 1135 du Code civil, Une nouvelle source du contenu contractuel*, LGDJ, 2006, n°207 ; Y. PAGNERRE, *L'extinction unilatérale des engagements...*, th. préc., n°937.

<sup>2058</sup> En ce sens, M.-N. ROUSPIDE-KATCHADOURIAN, *Le juge et le contrat de travail. Essai sur la relecture judiciaire d'un contrat*, LGDJ, 2014, spéc., n°264 et s. Il est vrai qu'à l'origine du Code civil, la doctrine les présentait ensemble : BIGOT de PRÉAMENEU par exemple, présentait ensemble les deux articles. (P. A. FENET, Recueil complet des travaux préparatoires du code Civil, tome 13, 1827, réimpr. 1968, Tome XIII, p. 229). Cependant DOMAT a pu être compris tant dans le sens de la distinction (Ph. JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, th. préc., n°158) que du rapprochement (Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus de droit...*, th. préc., n°82 ; M.-N. ROUSPIDE-KATCHADOURIAN, *Le juge et le contrat de travail...*, th. préc., n°266).

**549. Le critère de l'ajout.** Les auteurs tenant à la distinction opposent d'une part la « qualité » du comportement, qui serait soumis à l'article 1134 du Code civil, à la « quantité » qui aurait trait au contenu même de l'engagement, l'article 1135 ayant alors vocation à s'appliquer. Le premier de ces articles permettrait le contrôle du comportement proprement dit, l'autre permettrait de compléter le contrat. Mais les auteurs analysant la jurisprudence rendue au visa de l'article 1134, alinéa 3, du Code civil distingue alors deux fonctions de la bonne foi, celle « modératrice » (contrôle du comportement) et celle « complétive » (enrichissement)<sup>2059</sup>. Dans ces conditions, peu importe au fond que l'ajout réalisé le soit au nom de la bonne foi ou de l'équité.

La distinction formelle entre ces deux articles permettrait cependant d'expliquer une différence de régime : celle de l'éventualité d'une clause contraire prévue par les parties<sup>2060</sup>. En effet, il paraît difficile d'admettre que des cocontractants puissent décider à l'avance de ne pas exécuter leur contrat de bonne foi. En revanche, il est permis d'envisager que les parties puissent valablement convenir à l'avance de clauses expresses excluant des ajouts fondés sur l'équité. Sous réserve cependant de composer avec les exigences particulières propres à certains contrats. En droit du travail, par exemple, l'exigence du respect d'un préavis lorsque l'employeur est à l'initiative de la rupture relève de l'ordre public, le salarié ne pouvant y renoncer par avance<sup>2061</sup>. En ce sens, il ne pourra être écarté. Mais assouplir l'exigence d'un préavis sur l'équité permet d'en moduler la durée selon les circonstances et le destinataire de l'acte, et de justifier les exceptions qui lui sont apportées. En revanche, si l'on considère que la bonne foi de l'article 1134, alinéa 3, a deux fonctions (comportement et enrichissement), il faut admettre qu'un même article se voit appliquer un régime différent. Selon la fonction mobilisée, la « bonne foi » pourrait être – ou non – écartée. En effet, le régime de l'article 1135 du Code civil devrait s'appliquer à l'article 1134, alinéa 3, en sa fonction complétive<sup>2062</sup>. Il serait dès lors plus orthodoxe de distinguer formellement le rôle et le régime des articles 1134, alinéa 3 et 1135 du Code civil.

Mais, on l'a dit, ce qui importe en définitive est de savoir s'il y a ou non ajout au contrat. Surgit alors une difficulté : c'est qu'il est parfois difficile de s'accorder sur

<sup>2059</sup> G. WICKER, « Force obligatoire et contenu du contrat », in *Les concepts contractuels à l'heure des principes du droit européen des contrats*, Dalloz, 2003, p. 151.

<sup>2060</sup> Cf. sur cette problématique : Y.-M. LAITHIER, « L'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi est-elle susceptible de clause contraire ? Réflexions comparatives », D. 2014, p. 33.

<sup>2061</sup> Ex. : Cass. soc., 10 mai 2000, n°98-41620.

<sup>2062</sup> Y.-M. LAITHIER, « L'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi ... », art. préc.

l'existence – ou non – d'une « nouvelle » obligation *stricto sensu*. Même à retenir le critère de l'ajout, les auteurs n'opèrent pas toujours un classement identique<sup>2063</sup>. Ainsi, l'exigence de préavis a pu être vue tant comme une véritable obligation ajoutée par le juge au contrat sur le fondement de l'article 1135 du Code civil<sup>2064</sup>, que comme un simple moyen de prévenir une brusque rupture, l'article 1134, alinéa 3, ayant alors vocation à jouer<sup>2065</sup>.

## 2. *La sanction du préavis non respecté*

**550. Divergences.** Il est permis, en ce qui concerne l'exigence d'un préavis dans le cadre d'un contrat de travail, de distinguer selon que le droit potestatif en cause est un droit de rupture ou de modification. En effet, si le préavis à respecter lors de la rupture unilatérale du contrat paraît effectivement s'analyser comme une obligation « ajoutée » (a), la réponse diffère lorsque le préavis concerne un changement des conditions de travail (b).

### a. *Le préavis de rupture*

**551. Le préavis de rupture, obligation ajoutée.** Bien que par définition « brusque », la rupture intervenue en violation du délai de préavis ou de prévenance n'est plus analysée comme une rupture abusive au sens du manquement à la bonne foi. Le préavis exigé est « détaché » du comportement et se présente comme une obligation à part entière dont l'inexécution est sanctionnée en tant que telle. Cette approche est évidente en ce qui concerne le licenciement, la mise à la retraite, ou la démission (i), mais elle se confirme également en cas de rupture pendant la période d'essai (ii). La sanction prononcée prend alors la forme d'une indemnité compensatrice.

---

<sup>2063</sup> Ex : l'obligation d'information ne serait pour certains qu'un devoir – alors certes extracontractuel, mais le fondement demeure la bonne foi (G. VINEY, Introduction à la responsabilité LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., n°168) – pour d'autres une véritable obligation (Ph. STOFFEL-MUNCK, th. préc., n°84).

De la même manière, la renégociation serait une véritable obligation pour certains (Ph. JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, th. préc., n°169-5), non pour d'autres (Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, th. préc., n°87).

<sup>2064</sup> En ce sens Y. PAGNERRE, *L'extinction unilatérale...* th. préc.

<sup>2065</sup> En ce sens C. MOULY-GUILLEMAUD, *Retour sur l'article 1135 du Code civil...*, th. préc., n°209.

*i. Le cas du licenciement, de la mise à la retraite ou de la démission*

**552. L'indemnité compensatrice de préavis.** L'auteur de la rupture du contrat de travail n'est pas toujours le responsable du non-respect du préavis. L'obligation de respecter le préavis est en effet réciproque<sup>2066</sup>. Si l'employeur a toujours le droit de dispenser le salarié d'effectuer son préavis, c'est à la condition de lui verser une indemnité compensatrice (sauf en cas de faute grave)<sup>2067</sup>. Le versement de cette indemnité lui sera donc imposé dans les hypothèses où il aura injustement estimé qu'aucun préavis n'était dû. Réciproquement, si c'est le salarié lui-même qui n'effectue pas le préavis sans en avoir été dispensé – que la rupture soit due à une démission ou un licenciement – ce dernier devra, en principe, une « indemnité de préavis »<sup>2068</sup>. Quel que soit le débiteur de cette indemnité, la jurisprudence la traite pareillement : elle correspond aux avantages et salaires dus pendant la période de préavis non exécutée.

**553. L'indemnité due par l'employeur.** Cette solution paraît évidente lorsque c'est l'employeur qui a injustement privé le salarié de jours de travail et du salaire correspondant<sup>2069</sup>. L'indemnité est d'ailleurs soumise au régime fiscal et social du salaire<sup>2070</sup>. Elle équivaut aux salaires et avantages qu'aurait perçus le salarié s'il avait accompli sa prestation jusqu'au terme du délai de préavis. Il s'agit d'une indemnisation forfaitaire *a priori* insusceptible de modulation, due alors même que le salarié aurait conclu un contrat de travail avec un autre employeur<sup>2071</sup>. Puisque l'indemnisation consiste en ce que l'employeur aurait de toute façon dû s'il avait respecté son obligation, on peut s'interroger sur la question de savoir s'il ne s'agirait pas en réalité d'une exécution forcée en nature. Elle serait néanmoins particulière puisqu'il ne s'agirait alors que d'une exécution forcée « unilatérale ». En

---

<sup>2066</sup> Cass. soc., 18 juin 2008, JCP S. 2008, 1493, note F. DUMONT.

<sup>2067</sup> Article L. 1234-5 du Code du travail.

<sup>2068</sup> En cas de licenciement : Cass. soc., 11 mai 1964, Bull. civ. IV, n°390. – Cass. soc., 21 mars 1972, Bull. civ. V, n°235. En cas de démission : Cass. soc., 26 mars 2002, RJS 2002, n°672.

<sup>2069</sup> Article L. 1234-5, alinéa 2, du Code du travail : « *L'inexécution du préavis, notamment en cas de dispense par l'employeur, n'entraîne aucune diminution des salaires et avantages que le salarié aurait perçus s'il avait accompli son travail jusqu'à l'expiration du préavis, indemnité de congés payés comprise* ».

<sup>2070</sup> Ass. plén., 18 juin 1963, D. 1963, p. 643, note J. MINJOZ.

<sup>2071</sup> Cass. soc., 27 novembre 1991, Bull. civ. V, n°531. – Cass. soc., 9 avril 1992, n°91-40807. – Cass. soc., 11 octobre 1994, n°91-40732.

effet, seul l'employeur sera tenu d'exécuter son obligation alors même que son cocontractant n'aura pas rempli la sienne et ne sera pas tenu de le faire. L'employeur ne pourra pas, à son tour, demander l'exécution forcée (ou la réparation par équivalent) de l'obligation d'effectuer son préavis à son salarié. L'indemnisation qu'il doit s'écarter ainsi de l'exécution forcée « traditionnelle » et se rapproche alors de l'idée de « peine privée »<sup>2072</sup>.

**554. L'indemnité due par le salarié.** La Cour de cassation n'a pas hésité à traiter de manière identique l'indemnité compensatrice de préavis due par le salarié, considérant que celle-ci était due quelle que soit l'importance du préjudice subi par l'employeur. Le caractère forfaitaire de l'indemnité étant donc affirmé<sup>2073</sup>, son montant est alors égal aux salaires et avantages que le salarié aurait perçus s'il avait effectué son préavis jusqu'à son terme. Une telle solution n'est pas à l'abri de toute critique. En effet, se pose la question de la légitimité de la jurisprudence – par le biais ou non de l'application d'une convention collective<sup>2074</sup> – d'écarter les règles traditionnelles de la responsabilité en l'absence de l'intervention du législateur. En effet, à la différence du licenciement, aucun texte ne prévoit le versement d'une indemnité compensatrice en cas de non-respect du préavis par le salarié. Bien qu'étant réciproque, l'obligation de respecter un préavis n'a pas nécessairement à être traitée de la même manière selon que le débiteur en est l'employeur ou le salarié. Une telle différence de sanction a déjà été retenue en cas de rupture anticipée injustifiée du contrat à durée déterminée selon que la responsabilité en incombe au salarié (dommages-intérêts dus en fonction du préjudice subi par l'employeur<sup>2075</sup>) ou à l'employeur (salaires restant à courir jusqu'au terme du contrat à durée déterminée<sup>2076</sup>). Il n'était donc pas inconcevable que le régime applicable diffère et que soit préférée, lorsqu'est en cause le salarié, une indemnisation à hauteur du préjudice subi par l'employeur. Il est vrai, néanmoins, que le plus souvent la Cour de cassation se contente d'appliquer ce qui a été prévu

---

<sup>2072</sup> Comp. la position de D. MAZEAUD, in « *La notion de clause pénale* », th. préc., n°673 et s. qui réfute la nature de sanction à l'indemnité de préavis.

<sup>2073</sup> Cass. soc., 7 décembre 1987, n°85-42089. – Cass. soc., 9 mai 1990, Bull. civ. V, 209. – Cass. soc., 20 février 1990, n°87-42214. – Cass. soc., 20 mars 1991, n°87-43085. – Cass. soc., 23 octobre 1991, n°88-41278. – Cass. soc., 14 janvier 1992, n°90-44091. – Cass. soc., 28 février 1995, n°91-42379. – Cass. soc., 17 mars 1999, n°97-40022.

<sup>2074</sup> Des arrêts plus récents affirment le caractère forfaitaire de l'indemnité due en application d'une disposition expresse de la convention ou l'accord collectif applicable : Cass. soc., 24 mai 2005, Bull. civ., V, n°174. – Cass. soc., 23 mai 2013, n°12-13891.

<sup>2075</sup> Article L. 1243-3 du Code du travail.

<sup>2076</sup> Article L. 1243-4 du Code de travail.

par une clause conventionnelle<sup>2077</sup>. Reste que la jurisprudence paraît parfois hésitante. Ainsi la chambre sociale a-t-elle pu juger que la Cour d'appel avait tantôt « *exactement énoncé que le préjudice de l'employeur devait être estimé au montant du salaire versé en contrepartie du travail* »<sup>2078</sup>, tantôt « *décidé à bon droit d'allouer à l'employeur une indemnité compensatrice de préavis dont elle avait souverainement apprécié le montant* »<sup>2079</sup>. Ces références au préjudice d'une part, à l'appréciation souveraine des juges du fond d'autre part, permettraient de s'écarter de l'approche forfaitaire de l'indemnité due. Mais ces arrêts étant inédits et peu nombreux, il est difficile de conclure à un quelconque revirement. D'autant plus que, récemment, la Cour de cassation a justement écarté le moyen selon lequel en « *l'absence de disposition légale prévoyant le versement par le salarié d'une indemnité forfaitaire en cas de méconnaissance de son obligation de préavis, il incombe au juge prud'homal de vérifier que l'employeur a effectivement subi un préjudice du fait du non-respect par le salarié démissionnaire de son préavis* ». Elle a, au contraire, considéré que « *le salarié doit à l'employeur le montant de l'indemnité compensatrice de préavis résultant de l'application de l'article L. 1237-1 du Code du travail* »<sup>2080</sup>. Le lien établi entre l'indemnité compensatrice due et l'article L. 1237-1 laisse à penser que la Cour de cassation fait de cette solution un principe général.

Subsistent alors deux interrogations, celle d'une clause prévoyant une sanction moindre (par exemple une proportion des salaires restant à courir) et celle prévoyant une durée de préavis excessive. Dans le premier cas, le principe de faveur permettrait de valider une clause plus favorable pour le salarié. Dans le second – sans doute d'école – l'atteinte à la liberté du salarié étant alors consommée, la nullité devrait pouvoir être admise<sup>2081</sup>.

**555. Cumul d'indemnités.** En tout état de cause, le délai de préavis est traité comme une obligation particulière, détachée du manquement à la bonne foi (même à considérer celle-ci comme son fondement). L'indemnité compensatrice peut ainsi se cumuler avec d'autres indemnités ou dommages-intérêts. Ce cumul est expressément prévu par le

---

<sup>2077</sup> Clause conventionnelle prévoyant justement que la sanction du non-respect du préavis sera celle du versement des salaires restant à courir, indépendamment du préjudice subi : Cass. soc., 22 février 1995, Bull. civ. V, n°65, préc. – Cass. soc., 28 mai 2008, n°07-41079, préc.

<sup>2078</sup> Cass. soc., 29 mars 1995, n°91-44584.

<sup>2079</sup> Cass. soc., 26 mars 2002, n°0040321.

<sup>2080</sup> Cass. soc., 8 juin 2011, Bull. civ. V, n°141.

<sup>2081</sup> Supra n°627.

législateur dans le cas du licenciement mais a pu également être affirmé par la jurisprudence dans celui de la démission. Dans cette dernière hypothèse, la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser que la seule inexécution du préavis ne suffisait pas à rendre la rupture abusive<sup>2082</sup>. En d'autres termes, la brusque rupture n'est plus analysée comme un abus de comportement. Une telle solution est cohérente avec le droit que détient l'employeur de pouvoir dispenser son salarié d'effectuer le préavis. Elle s'applique également à la rupture de l'essai.

*ii. En cas de rupture pendant la période d'essai*

**556. La problématique de la rupture trop tardive de l'essai.** En ce qui concerne la période d'essai, le législateur a prévu que la période d'essai ne pouvait être « *prolongée du fait de la durée du délai de prévenance* »<sup>2083</sup>. Autrement dit, le terme du délai de prévenance ne doit pas dépasser celui de la période d'essai. Que se passe-t-il alors lorsque l'employeur notifie la rupture avant le terme de la période d'essai mais trop tardivement pour que le délai de prévenance puisse s'insérer dans celle-ci ? Deux solutions sont possibles : soit le délai de prévenance est effectivement exécuté, il se poursuit donc au-delà du terme de la période d'essai, soit l'employeur ne respecte pas son obligation de délai de prévenance. Les conséquences en sont différentes.

**557. Hypothèse de l'exécution du délai de prévenance après le terme de la période d'essai.** La jurisprudence, après une hésitation<sup>2084</sup>, considère que « *la poursuite de la relation de travail au-delà du terme de l'essai donne naissance à un nouveau contrat de travail à durée indéterminée qui ne peut être rompu à l'initiative de l'employeur que par un licenciement* »<sup>2085</sup>. La formulation de la Cour de cassation peut surprendre. Cette dernière prend la peine de préciser qu'un nouveau contrat est conclu. Or traditionnellement, on considère qu'un contrat de travail poursuivi après le terme de la période d'essai devient définitif. De la même manière, un contrat à durée déterminée se poursuivant après l'arrivée de son terme est requalifié en contrat à durée indéterminée. Dans ces situations, c'est bien le même contrat qui se poursuit. Cette solution aurait pu

---

<sup>2082</sup> Cass. soc., 14 octobre 1987, n°86-40049.

<sup>2083</sup> Article L. 1221-25 du Code du travail.

<sup>2084</sup> Cass. soc., 30 mai 2013, n°12-17575 (validité de la rupture de l'essai peu important que le contrat de travail se soit poursuivi au-delà du terme prévu afin d'exécuter le délai de prévenance).

<sup>2085</sup> Cass. soc., 5 novembre 2014, Lexbase Hebdo éd. soc., 20/11/2014, n°591, obs. S. TOURNAUX.

(dû ?) également prévaloir dans le cas de l'exécution du délai de prévenance après le terme de la période d'essai. Mais dans ces conditions, l'exécution hors délai de l'obligation de prévenance rendrait inefficace la rupture prononcée par l'employeur. Ici, la mauvaise (et non l'absence) exécution de l'obligation atteindrait directement l'acte de rompre. En considérant que c'est un nouveau contrat qui est intervenu de par l'exécution, après la fin de la période d'essai, de l'obligation du délai de prévenance, la Cour de cassation ne remet pas en cause la rupture proprement dite. En d'autres termes, il y a bien eu rupture de droit, mais un contrat est né de la continuation des relations entre les parties. Reste que la contradiction demeure. Il est difficile de voir ici l'existence de contrats successifs. Il s'agit bien du même contrat qui se poursuit. L'ancienneté du salarié ne court-elle pas, d'ailleurs, dès le commencement du « premier » contrat ?

**558. Hypothèse de l'inexécution du délai de prévenance.** La Cour octroie au salarié des dommages-intérêts<sup>2086</sup> en cas d'inexécution du délai de prévenance. Se pose alors la question de leur nature. S'agit-il d'une indemnité compensatrice de préavis ayant la nature de salaire ou de dommages-intérêts à hauteur du préjudice subi<sup>2087</sup> ? Avant que la loi du 25 juin 2008 n'impose légalement un délai de prévenance, la Cour de cassation avait sanctionné l'inexécution des délais de prévenance conventionnels par le versement d'une indemnité compensatrice du préavis non effectué<sup>2088</sup>. À partir du moment où était légalement institué un délai de prévenance, il était permis de penser que cette solution était étendue. Une ordonnance portant simplification et adaptation du droit du travail<sup>2089</sup> a d'ailleurs entériné cette solution : l'article L. 1221-25 du Code du travail dispose désormais que le non-respect du délai de prévenance ouvre droit à « *une indemnité égale au montant des salaires et avantages que le salarié aurait perçus s'il avait accompli son travail jusqu'à l'expiration du délai de prévenance, indemnité compensatrice de congés payés comprise* ». Un tel raisonnement implique de considérer le préavis comme une obligation à part entière, sanctionnée en tant que tel. Ainsi, la rupture tardive de la période d'essai ne peut plus être analysée comme une rupture trop brusque, c'est-à-dire

<sup>2086</sup> Cass. soc., 23 janvier 2013, D. 2013, p. 313, obs. L. PERRIN ; Dr. soc. 2013, p. 275, obs. J. MOULY.

<sup>2087</sup> J.-Y. FROUIN, « Rupture de la période d'essai sans respect du délai de prévenance », RJS 4/13, p. 211.

<sup>2088</sup> Cass. soc., 29 juin 1999, Bull. civ. V, n°311, préc. – Cass. soc., 11 octobre 2000, n°98-45170.

<sup>2089</sup> Article 19 de l'ordonnance n°2014-699 du 26 juin 2014 portant simplification et adaptation du droit du travail.

comme une faute de comportement. Cette solution a sans doute le mérite de la simplicité. Dès lors qu'il y a inexécution du délai de prévenance, le salarié aura droit à une indemnité compensatrice, que l'employeur ait eu ou non matériellement le temps de respecter le délai de prévenance. Pourtant le préjudice subi par le salarié peut paraître différent selon que l'employeur avait ou non matériellement le temps de respecter ce délai. Dans le premier cas, l'employeur a privé le salarié du maintien pendant un certain temps de son contrat lui permettant de se préparer à la rupture (encore que ce délai peut n'être que symbolique). Dans ces conditions, l'octroi d'une indemnité compensatrice de préavis répare effectivement le préjudice subi. En revanche, dans le second cas, une rupture trop tardive non seulement empêche le salarié de se préparer à la rupture, mais elle le « surprend » également. En effet, le salarié ne s'étant pas vu notifier sa rupture à temps pouvait légitimement supposer que son embauche était définitive. Le comportement de l'employeur peut ainsi paraître doublement fautif.

Préavis et délai de prévenance propres aux droits d'extinction sont, en principe, traités de la même manière, ils peuvent être qualifiés d'obligations *stricto sensu* susceptibles de sanction en tant que telle. Il en va, semble-t-il, différemment lorsqu'est en cause un changement des conditions de travail.

*b. Le préavis du changement des conditions de travail*

**559. Le préavis de modification, moyen d'éviter le manquement à la bonne foi.** Ici, au contraire, le non-respect du préavis semble se confondre avec l'abus de comportement. La Cour de cassation ne traite pas le défaut de préavis comme l'inexécution d'une obligation *stricto sensu* ajoutée au contrat mais comme un manquement à la bonne foi. La sanction apportée est celle de l'inefficacité du droit, entraînant par voie de conséquence l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement prononcé à la suite du refus du salarié de se conformer à la décision de l'employeur<sup>2090</sup>. La solution est favorable au salarié puisqu'il se voit alors octroyer des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et non pas pour la seule

---

<sup>2090</sup> Ex. : Cass. soc., 25 janvier 2011, n°09-42307 : « *Qu'en imposant au salarié, par une décision notifiée le 13 février 2006, son affectation sur le site de Villefranche-d'Allier à compter du 20 février 2006, soit seulement sept jours plus tard, l'employeur n'avait pas respecté un délai suffisant de prévenance, compte tenu des perturbations que la mise en oeuvre de la clause de mobilité entraînait pour le salarié et sa famille, alors que durant cette semaine, il continuait de travailler à Feytiat ; qu'elle a pu en déduire que l'employeur avait mis en oeuvre abusivement la clause de mobilité, ce qui rendait sans cause réelle et sérieuse le licenciement* ».

inexécution d'une obligation de respecter un préavis. Mais pourquoi traiter différemment selon que le droit potestatif modifie ou rompt le contrat ? Dès lors que l'exigence de préavis est tout aussi généralisée dans un cas comme dans l'autre, on aurait pu s'attendre à la même solution. Cependant, le délai de prévenance dont aurait dû bénéficier le salarié en cas de changement de ses conditions de travail n'a pas le même rôle qu'en cas de rupture du contrat. Il ne s'agit pas de maintenir pendant un certain temps le contrat de travail et « d'adoucir » une rupture puisque par définition il ne s'agit pas de rompre le contrat. Autrement dit le préjudice subi n'est pas d'avoir été privé de jours de travail (et de salaires correspondants) pendant un temps déterminé<sup>2091</sup> mais bien de ne pas avoir pu se préparer à la décision de l'employeur. On peut alors concevoir que la jurisprudence raisonne en termes de manquement à la bonne foi et non en termes d'obligation proprement dite « ajoutée ».

## II. *L'obligation de reclassement individuel*

**560. La « création » d'une obligation de reclassement.** La jurisprudence, d'abord administrative<sup>2092</sup>, imposa avant tout licenciement pour motif économique de salariés investis de fonctions représentatives la recherche de possibilités de reclassement. En 1991<sup>2093</sup> et 1992<sup>2094</sup>, la jurisprudence judiciaire<sup>2095</sup> étendit cette obligation de reclassement aux salariés ordinaires. Le législateur intervint une décennie plus tard<sup>2096</sup> pour entériner ces solutions. Il reprit également le régime qui en avait été dégagé et qui révèle un particularisme tant au stade de la charge de la preuve qu'au stade de la sanction. En effet, en premier lieu, c'est à l'employeur de prouver l'impossibilité de

---

<sup>2091</sup> Le reproche peut également être fait à la rupture trop tardive de la période d'essai. Cf. J.-Y. FROUIN, « Rupture de la période d'essai », art. préc.

<sup>2092</sup> CE, 18 février 1977, Dr. soc. 1977, p. 172, concl. Ph. DONDOUX.

<sup>2093</sup> Cass. soc., 20 février 1991, Bull. civ. V, n°86. – Cass. soc., 15 mai 1991, Bull. civ. V, n°238.

<sup>2094</sup> Cass. soc., 25 février 1992, Dr. soc. 1992, p. 379 ; D. 1992, jur. p. 390, note M. DÉFOSSEZ, somm. p. 294, A. LYON-CAEN. – Cass. soc., 1<sup>er</sup> avril 1992, Bull. civ. V, n°228. – Cass. soc., 8 avril 1992, Bull. civ. V, n°258. – Cass. soc., 9 avril 1992, n°91-41019. – Cass. soc., 23 septembre 1992, JCP E. 1992, II, 430, note J.-J. SERRET.

<sup>2095</sup> Le contentieux a d'abord relevé des juridictions administratives car la loi du 3 janvier 1975 imposait une autorisation administrative à tout licenciement pour motif économique. Lorsque cette autorisation fut supprimée en 1986, le contentieux du licenciement pour les salariés « ordinaires » est revenu à l'ordre judiciaire. La loi n°2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi a cependant restitué aux juridictions administratives une part du contentieux : le volet « collectif » des « grands » licenciements pour motif économique pour lesquels un plan de sauvegarde de l'emploi est nécessaire.

<sup>2096</sup> Loi n°2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale. (Aujourd'hui à l'article L.1233-4 du Code du travail).

reclassement. En ce sens on parle alors d'obligation « de moyens renforcée »<sup>2097</sup> ou « de résultat atténuée »<sup>2098</sup>. En second lieu, on l'a vu<sup>2099</sup>, la sanction de l'inexécution de cette obligation de reclassement consiste à priver le licenciement pour motif économique de cause réelle et sérieuse. L'employeur est ainsi tenu de privilégier d'autres alternatives avant de pouvoir envisager la rupture du contrat de travail. Le licenciement pour motif économique se doit d'être la mesure ultime<sup>2100</sup>. La jurisprudence et le législateur imposent de cette manière à l'employeur une certaine pérennité du contrat de travail<sup>2101</sup>. Quels sont alors les fondements avancés à l'appui de cette pérennité ? En mobilisant la bonne foi, la Cour de cassation s'inscrivait dans la tendance à renouveler l'approche conceptuelle de la bonne foi, et plus fondamentalement du contrat (A). Pour autant, l'objectif du maintien de l'emploi<sup>2102</sup> ainsi affiché par la Cour de cassation a pu permettre à certains auteurs de s'appuyer sur le « droit à l'emploi » du salarié (B). L'approche est séduisante mais sans doute encore bien prospective. Des interrogations subsistent en effet, tant en ce qui concerne le fondement que la portée d'un tel droit.

*A. Le reclassement comme expression d'une conception renouvelée du contrat*

**561. Bonne foi et équité.** Le renouveau dont fait l'objet l'article 1134, alinéa 3, du Code civil (1) tend parfois à faire double emploi avec l'article 1135 du même Code (2). Il importe de tenter une classification.

---

<sup>2097</sup> B. LARDY-PÉLISSIER, « L'obligation de reclassement », D. 1998, chron. p. 399 ; M.-N ROUSPIDE-KATCHADOURIAN, *Le juge et le contrat de travail...*, th. préc., n°129.

<sup>2098</sup> H. BLAISE, « Une jurisprudence en pleine évolution : maladies et accidents non professionnels, inaptitude physique du salarié », RJS 1992, p. 90.

<sup>2099</sup> Supra n°404.

<sup>2100</sup> A. LYON-CAEN, « Adapter ou reclasser : quelques arrêts stimulants de la Cour de cassation », SSL, 21 avril 1992, n°596, p. 3 ; F. HÉAS, « Licenciement pour motif économique : l'obligation générale de reclassement », RJS 7-8/00, p. 511.

<sup>2101</sup> G. COUTURIER, « Vers un droit du reclassement ? », Dr. soc. 1999, p. 497 ; B. LARDY-PÉLISSIER, « L'obligation de reclassement », art. préc. ; F. HÉAS, « Les obligations de reclassement en droit du travail », Dr. soc. 1999, p. 504 ; Ch. VIGNEAU, « L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail », Dr. soc. 2004, p. 706.

<sup>2102</sup> S. FROSSARD, « Les contextes de l'obligation de reclassement », Perspectives interdisciplinaires sur le travail et la santé [en ligne] <http://pistes.revues.org/1640>

### 1. De l'article 1134, alinéa 3, du Code civil...

**562. Le fondement jurisprudentiel de la bonne foi.** Autrefois circonscrite, la bonne foi permet aujourd'hui d'imposer certains comportements positifs voire d'enrichir le contrat. L'obligation de reclassement est symptomatique de cette évolution. L'article 1134, alinéa 3, permet aujourd'hui ce qu'il interdisait hier. Pendant longtemps écartée sur ce fondement<sup>2103</sup>, l'obligation de reclassement a finalement été consacrée par la chambre sociale de la Cour de cassation le 25 février 1992<sup>2104</sup> : « *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 [...]. La cour d'appel [ayant] fait ressortir que l'employeur avait la possibilité de reclasser [le salarié] dans cet emploi compatible avec ses capacités [...] a pu décider, sans encourir les griefs du moyen, que le licenciement ne reposait pas sur un motif économique* »<sup>2105</sup>. Traitant à la fois de l'obligation de reclassement et du devoir d'adaptation mis à la charge de l'employeur, la jurisprudence liait ces deux exigences<sup>2106</sup> en les rattachant à l'exécution du contrat. Ce faisant, c'était voir dans l'obligation de l'employeur de fournir un travail une obligation « évolutive ». C'était bien adopter une conception « renouvelée » du contrat de travail, une approche « flexible », afin d'en favoriser le maintien.

**563. La portée du fondement de la bonne foi.** De façon générale, la tendance à la pérennité contractuelle des contrats s'inscrivant dans la durée a été relevée<sup>2107</sup>. Les limitations des ruptures dans certains contrats, les incitations à la renégociation en sont

---

<sup>2103</sup> Cass. soc., 18 décembre 1978, Bull. civ. V, n°875. – Cass. soc., 15 juillet 1983, Bull. civ. V, n°326. *Adde.* F. HÉAS, *Le reclassement du salarié en droit du travail*, LGDJ, 2000, p. 31.

<sup>2104</sup> Arrêt « Expovit » : Cass. soc., 25 février 1992, Bull. civ. V, n°121, préc.

<sup>2105</sup> Confusion de la Cour de cassation entre le motif économique (cause qualificative du licenciement) et la cause réelle et sérieuse (cause justificative du licenciement).

<sup>2106</sup> A. MARTINON, *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, th. préc., n°134.

*Contra* F. HÉAS, « Licenciement pour motif économique : l'obligation générale de reclassement », art. préc. L'auteur distingue l'obligation d'adaptation effectivement fondée sur la loyauté contractuelle, de l'obligation de reclassement, condition de réalité et du sérieux de la cause de licenciement. Si cette distinction est effectivement intéressante, elle ne reflète sans doute pas la position de la jurisprudence. Un arrêt ultérieur à l'arrêt « Expovit » (Cass. soc., 8 avril 1992, Bull. civ. V, n°258, préc.) a bien visé l'article 1134 du Code civil pour considérer que « *dans le cadre de son obligation de reclassement dans l'entreprise, l'employeur doit, en cas de suppression ou transformation d'emplois, 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* ».

<sup>2107</sup> Cf. sur ce point A.-S. LAVEFVE-LABORDERIE, *La pérennité contractuelle*, th. préc., spéc., n°239 et s. ; A. MARTINON, *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, th. préc., n°103 et s. : l'auteur considère que la stabilité est une finalité du contrat à exécution successive.

autant de manifestations. Le contrat de travail se présente d'ailleurs comme un terrain fertile de cette approche<sup>2108</sup>. Des règles particulières, tel le régime de la suspension du contrat<sup>2109</sup>, expriment ce souci de maintenir le contrat malgré certaines vicissitudes. L'emploi du salarié est ainsi protégé<sup>2110</sup>. L'exigence de bonne foi, de son côté, permet d'adapter le contrat au contexte dans lequel il s'inscrit. Il est alors possible de présenter le reclassement comme une manifestation des théories « modernes » du contrat, telles que celle du solidarisme contractuel<sup>2111</sup> ou de l'utile et du juste<sup>2112</sup>. La première théorie privilégie les liens interpersonnels quand la seconde permet sans doute davantage d'objectivation. Aussi, l'approche de l'utile et du juste<sup>2113</sup> peut-elle être préférée dès lors qu'il demeure difficile, dans un contrat de travail, de s'écarter d'une vision antagoniste des intérêts des parties en présence<sup>2114</sup>. Il n'est pas besoin d'affirmer une solidarité entre les cocontractants pour protéger l'intérêt du salarié. Ce dernier mérite d'être protégé, d'une part, parce qu'il est soumis à une subordination juridique et, d'autre part, parce que le contrat de travail présente un caractère alimentaire. Il s'agit d'assumer l'inégalité structurelle du contrat de travail. L'insertion dans le Code du travail en 2002<sup>2115</sup> d'un

---

<sup>2108</sup> P.-Y. VERKINDT, « Le contrat de travail, modèle ou anti-modèle du droit civil des contrats ? », in *La Nouvelle crise du contrat*, art. préc., p. 105, n°14. *Adde*, à propos du reclassement et de l'adaptation, G. COUTURIER, *Plans sociaux et exigences de reclassement*, Dr. soc. 1994, p. 439 ; Ch. VIGNEAU, « L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail », art. préc.

<sup>2109</sup> Cf. not. A. BONARDI, *Remarques sur la nature juridique de la suspension...*, mémoire préc.

<sup>2110</sup> Pour d'autres exemples : cf. l'article L. 1224-1 du Code du travail : « Lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise ».

Cette tendance à la pérennité du contrat ne pèse d'ailleurs pas toujours exclusivement sur l'employeur. Même si le salarié a toujours le choix de refuser une modification de son contrat, certaines règles peuvent l'inciter à l'accepter afin justement d'éviter une rupture (cf. M. DÉFOSSEZ, note sous Cass. soc., 25 février 1992, D. 1992, jur. p. 390, préc. ; M.-J. GOMEZ-MUSTEL, « Formation et adaptation dans la jurisprudence sociale, Dr. soc. 1999, p. 801 ; A. MARTINON, *Essai sur la stabilité...* » th. préc., n°146).

Il faut néanmoins désormais composer avec les accords collectifs de mobilité de l'emploi et de maintien de l'emploi (issus de la loi n°2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi) ainsi que les accords de préservation ou de développement de l'emploi (issus du projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs du 24 mars 2016). L'idée est bien de maintenir le contrat de travail au prix d'une certaine flexibilité.

<sup>2111</sup> B. BOSSU, « La loyauté », in *Les notions fondamentales du droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, 2009. *Adde* Ch. JAMIN, « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », art. préc. Et les références citées supra n°489.

<sup>2112</sup> A.-S. LAVEFVE-LABORDERIE, *La pérennité contractuelle*, th. préc., spéc., n°323 et s.

<sup>2113</sup> J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, tome 1, *le contrat, le consentement*, LGDJ, 2013, 4ème éd., n°169 et s.

<sup>2114</sup> Supra n°184.

<sup>2115</sup> Loi n°2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, JO, 18 janvier 2002, p. 1008. Désormais codifié à l'article L. 1222-1 du Code du travail.

article spécifique disposant que le « *contrat de travail est exécuté de bonne foi* », symbolique<sup>2116</sup> car redondant avec l'article 1134 alinéa 3, conforte le rôle ainsi dévolu à la bonne foi<sup>2117</sup>. Une grande part de la doctrine travailliste approuve ce courant offrant un rôle accru à la bonne foi<sup>2118</sup>.

## 2. ... à l'article 1135 du Code civil

**564. Le reclassement comme suite « équitable » de l'obligation de fournir un travail.** La référence à l'article 1135 du Code civil n'aurait-il pas cependant été davantage adapté<sup>2119</sup> ? Certes, la Cour de cassation a pris soin dans son rapport annuel de 2005 de combiner les articles 1134, alinéa 3, et 1135 du Code civil afin de justifier l'adaptation des salariés à leur emploi<sup>2120</sup>. Mais si l'on veut réserver à l'article 1135 le rôle d'enrichissement du contrat, alors il faudrait le préférer à l'article 1134, alinéa 3, du Code civil. Le reclassement comme l'adaptation serait dès lors une « *suite que l'équité [donne] à l'obligation d'après sa nature* ». L'obligation dont il est question étant bien celle pour l'employeur de fournir du travail. Ce serait donc le contrat de travail lui-même qui imposerait ces exigences. Il faudrait néanmoins relever le caractère d'ordre public de protection de cet impératif de reclassement, les parties ne pouvant en écarter l'application. Ainsi, l'article 1135 du Code civil éviterait les critiques apportées à la bonne foi dans sa fonction « complétive » ou d'enrichissement du contrat. On a pu en effet parler de « forçage du contrat »<sup>2121</sup> et présenter l'article 1134, alinéa 3, du Code

---

<sup>2116</sup> Cf. les travaux parlementaires [en ligne] : <http://www.senat.fr/rap/100-404/100-40465.html>

<sup>2117</sup> Ch. VIGNEAU, « L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail », art. préc.

<sup>2118</sup> V. not. M. BUY, « L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail », in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p. 77 ; D. CORRIGNAN-CARSIN, « Loyauté et droit du travail », in *Mélanges en l'honneur de Henry BLAISE*, Economica, 1995, p. 125 ; F. VASSEUR-LAMBRY, « La bonne foi dans les relations individuelles de travail », LPA, 17 mars 2000, n°55, p. 4 ; Q. URBAN « La bonne foi », un concept utile à la régulation des relations individuelles du travail », in *Le droit social, Le droit comparé. Études dédiées à la mémoire de Pierre ORTSCHEIDT*, Presses universitaires de Strasbourg, 2003, p. 339.

<sup>2119</sup> En ce sens, O. ANSELME-MARTIN, « Etude critique du devoir d'exécuter les conventions de bonne foi », LPA, 22 janvier 1997, n°10, p. 17.

<sup>2120</sup> Rapport annuel de la Cour de Cassation 2005, *L'innovation technologique*, p. 108 [en ligne] [https://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/cour\\_cassation-rapport\\_2005-3.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/cour_cassation-rapport_2005-3.pdf) « *Le caractère général de ce principe [l'adaptation des salariés] se déduit de la combinaison des articles 1134 et 1135 du Code civil* ».

<sup>2121</sup> Expression empruntée à Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les obligations, op. cit.*, n°611.

civil comme un simple fondement théorique commode permettant au juge de justifier son intervention<sup>2122</sup>.

*B. Le reclassement comme expression d'un « droit à l'emploi » du salarié.*

**565. La mobilisation du « droit à l'emploi ».** Il a été relevé<sup>2123</sup> que la Cour de cassation elle-même ne s'est pas toujours fondée sur l'article 1134, alinéa 3, du Code civil pour fonder l'exigence de reclassement. Elle a pu parfois s'appuyer sur l'article L. 321-1 ancien du Code du travail<sup>2124</sup> définissant le motif économique et/ou l'article L. 122-14-3 ancien du Code du travail<sup>2125</sup> traitant du contrôle de la cause réelle et sérieuse de licenciement. On l'a vu, la sanction apportée à son inexécution prend alors un sens particulier. En privant le licenciement de cause réelle et sérieuse, le reclassement devient partie intégrante de la cause justificative<sup>2126</sup> du licenciement. Il s'agirait d'une protection, d'une garantie de fond contre le licenciement, en l'occurrence pour motif économique. Mais la bonne foi est-elle réellement à l'œuvre? En mettant en avant la finalité poursuivie, celle du maintien du contrat de travail, le « droit à l'emploi » ne pourrait-il pas être légitimement mobilisé<sup>2127</sup>? En imposant une obligation de reclassement avant tout licenciement pour motif économique, mais également en cas d'inaptitude physique du salarié<sup>2128</sup>, la jurisprudence puis le législateur mettraient à la charge de l'employeur une part de ce « droit à l'emploi »<sup>2129</sup>. Néanmoins, la nature et la portée de ce « droit » sont sujettes à interrogations. Fondement des

---

<sup>2122</sup> Not. A. FABRE, *Le régime de l'employeur*, th. préc., n°514 ; S. FROSSARD, « Les contextes de l'obligation de reclassement », Perspectives interdisciplinaires sur le travail et la santé [en ligne] <http://pistes.revues.org/1640> ; P. ADAM, *L'individualisation du droit du travail, essai sur la réhabilitation juridique du salarié-individu*, LGDJ, 2005, n°546.

<sup>2123</sup> F. HÉAS, *Le reclassement du salarié en droit du travail*, LGDJ, 2000, n°56 ; F. GÉA, « Licenciement pour motif économique : l'obligation générale de reclassement », RJS 7-8/00, p. 51. V. les réf. cités par ces auteurs.

<sup>2124</sup> Articles L. 1233-1 et s. du Code du travail, spéc. article L. 1233-3 du Code du travail.

<sup>2125</sup> Article L. 1235-1, alinéa 3, du Code du travail.

<sup>2126</sup> Supra n°417.

<sup>2127</sup> En ce sens : A. FABRE, *Le régime de l'employeur*, th. préc. ; S. FROSSARD, « Les contextes de l'obligation de reclassement », art. préc.

<sup>2128</sup> Articles L. 1226-2 et s. pour les maladies et accidents non professionnels, article L. 1226-10 et s. pour les accidents du travail et les maladies professionnelles.

<sup>2129</sup> F. MEYER et C. SACHS-DURAND, « L'évolution du rapport salarial », in *Le droit collectif du travail : questions fondamentales, évolutions récentes. Études en hommage à Hélène SINAY*, éd. Peter Lang, 1994, p. 369 ; A. FABRE, *Le régime de l'employeur*, th. préc., n°279 et 280.

différentes politiques d'emploi<sup>2130</sup>, le « droit à l'emploi » se présente avant tout comme un objectif mis à la charge de l'État. Peut-on alors rattacher l'exigence de reclassement à un tel « droit » ? La réponse est nuancée et dépend des sources et des juridictions intéressées. Si le Conseil constitutionnel paraît effectivement réticent à reconnaître un droit subjectif derrière le « droit d'obtenir un emploi » du Préambule de la Constitution de 1946 (1), la Cour de cassation pourrait l'être moins lorsqu'elle mobilise des sources internationales (2).

*1. Le « droit à l'emploi » tiré du bloc de constitutionnalité*

**566. La portée du droit à l'emploi.** Le « droit à l'emploi » institué par le Préambule de la Constitution de 1946 peine à recevoir la qualification de droit subjectif. Mais au-delà de la question de la nature de ce droit (b) se pose celle de savoir si le reclassement pourrait effectivement lui être rattaché (a).

*a. Le rattachement incertain du reclassement au « droit à l'emploi » institué par le Préambule de la Constitution de 1946.*

**567. Des doutes.** Dans sa décision du 13 janvier 2005<sup>2131</sup> relative à l'examen de la loi de programmation pour la cohésion sociale, le Conseil constitutionnel a considéré que le reclassement découlait « directement » du droit de chacun d'obtenir un emploi. Mais était alors en cause une disposition législative limitant la réintégration d'un salarié consécutive à la nullité du plan de sauvegarde de l'emploi. Autrement dit, il n'était pas question, à proprement parler, de « reclassement » mais de réintégration. Maladresse ou *obiter dictum*<sup>2132</sup>, des doutes demeurent, d'autant que le rattachement, par le Conseil constitutionnel, des garanties offertes au salarié lors de son licenciement au « droit à l'emploi » n'est pas certain.

**568. Des contradictions.** En 2002, dans sa décision relative à la loi de modernisation sociale<sup>2133</sup>, le Conseil constitutionnel estime que les causes justificatives établies par la

---

<sup>2130</sup> Le Conseil constitutionnel n'est alors pas juge du choix opéré : Exemple : Cons. const., 10 juin 1998, n°98-401 DC, considérant n°27 (à propos du passage au 35 heures). – Cons. const., 30 mars 2006 n°2006-535 DC, considérant n°20 (à propos du CPE).

<sup>2131</sup> Cons. const., 13 janvier 2005, n°2004-509 DC, considérant n°28.

<sup>2132</sup> L. GAY, J.-Cl *Libertés*, fasc. n°1100, « Droits-créances », n°166 et s., 2009.

<sup>2133</sup> Cons. const., 12 janvier 2002, n°2001-455DC, considérant n°50.

loi portent « à la liberté d'entreprendre une atteinte manifestement excessive au regard de l'objectif poursuivi du maintien de l'emploi ». Il semble ainsi présenter l'exigence d'une cause justificative du licenciement pour motif économique comme découlant du droit à l'emploi du salarié. Si l'on intègre alors le reclassement à la cause justificative du licenciement pour motif économique, il est effectivement possible de présenter le reclassement comme l'expression de ce « droit à l'emploi ». En 2005, on l'a vu, le Conseil use du même raisonnement en rattachant la réintégration (ou le reclassement) des salariés consécutive à la nullité du plan de sauvegarde de l'emploi au « droit à l'emploi »<sup>2134</sup>.

Mais, en 2006, dans sa décision relative à la loi pour l'égalité des chances<sup>2135</sup>, le Conseil constitutionnel semble au contraire refuser de fonder certaines garanties du salarié offertes au moment de son licenciement sur le « droit à l'emploi ». Le Conseil était invité à se prononcer sur la question de savoir si, en écartant pendant les deux premières années du « contrat première embauche » l'obligation faite à l'employeur d'énoncer les motifs de la rupture du contrat de travail et le caractère contradictoire de la procédure à suivre, le « droit à l'emploi » n'était pas méconnu. En répondant par la négative<sup>2136</sup>, le Conseil semble écarter ces protections du « droit à l'emploi »<sup>2137</sup>. Une telle solution laisse perplexe, à moins de considérer que la durée limitée pendant laquelle les garanties en cause étaient écartées a été prise en considération. L'absence de référence à une éventuelle conciliation avec la liberté d'entreprendre en fait cependant douter. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel ne semble reconnaître comme portée au « droit à l'emploi » que celle de fonder des politiques d'emploi. Si les protections tirées du motif justificatif du licenciement sont ainsi écartées du « droit à l'emploi » du Préambule de 1946, ne devrait-il pas en être de même de l'exigence de reclassement ? En tout état de cause, le Conseil constitutionnel peine à voir dans ce « droit à l'emploi » un véritable droit subjectif que le salarié pourrait opposer tant à l'État (ou une autorité publique) qu'à un employeur.

---

<sup>2134</sup>Cons. const., 13 janvier 2005, n°2004-509 DC, préc.

<sup>2135</sup>Cons. const., 30 mars 2006, n°2006-535 DC.

<sup>2136</sup>Cons. const., 30 mars 2006, n°2006-535 DC, considérant n°21.

<sup>2137</sup>En ce sens X. PRÉTOT, « Les garanties du salarié face au licenciement ont-elles une base constitutionnelle ? A propos de la décision du Conseil constitutionnel relative au CPE », Dr. soc. 2006, p. 494 ; L. GAY, « Droits-créances », J.-Cl. *Libertés*, fasc. n°1100, n°169 et s., mars 2009.

*b. La nature du « droit à l'emploi » institué par le Préambule de la Constitution de 1946.*

**569. Des « droits-créances ».** La question de la portée de ce droit tiré de l'alinéa 5 du Préambule de la Constitution de 1946, n'est pas nouvelle<sup>2138</sup>. Si l'appartenance de ce texte au « bloc de constitutionnalité » ne fait pas de doute<sup>2139</sup>, la nature des droits qui y sont inscrits demeure particulière. La distinction faite entre droits-libertés et droits-créances<sup>2140</sup> prend ici tout son sens, le Préambule étant symptomatique de cette dernière catégorie. Tandis que les premiers sont des « *capacités appartenant en propre à l'individu* »<sup>2141</sup>, les seconds permettent aux individus d'exiger de l'État certaines prestations<sup>2142</sup>. Le « droit à l'emploi » serait donc un « droit-créance ». Mais cette terminologie ne doit pas induire en erreur. Tous les « droits à... » n'ont pas la même effectivité<sup>2143</sup>. Or, en ce qui concerne le « droit à l'emploi », le Conseil constitutionnel renvoie au législateur le soin de « *poser les règles propres à assurer au mieux le droit pour chacun d'obtenir un emploi en vue de permettre l'exercice de ce droit au plus grand nombre possible d'intéressés* »<sup>2144</sup>. Ainsi, nulle reconnaissance d'un droit subjectif au bénéfice des individus<sup>2145</sup>. Par définition, le « droit à l'emploi » nécessite l'intervention de l'État. En ce sens, c'est un droit « médiate »<sup>2146</sup>. Le Conseil constitutionnel saisi du contrôle de conformité des lois au « bloc de constitutionnalité »

<sup>2138</sup> A. JEAMMAUD et M. LE FRIANT, « L'incertain droit à l'emploi », in *Travail, genre et sociétés*, 1999/2, n°2, p. 29.

<sup>2139</sup> Cons. const., 16 juillet 1971, n°71-44 DC, Rec. p. 29. – Cons. const., 15 janvier 1975, n°74-54 DC, Rec. p. 19. Cf. P. GAÏA, R. GHEVONTIAN *et alii*, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2013, 17<sup>ème</sup> éd.

<sup>2140</sup> L. FERRY et A. RENAUT, « Droits-libertés et droits-créances », in *Les droits de l'homme*, Droits, 1985/2, p. 75 ; J. RIVERO et H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, T.1, PUF, 2003, 9<sup>ème</sup> éd., p. 115.

<sup>2141</sup> F. RANGEON, « Droits-libertés et droits-créances : les contradictions du préambule de la Constitution de 1946 », in *Le préambule de la Constitution de 1946, antinomies juridiques et contradictions politiques*, PUF 1996, p. 169.

<sup>2142</sup> Il faut se garder d'exagérer la distinction. Si en principe les droits-libertés recouvrent les droits civils et politiques tandis que les droits-créances englobent les droits économiques et sociaux, des interférences sont possibles (Par ex. le droit de grève, droit social, est bien un droit-liberté) d'autant que certains droits fondamentaux relèvent des deux catégories. Cf. F. RANGEON, « Droits-libertés et droits-créances... », art. préc., spéc. p. 183.

<sup>2143</sup> D. COHEN, « Le droit à... », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François TERRÉ*, Dalloz, 1999, p. 393 ; J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, *op. cit.* p. 181 à 186.

<sup>2144</sup> Cons. const., 28 mai 1983, n° 83-156 DC.

<sup>2145</sup> L. DARDALHON, « Droit constitutionnel et droit social, la liberté du travail devant le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation », *Revue française de droit constitutionnel*, 2005/4, n°64, p. 755 ; F. PETIT, « Constitution et droit social, L'application de la Constitution par le juge prudhomal », *Revue française de droit constitutionnel*, 2012, n°89, p. 175 et s. spéc., p. 207 et s. ; D. BAUGARD, « Le droit à l'emploi », *Dr. soc.* 2014, p. 332.

<sup>2146</sup> F. HAGE-CHAHINE, *Essai d'une nouvelle classification des droits privés*, art. préc.

arbitre alors entre la liberté d'entreprendre et le « droit à l'emploi ». Or, dans la conciliation – ou la confrontation – qu'il opère, force est de constater que si l'une est bien une « *liberté constitutionnellement garantie* », l'autre n'est présenté que comme un objectif à valeur constitutionnelle<sup>2147</sup>. Dans ces conditions, si le « droit à l'emploi » permet effectivement de limiter la liberté d'entreprendre, celle-ci prévaut encore<sup>2148</sup>. Le Conseil constitutionnel n'opérant alors qu'un contrôle de l'erreur manifeste<sup>2149</sup>. Il n'est pas certain que l'on puisse, aujourd'hui, se défaire d'une analyse en termes de hiérarchie, ou encore en termes de principe/exception<sup>2150</sup>. C'est davantage la liberté d'entreprendre qui se voit opposer certaines limites justifiées par le droit à l'emploi, à la condition qu'elles ne soient pas excessives, plutôt que le droit à l'emploi qui serait limité par la liberté d'entreprendre. Le « droit à l'emploi » n'est donc pas un droit subjectif que détient l'individu et qu'il pourrait opposer à l'État ou à un employeur mais

<sup>2147</sup> Qualification créée par le Conseil constitutionnel : Cons. const., 27 juillet 1982, n°82-141 DC, considérant n°5. Cf. A. LEVADE, « L'objectif de valeur constitutionnelle, vingt ans après. Réflexions sur une catégorie juridique introuvable », in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Pierre PACTET*, Dalloz, 2003, p. 688.

Si certains auteurs placent effectivement le « droit à l'emploi » dans la catégorie des objectifs à valeur constitutionnelle (Ex. : B. MATHIEU et M. VERPEAUX, « Chroniques de jurisprudence constitutionnelle n°10 », LPA, 7 juin 1995, n°68, p. 4 ; D. BAUGARD, « Le droit à l'emploi », Dr. soc. 2014, p. 332.), d'autres considèrent que le « droit à l'emploi » n'est pas en lui-même un objectif constitutionnel, mais serait une source potentielle d'objectifs constitutionnels notamment de « sauvegarde » ou de « maintien » de l'emploi. (P. de MONTALIVET, « Les objectifs de valeur constitutionnelle », Cahiers du Conseil constitutionnel, n°20, juin 2006). Force est cependant de constater que le Conseil constitutionnel paraît bien le considérer comme tel. : Cons. const., 12 janvier 2002, n°2001-455DC – Cons. const., 13 janvier 2005, n°2004-509 DC, considérant n°24 : « *Considérant qu'il incombe au législateur, dans le cadre de la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution pour déterminer les principes fondamentaux du droit du travail, d'assurer la mise en oeuvre des principes économiques et sociaux du Préambule de la Constitution de 1946, tout en les conciliant avec les libertés constitutionnellement garanties ; que, pour poser des règles propres à assurer au mieux, conformément au cinquième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, le droit pour chacun d'obtenir un emploi, il peut apporter à la liberté d'entreprendre des limitations liées à cette exigence constitutionnelle, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi* ». (C'est nous qui soulignons).

<sup>2148</sup> B. SILHOL, « Droit à l'emploi, brèves réflexions sur la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel », RDT 2007, p. 390 ; L. CASAUX-LABRUNÉE, « La confrontation des libertés dans l'entreprise », Dr. soc. 2008, p. 1032 ; D. BAUGARD, « Le droit à l'emploi », art. préc., n°19.

<sup>2149</sup> Cons. const., 13 janvier 2005, n°2004-509 DC, considérant n°28 : « *Le législateur a ainsi opéré entre le droit de chacun d'obtenir un emploi, dont le droit au reclassement de salariés licenciés découle directement, et la liberté d'entreprendre, à laquelle la réintégration de salariés licenciés est susceptible de porter atteinte, une conciliation qui n'est entachée d'aucune erreur manifeste* ». Rappr. Cons. const., 13 avril 2012, n°2012-232 QPC : « *En fixant à deux ans la durée de l'ancienneté exigée, [le législateur] a opéré une conciliation entre le droit d'obtenir un emploi et la liberté d'entreprendre qui n'est pas manifestement déséquilibrée* ». (C'est nous qui soulignons).

Comp. M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat*, th. préc., n°869. L'auteur y voit un contrôle de proportionnalité.

<sup>2150</sup> B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, 2002, p. 430.

une obligation de moyen pesant sur les pouvoirs publics. Il nécessite l'intervention du législateur<sup>2151</sup>. Dans ces conditions, la Cour de cassation pouvait difficilement le mobiliser pour fonder son exigence de reclassement<sup>2152</sup>. Le « droit à l'emploi » ferait donc partie de ces « droits à... » n'ayant pas acquis entièrement leur effectivité. En témoigne sans doute l'arrêt « SAT » du 8 décembre 2000<sup>2153</sup>. Alors même que le pourvoi soulevait ce moyen, la Cour de cassation est restée « silencieuse » sur un éventuel « droit à l'emploi »<sup>2154</sup>.

Au demeurant, il n'est pas certain que même à mobiliser un tel droit, la solution de la Cour de cassation eût été différente. En effet, lorsque cette dernière s'essaie à user d'un « droit à l'emploi » tiré d'une autre norme que le « bloc de constitutionnalité », elle se place dans la même situation que le Conseil constitutionnel amené à opérer une « conciliation » entre le « droit à l'emploi » et la liberté d'entreprendre. Il n'est pas certain, dans ces conditions, qu'elle eût fait prévaloir celui-là sur celle-ci.

## 2. *Le « droit à l'emploi » tiré des conventions internationales*

**570. Source et portée.** Le « droit à l'emploi » se retrouve dans plusieurs conventions internationales, mais il n'a pas toujours la même portée. Ainsi s'agira-t-il de s'intéresser

<sup>2151</sup> Le juge des référés procède de la même manière. Le droit à l'emploi ne bénéficiant pas d'un effet direct, il ne peut être invoqué devant la juridiction des référés. Il en irait néanmoins autrement si un tel droit faisait « l'objet de mesure de mise en œuvre », c'est-à-dire était concrétisé par une norme législative. Dans ce cas, la violation de cette norme serait une violation du droit à l'emploi. (cf. sur ce point : O. LE BOT, « La justiciabilité des droits sociaux dans le cadre des procédures d'urgence », RDSS 2010, p. 812). Le tribunal administratif de Paris a ainsi pu considérer que, concrétisé à l'article L. 5312-1 du Code du travail (mise en place d'un service public de l'emploi), le droit à l'emploi était violé dès lors qu'étaient constatés des manquements dans la mise en œuvre de Pôle emploi : TA, 25 septembre 2012, n°1216080/9, D. 2012, p. 2249, note B. INÈS (l'auteur considère que les articles L. 5411-6 et L. 5411-6-1 du Code du travail auraient davantage convenu car ils imposent à Pôle emploi l'accompagnement des chômeurs); RDT 2012, p. 558, obs. A. FABRE. Le Conseil d'État a cependant infirmé cette décision : CE, réf., 4 octobre 2012, n°362948, D. 2012, p. 2526, note M.-C. de MONTECLER ; RDT 2013, p. 33, obs. M. GRÉVY, mais parce que la demande présentée ne répondait pas à la condition d'urgence particulière définie par l'article L. 521-2 du Code de justice administrative et nécessaire au référé-liberté. Autrement dit, le Conseil ne s'est pas prononcé sur l'invocabilité du droit à l'emploi, serait-ce via une disposition du Code du travail.

<sup>2152</sup> Les juridictions administratives considèrent également que le « droit à l'emploi » ne peut être directement invoqué : CAA Bordeaux, 3<sup>ème</sup> chambre, 30 décembre 2004, n°00BX02666. V. Cepend. CA Versailles, 11 mars 1985, D. 1985, IR, p. 421 considérant comme d'ordre public « le principe fondamental énoncé par le préambule de la Constitution suivant lequel « chacun a droit d'obtenir un emploi » » mais il s'agissait d'annuler les clauses d'une convention collective limitant les embauches à l'âge de 35 ans. Etait donc en cause une discrimination.

<sup>2153</sup> Arrêt « SAT », préc. : Ass. plén., 8 décembre 2000, Bull. civ. AP, n°11. V. en particulier les conclusions de l'avocat général Ph. de CAIGNY, Dr. soc. 2001, p. 126.

<sup>2154</sup> A. JEAMMAUD et M. LE FRIANT, note sous Ass. plén., 8 décembre 2000, « Du silence de l'arrêt SAT sur le droit à l'emploi », Dr. soc. 2001, p. 417.

au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (a) avant de nous arrêter sur les outils de l'Europe des droits de l'homme (b).

*a. Le « droit au travail » du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.*

**571. L'application directe de l'article 6.1 du Pacte.** En 2008, la Cour de cassation a admis – par un moyen de pur droit soulevé d'office – l'application directe de l'article 6.1 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966<sup>2155</sup>, ce qui pouvait surprendre dès lors que c'est sur les États que paraît peser la charge des mesures à prendre : « *Les États parties au présent Pacte reconnaissent le droit au travail, qui comprend le droit qu'a toute personne d'obtenir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement choisi ou accepté, et prendront des mesures appropriées pour sauvegarder ce droit* »<sup>2156</sup>. Rendue dans une affaire où était en cause la contrepartie d'une obligation de non-concurrence, il s'agissait pour la Cour de cassation de contrer une disposition législative excluant toute contrepartie financière en cas de licenciement pour faute grave<sup>2157</sup>. En visant le « droit au travail » du Pacte international, la Cour de cassation en faisait un droit subjectif<sup>2158</sup>. Pouvait-on étendre alors la solution à d'autres hypothèses que la clause de non-concurrence ? En d'autres termes, un justiciable aurait-il pu invoquer ce droit pour imposer un reclassement avant son licenciement ? Rien n'est moins sûr car il aurait encore fallu franchir deux étapes.

**572. La question de l'application de l'article 6.1 du Pacte en matière de reclassement.** Il faut sans doute ici raisonner par analogie avec une décision de la

---

<sup>2155</sup> Cass. soc., 16 décembre 2008, RDT 2009, p. 239, note R. de QUENAUDON ; Dr. soc. 2009, p. 236, note J. MOULY : « *Attendu que le premier de ces textes [l'article 6.1 du Pacte international], directement applicable en droit interne ...* ».

<sup>2156</sup> Le paragraphe suivant précise d'ailleurs que ces « *mesures que chacun des États parties au présent Pacte prendra en vue d'assurer le plein exercice de ce droit doivent inclure l'orientation et la formation techniques et professionnelles, l'élaboration de programmes, de politiques et de techniques propres à assurer un développement économique, social et culturel constant et un plein emploi productif dans des conditions qui sauvegardent aux individus la jouissance des libertés politiques et économiques fondamentales* ».

<sup>2157</sup> L'article 75, alinéa 3, du code du commerce local applicable dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle prévoyait que la contrepartie financière de la clause de non-concurrence prévue à l'article 74, alinéa 2 (« *Le patron s'oblige à payer pour la durée de la prohibition une indemnité annuelle de la moitié au moins des rémunérations dues en dernier lieu au commis* ») n'était pas due lorsque le licenciement procédait d'une faute grave.

<sup>2158</sup> J. MOULY, note sous Cass. soc., 14 avril 2010, Dr. soc. 2010, p. 815.

chambre sociale de la Cour de cassation du 14 avril 2010<sup>2159</sup>. La question posée à la Cour était celle de savoir si la règle tirée de l'article L. 1235-3 du Code du travail qui subordonne la réintégration du salarié en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse à l'accord de l'employeur n'était pas contraire à l'article 6.1 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. La Cour répond par la négative en considérant que « *la règle subordonnant la réintégration du salarié licencié sans cause réelle et sérieuse à l'accord de l'employeur [...] opère une conciliation raisonnable entre le droit de chacun d'obtenir un emploi et la liberté d'entreprendre* ». L'analyse de la Cour de cassation se décompose en deux temps. D'abord, à l'instar du Conseil constitutionnel<sup>2160</sup>, la Cour relie la réintégration au « droit au travail », ensuite, elle confronte ce « droit à l'emploi » à la liberté d'entreprendre pour faire prévaloir cette dernière. Ainsi, pour permettre à l'article 6.1 du Pacte d'imposer un reclassement avant tout licenciement pour motif économique, il faudrait d'une part lier le reclassement au « droit au travail » et d'autre part faire triompher celui-ci sur la liberté d'entreprendre. Une telle solution se serait pas impossible mais relèverait en partie de l'opportunité<sup>2161</sup>.

b. *Le « droit de gagner sa vie par le travail » de l'Europe des droits de l'homme*<sup>2162</sup>.

**573. L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.** Le 27 juillet 2004<sup>2163</sup>, la Cour européenne des droits de l'homme liait l'article 1§2 de la Charte sociale européenne (le « *droit pour le travailleur de gagner sa vie par un travail librement entrepris* ») à l'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme (« *droit au respect de sa vie privée et familiale* ») afin d'intégrer l'exercice d'une activité professionnelle à un droit fondamental protégé par la convention européenne,

---

<sup>2159</sup> Cass. soc., 14 avril 2010, Dr. soc. 2010, p. 815, note J. MOULY, préc. ; Lexbase Hebdo, éd. soc. 6/05/2010, n°393, obs. S. TOURNAUX ; JSL, 16 juin 2010, n°279, p. 12, note J.-Ph. LHERNOULD.

<sup>2160</sup> Supra n°567 (réintégration rattachée au « droit à l'emploi », 569 (confrontation « droit à l'emploi » et liberté d'entreprendre). *Adde infra* n°631.

<sup>2161</sup> Comme c'était sans doute le cas dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation du 16 décembre 2008, Bull. civ. V, n°251, préc.

<sup>2162</sup> Cf. J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY, « Le droit de gagner sa vie par le travail devant la Cour européenne des droits de l'homme », D. 2006, p. 477.

<sup>2163</sup> CEDH, 27 juillet 2004, « Sidabras et Dziautas c./ Lituanie » ; RTDH 2005, p. 363, comm. S. GARCIA-JOURDAN « *De la transition démocratique en Lituanie à la consécration du droit d'exercer une activité professionnelle dans le secteur privé* ».

celui de la vie privée »<sup>2164</sup>. On connaissait la vision large que la Cour européenne retenait de la « vie privée », il est intéressant qu'elle y fasse désormais entrer le « droit de gagner sa vie par le travail »<sup>2165</sup>. Concrètement, la Cour sanctionne les atteintes disproportionnées. Si, dans certaines situations particulières, des législations peuvent légitimement restreindre l'accès des individus à un emploi, c'est à la condition que la mesure, par son ampleur ou sa durée, ne paraisse pas excessive<sup>2166</sup>. La Cour européenne s'est prononcée plusieurs fois en ce sens<sup>2167</sup>. Pour autant, précise la Cour : « *on ne saurait déduire de l'article 8 un droit générique à l'emploi ou au renouvellement d'un contrat à durée déterminée* »<sup>2168</sup>. Si ainsi le « droit à l'emploi » semble bien relever, selon la Cour européenne de la « vie privée » de l'article 8 de la convention européenne, sa portée est encore incertaine. Pour l'instant sont concernées les interdictions d'exercer

---

<sup>2164</sup> V. l'art. précurseur de F. SUDRE : « La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme : un exercice de « jurisprudence fiction » ? », issu du Colloque *Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs*, Strasbourg, juin 2001, [en ligne] : <http://rtdh.eu/pdf/2003755.pdf>

<sup>2165</sup> Voir déjà : CEDH, 16 décembre 1992, « Niemietz c./ Allemagne », n°13710/88, § 29 : « *Il serait [...] trop restrictif de limiter [la notion de « vie privée »] à un « cercle intime » où chacun peut mener sa vie personnelle à sa guise et d'en écarter entièrement le monde extérieur à ce cercle. Le respect de la vie privée doit aussi englober, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et de développer des relations avec ses semblables. Il paraît [...] n'y avoir aucune raison de principe de considérer [...] la notion de « vie privée » comme excluant les activités professionnelles ou commerciales : après tout, c'est dans leur travail que la majorité des gens ont beaucoup, voire le maximum d'occasions de resserrer leurs liens avec le monde extérieur [...]* ». – CEDH, 28 mai 2009, « Bigaeva c./ Grèce », n°26713/05, § 23. – CEDH, 2 février 2016, « Sodan c./Turquie », n°18650/05, § 37: « *Il serait [...] trop restrictif de limiter la notion de « vie privée » à un « cercle intime » où chacun peut mener sa vie personnelle à sa guise et d'écarter entièrement le monde extérieur à ce cercle. L'article 8 garantit ainsi la « vie privée » au sens large de l'expression, qui comprend le droit de mener une « vie privée sociale », à savoir la possibilité pour l'individu de développer son identité sociale. Sous cet aspect, ledit droit consacre la possibilité d'aller vers les autres afin de nouer et de développer des relations avec ses semblables [...]. Des restrictions apportées à la vie professionnelle peuvent tomber sous le coup de l'article 8, lorsqu'elles se répercutent dans la façon dont l'individu forge son identité sociale par le développement des relations avec ses semblables. Il convient sur ce point de noter que c'est dans le cadre de leur travail que la majorité des personnes ont l'occasion de resserrer leurs liens avec le monde extérieur* ». (C'est nous qui soulignons).

<sup>2166</sup> J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, « Travail et protection sociale », chron., *Journal européen de droits de l'homme*, 2013, n°3, p. 485 .

<sup>2167</sup> CEDH, 23 mars 2006, « Albanese c./ Italie », n°77924/01. – CEDH, 16 novembre 2006, « Karov c./ Bulgarie n°45964/99. – CEDH, 24 juillet 2012, « DMT et DKI c./ Bulgarie », n°29476/06. Dans ces affaires étaient en cause des interdictions d'emploi tant dans le secteur public que privé. En l'occurrence, ces interdictions ont été jugées excessives.

<sup>2168</sup> CEDH, 12 juin 2014, « Martinez Fernandez c./ Espagne », n°56030/07, §109. – CEDH, 2 février 2016, « Sodan c/Turquie », n°18650/05, préc.

un travail<sup>2169</sup>. Au-delà, et en particulier pour l'exigence de reclassement, le doute demeure<sup>2170</sup>.

**574. L'article 1<sup>er</sup> du Protocole additionnel n°1 de la Convention européenne des droits de l'homme.** On a pu également s'interroger sur la question de savoir si l'article 1<sup>er</sup> du Protocole additionnel n°1 de la Convention européenne des droits de l'homme (droit de propriété et respect des biens)<sup>2171</sup> ne pouvait pas être valablement mobilisé au soutien d'un droit au maintien de l'emploi. En s'appuyant sur la conception large que la Cour européenne retient des « biens », il s'agirait alors de faire de l'emploi un bien dont le salarié serait propriétaire<sup>2172</sup>. Dans cette perspective, le salarié ne pourrait effectivement en être privé sans juste motif. Pour pouvoir condamner à ce titre l'absence de reclassement, il faudrait admettre que cette dernière rende le licenciement injustifié. Reste que, pour l'heure, l'article 1<sup>er</sup> du Protocole additionnel n°1 paraît cantonné aux rapports verticaux, c'est-à-dire individus/État et à des cas particuliers<sup>2173</sup>. En outre, on est encore loin d'admettre le salarié comme le propriétaire de son emploi entendu comme un bien.

**575. Synthèse : vers la considération de la dignité de la personne.** En définitive, les juridictions judiciaires pouvaient sans doute difficilement imposer un « droit au reclassement » par le biais de la reconnaissance d'un « droit à l'emploi » (ce qu'en revanche le législateur pouvait faire). En effet, il aurait d'abord fallu que ce droit soit

---

<sup>2169</sup> J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, « Un nouvel horizon pour le droit à l'emploi ; le droit à la vie privée », *in Droits du travail, emploi, entreprise. Mélanges dédiés à François GAUDU*, IRJS, 2014, p. 301. L'auteur emploie le terme d'interdictions professionnelles.

<sup>2170</sup> V. *cepend.* CEDH, 6 novembre 2012, « Redfearn c./ Royaume-Uni », n°47335/06 où la Cour semble imposer une exigence de reclassement dans une affaire où un individu avait été licencié pour avoir adhéré à un parti politique d'extrême-droite. La Cour souligne qu'à partir du moment où, son adhésion connue, des plaintes avaient été reçues, l'individu avait été licencié sans que soit prise en considération la possibilité de le reclasser à un poste sans contact avec la clientèle. (cf. § 45). Mais le cas d'espèce était particulier car étaient alors en cause d'autres libertés (not. d'opinion et d'expression).

<sup>2171</sup> Cf. J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY, « Le droit de gagner sa vie par le travail devant la Cour européenne des droits de l'homme », art. préc. ; J. MOULY, note sous Cass. soc., 14 avril 2010, Dr. soc. 2010, p. 815.

<sup>2172</sup> J. MOULY, note sous Cass. soc., 14 avril 2010, préc.

<sup>2173</sup> CEDH, 11 avril 2002, « Lallement c./ France », n°46044/99. En l'espèce, l'indemnité versée à l'occasion d'une expropriation n'était, selon la Cour, « pas raisonnablement en rapport avec la valeur du bien exproprié puisqu'elle ne couvr[ait] pas spécifiquement la perte de l'« outil de travail » du requérant ».

« justiciable »<sup>2174</sup> et qu'ensuite en découle une exigence de reclassement. La Cour de cassation n'avait sans doute pas d'autres moyens que de se fonder sur l'article 1134, alinéa 3 et/ou 1135 du Code civil pour exiger un tel reclassement avant tout licenciement pour motif économique. Mais la réticence de la Cour de cassation à mobiliser le « droit à l'emploi » n'interdit pas toute référence à ce dernier. Il est permis de le considérer comme une valeur<sup>2175</sup> transparaissant en filigrane de sa jurisprudence imposant un reclassement. Il peut d'ailleurs paraître étonnant que la chambre sociale ait préféré participer au mouvement consistant à élargir le rôle de la bonne foi plutôt que de choisir une autre dynamique se révélant de plus en plus dans les relations de travail ; celle des droits fondamentaux<sup>2176</sup>.

Quoiqu'il en soit, en obligeant l'employeur à un tel maintien du contrat de travail, le juge, puis le législateur, ont intégré l'exigence de préservation du contrat de travail au champ contractuel. Que ce soit par la « variabilité » du concept de bonne foi, ou plus directement par l'affirmation d'un droit à l'emploi mis, en partie, à la charge de l'employeur, ce dernier est tenu d'intégrer dans sa gestion de l'emploi l'intérêt de ses salariés. L'employeur doit se soucier des conséquences de la perte d'emploi pour le salarié, et ce d'autant plus que, par définition, aucun fait n'est reproché à ce dernier. Cette démarche s'inscrit dans la reconnaissance de la finalité sociale du contrat de travail. L'emploi étant alors vu comme un « *facteur de réalisation de la dignité de la personne* »<sup>2177</sup>.

**576. Conclusion du Chapitre I.** La prise en considération du destinataire de l'acte – par définition préjudiciable – commande que son bénéficiaire agisse de bonne foi. Cette

---

<sup>2174</sup> Ce qui pour l'heure n'est pas possible sur le fondement du Préambule de la Constitution mais le pourrait sur celui du Pacte international relatif aux droits économiques et sociaux.

<sup>2175</sup> R. KESSOUS, concl. sous Cass. soc., 25 juin 1992, Dr. soc. 1992, p. 838.

<sup>2176</sup> P. ADAM, *L'individualisation du droit du travail*, ..., th. préc., n°546.

<sup>2177</sup> A. VIOTTOLO, « La dignité du salarié », in *La dignité*, PUAM, 2003, p. 275 ; Th. REVET, « La dignité de la personne humaine en droit du travail », in *La dignité de la personne humaine*, Economica, 1999, p. 137 et s., spéc. n°17 et s. ; D. ASQUINAZI-BAILLEUX, « Droit à l'emploi et dignité », in *Ethique, droit et dignité de la personne, Mélanges Christian BOLZE*, Economica, 1999, p. 123 ; P. ADAM, « La « dignité du salarié » et le droit du travail », RDT 2014, p. 168 ; *Adde* Rapport du comité des droits économiques, sociaux et culturels, observation générale n°18, 2005 : « *Le droit au travail est indispensable à l'exercice d'autres droits de l'homme ; il est inséparable et fait partie intégrante de la dignité humaine. Toute personne a le droit de pouvoir travailler, lui permettant ainsi de vivre dans la dignité. Le droit au travail concourt à la fois à la survie de l'individu et de sa famille et, dans la mesure où le travail est librement choisi ou accepté, à son épanouissement et sa reconnaissance au sein de la communauté* ». [en ligne] <https://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/french/epcom18f.html>

exigence, contractuelle, se comprend de deux manières, d'abord comme norme comportementale – elle se confond alors avec la notion d'abus de droit – ensuite comme source de nouvelles obligations. En tant que norme de comportement, la bonne foi impose que le titulaire agisse selon un standard objectif. Les circonstances entourant la prise de décision, la manière d'agir de l'auteur seront ainsi contrôlées. Ainsi sera condamnée la décision prise trop précipitamment ou celle qui paraîtrait incohérente avec le comportement antérieur de l'auteur. En tant que source de nouvelles obligations, l'exigence de bonne foi paraît « forcée ». Un autre fondement aurait pu être mobilisé, celui de l'article 1135 du Code civil. Mais la véritable difficulté consiste alors à s'interroger sur l'existence ou non d'une « nouvelle » obligation. L'exigence de préavis illustre bien cette hypothèse. Lorsqu'elle accompagne une rupture unilatérale elle semble relever d'une obligation « ajoutée », au contraire, lorsque le préavis concerne un changement des conditions de travail, il se confond avec un « simple » manquement à la bonne foi. En ce qui concerne l'obligation de reclassement, dont le fondement se partage *a priori* également entre les articles 1134, alinéa 3, et 1135 du Code civil, il a pu être proposé de le rattacher au « droit à l'emploi ». Mais celui-ci, qu'il soit tiré du bloc de constitutionnalité ou de conventions internationales, pâtit de l'incertitude de sa portée. Il fait alors douter de sa réelle pertinence.

Quant aux sanctions apportées à l'abus de comportement, elles sont en principe celles de l'octroi de dommages-intérêts. Lorsque le comportement incriminé relève d'un acte « détachable », il sera sanctionné en tant que tel, par l'octroi d'une indemnité particulière. On songe en particulier au préavis de rupture ou au licenciement vexatoire. Mais il existe une sanction plus originale au manquement à la bonne foi, celle de l'inefficacité de l'acte, du moins pendant un temps limité. Il est permis d'en trouver une application dans le cadre du changement abusif des conditions de travail. En effet, en permettant au salarié de refuser légitimement un changement de conditions de travail trop brusque par exemple, c'est *a priori* rendre inefficace la décision de l'employeur. Cependant, une telle hypothèse sera dissimulée derrière le contentieux du licenciement puisque le refus aura, le plus souvent, été sanctionné par un licenciement (alors sans cause réelle et sérieuse).

## Chapitre II. La protection des libertés et droits fondamentaux du salarié

### *577. Les différentes « générations » de libertés et droits fondamentaux.*

L'apparition de la terminologie de « droit fondamental » en droit positif français date de la seconde moitié du XX<sup>ème</sup> siècle<sup>2178</sup>. Si le terme de « fondamental » semble faire écho à celui d'« essentiel », il reste difficile d'en circonscrire avec clarté et précision les contours. Le qualificatif renvoie en réalité à des catégories distinctes : on a pu parler de « différentes générations » de droits et libertés fondamentaux (chronologiquement, on distingue les droits civils et politiques, puis les droits économiques et sociaux, et enfin les droits environnementaux) sans que ceux-ci aient nécessairement tous la même portée (opposabilité dans les relations verticales et horizontales ou non, médiation nécessaire de l'État, portée simplement symbolique...) ni la même valeur. Les droits fondamentaux ne consistent plus seulement à limiter la puissance de l'État mais permettent également aux individus d'invoquer des « droits-créances ».

*578. L'importance du contexte historique.* C'est le contexte socio-économique et idéologico-politique qui a permis d'ajouter de « nouveaux » droits fondamentaux à ceux initialement admis. Les termes employés par le Préambule de la Constitution de 1946 sont à ce titre révélateurs, qualifiant la deuxième génération de droits fondamentaux de principes « *particulièrement nécessaires à notre temps* ». La « *fondamentalité* » des droits apparaît ainsi comme fonction du contexte historique dans lequel ils s'inscrivent. Participant de l'homogénéisation de la reconnaissance et de l'épanouissement des droits fondamentaux, les rôles respectifs de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne ne peuvent être occultés<sup>2179</sup> même si leurs politiques jurisprudentielles diffèrent assez souvent. Le renouvellement des sources s'exprimant par la constitutionnalisation du droit et son internationalisation a ainsi

---

<sup>2178</sup> Cf. not. L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN *et alii.*, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 2012, 6<sup>ème</sup> éd. ; V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Les droits fondamentaux en droit français. Genèse d'une qualification », in *Droits fondamentaux et droit social*, Dalloz, 2004, p. 11.

Sur la symbolique du passage des « droits de l'homme » aux « droits fondamentaux » cf. D. LOCHAK, *Les droits de l'homme*, La Découverte, 2002.

<sup>2179</sup> J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, Montchrestien, 2010, 5<sup>ème</sup> éd., p. 100 et s.

contribué à l'essor des droits fondamentaux. Le législateur lui-même n'a pas hésité à qualifier certains droits de droits fondamentaux<sup>2180</sup>.

Cet essor des droits fondamentaux traduirait une refondation de l'État de droit<sup>2181</sup>. D'une conception formelle de la hiérarchie des normes, on serait passé à une conception substantielle des droits fondamentaux. Les deux approches ne sont cependant pas antinomiques pour peu que l'on s'affranchisse de la théorie de Kelsen considérant la hiérarchie formelle comme une fin en soi<sup>2182</sup>, le droit ne pouvant se réduire à une « théorie pure ».

**579. Hiérarchie formelle des normes et conception substantielle des droits fondamentaux.** Les droits fondamentaux résulteraient ainsi « d'un ordre juridique global »<sup>2183</sup>. Mais la conception substantielle des droits fondamentaux qui en résulte ne s'affranchit pas entièrement de la hiérarchie formelle des normes. Cette dernière demeure un instrument au service des droits fondamentaux. Elle devrait être le moyen de garantir leur effectivité. *De facto*, d'ailleurs, l'approche substantielle des droits fondamentaux ne se détache que difficilement de la hiérarchie formelle des normes. D'une part parce que les droits fondamentaux sont avant tout reconnus au niveau constitutionnel ou conventionnel et ensuite parce qu'il peut être plus facile de recourir à la hiérarchie formelle des normes afin de faire prévaloir un droit sur un autre<sup>2184</sup>. Demeure alors la question de la confrontation de droits de même valeur. Les droits fondamentaux n'ont pas tous le même degré de « fondamentalité ». Ils apparaissent, en

---

<sup>2180</sup> Cette multiplication de droits fondamentaux les expose à la critique. Leur instrumentalisation, leur autojustification ont ainsi pu être dénoncées. Le qualificatif de « fondamental » peut effectivement apparaître comme le moyen pour les juges d'asseoir la légitimité de leur décision. Il suffirait de parer un droit de l'aura du « fondamental » pour le voir triompher (cf. V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français », D. 1995, p. 323 et « Les droits fondamentaux en droit français. Genèse d'une qualification », art. préc. ; E. DREYER, « La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique » D. 2006, p. 748). Il importe effectivement de distinguer entre ce qui relève du discours juridique et ce qui relève du discours militant. Seul le premier permettant une approche objective.

<sup>2181</sup> J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, op. cit. ; E. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », in *Les droits fondamentaux. Une nouvelle catégorie juridique ?*, numéro spécial, AJDA, 20 juillet-20 août 1998 ; P. ADAM, *L'individualisation du droit du travail*, th. préc., n°526 ; I. MEYRAT, « La contribution des droits fondamentaux à l'évolution du système français des relations du travail. Pour une approche critique », in *Droits fondamentaux et droit social*, Dalloz, 2004, p. 41.

<sup>2182</sup> J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, op. cit., p. 54.

<sup>2183</sup> E. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », art. préc. Selon cette approche, lorsque le juge qualifie un droit de fondamental, il ne pose pas un acte de volonté mais se réfère à un cadre objectif supérieur.

<sup>2184</sup> E. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », art. préc.

principe<sup>2185</sup>, relatifs<sup>2186</sup>. Le contexte dans lequel le conflit de droits s'inscrit est alors essentiel. À ce titre, il est intéressant d'examiner les techniques de conciliation auxquelles le juge social a recours lorsqu'il est question de droits fondamentaux au sein de l'entreprise.

**580. Les droits fondamentaux dans l'entreprise.** La « redécouverte » du salarié en tant que personne au sein de l'entreprise a permis d'intégrer la problématique des droits fondamentaux à la relation de travail. Dès lors que les différentes Déclarations de droits et de libertés fondamentaux nationales et internationales plaçaient l'individu au centre et au fondement de l'État de droit, le droit du travail ne pouvait en faire l'impasse. Dans un contexte de « révolution » des formes du travail<sup>2187</sup>, l'affirmation des droits et libertés fondamentaux du salarié en est, paradoxalement, ressortie amplifiée.

Deux catégories de droits fondamentaux du salarié peuvent être distinguées, ceux garantis à tout individu et ceux propres au droit du travail (droit de grève, à la liberté syndicale, à la participation *etc.*)<sup>2188</sup>. Certes, pour les premiers, la subordination même du salarié implique leur restriction<sup>2189</sup>. Pour autant, le salarié n'abandonne pas sa condition d'homme en concluant un contrat de travail. Bien que restreints, ses droits et libertés fondamentaux doivent être pris en considération et sont protégés *a minima* même au temps et au lieu de travail. Il en est, par exemple, ainsi de la vie privée du salarié<sup>2190</sup>. Dans ce contexte se pose la question de l'articulation entre l'intérêt de l'un – intérêt de l'entreprise – et l'intérêt de l'autre – intérêt du salarié. Comment accorder la liberté d'entreprendre de l'employeur avec les droits et libertés fondamentaux du salarié ? Par définition, l'exercice par l'employeur d'une de ses prérogatives unilatérales

<sup>2185</sup> Certains droits échappent néanmoins à toute limite. Il en est par exemple ainsi de l'interdiction des tortures et actes de barbarie. Cf. A. SUPIOT, *Homo juridicus : Essai sur la fonction anthropologique du droit*, éd. du Seuil, 2005, p. 297.

<sup>2186</sup> E. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », art. préc. ; F. GUIOMARD, « Droits fondamentaux et contrôle des pouvoirs de l'employeur », in *Droits fondamentaux et droit social*, *op. cit.*, p. 61 et s., spéc. p. 63.

<sup>2187</sup> J.-E. RAY, « Mutation économique et droit du travail », in *Les transformations du droit du travail, Études offertes à Gérard LYON-CAEN*, Dalloz, 1989, p. 10 ; A. JEAMMAUD, « Le droit du travail en changement. Essai de mesure », *Dr. soc.* 1998, p. 211 ; Ph. LEFEBVRE, « Subordination et « révolutions » du travail et du droit du travail (1776-2010) », *Entreprises et histoire*, 2009/4, n°57, p. 45.

<sup>2188</sup> J. RIVERO, « Les libertés publiques dans l'entreprise », *Dr. soc.* 1982, p. 421 ; J.-M. VERDIER, « Libertés et travail. Problématique des droits de l'homme et rôle du juge », *D.* 1988, chron. p. 63.

<sup>2189</sup> L.-K. GRATTON, *Les clauses de variation...*, th. préc., n°774.

<sup>2190</sup> Cass. soc., 2 octobre 2001, *Dr. soc.* 2002, p. 37, note J.-E. RAY.

permet de modifier la situation juridique de son salarié. Ce dernier subit cette modification. Ne peut-il, dans certaines hypothèses, invoquer une liberté ou un droit fondamental afin de s'opposer à la décision unilatérale de l'employeur ? Une telle possibilité serait alors propre à la relation de travail. Seule une relation de subordination s'inscrivant dans la durée permet, en réaction du pouvoir de l'employeur, de réserver une sphère de protection des droits et libertés fondamentaux du cocontractant salarié. Pour autant, l'obstacle que peuvent éventuellement présenter ces libertés et droits fondamentaux n'est pas toujours dirimant. L'employeur ne peut certes les bafouer sans risque, mais il peut, dans certaines situations considérées comme légitimes, imposer sa volonté, et, ce faisant, porter effectivement atteinte aux libertés et droits fondamentaux du salarié. Autrement dit, l'intérêt de l'entreprise peut parfois légitimer une telle atteinte. L'article L. 1121-1 du Code du travail conforte cette approche puisque seules sont prohibées les atteintes aux droits et libertés individuelles ou collectives qui apparaîtraient injustifiées et/ou disproportionnées. L'absence du terme « fondamental » ne doit pas induire en erreur. Les droits et libertés fondamentaux sont bien compris dans son champ d'application. Mais reste alors la question de la sanction des atteintes illégitimes portées aux libertés et droits fondamentaux des salariés. La « fondamentalité » des droits et libertés en cause devrait justifier la remise en cause de l'acte y portant atteinte. La nullité serait ainsi la sanction adéquate. Si le législateur et la jurisprudence n'hésitent pas toujours à emprunter cette voie, quelques hypothèses, contredisant cette solution, méritent sans doute d'être soulignées.

Ainsi faudra-t-il, après avoir considéré dans quelle mesure les libertés et droits fondamentaux du salarié peuvent valablement limiter l'exercice des droits potestatifs de l'employeur (Section I), s'intéresser au sort des actes unilatéraux ne respectant pas ces limites, autrement dit, à la sanction apportée aux droits potestatifs portant une atteinte illégitime aux droits et libertés fondamentaux du salarié (Section II).

### **Section I. Les libertés et droits fondamentaux du salarié comme limite à l'exercice des droits potestatifs de l'employeur**

**581. La relativité des droits fondamentaux.** La reconnaissance des droits et libertés fondamentaux au sein de l'entreprise s'est accompagnée d'une protection accrue pour le salarié exerçant un tel droit ou une telle liberté. Ainsi, l'employeur voit son droit de rompre écarté, ou du moins fortement restreint, face à un salarié gréviste ou un salarié

dit protégé<sup>2191</sup>. À cette protection s'ajoutent celles de la salariée enceinte et du salarié victime d'un accident ou d'une maladie professionnelle dont les contrats sont alors suspendus<sup>2192</sup>. Dans ces hypothèses le salarié bénéficie d'une protection accrue envers l'employeur. Mais au-delà de ces cas particuliers, les droits et libertés fondamentaux peuvent venir limiter l'exercice du pouvoir de l'employeur sans qu'il soit nécessaire de pourvoir le salarié d'un statut particulier ou de suspendre son contrat de travail. Le salarié n'est alors pas appréhendé comme travailleur, mais comme individu. Or l'exercice même d'une prérogative unilatérale de l'employeur peut effectivement porter atteinte à ses droits et libertés fondamentaux. Pour autant, toute atteinte n'est pas condamnée. Comment concilier alors la « qualité » de personne du salarié avec l'intérêt de l'entreprise ? Dans quelle mesure la « fundamentalité » des droits et libertés du salarié peut-elle valablement faire obstacle aux droits potestatifs de l'employeur ? Si le principe de non-discrimination (I) exprime des valeurs situées au plus haut de la hiérarchie des normes, des tempéraments existent néanmoins. Transparaît la relativité des droits fondamentaux. L'article L. 1121-1 du Code du travail exprime d'ailleurs cette ambiguïté en admettant *a contrario* des restrictions « *aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives* » – quand bien même seraient-ils fondamentaux – à la double condition de justification et de proportionnalité. Dans ce contexte néanmoins, le droit à la vie personnelle et familiale du salarié se présente comme un obstacle de plus en plus efficace à l'encontre de l'exercice d'une prérogative unilatérale de l'employeur (II). Le contentieux concerne alors particulièrement le changement des conditions de travail et spécialement l'exercice des clauses de mobilité.

### ***I. Le principe de non-discrimination***

**582. Principe et exceptions.** En principe, les droits potestatifs de l'employeur ne peuvent être fondés sur un motif discriminatoire (A). Des tempéraments jurisprudentiels et légaux existent cependant (B). Il en ressort que l'intérêt de l'entreprise, via le mécanisme du trouble objectif, ou parce que l'entreprise est dite « de tendance », limite indirectement ou directement le principe selon lequel le licenciement ne peut être fondé sur un motif discriminatoire.

---

<sup>2191</sup> Supra n°293 et s.

<sup>2192</sup> Supra n°299 et s.

A. *L'interdiction des décisions unilatérales de l'employeur fondées sur un motif discriminatoire*

**583. L'approche défensive du principe de non-discrimination.** La protection dont bénéficie le salarié victime d'une discrimination et le régime qui lui est attaché (2) se justifie par la portée « universelle » du principe de non-discrimination (1). Conçue d'abord de manière « défensive », la non-discrimination fait aujourd'hui l'objet d'une approche davantage incitative. En tant que limite à l'exercice de droits potestatifs de l'employeur, seule la première approche nous intéresse ici.

1. *La portée du principe de non-discrimination*

**584. Une prohibition générale.** Que ce soit l'ONU<sup>2193</sup> et l'OIT<sup>2194</sup>, le droit européen<sup>2195</sup> ou le droit de l'Union européenne<sup>2196</sup>, de nombreuses sources prohibent les discriminations<sup>2197</sup>. En droit interne, le principe d'égalité est certes inscrit dans la Constitution du 4 octobre 1958 mais c'est dans le Préambule de celle du 27 octobre

<sup>2193</sup> L'article 26 du Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques de 1966 dispose que « Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. À cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation ». La Cour de cassation en a admis l'application directe : Cass. soc., 6 juillet 2005, Dr. ouvr. 2006, p. 1.

<sup>2194</sup> Plusieurs conventions de l'OIT concernent l'égalité ou le principe de non-discrimination (ex. : la convention n°100 de 1951 sur l'égalité de rémunération entre la main d'œuvre masculine et la main d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale, ratifiée par la France en 1952. – La convention du 7 mars 1966 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, ratifiée par la France en 1971. – La convention n°111 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession de 1958, ratifiée par la France en 1981. – La convention du 18 décembre 1979 condamnant toute discrimination à l'égard des femmes, ratifiée par la France en 1983).

L'OIT use également de Déclarations afin de réaffirmer certains principes et valeurs. Peuvent ainsi être citées : la Déclaration sur l'égalité des chances et de traitement pour les travailleuses de 1975 et la Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail de 1998.

<sup>2195</sup> L'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1951 ratifiée par la France en 1974 interdit toute discrimination. La Charte sociale européenne de 1961, révisée en 1996, contient un principe de non-discrimination. La jurisprudence nationale est réticente à lui reconnaître un effet direct, du moins horizontal.

<sup>2196</sup> Tant dans le droit primaire (la 2<sup>ème</sup> partie du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne traite de la lutte contre les discriminations) que dérivé (de nombreuses directives traitent de l'égalité et la non-discrimination. Pour une liste des directives concernées cf. M.-Th. LANQUETIN, Rep. dr. trav. Dalloz, V°Discrimination, n°6, janvier 2015).

Il faut encore citer la Charte des droits fondamentaux du 7 décembre 2000 reconnue par le traité de Lisbonne de 2007 (entrée en vigueur en 2009).

<sup>2197</sup> Doit également être citée, même si elle n'a qu'une portée symbolique, la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 : « Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits » (art. 1).

1946 que l'on trouve l'affirmation que « *nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances* ». La lutte contre les discriminations a d'abord été synonyme de lutte contre le racisme<sup>2198</sup> avant d'être étendue aux discriminations fondées sur le sexe et la situation de famille<sup>2199</sup>, puis sur les moeurs<sup>2200</sup> et enfin sur l'état de santé et le handicap<sup>2201</sup>. Elle intéresse tant le droit pénal<sup>2202</sup> que le droit du travail. Plusieurs articles du Code du travail prohibent ainsi la discrimination, qu'elle soit syndicale<sup>2203</sup> ou fondée sur le sexe, la situation de famille ou la grossesse<sup>2204</sup>. De façon générale, la loi du 4 août 1982<sup>2205</sup> a fait entrer dans le Code du travail l'interdiction des discriminations en matière de licenciement et de sanctions disciplinaires<sup>2206</sup>. L'élargissement du contenu de cet article a été alors remarquable, étendu au recrutement<sup>2207</sup>, à l'accès à un stage ou une période de formation, à la rémunération, la formation, le reclassement, l'affectation, la qualification, la classification, la promotion professionnelle, la mutation ou le renouvellement de contrat<sup>2208</sup>. Les motifs discriminatoires ont également été élargis. Désormais l'ensemble de la relation de travail est protégé contre toute mesure discriminatoire, directe ou indirecte, de l'employeur. Sont donc nécessairement concernées les prérogatives unilatérales de celui-ci.

---

<sup>2198</sup> Décret-loi du 21 avril 1939, D. 1939, IV, p. 351, incriminant l'injure et la diffamation raciale par voie de presse : « *La poursuite pourra être exercée d'office par le ministère public, lorsque la diffamation ou l'injure, commise envers un groupe de personnes appartenant, par leur origine, à une race ou à une religion déterminée, aura eu pour but d'exciter à la haine entre les citoyens ou les habitants* ». – Loi du 1<sup>er</sup> juillet 1972 n°72-546 relative à la lutte contre le racisme.

<sup>2199</sup> Loi du 11 juillet 1975, n°75-625, modifiant et complétant le code du travail en ce qui concerne les règles particulières au travail des femmes [...]. – Loi du 13 juillet 1983 n°83-635 dite « loi Roudy », portant modification du Code du travail et du Code pénal en ce qui concerne l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes.

<sup>2200</sup> Loi du 25 juillet 1985 n°85-772.

<sup>2201</sup> Loi du 13 janvier 1989 n°89-18 et Loi du 12 juillet 1990 n°90-602.

<sup>2202</sup> La réforme du Code pénal (lois du 22 juillet 1992, n°92-683 à 686, entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 1994) a d'ailleurs permis de clarifier les dispositions relatives aux discriminations insérées aux articles L. 225-1 et s. du Code pénal). Cf. J. LASSERRE CAPDEVILLE., J.-Cl *pénal Code* art. 225-1 à 225-4, fasc. n°20, « Discriminations », 2015.

<sup>2203</sup> Articles L. 2141-5 et s. du Code du travail.

<sup>2204</sup> Articles L. 1142-1 et s. du Code du travail.

<sup>2205</sup> Loi du 4 août 1982, n°82-689, dite « loi Auroux », relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise.

<sup>2206</sup> Article L. 122-45 du Code du travail devenu L. 1132-1 et s.

<sup>2207</sup> Loi du 31 décembre 1992, n°92-1446, préc.

<sup>2208</sup> Loi du 16 novembre 2001, n°2001-1066, relative à la lutte contre les discriminations.

**585. Égalité, liberté et dignité.** Comprise comme une distinction arbitraire et illégitime, la discrimination présuppose l'égalité<sup>2209</sup>. Les deux principes n'empruntent cependant pas toujours la même voie<sup>2210</sup>. La Cour de cassation a pu considérer que les juges saisis de la question de la méconnaissance du principe « à travail égal, salaire égal » n'ont pas à se prononcer sur une éventuelle discrimination<sup>2211</sup>. Par ailleurs, la discrimination ne se réduit pas toujours à une rupture d'égalité<sup>2212</sup>. D'autres droits fondamentaux que celui d'égalité sont en œuvre. Le principe de non-discrimination peut être rattaché tant au principe de « dignité »<sup>2213</sup> (discriminations fondées sur l'origine, le handicap, le sexe par exemple) qu'à celui de liberté<sup>2214</sup> (discriminations fondées sur la religion, l'appartenance syndicale *etc.*). Le principe de non-discrimination, tout comme l'égalité, la dignité et la liberté de l'Homme, relève fondamentalement du domaine de l'être et non de l'avoir. Si des « droits à »<sup>2215</sup> découlent de ces principes, c'est qu'il faut d'abord reconnaître que les Hommes *sont* libres, égaux et dignes. C'est ainsi que le

<sup>2209</sup> D. LOCHAK, « Réflexion sur la notion de discrimination », *Dr. soc.* 1987, p. 778.

<sup>2210</sup> F. FAVENNEC-HÉRY, « Non-discrimination, égalité, diversité, la France au milieu du gué », *Dr. soc.* 2007, p. 3.

La confusion entre l'égalité et la non-discrimination a d'ailleurs pu être reprochée à la Cour de justice de l'Union européenne (A. JEAMMAUD, « Du principe d'égalité de traitement des salariés », *Dr. soc.* 2004, p. 694 ; D. MARTIN, « Égalité, égalité de traitement et discrimination en droit communautaire : 1+1+1= 3 ... ou 1 ? » *RJS*, 12/08, p. 947).

<sup>2211</sup> Cass. soc., 5 juillet 2005, *JCP S.* 2005, 1233, note J.-F. CESARO. Mais, selon la Cour, la référence erronée à la discrimination n'ouvre pas droit à cassation : Cass. soc., 18 juin 2008, n°07-40800.

<sup>2212</sup> « L'existence d'une discrimination n'implique pas nécessairement une comparaison avec la situation d'autres salariés » : Cass. soc., 10 novembre 2009, *Dr. soc.* 2010, p. 111, obs. Ch. RADÉ.

<sup>2213</sup> En ce sens O. de TISSOT, « Pour une analyse juridique du concept de « dignité » du salarié », *Dr. soc.* 1995, p. 972 ; P. ADAM, « La dignité du salarié, 2<sup>ème</sup> partie », *RDT* 2014, p. 244.

Particulièrement prégnant surtout au lendemain de la 2<sup>ème</sup> guerre mondiale. En témoigne notamment la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948. Le conseil Constitutionnel fait de la sauvegarde de la dignité de la personne humaine un principe constitutionnel (cf. Cons. const. Décision n°94-34344 DC du 27 juillet 1994 portant sur la loi relative au respect du corps humain (...), considérant n°18). La Cour européenne estime que le principe de dignité s'il ne figure pas tel quel dans la convention européenne y est néanmoins implicitement exprimé, notamment aux articles 2 et 3 relatifs à la protection de la vie et l'interdiction des traitements inhumains (cf. CEDH, 11 juillet 2002, « Goodwin c./ Royaume Uni », n°28957/95).

La dignité se présente comme « valeur-source » (D. ROMAN : « Le principe de dignité dans la doctrine de droit social », *in La dignité de la personne humaine, recherche sur un processus de juridicisation*, PUF, 2005, p. 70) d'où découlent de nombreux droits, notamment les droits sociaux.

Certains auteurs placent le principe de dignité de la personne au fondement de l'ensemble des droits de l'homme (et donc de la liberté). En ce sens : P.-H. IMBERT, « Droits des pauvres, pauvre(s) droit(s), Réflexion sur les droits économiques, sociaux et culturels », *Rev. dr. pub.* 1989, p. 740 ; E. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », art. préc.

Mais il est également possible de considérer que « dignité » et « liberté » sont placées à la même « hauteur ».

<sup>2214</sup> En ce sens P. ADAM, « la dignité du salarié, 2<sup>ème</sup> partie », art. préc.

<sup>2215</sup> Sur les « droits à... », en particulier le « droit à l'emploi », cf. *supra* n°569.

principe de non-discrimination se rattache au fondement de l'État de droit tel qu'il est conçu aujourd'hui ; il est une valeur fondamentale.

## 2. *Le régime du principe de non-discrimination*

**586. La sanction.** L'article L. 1132-1 du Code du travail énumère différents motifs discriminatoires<sup>2216</sup> sur lesquels l'employeur ne peut fonder une de ses décisions, en particulier un licenciement ou une mutation. Ainsi, la rupture du contrat de travail<sup>2217</sup>, ou de l'essai<sup>2218</sup>, la mutation<sup>2219</sup> d'un salarié en raison de l'un de ces motifs sont interdites. Il s'agirait, à tout le moins, d'un détournement de finalité du droit dans la mesure où un licenciement ou une mutation discriminatoire relève de l'intention de nuire<sup>2220</sup>. L'exercice de son droit par l'employeur est alors nécessairement illicite. Avant que le législateur n'intervienne, c'est d'ailleurs d'abord sur le fondement de l'abus de droit<sup>2221</sup> que fut condamné le licenciement à caractère discriminatoire. Depuis la loi du 4 août 1982<sup>2222</sup>, une telle illicéité est sanctionnée par la remise en cause *réelle* de l'acte, c'est-à-dire la nullité. Cette sanction, drastique, se justifie par l'atteinte portée à la dignité du salarié. La jurisprudence a cependant parfois attendu que les différents critères de discrimination soient expressément intégrés à l'article L. 1132-1 du Code du

<sup>2216</sup> Origine, sexe, mœurs, orientation ou identité sexuelle, âge, situation de famille, grossesse, caractéristiques génétiques, appartenance ou non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, opinions politiques, activités syndicales ou mutualistes, convictions religieuses, apparence physique, nom de famille, lieu de résidence, état de santé ou handicap.

<sup>2217</sup> Ex.: Cass. soc., 17 mars 1999, Dr. soc. 1999, p. 535, obs. M. GRÉVY. – Cass. soc., 21 décembre 2006, Bull. civ. 2006, V, n°412 (mise à la retraite d'un salarié ne bénéficiant pas d'une retraite à taux plein).

<sup>2218</sup> Cass. soc., 17 mars 1971, JCP G. 1971, II, 16780 (période d'essai rompue au motif que la salariée n'avait pas signalé lors de son embauche qu'elle était fiancée). – Cass. crim., 14 octobre 1986, Bull. crim., n°287 (le salarié avait « *donné satisfaction dans son travail mais étant donné sa nationalité, [il] n'a[vait] pas été adopté par le personnel* »). – Cass. soc., 16 février 2005, SSL, 7 mars 2005, n°1205, p. 10 (rupture de la période d'essai due à l'état de santé du salarié).

La loi prévoit expressément l'interdiction de prendre en considération l'état de grossesse d'une femme enceinte pour rompre le contrat pendant la période d'essai (article L. 1225-1 du Code du travail), précision utile dès lors qu'il a été jugé que le dispositif de protection de la femme enceinte n'était pas applicable à la période d'essai (Cass. soc., 2 février 1983, JCP G. 1994, II, 20176, note J.-F. MONTREDON et F.-J. PANSIER).

<sup>2219</sup> Ex.: Cass. crim., 25 mars 1980, Bull. crim., n°105 (mutations successives pour sanctionner l'appartenance syndicale du salarié). – Décision du Défenseur des droits MLD-2014-10 du 20 mars 2014 (mutation en raison de l'orientation sexuelle de la salariée).

<sup>2220</sup> Supra n°502.

<sup>2221</sup> Ex.: Licenciement pour « des raisons politiques et discriminatoires » : Cass. soc., 26 janvier 1966, Bull. civ. IV, p. 89. Pour d'autres exemples, cf. Y. PAGNERRE, *L'extinction unilatérale des engagements*, th. préc., n°844.

<sup>2222</sup> Loi du 4 août 1982, n°82-689, relative aux libertés du travailleur dans l'entreprise, JO, 6 août 1982, p. 2518. Codification à l'article L. 1132-4 du Code du travail (L. 122-45 ancien).

travail pour les sanctionner par la nullité. Du moins en a-t-il été ainsi du motif discriminatoire tiré de l'âge<sup>2223</sup>.

**587. La preuve.** C'est d'abord le droit de l'Union européenne qui instaura un système de preuve allégée au bénéfice du salarié<sup>2224</sup>. Dès lors que ce dernier établit des faits permettant de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, la charge de la preuve de l'absence de discrimination incombe à l'employeur. La Cour de cassation<sup>2225</sup> appliqua ce système de preuve au-delà des quelques textes de droit interne aménageant déjà la charge de la preuve<sup>2226</sup>. Enfin, la loi du 16 novembre 2001<sup>2227</sup> transposant la directive 2000/78 entérina définitivement cette jurisprudence. L'article L. 1134-1 du Code du travail dispose ainsi que le salarié s'estimant victime de discrimination « *présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte [...]. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles* »<sup>2228</sup>.

### B. Les tempéraments

**588. Limites directes et indirectes.** Le principe de non-discrimination connaît cependant certaines limites. La première consiste à admettre directement des différences de traitement (2). C'est notamment la voie empruntée par l'article L. 1133-1 du Code du

---

<sup>2223</sup> Sur la jurisprudence antérieure sanctionnant par l'absence de cause réelle et sérieuse le licenciement intervenu en raison de l'âge, cf. Cass. soc., 25 mars 1992, RJS 1992, n° 589.

<sup>2224</sup> CJCE, « Enderby », 27 octobre 1993, aff. C-127/92, Rec. CJCE, p. 3199. Directive n°97/80 du 15 décembre 1997, Rec. CJCE, p. 05535.

<sup>2225</sup> Cass. soc., 23 novembre 1999, Bull. civ. V, n°447 : « *Il appartient au salarié qui se prétend lésé par une mesure discriminatoire de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de caractériser une atteinte au principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes et il incombe à l'employeur, s'il conteste le caractère discriminatoire de cette mesure, d'établir que la disparité de situation ou la différence de rémunération constatée est justifiée par des critères objectifs, étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe* ». – Cass. soc., 28 mars 2000, Dr. soc. 2000, p. 589, note M.-T. LANQUETIN ; JCP E. 2001, p. 233, note Th. AUBERT-MONPEYSSSEN. – Cass. soc., 4 juillet 2000, Bull. civ. 2000, V, n°264. Adde M.-T. LANQUETIN, « Un tournant en matière de preuve de la discrimination », Dr. soc. 2000, p. 589.

<sup>2226</sup> Dans sa rédaction antérieure à la loi du 16 novembre 2001, l'ancien article L. 140-8 du Code du travail, devenu L. 3221-8, qui renvoie à l'article L. 1144-1, imposait à l'employeur, en cas de litige, de fournir au juge les éléments de nature à justifier l'inégalité de rémunération invoquée.

<sup>2227</sup> Loi n°2001-1066 relative à la lutte contre les discriminations, JO, 17 novembre 2001, n°267.

<sup>2228</sup> Ces règles de preuve ne sont pas applicables en matière pénale.

travail quand il admet que les différences de traitement sont possibles « *lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée* ». La deuxième s'intéresse aux conséquences du comportement du salarié initialement à l'abri du pouvoir de l'employeur, sur la marche de l'entreprise : c'est le licenciement pour trouble objectif (1).

### 1. Atteinte indirecte : le trouble objectif dans l'entreprise

**589. L'origine du licenciement pour trouble objectif.** Le licenciement pour trouble objectif est né de la recherche de conciliation entre l'intérêt de l'entreprise et la vie personnelle du salarié. Dans des hypothèses où des faits de la vie personnelle du salarié affectaient le bon fonctionnement de l'entreprise<sup>2229</sup>, les juges ont pu admettre que le licenciement puisse être fondé sur une cause réelle et sérieuse « *compte tenu de la nature [des] fonctions [du salarié] et de la finalité propre de l'entreprise* »<sup>2230</sup>. Un tel licenciement n'est pas directement fondé sur le fait de la vie personnelle en cause mais sur les conséquences du comportement du salarié. Autrement dit, la Cour de cassation s'efforce d'écarter le grief de discrimination. Il ne s'agirait pas de licencier ou de muter le salarié pour un motif discriminatoire ou pour avoir exercé une liberté ou un droit fondamental mais parce que cet exercice aurait entraîné un trouble objectif au vu de la nature des fonctions du salarié et de la finalité de l'entreprise. Transparaît ici l'exigence d'un trouble objectif *légitime*.

Or, certains faits relevant de la vie personnelle et se heurtant à l'intérêt de l'entreprise peuvent relever d'un motif « rattachable » à une discrimination – telle la maladie (a) – ou à une liberté ou un droit fondamental, « envers » d'un motif discriminatoire<sup>2231</sup> (b). La question se pose alors de l'application du licenciement pour trouble objectif à ces situations.

---

<sup>2229</sup> J.-Y. FROUIN, « Protection de la personne du salarié, intérêt de l'entreprise et construction prétorienne du droit du travail », JCP S. 2010, 1087 ; Ph. WAQUET, « Le « trouble objectif dans l'entreprise » : une notion à redéfinir », RDT 2006, p. 304 ; P.-H. ANTONMATTEI, « Le licenciement pour trouble objectif », Dr. soc. 2012, p. 10.

<sup>2230</sup> Cass. soc., 17 avril 1991, Bull. civ. V, n°201. – Cass. soc., 4 mai 1995, n°93-44160. – Cass. soc., 28 juin 1995, n°93-46424. – Cass. soc., 19 novembre 1999, n°91-45579. – Cass. soc., 16 mars 2004, n°01-45062.

<sup>2231</sup> S'il est vrai que toute atteinte à une liberté fondamentale n'est pas une discrimination, « *la prohibition des discriminations a parfois pour objet la protection des libertés individuelles* » : cf Avis J.-C. MARIN sous Cass. Ass. plén., 16 juin 2014, [en ligne] [https://www.courdecassation.fr/IMG/Avis\\_PG\\_pleniere\\_140625ano.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG/Avis_PG_pleniere_140625ano.pdf)

*a. La maladie*

**590. Les conditions de l'extension du licenciement pour trouble objectif à la maladie.** Dès 1998<sup>2232</sup>, la jurisprudence a étendu le concept de licenciement pour trouble objectif aux hypothèses d'absences répétées ou prolongées du salarié du fait de la maladie. Le raisonnement consiste à considérer que ce n'est pas l'état de santé lui-même qui fonde le licenciement, mais les perturbations qui en résultent pour l'entreprise. Néanmoins seules les perturbations entraînant la « *nécessité pour l'employeur de procéder [au] remplacement définitif [du salarié absent] par l'engagement d'un autre salarié* »<sup>2233</sup> permettent, selon la Cour de cassation, le prononcé du licenciement pour trouble objectif. Autrement dit, le remplacement doit être pérenne<sup>2234</sup> et ne peut consister à recourir à une entreprise de prestation de services<sup>2235</sup>. Si une solution temporaire, provisoire de remplacement suffit, le trouble objectif n'est pas caractérisé<sup>2236</sup>. Le licenciement sera sans cause réelle et sérieuse. La question de la nullité du licenciement aurait néanmoins pu se poser<sup>2237</sup>.

*b. Les libertés fondamentales, envers d'un motif discriminatoire*

**591. Le cas des entreprises de tendance.** Les entreprises dites de « tendance »<sup>2238</sup> sont caractérisées par une idéologie, une morale, une religion ou une philosophie

*Adde* A. LYON-CAEN, « Libertés et contrôle dans l'entreprise, 20 ans après », RDT 2014, p. 386 : « *Les discriminations, telles qu'elles sont identifiées en droit français, ne sont souvent qu'une autre manière de parler des libertés et de leur fragilité* ».

<sup>2232</sup> Cass. soc., 16 juillet 1998 ; Dr. soc. 1998, p. 950, note A. MAZEAUD.

<sup>2233</sup> Cass. soc., 16 juillet 1998, préc. – Cass. soc., 13 mars 2001, D. 2001, p. 2339, note H. KOBINA GABA ; Dr. soc. 2001, p. 558, obs. J.-Y. FROUIN. *Adde* Cass. soc., 21 septembre 2005, Bull. civ. V, n°264.

<sup>2234</sup> Ce qui se traduira le plus souvent par une embauche en contrat à durée indéterminée, mais une mutation interne à l'entreprise ou au groupe est également envisageable.

<sup>2235</sup> Cass. Ass. plén., 22 avril 2011, RDT 2011, p. 372, obs. B. LARDY-PÉLISSIER ; JCP G. 2011, 723, note F. DUMONT. *Adde* Cass. soc., 21 septembre 2005, Bull. civ. V, n°264. Les cours d'appel avaient « résisté ». (CA Paris, 8 novembre 2005 et CA Paris, 29 janvier 2009 statuant sur renvoi après cassation. Les cours avaient admis que le remplacement « définitif » du salarié pouvait se faire par le recours à une entreprise de prestation de services. Cassation par l'Assemblée plénière).

<sup>2236</sup> P.-H. d'ORNANO, « Le sort du contrat de travail d'un salarié victime d'une maladie ou d'un accident non professionnel », JCP S. 2006, 1254.

<sup>2237</sup> *Infra* n°633.

<sup>2238</sup> Cass. Ass. plén., 19 mai, 1978, D. 1978, p. 541, note Ph. ARDANT ; JCP 1978, II, 19009, note R. LINDON. Licenciement justifié d'une institutrice enseignant dans un établissement privé catholique. (Rappr. CEDH, 23 septembre 2010, « Obst c./Allemagne » : licenciement justifié d'un membre de l'Eglise mormone « *en raison de la gravité de l'adultère aux yeux de l'Eglise mormone et de la position importante que le requérant y occupait et qui le soumettait à des obligations de loyauté accrues* ». – Cass. soc., 17 avril 1991, Bull. civ. V, n°201 (arrêt « Painsecq ») : licenciement d'un sacristain

indissociable de leur objet<sup>2239</sup>. Cette idéologie, morale, religion... intègre alors le champ contractuel. Dans ce cas, la question se pose d'un salarié qui ne respecterait pas, notamment dans sa vie privée, l'idéologie prônée. La Cour de cassation admet que dans ces conditions puisse être prononcé un licenciement pour trouble objectif à la condition que soit constatée une extériorisation des actes et faits du salarié<sup>2240</sup>. Ainsi, une certaine « publicité » est nécessaire<sup>2241</sup>. Mais ne sont concernés que des droits et libertés fondamentaux entrant dans le champ de l'idéologie, la morale, *etc.* prêchée. Il s'agit par exemple d'hypothèses où, tout en exerçant sa liberté de religion, d'opinion, d'expression, le salarié va à l'encontre des valeurs à l'œuvre au sein de l'entreprise considérée. En revanche, au-delà, le principe de non-discrimination retrouve son emprise. Ainsi, certains traits identitaires de la personne ne peuvent – quel que soit le trouble effectivement constaté – permettre de justifier un licenciement, et ce, même au sein d'une entreprise de tendance. (Il en est ainsi par exemple de l'origine ou de l'appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race). Le trouble constaté au sein d'une entreprise n'est donc pas toujours *légitime*<sup>2242</sup>. La réaction du personnel et/ou de la clientèle ne peuvent pas toujours suffire à caractériser un trouble légitime.

**592. *Le cas des entreprises ordinaires.*** Le licenciement pour trouble objectif peut-il jouer dans des entreprises n'étant pas qualifiée d'entreprise de tendance ? Les dérives sont à craindre. Que penser d'une entreprise amenée à s'adresser à un public varié et qu'elle ne voudrait pas heurter<sup>2243</sup> ? On pressent ici qu'un trouble objectif ne serait

homosexuel. Cassation de l'arrêt de la Cour d'appel s'étant bornée « à mettre en cause les mœurs du salarié sans avoir constaté d'agissements de ce dernier ayant créé un trouble caractérisé au sein de l'association ».

<sup>2239</sup> Cf. not., Ph. WAQUET, « Loyauté du salarié dans les entreprises de tendance », *Gaz. Pal.*, 1996, p. 1427.

<sup>2240</sup> Cass. soc., 17 avril 1991, « Painsecq », *Bull. civ. V*, n°201, préc.

<sup>2241</sup> Cf. CEDH, 12 juin 2014, « Fernandez Martinez c./ Espagne » n°56030/07.

Rappr. égal. Cass. soc., 12 mars 1991, *Bull. civ. V*, n°120 : licenciement d'un salarié poursuivi (injustement au demeurant) pour des infractions commises à la législation sur les sociétés. En l'espèce nul droit ou liberté fondamental en cause mais c'est la publicité donnée à l'affaire qui avait permis de caractériser le trouble dans l'entreprise.

<sup>2242</sup> C. WOLMARK, « Convient-il d'interdire le port de signes religieux dans l'entreprise ? L'entreprise n'est pas un établissement scolaire », *RDT* 2009, p. 485 ; Ch. MATHIEU, « Le respect de la liberté religieuse dans l'entreprise », *RDT* 2012, p. 17.

<sup>2243</sup> Ce que certaines juridictions ont pu admettre sur le terrain de l'article L. 1121-1 du Code du travail : CA Paris, 16 mars 2001, n°99/31342: licenciement d'une vendeuse de légumes ayant contrevenu à l'interdiction du voile, celle-ci étant justifiée « par la nature de la tâche à accomplir par une vendeuse

légitime que dans un cadre particulier. On songe à la saga « Baby-Loup », du nom de la crèche ayant donné lieu à plusieurs jugements et arrêts<sup>2244</sup> et à de nombreux commentaires doctrinaux<sup>2245</sup>, relative au licenciement d'une salariée pour port du voile islamique<sup>2246</sup> au sein d'une crèche privée dont le règlement intérieur prohibait le port de signes religieux. On le sait, l'affaire s'est résolue sur le terrain de l'article L. 1121-1 du Code du travail c'est-à-dire sur celui des restrictions *justifiées et proportionnées* à l'exercice des droits et libertés fondamentaux du salarié<sup>2247</sup>. Mais la question du recours au licenciement pour trouble objectif pouvait se poser<sup>2248</sup>.

La voie de l'entreprise de tendance ou de « conviction »<sup>2249</sup> laïque ayant été écartée par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation<sup>2250</sup>, la finalité éducative poursuivie par

*nécessairement au contact des clients au sein du centre commercial de « La Défense » dont la conception, destinée à un large public dont les convictions sont variées, impose en conséquence à ceux qui y travaillent la neutralité, ou, à défaut, la discrétion dans l'expression des options personnelles ».*

V. Cependant, Délib. HALDE, 6 avril 2009, n°2009-117. – Délib. HALDE, 28 mars 2011, n°2011-67 : « le simple contact avec la clientèle ne suffit pas à justifier l'interdiction du port d'un signe religieux ». *Adde* L. CHICHEPORTICHE et B. KANTOROWICZ, « Liberté religieuse et intérêt de l'entreprise », JCP S. 2013, 1299.

Le port du voile ne peut être confondu avec la « liberté de se vêtir » qui n'est pas, selon la Cour de cassation, une liberté fondamentale (cf. Cass. soc., 6 novembre 2001, Dr. soc. 2002, p. 110, obs. J. SAVATIER. – Cass. soc., 28 mai 2003, Dr. soc. 2003, p. 809, note Ph. WAQUET ; D. 2004, p. 176, obs. A. POUSSON).

<sup>2244</sup> CPH Mantes-la-Jolie, 13 décembre 2010. – CA Versailles, 27 octobre 2011. – Cass. soc., 19 mars 2013, Bull. civ. V, n°75. – CA Paris, 27 novembre 2013, n°13/02981. – Cass. Ass. plén., 25 juin 2014 Bull. Ass. plén., n°1.

<sup>2245</sup> Cf. not. (pour le seul arrêt d'assemblée plénière) : P. ADAM, note sous Cass. Ass. plén., 25 juin 2014, RDT 2014, p. 607 ; C. WOLMARK, note sous même arrêt, Dr. ouvr. 2014, p. 797, J. MOULY, note sous même arrêt, Dr. soc. 2014, p. 811 ; I. DESBARATS, note sous même arrêt, JCP E. 2014, 1445 ; D. CORRIGNAN-CARSIN, note sous même arrêt, JCP G. 2014, 903. *Adde* le dossier *Communautarisme et fait religieux dans les relations de travail*, Dr. soc. 2015, p. 660 et s.

<sup>2246</sup> Le port de signes religieux étant considéré comme l'expression de la liberté de religion (Délib. HALDE, 6 avril 2009, n°2009-117. – CEDH, 25 mai 1993, « Kokkinakis c./ Grèce », n°14307/88, AJDA 1994, p. 16, chron. J.-F. FLAUSS ; RFDA 1995, p. 573, note H. SURREL : la liberté de religion implique la liberté de manifester sa religion. – CEDH, 15 janvier 2013, « Edeiwa et autres c./ Royaume Uni », n°48420/10, D. 2013, p. 1026, obs. P. LOKIEC et J. PORTA ; Dr. soc. 2013, p. 388, étude E. DOCKÈS : La liberté de manifester sa religion vaut « y compris sur le lieu de travail ».

<sup>2247</sup> Cass. Ass. plén., Bull. civ. Ass. plén., préc.

<sup>2248</sup> En ce sens : P.-H. ANTONMATTEI, « À propos de la liberté religieuse dans l'entreprise », RDT 2014, p. 391.

<sup>2249</sup> La Cour européenne des droits de l'homme consacre ce concept d'entreprise de conviction, qu'elle soit religieuse (ex. : CEDH, 23 septembre 2010 « Schüth c./Allemagne », n°1620/03, D. 2011, p. 1637, chron. J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY ; D. 2012, p. 901, obs. P. LOKIEC et J. PORTA) ou laïque (CEDH, 18 mars 2011, « Lautsi et autres c./Italie », n°30814/06, D. 2011, p. 949, obs. O. BACHELET ; RDT civ. 2011, p. 303, obs. J.-P. MAGUÉNAUD).

<sup>2250</sup> Dans l'affaire Baby-Loup, la question s'était posée de savoir si la crèche dont le règlement intérieur prévoyait une obligation de neutralité religieuse pouvait être considérée comme une entreprise de tendance, ou, plus précisément de « conviction ». La Cour d'appel de renvoi de Paris avait cru pouvoir répondre par l'affirmative. L'assemblée plénière l'a refusé : « *Sont erronés, mais surabondants, les motifs de l'arrêt qualifiant [l'association] d'entreprise de conviction, dès lors que cette association*

l'entreprise en charge de la petite enfance et les fonctions de la salariée (éducatrice de jeunes enfants exerçant les fonctions de directrice adjointe) auraient-elles pu suffire à légitimer le trouble constaté dans l'entreprise ? Dans l'affirmative, n'aurait-il pas alors fallu conclure que toutes les entreprises répondant à cette finalité pouvaient être soumises à l'interdiction du port du voile ? Mais on le sait, la Cour de cassation refuse d'étendre le principe de laïcité propre au « service public », et partant de neutralité confessionnelle, à de telles entreprises<sup>2251</sup>. Pour autant, l'Association Baby-Loup poursuivait une finalité particulière. En effet, outre la mission dévolue à la petite enfance, son objectif était la réinsertion axée sur une neutralité politique et confessionnelle. Dans ces conditions, le recours au licenciement pour trouble objectif aurait peut-être pu être admis. Mais une telle solution paraît rapprocher *de facto* l'entreprise de ce que serait une entreprise dite de « tendance laïque »<sup>2252</sup>... L'impasse semble

---

*avait pour objet, non de promouvoir et de défendre des convictions religieuses, politiques ou philosophiques, mais, aux termes de ses statuts, « de développer une action orientée vers la petite enfance en milieu défavorisé et d'œuvrer pour l'insertion sociale et professionnelle des femmes [...] sans distinction d'opinion politique et confessionnelle ».*

Les auteurs sont partagés. Pour des auteurs critiques envers la crèche « entreprise de conviction » : J. MOULY, obs. sous Cass. soc., 19 mars 2013, D. 2013, p. 963 ; Th. LAMARCHE et S. MOUTON, obs. sous Cass. Ass. plén., 25 juin 2014, Constitutions 2014, p. 211 ; P. ADAM, obs. sous Cass. Ass. plén., 25 juin 2014, RDT 2014, p. 607.

*Contra* F. GAUDU, « La religion dans l'entreprise », Dr. soc. 2010, p. 65 ; et « L'entreprise de tendance laïque », Dr. soc. 2011, p. 1186 ; J. COLONNA et V. RENAUX-PERSONNIC, obs. sous CA Paris, 27 novembre 2013, Gaz. Pal., 7 janvier 2014, n°7, p. 22 ; P. DELVOLVÉ, obs. sous même arrêt, RFDA 2014, p. 954.

Mais si en France les auteurs sont plutôt réticents au concept d'entreprise de conviction laïque, c'est que la « laïcité à la française » renvoie à la neutralité laquelle est davantage une « absence de tendance qu'une tendance ». (J.-G. HUGLO, « Le juge ne tranche pas les questions de société » (entretien), SSL, 25 mars 2013, n°1577, p. 7).

<sup>2251</sup> « Le principe de laïcité instauré par l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution n'est pas applicable aux salariés des employeurs de droit privé qui ne gèrent pas un service public ». Il est vrai que les agents de l'école publique sont quant à eux tenus à la neutralité confessionnelle. Rappr. Haut Conseil à l'intégration, Avis du 1<sup>er</sup> septembre 2011 : « Les personnels des établissements privés associatifs ou d'entreprises qui prennent en charge des enfants, sur un mode collectif, dans des crèches ou haltes-garderies ou pour les enfants en situation de handicap, dans des établissements spécialisés du secteur privé – hors les structures présentant un caractère propre d'inspiration confessionnelle – se doivent d'appliquer les règles de neutralité et d'impartialité ».

<sup>2252</sup> Termes empruntés à F. GAUDU, « L'entreprise de tendance laïque », Dr. soc. 2011, p. 1186.

Cela étant, c'est considérer que la neutralité prônée était bien une finalité de l'entreprise et pas seulement un moyen. Or la question se posait justement. Mais s'il ne s'agit que d'un moyen (en ce sens J.-Cl. MARIN, avis sous Cass. Ass. plén., 16 juin 2014, préc. ; P. ADAM, note sous Cass. Ass. plén., 25 juin 2014, RDT 2014, p. 607), ni l'entreprise de « conviction », ni le trouble objectif ne peuvent aboutir.

Comp. F. ROME « Baby Loup dans la bergerie », édito D. 2013, p. 761 : « En somme, Baby Loup, au nom de la vulnérabilité et de la liberté des enfants, affiche ostensiblement sa tendance laïque et anticommunautariste, ce qui aurait légitimement pu infléchir l'opinion de la Cour. Enfin et surtout, la crèche Baby Loup était le fruit d'un projet conçu par des femmes habitant dans des quartiers défavorisés d'une banlieue sensible, qui l'avaient créée pour que les enfants de familles en difficulté soient accueillis vingt-quatre heures sur vingt-quatre. Dans cette crèche pas comme les autres, militante et

inévitables. Cette voie aurait pourtant permis un licenciement non disciplinaire<sup>2253</sup>, contrairement au licenciement justifié dans le cadre de l'atteinte (autorisée) aux droits et libertés du salarié<sup>2254</sup>.

## 2. Dérogations directes : les différences de traitement autorisées

**593. L'article L. 1133-1 du Code du travail.** La loi du 27 mai 2008<sup>2255</sup> a institué l'article L. 1133-1 du Code du travail permettant des différences de traitement « *lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée* ». Des applications particulières en ce qui concerne l'âge<sup>2256</sup>, l'état de santé<sup>2257</sup> et le sexe<sup>2258</sup> ont été prévues. La loi prenant alors soin de préciser que dans ces hypothèses, il n'y a pas de discrimination. En réalité la mesure qui s'inscrit dans le champ de l'article L. 1133-1 du Code du travail sera bel et bien discriminatoire ; l'employeur n'aura pas à démontrer l'existence d'éléments objectifs exclusifs de toute considération discriminatoire justifiant sa décision. Il devra en revanche établir que sa décision répond à une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif à atteindre soit légitime et l'exigence proportionnée<sup>2259</sup>. La question se pose de savoir dans quelle mesure de telles exceptions peuvent trouver à s'appliquer lorsqu'est en cause un droit potestatif de l'employeur.

**594. L'âge<sup>2260</sup>.** Inscrit tardivement en droit positif en tant que critère discriminatoire<sup>2261</sup>, le critère de l'âge est ambigu. Il permet à la fois d'exiger l'égalité de

---

*féministe, le port du voile islamique, symbole de l'inégalité des sexes et de la soumission de la femme, était naturellement inconcevable* ».

<sup>2253</sup> Même si la Cour de cassation a pu un instant hésiter : Cf. Cass. ch. mixte, 18 mai 2007, Bull. ch. mixte, n°3.

<sup>2254</sup> Infra n°622.

<sup>2255</sup> Loi n°2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

<sup>2256</sup> Article L. 1133-2 du Code du travail.

<sup>2257</sup> Articles L. 1133-3 et L. 1133-4 du Code du travail.

<sup>2258</sup> Article L. 1142-2 du Code du travail : « *Lorsque l'appartenance à l'un ou l'autre sexe répond à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée, les interdictions prévues à l'article L. 1142-1 ne sont pas applicables* ».

<sup>2259</sup> S. BRISSY, « Discriminations », J.-Cl. *Travail traité*, fasc. n°17-11, n°52 et s., octobre 2015.

<sup>2260</sup> M. HOUSER, « La spécificité du principe de non-discrimination en raison de l'âge », RFDA 2010, p. 323 ; J.-Ph. LHERNOULD, « Le chantier des discriminations en raison de l'âge », RJS 7/07, p. 595 ;

tous quel que soit l'âge et – son contraire – de fonder des différences de traitement. Les difficultés du marché de l'emploi<sup>2262</sup>, en particulier pour les jeunes et les seniors, autorisent des actions positives, voire négatives, la finalité recherchée étant alors économique<sup>2263</sup>. La directive 2000/78 du 27 novembre 2000<sup>2264</sup> transposée notamment à l'article L. 1133-2 du Code du travail permet ainsi des différences de traitement fondées sur l'âge à la double condition de poursuivre un but légitime et d'user de moyens nécessaires et appropriés<sup>2265</sup>. Ainsi, l'âge ne peut être un motif de licenciement<sup>2266</sup> mais permet à l'employeur de mettre à la retraite un salarié<sup>2267</sup>, du moins lorsque ce dernier a atteint l'âge de soixante-dix ans.

M. MERCAT-BRUNS, « La discrimination fondée sur l'âge : un exemple d'une nouvelle génération de critères discriminatoires ? », RDT 2007, p. 360.

<sup>2261</sup> En droit de l'Union européenne, il s'agit de la directive 2000/78 du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. (JO, 02/12/2000, p. 16). La Cour de justice de l'Union européenne reconnaît l'existence d'un « principe général du droit de l'Union » (CJCE, 22 novembre 2005 « Mangold » aff. C-144/04, D. 2006, p. 557, note O. LECLERC. – CJUE, 19 janvier 2010, « Küçükdeveci », aff. C-555/07, RDT 2010, p. 237, obs. M. SCHMITT), ce qui permet de l'appliquer directement en droit interne dès lors que la réglementation en cause se situe dans le champ d'application de l'Union européenne (cf. J. CAVALLINI, « Délai de préavis de licenciement et principe général de non-discrimination en fonction de l'âge », JCP S. 2010, p. 1082 ; S. LAULOM, « L'interdiction des discriminations fondées sur l'âge », SSL, 26 avril 2011, n°1489, suppl.).

En droit interne, c'est la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations qui a permis d'insérer l'âge dans les critères de discrimination prévus à l'article L. 1132-1 du Code du travail.

<sup>2262</sup> Y. LEROY, Rep. Dr. du trav. Dalloz, V° Âge du salarié, spéc. n°19, juin 2013.

<sup>2263</sup> M. HOUSER, « La spécificité du principe de non-discrimination... », art. préc.

<sup>2264</sup> La directive 2000/78 du 27 novembre 2000 précise en son article 6 que les États membres peuvent « prévoir que des différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires ».

<sup>2265</sup> Article L. 1133-2 du Code du travail : « Les différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées par un but légitime, notamment par le souci de préserver la santé ou la sécurité des travailleurs, de favoriser leur insertion professionnelle, d'assurer leur emploi, leur reclassement ou leur indemnisation en cas de perte d'emploi, et lorsque les moyens de réaliser ce but sont nécessaires et appropriés ».

Rappr. à propos de régimes dérogatoires prévoyant une mise à la retraite à soixante ans. La Cour de cassation estime que les juges du fond doivent à la fois contrôler la légitimité du but poursuivi et la nécessité de la mesure prévue (en l'occurrence la rupture du contrat à soixante ans) à la réalisation de cet objectif : Cass. soc. 11 mai 2010, RDT 2010, p. 587, obs. M. MERCAT-BRUNS.

<sup>2266</sup> Cass. soc., 21 décembre 2006, Dr. soc. 2007, p. 243, obs. P. CHAUMETTE ; RDT 2007, p. 360. Il peut s'agir de « mise à la retraite » ne répondant pas aux conditions légales. Dans ce cas, la rupture est analysée comme un licenciement fondé sur l'âge, donc discriminatoire et, partant, dépourvu de cause réelle et sérieuse, voire nul.

<sup>2267</sup> Article L. 1237-5 du Code du travail.

Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs eu l'occasion de confirmer la validité de cette disposition à la constitution : « En fixant une règle générale selon laquelle, en principe, l'employeur peut mettre à la

**595. La religion.** L'article L. 1133-1 du Code du travail a, *a priori*, vocation à pouvoir s'appliquer à l'ensemble des motifs discriminatoires. La liberté de religion pourrait ainsi fonder une différence de traitement dans la mesure où elle constituerait une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée. Il en est sans doute ainsi dans les entreprises de tendance<sup>2268</sup>. Mais, quant à imposer au sein d'une entreprise une neutralité confessionnelle des salariés, il paraît difficile d'y parvenir sans recourir au concept « d'entreprise de tendance laïque »<sup>2269</sup> dont la neutralité serait justement la finalité poursuivie<sup>2270</sup>. Une telle hypothèse est envisageable. Il est possible d'imaginer une association, un parti politique, un organe de presse, *etc.* accédant au statut d'entreprise de « conviction » en prônant explicitement la « laïcité »<sup>2271</sup>. En revanche, dans les entreprises « ordinaires », il paraît plus difficile de pouvoir justifier une différence de traitement fondée sur la religion. Néanmoins, confrontée à la question de savoir si les exigences du client de l'entreprise s'opposant à ce que la prestation de travail soit assurée par une salariée portant le foulard islamique pouvait constituer une « exigence professionnelle essentielle et déterminante », la Cour de cassation a préféré s'adresser à titre préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne<sup>2272</sup>, laquelle n'a

---

*retraite tout salarié ayant atteint l'âge ouvrant droit au bénéfice d'une pension de retraite à taux plein, le législateur n'a fait qu'exercer la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution pour mettre en œuvre le droit pour chacun d'obtenir un emploi tout en permettant l'exercice de ce droit par le plus grand nombre. »*

<sup>2268</sup> L. CHICHEPORTICHE et B. KANTOROWICZ, « Liberté religieuse et intérêt de l'entreprise », JCP S. 2013, 1299.

<sup>2269</sup> Cf. par ex. les statuts de la Fédération nationale de la Libre Pensée (cités par G. CALVÈS, « Devoir de réserve imposé aux salariés de la crèche Baby-Loup, quelle lecture européenne du problème ? », RDT 2014, p. 94) : « *La Libre Pensée se réclame de la raison et de la science. Elle n'est pas un parti [...]. Elle n'est pas une Eglise ; elle n'apporte aucun dogme. Elle vise à développer chez tous les hommes, l'esprit de libre examen et de tolérance. Elle regarde les religions comme les pires obstacles à l'émancipation de la pensée ; elle les juge erronées dans leurs principes et néfastes dans leur action. Elle leur reproche de diviser les hommes et de les détourner de leurs buts terrestres en développant dans leur esprit la superstition et la peur de l'au-delà, de dégénérer en cléricisme, fanatisme, impérialisme et mercantilisme, d'aider les puissances de réaction à maintenir les masses dans l'ignorance et la servitude [...]* ».

<sup>2270</sup> Dans l'affaire « Baby-Loup », la chambre sociale de la Cour de cassation avait précisément mêlé l'article L. 1133-1 du Code du travail et l'article L. 1121-1 du même Code cumulant ainsi les conditions de justification et de proportionnalité. Refusant cette voie, l'Assemblée plénière ne pouvait plus traiter l'interdiction du voile que comme une restriction à la liberté de religion, restriction soumise selon l'article L. 1121-1 du Code du travail à des exigences de justification et de proportionnalité.

<sup>2271</sup> Ch. WILLMANN, note sous Cass. soc., 9 avril 2015, Lexbase hebdo, éd. soc., 23 avril 2015, n°610.

<sup>2272</sup> Cass. soc., 9 avril 2015, JCP S. 2015, 1224, note B. BOSSU ; RDT 2015, p. 405, note M. MINÉ ; D. 2015, p. 1132, note J. MOULY ; Lexbase hebdo, éd. soc., 23 avril 2015, n°610, note Ch. WILLMANN.

pas encore rendu sa décision. On peut cependant douter que les exigences de la clientèle de l'entreprise puissent constituer une telle « exigence » au sens de l'article L. 1133-1 du Code du travail.

## II. La vie personnelle et familiale du salarié

**596. La « vie familiale ».** Le droit à la vie familiale est protégé par plusieurs textes placés au sommet de la hiérarchie des normes. L'article 8§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme<sup>2273</sup> en particulier est au cœur de la protection du droit à la vie familiale<sup>2274</sup>. En témoignent les décisions du Conseil d'État qui, après avoir consacré le « droit à une vie familiale normale » au titre de principe général du droit<sup>2275</sup>, n'hésite plus à viser la Convention européenne<sup>2276</sup>. Pour sa part, le Conseil constitutionnel a mobilisé l'alinéa 10 du Préambule de la Constitution de 1946: « *La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement* » pour en consacrer la valeur constitutionnelle<sup>2277</sup>.

Les différents travaux doctrinaux consacrés à la vie familiale soulignent l'évolution de ce concept<sup>2278</sup>. Apparue dans le contexte du regroupement familial des étrangers<sup>2279</sup>, la « vie familiale » s'est peu à peu détachée de la famille traditionnelle fondée sur le mariage. La jurisprudence européenne est à ce titre particulièrement significative<sup>2280</sup>. Originellement, la « vie familiale » a été conçue comme une sphère à l'abri de l'immixtion de tiers ou de la

---

<sup>2273</sup> « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et sa correspondance ».

<sup>2274</sup> E. MILLARD, « La protection du droit à la vie familiale : dialectiques jurisprudentielles autour de l'article 8 de la CEDH », LPA, 7 août 1996, n°95, p. 13.

<sup>2275</sup> CE, ass., 8 décembre 1978, « GISTI, CFDT et CGT », Dr. soc. 1979, p. 57 concl. Ph. DONDOUX ; D. 1979, p. 661, note L. HAMON.

<sup>2276</sup> CE, ass. 19 avril 1991, « Hamid Belgacem et Dame Babas », n°107470. La Cour européenne elle-même considère que toute norme incompatible avec une vie familiale normale est une violation du droit au respect de la vie privée : CEDH, 13 juin 1979, « Marckx c./ Belgique » n°6833/74. – CEDH, 26 mars 1985, « X et Y c./Pays-Bas », n°8978/80.

<sup>2277</sup> Cons. const., 13 août 1993, n°93-325 DC, RFDC 1995, p. 583, note L. FAVOREU.

<sup>2278</sup> Cf. not. *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2002, sous la direction de F. SUDRE ; *Le droit à une vie familiale*, Dalloz, 2007, sous la direction de J.-J. LEMOULAND et M. LUBY.

<sup>2279</sup> H. LABAYLE, « La diversité des sources du droit à une vie familiale », in *Le droit à une vie familiale*, Dalloz, 2007, p. 1 et s.

<sup>2280</sup> CEDH, 2 novembre 2010, « Serife Yigit c./ Turquie », req. n° 3976/05. Cf. égal. F. SUDRE, « Rapport introductif, La « construction » par le juge européen du droit au respect de la vie familiale », in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne...*, op. cit., p. 11 et s.

puissance publique<sup>2281</sup>. Elle est ensuite venue fonder certaines revendications. C'est ainsi qu'est né l'amorce d'un glissement du droit de « mener une vie familiale normale » au droit « à une vie familiale »<sup>2282</sup>. De la même manière, en ce qui concerne le salarié, se dessine le passage de la protection de sa vie familiale à sa promotion<sup>2283</sup>.

**597. La « vie personnelle ».** La chambre sociale de la Cour de cassation accole au terme de « vie familiale » celui de « personnelle ». Cette référence peut surprendre. Elle s'explique sans doute par la construction prétorienne consistant à garantir une sphère d'autonomie du salarié tant hors que dans l'entreprise<sup>2284</sup>. La notion de « vie privée », expressément protégée par des textes internationaux<sup>2285</sup>, européens<sup>2286</sup> et nationaux<sup>2287</sup> présentait le désavantage de ne pouvoir toujours intégrer dans une même notion, outre les événements relevant effectivement de la vie privée du salarié, des comportements publics mais étrangers à la subordination<sup>2288</sup>. La notion de « vie personnelle » le permet dès lors qu'elle renvoie à la part de la vie du salarié qui n'est pas soumise à l'autorité de l'employeur<sup>2289</sup>. Pour autant, la Cour de cassation n'abandonne pas tout recours à la notion de « vie privée »<sup>2290</sup>. Il faut sans doute alors réserver cette dernière terminologie à la seule sphère de l'intime tel par exemple le domicile ou le secret des correspondances<sup>2291</sup>.

---

<sup>2281</sup> Cf. en ce sens l'article 12 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 : « *Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes* ».

<sup>2282</sup> H. LABAYLE, « La diversité des sources du droit à une vie familiale », art. préc.

<sup>2283</sup> J.-P. LABORDE, « Le droit à une vie familiale pour le salarié », in *Le droit à une vie familiale, op. cit.* p. 49 et s.

<sup>2284</sup> Cass. soc., 16 décembre 1997, n°95-41326. La notion de « vie personnelle » est d'abord née dans le contentieux de la protection sociale. Il s'agissait alors de l'opposer à la vie « professionnelle » : Cass. soc., 17 mai 1982, n°80-16541. *Adde* B. DEZANDRE, *Vie privée et vie personnelle dans le droit des relations de travail*, mémoire, Paris II, 2012, n°9.

<sup>2285</sup> Article 12 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 repris dans l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966.

<sup>2286</sup> Article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

<sup>2287</sup> Article 9 du Code civil et article 226-1 du Code pénal.

<sup>2288</sup> Ainsi l'appartenance à un syndicat relève de la « vie personnelle ». Elle ne peut être assimilée à la vie privée : Cass. soc., 8 juillet 2009, Bull. civ. V, n°180.

<sup>2289</sup> Ph. WAQUET, « La vie personnelle du salarié », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice VERDIER*, Dalloz, 2001, p. 513.

<sup>2290</sup> Arrêt « Nikon » : Cass. soc., 2 octobre 2001, Bull. civ. V, n°291.

<sup>2291</sup> Cf. G. LOISEAU, « Focus sur la vie personnelle du salarié », D. 2009, p. 2393 ; B. DEZANDRE, *Vie privée et vie personnelle ...*, mémoire, préc.

**598. La place de la vie familiale et personnelle du salarié.** La question est celle de savoir dans quelle mesure le salarié peut invoquer sa vie personnelle et familiale afin de faire obstacle à l'exercice d'une prérogative unilatérale de son employeur.

La vie personnelle et familiale du salarié ne peut guère faire obstacle au licenciement pour motif disciplinaire, si ce n'est en influençant l'employeur dans sa prise de décision. L'individualisation des sanctions est certes permise mais les critères invoqués sont surtout ceux de l'ancienneté et du comportement passé du salarié. Il paraît de prime abord difficile d'admettre que la vie personnelle et familiale du salarié puisse influencer le sérieux de la faute invoquée à son encontre. Néanmoins, on a pu voir que lorsque la faute retenue est celle du refus du salarié de se soumettre à un changement de ses conditions de travail, la vie personnelle et familiale peut effectivement être prise en considération<sup>2292</sup>. Mais il s'agit alors davantage de la problématique du changement des conditions de travail que de l'extinction du contrat. Dans ces conditions, l'article L. 1121-1 du Code du travail impose que l'employeur changeant les conditions de travail de son salarié ne porte pas une atteinte injustifiée et/ou disproportionnée à sa vie personnelle et familiale. En revanche, lorsque le licenciement est un licenciement pour motif économique, la prise en considération de la vie familiale et personnelle du salarié se fait au moment du choix des salariés concernés. Ainsi, le raisonnement diffère selon qu'est en cause un licenciement pour motif économique (A) ou un changement des conditions de travail (B).

#### *A. Le licenciement pour motif économique*

**599. Le respect de l'ordre des licenciements.** Dans le cadre du licenciement pour motif économique, qu'il soit collectif<sup>2293</sup> ou individuel<sup>2294</sup>, l'employeur est tenu de

Il est vrai que la Cour européenne des droits de l'homme ne retient pas une telle analyse puisqu'elle inclut dans la notion de vie privée les activités professionnelles ou commerciales (CEDH, 16 décembre 1992, « Niemetz c./ Allemagne », préc.) des individus. Ce conflit de terminologie se résout en considération de l'auteur de l'atteinte. Si dans les rapports employeur-salarié, la relation de travail ne fera évidemment pas partie de la « vie personnelle » ou privée du salarié, elle pourra l'être en revanche à l'encontre d'un tiers ou des pouvoirs publics.

<sup>2292</sup> Cf. supra n°129, 511.

<sup>2293</sup> Article L. 1233-5 du Code du travail.

<sup>2294</sup> Pendant longtemps le législateur n'a pas étendu le respect de l'ordre des licenciements au licenciement individuel. C'est la loi du 2 août 1989 qui a expressément ajouté le licenciement individuel, désormais codifié à l'article L. 1233-7 du Code du travail. (On peut noter auparavant les hésitations du législateur : la loi du 4 août 1982 supprimait l'adjectif « collectif », la loi du 30 décembre 1986 le

respecter un ordre des licenciements. La vie familiale du salarié est, à ce titre, prise en considération. Le législateur énonce de manière non exhaustive les critères que l'employeur, en l'absence de convention ou accord collectif applicable, est tenu de prendre en considération<sup>2295</sup>. Au premier rang se trouvent : « *Les charges de famille, en particulier celles des parents isolés* »<sup>2296</sup>. Abandonnant une jurisprudence critiquée<sup>2297</sup>, la Cour de cassation a été amenée à considérer qu'à défaut de convention ou accord collectif, l'employeur ne pouvait exclure l'un des critères légaux énoncés même s'il lui était reconnu la possibilité d'en privilégier un<sup>2298</sup>. Le septième alinéa de l'article L. 1233-5 du Code du travail le précise désormais. En pratique, une hiérarchie des critères paraît indispensable<sup>2299</sup>. Le risque étant alors que les critères sociaux, dont ceux tirés de la vie personnelle du salarié, ne deviennent subsidiaires. Reste ensuite la question des conséquences du non-respect de l'ordre des licenciements (1) sur les licenciements prononcés et celle du défaut d'énonciation des critères (2).

### 1. *Le non-respect de l'ordre des licenciements*

**600. Une sanction jurisprudentielle sui generis.** L'ordre des licenciements s'apprécie au regard de l'ensemble des salariés de l'entreprise par catégorie professionnelle<sup>2300</sup>. Après quelques hésitations<sup>2301</sup>, la Cour de cassation a décidé dans un

réintérait : H.-J. LEGRAND, « L'ordre des licenciements ou l'identification du salarié atteint par une suppression d'emploi », Dr. soc. 1995, p. 243).

<sup>2295</sup> Article L. 1233-5 du Code du travail.

<sup>2296</sup> Le texte ajoute ensuite : « 2° *L'ancienneté de service dans l'établissement ou l'entreprise ; 3° La situation des salariés qui présentent des caractéristiques sociales rendant leur réinsertion professionnelle particulièrement difficile, notamment celle des personnes handicapées et des salariés âgés ; 4° Les qualités professionnelles appréciées par catégorie* ».

<sup>2297</sup> L'article 10 de l'ordonnance du 24 mai 1945 imposait que le règlement intérieur détermine l'ordre des licenciements en cas de licenciement collectif « *compte tenu des charges de famille, de l'ancienneté de service dans l'établissement et des qualités professionnelles* », mais la Cour de cassation avait permis à l'employeur de ne retenir comme critère que celui des qualités professionnelles. Or, ce dernier était précisément seul juge de ces qualités professionnelles. C'est la loi du 2 août 1989 qui a incité la Cour de cassation à faire évoluer sa jurisprudence.

Cf. J. SAVATIER, « L'ordre des licenciements dans les licenciements pour motif économique », Dr. soc. 1990, p. 515 ; Ph. WAQUET, « Jurisprudence récente sur l'ordre des licenciements », Dr. soc. 1994, p. 677 ; F. SARAMITO, « L'ordre des licenciements », Dr. ouvr. 1994, p. 211 ; P. ADAM, *L'individualisation du droit du travail...*, th. préc. n°234.

<sup>2298</sup> Cass. soc., 15 mai 1991, Bull. civ. V, n°239. – Cass. soc., 14 janvier 1997, Bull. civ. n°16. – Cass. soc., 21 mars 2002, n°00-40899. – Cass. soc., 2 mars 2004, n°01-44084.

Même solution en cas de critères conventionnels : Cass. soc., 8 avril 1992, Bull. civ. V, 1992.

<sup>2299</sup> J. SAVATIER, « L'ordre des licenciements dans les licenciements pour motif économique », art. préc.

<sup>2300</sup> Cass. soc., 24 mars 1993, Bull. civ. V, n°97.

arrêt du 14 janvier 1997<sup>2302</sup> « *que l'inobservation des règles relatives à l'ordre des licenciements pour motif économique [...n'était] pas soumise aux sanctions énoncées à l'article L. 122-14-4 [L. 1235-2 à L. 1235-4 nouveaux] du Code du travail* ». Ce faisant, la Cour de cassation écarte à la fois la sanction de l'irrégularité de procédure de licenciement et la sanction de l'absence de cause réelle et sérieuse de licenciement<sup>2303</sup>. Le contentieux relatif au licenciement de salariés protégés nécessitant l'autorisation de l'autorité administrative confirme cette dernière approche. En effet, la Cour de cassation juge que si le contrôle du caractère réel et sérieux du licenciement du salarié protégé relève des juridictions administratives, il en va autrement du respect de l'ordre des licenciements, lequel peut être contrôlé par le juge judiciaire<sup>2304</sup>. Dès lors elle distingue bien la problématique de la cause réelle et sérieuse du licenciement de celle de l'ordre des licenciements<sup>2305</sup>. Cette solution peut être critiquée<sup>2306</sup>.

**601. Critique.** La formulation de la Cour de cassation est d'ailleurs ambiguë. Si elle ne sanctionne pas la méconnaissance de l'ordre des licenciements par l'absence de cause réelle et sérieuse des licenciements qui en résulte, elle ne fait pas pour autant de cette méconnaissance une simple erreur de procédure de licenciement. Elle considère que le

<sup>2301</sup> Cass. soc., 23 janvier 1996., JCP G. 1996, II, 22604, note F. DUQUESNE ; D. 1996, jur. p. 250, note P.-Y. VERKINDT ; Dr. soc. 1996, p. 478, note J. SAVATIER ; JCP E. 1996, II, 802, note G. PICCA : « *L'absence de réponse de l'employeur, à la demande du salarié l'invitant à lui préciser les critères relatifs à l'ordre des licenciements, laisse le salarié dans l'ignorance du motif réel de son licenciement, lequel est, dès lors, dépourvu de cause réelle et sérieuse* ». Il ne s'agissait pas à proprement parler d'une méconnaissance de l'ordre des licenciements mais du défaut d'énonciation des critères. L'arrêt avait néanmoins jeté le doute.

<sup>2302</sup> Cass. soc., 14 janvier 1997, Dr. soc. 1997, p. 159, concl. P. LYON-CAEN, note J. SAVATIER ; D. 1998, p. 253, note A. LYON-CAEN.

<sup>2303</sup> Confirmé depuis. Ex. : Cass. soc., 5 décembre 2006, n°04-47822.

<sup>2304</sup> Cass. soc., 4 avril 1990, Bull. civ. V, n°160 : « *Attendu qu'il résulte des [articles L. 321-2 et L. 321-7 du Code du travail] que la décision administrative statuant sur une demande d'autorisation de licenciement pour motif économique ne s'impose au juge judiciaire que quant à son objet ; que sa portée est limitée à l'appréciation du caractère réel et sérieux du motif économique invoqué par l'employeur, sans que l'autorité administrative ait à se prononcer sur le respect par ce dernier des critères présidant à l'ordre des licenciements, question qui relève de la compétence du juge judiciaire* ». – Cass. soc., 11 décembre 2001, n°99-44994 : « *Mais attendu qu'alors même qu'une autorisation administrative a été accordée à l'employeur par l'inspecteur du Travail, il n'appartient qu'au juge judiciaire d'apprécier la mise en oeuvre des critères retenus pour fixer l'ordre des licenciements* ».

<sup>2305</sup> Confirmé depuis. Ex. Cass. soc., 23 novembre 2011, n°10-30768 : « *L'inobservation des règles relatives à l'ordre des licenciements pour motif économique n'est pas soumise aux sanctions énoncées par les articles L. 1235-2 à L. 1235-4 du Code du travail mais constitue pour le salarié une illégalité qui entraîne pour celui-ci un préjudice pouvant aller jusqu'à la perte injustifiée de son emploi, lequel doit être intégralement réparé selon son étendue par les juges du fond* ».

<sup>2306</sup> *Contra* J. SAVATIER, « *Ordre des licenciements et motifs réels et sérieux de licenciement* », Dr. soc. 1996, p. 478.

non-respect de l'ordre des licenciements « *constitue pour le salarié une illégalité qui entraîne pour celui-ci un préjudice, pouvant aller jusqu'à la perte injustifiée de son emploi, lequel doit être intégralement réparé, selon son étendue, par les juges du fond* »<sup>2307</sup>. Or, qu'est-ce un licenciement sans cause réelle et sérieuse, si ce n'est la perte injustifiée d'un emploi ? De même, dans quelle mesure un salarié licencié, alors qu'il n'aurait pas dû l'être, en raison de la méconnaissance de l'ordre des licenciements, subit-il un préjudice moindre que la perte injustifiée d'un emploi ?

Le licenciement pour motif économique est certes avant tout tourné vers l'entreprise. C'est d'abord au regard de la situation économique de celle-ci que le ou les licenciements paraîtront ou non légitimes. Pour autant, les conséquences de ces licenciements – la perte d'emploi – invitent à prêter attention un minimum au salarié. L'ordre des licenciements permet précisément de s'intéresser à la personne du salarié, soit en considération de sa vie personnelle, soit en considération de sa vie professionnelle. Les critères, objectifs<sup>2308</sup>, de l'ordre des licenciements permettent d'individualiser la décision de l'employeur<sup>2309</sup>. La dissociation opérée entre l'emploi visé et la personne atteinte<sup>2310</sup> lorsqu'il s'agit de s'intéresser à la seule situation de l'entreprise, n'a plus lieu d'être lorsqu'il s'agit de licencier, effectivement, un salarié. L'instauration d'un ordre des licenciements permet de concrétiser la décision de l'employeur. Le licenciement pour motif économique ne peut faire l'impasse de la situation personnelle des salariés affectés. La sanction de la méconnaissance de l'ordre des licenciements vise à sanctionner le choix du ou des salariés licenciés par l'employeur. Il est douteux que la cause demeure justifiée si l'employeur licencie la « mauvaise » personne. Le non-respect de l'ordre des licenciements devrait priver le licenciement de cause réelle et sérieuse<sup>2311</sup>.

---

<sup>2307</sup> Cass. soc., 14 janvier 1997, préc.

<sup>2308</sup> Même en ce qui concerne les qualités professionnelles du salarié, l'employeur est tenu, à la demande du juge, d'apporter les éléments objectifs sur lesquels il s'est appuyé : Cass. soc., 24 février 1993, Bull. civ. V, n°66. – Cass. soc., 3 avril 2002, RJS 7/02, n°797. – Cass. soc., 15 juin 1994, Dr. soc. 1994, p. 809.

<sup>2309</sup> En ce sens cf. P. ADAM, *L'individualisation du droit du travail*, th. préc., n°232 et s.

<sup>2310</sup> H.-J. LEGRAND, « L'ordre des licenciements ou l'identification du salarié atteint par une suppression d'emploi », art. préc.

<sup>2311</sup> En ce sens P.-Y. VERKINDT, « Plans sociaux : un outil de sélection du personnel ? », Dr. soc. 1994, p. 464 et « La question de l'ordre des licenciements : à quand la clarification ? », Dr. soc. 1996, p. 26 ; J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD et E. DOCKÈS, *Les grands arrêts du droit du travail*, 2008, 4<sup>ème</sup> éd., n°112-113, p. 522.

Néanmoins, la sanction consistant à rembourser les allocations de chômage versées ne devrait pas pouvoir être prononcée dans la mesure où un licenciement aurait été, en tout état de cause, prononcé

La solution est différente dans les hypothèses où le salarié aurait de toute façon été licencié alors même que l'employeur aurait respecté l'ordre des licenciements<sup>2312</sup>. Indubitablement, des difficultés pratiques surgissent dès lors qu'il s'agit de distinguer parmi les salariés, ceux qui auraient tout de même été licenciés et ceux qui ne l'auraient pas été si l'ordre de licenciement avait été respecté.

Il est vrai aussi que réintégrer des éléments propres au salarié au stade de la décision de licencier peut ajouter une confusion à la distinction *a priori* claire entre le licenciement pour motif économique et le licenciement pour motif personnel<sup>2313</sup>. La chronologie du processus permet cependant en principe de l'éviter. Néanmoins, dès lors que la désignation du ou des salariés concernés par le licenciement est le résultat, non plus d'éléments objectifs, mais d'un choix seulement subjectif et discrétionnaire de l'employeur, la question d'une requalification en licenciement pour motif personnel – qui serait alors injustifié – peut se poser. L'hypothèse est particulièrement probante lorsque l'employeur opère son choix sur la base de critères discriminatoires. Un arrêt du 8 avril 1992 fait état d'un ordre des licenciements institué, notamment, sur le critère de la charge d'une famille nombreuse « *différemment apprécié selon l'origine, purement européenne d'une part et maghrébine ou turque d'autre part* »<sup>2314</sup>. Dans cette hypothèse sans doute faudrait-il aller jusqu'à remettre en cause l'acte même de licenciement. Le choix se faisant sur la base de critères discriminatoires, la nullité paraît la sanction appropriée.

## 2. La sanction du défaut d'énonciation des critères de l'ordre des licenciements.

**602. Problématique : règle de forme ou de fond ?** Les articles L. 1233-17 et L. 1233-43 du Code du travail précisent que l'employeur est tenu, si le salarié lui en fait la demande, d'indiquer par écrit les critères retenus pour fixer l'ordre des licenciements. La question s'est posée de savoir s'il s'agissait d'une règle de forme – sanctionnée comme une irrégularité de procédure du licenciement – ou de fond, c'est-à-dire

(rappr. J. SAVATIER, « Ordre des licenciements... », art. préc., spéc. p. 482, P. LYON-CAEN, concl. sur Cass. soc., 14 janvier 1997, préc. spéc. p. 161). Sauf à vouloir laisser à la charge de l'employeur l'éventuelle différence entre le montant des allocations effectivement versées et celles qui auraient dû l'être si l'ordre des licenciements avait été respecté.

<sup>2312</sup> J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD et E. DOCKÈS, *Les grands arrêts du droit du travail*, 2008, 4<sup>ème</sup> éd., n°112-113, p. 522.

<sup>2313</sup> B. BOUBLI, SSL, 29 janvier 1996, n°777 ; P.-Y. VERKINDT, note sous Cass. soc., 23 janvier 1996, préc.

<sup>2314</sup> Cass. soc., 8 avril 1992, Dr. ouvr. 1992, p. 3810.

équivalent au non-respect de l'ordre des licenciements. L'interrogation rejoint celle de savoir si l'énonciation des critères fait partie intégrante de la justification du respect de l'ordre des licenciements<sup>2315</sup>. À l'instar du procédé consistant à faire de l'énonciation des motifs de licenciement partie intégrante de la justification de ce dernier, il s'agirait d'intégrer l'énonciation des critères de l'ordre des licenciements dans l'obligation même de respecter cet ordre. L'antériorité du licenciement à cette énonciation n'étant pas un élément rédhibitoire à cette analyse, même si elle pourrait paraître étonnante en droit du travail. Pour l'heure, néanmoins, la Cour de cassation ne fait pas sienne cette approche.

**603. Solution jurisprudentielle.** Versatile, la Cour de cassation a pu analyser le défaut d'énonciation des critères de licenciement comme une irrégularité de procédure<sup>2316</sup>, avant d'opter pour la sanction de l'absence de cause réelle et sérieuse des licenciements<sup>2317</sup> pour, en dernier lieu, abandonner cette jurisprudence<sup>2318</sup> et considérer que « *le manquement de l'employeur, qui a prononcé un licenciement pour motif économique, à son obligation d'indiquer au salarié qui le demande les critères retenus [...], ne prive pas le licenciement de cause réelle et sérieuse mais constitue une irrégularité qui cause nécessairement au salarié un préjudice que le juge doit réparer en fonction de son étendue* »<sup>2319</sup>. Le terme employé « irrégularité » se distingue de celui utilisé en cas de violation de l'ordre des licenciements (« illégalité »). En outre, la Cour de cassation admet la possibilité de cumuler l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse avec celle du défaut d'énonciation des critères de l'ordre des licenciements<sup>2320</sup>, alors qu'elle refuse le cumul entre l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et l'indemnité pour violation des règles de l'ordre des

---

<sup>2315</sup> En ce sens E. LAFUMA, *Des procédures internes, contribution à l'étude de la décision de l'employeur...*, th. préc., n°413 et s., spéc. n°418.

<sup>2316</sup> Cass. soc., 18 octobre 1994, Dr. ouvr. 1995, p. 215.

<sup>2317</sup> Cass. soc., 23 janvier 1996, Bull. civ. n°23 préc.

<sup>2318</sup> Cass. soc., 20 janvier 1998, Bull. civ. V, n°20.

<sup>2319</sup> Cass. soc., 26 janvier 1999, Dr. soc. 1999, p. 530, note J. SAVATIER. – Cass. soc., 12 décembre 2001, n°00-41057. – Cass. soc., 2 février 2006, JCP S. 2006, 1475, note P. MORVAN. – Cass. soc., 24 septembre 2008, RDT 2008, p. 739, obs. J.-Y. FROUIN.

La terminologie employée « *cause nécessairement au salarié un préjudice* » écarte *a priori* la preuve effective d'un préjudice (rapp. l'hypothèse de l'insertion d'une clause de non-concurrence nulle dans le contrat de travail supra n°231 et comp. l'hypothèse de l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement supra n°455. Cf. R. VATINET, « L'instrumentalisation de la responsabilité civile à titre de sanction en droit du travail », in *La sanction en droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 121 et s., spéc., n°219 et 220). Mais la référence ensuite « à l'étendue du préjudice » suscite l'interrogation.

<sup>2320</sup> Cass. soc., 24 septembre 2008, Bull. civ. V, n°178. – Cass. soc., 8 juillet 2009, Bull. civ. V, n°174.

licenciements<sup>2321</sup>. La jurisprudence traite donc le défaut d'énonciation des critères différemment de la méconnaissance de l'ordre des licenciements. S'agit-il pour autant d'une irrégularité de procédure sanctionnée en tant que telle ? (c'est-à-dire par application de l'article L. 1235-2 du Code du travail correspondant à une indemnité ne pouvant être supérieure à un mois de salaire). Rien n'est moins certain. Bien que la Cour de cassation ait pu préciser, dans un arrêt d'ailleurs inédit, qu'il s'agissait d'une irrégularité de forme<sup>2322</sup>, la formulation « *cause nécessairement un préjudice que le juge doit réparer en fonction de son étendue* »<sup>2323</sup> paraît impliquer que le juge s'écarte de la sanction prévue à l'article L. 1235-2 du Code du travail. Quant à la jurisprudence précitée autorisant le cumul entre l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse et les dommages-intérêts sanctionnant le défaut d'énonciation des critères de l'ordre des licenciements, elle s'éloigne de la solution apportée dans les hypothèses où un défaut d'irrégularité de procédure vient s'ajouter à une absence de cause réelle et sérieuse. Dans ce cas – du moins lorsque le licenciement concerne un salarié ayant plus de deux ans d'ancienneté dans une entreprise de plus de dix salariés, alors même que le préjudice subi n'est pas le même, le cumul d'indemnité est refusé<sup>2324</sup>. Ainsi, la jurisprudence traite le défaut d'énonciation<sup>2325</sup> des critères de licenciement différemment des irrégularités « classiques » de procédure de licenciement.

### *B. Le changement des conditions de travail*

**604. Application de l'article L. 1121-1 du Code du travail.** Lorsque l'employeur change les conditions de travail de ses salariés, la Cour de cassation contrôle par application de l'article L. 1121-1 du Code du travail, les éventuelles atteintes à la vie personnelle et familiale du salarié. Ainsi faudra-t-il après avoir posé l'objet du contrôle (1), s'intéresser à ses modalités (2) et à son résultat (3).

---

<sup>2321</sup> Cass. soc., 7 octobre 1998, JCP E. 1999, p. 229, note J. POUGET. – Cass. soc., 11 juillet 2001, Bull. civ. V, n°266. Une telle solution peut se justifier si l'on admet bien qu'il s'agit alors de réparer un seul et même préjudice : celui de la perte injustifiée de l'emploi.

<sup>2322</sup> Cass. soc., 3 mai 2011, n°10-12914.

<sup>2323</sup> Cass. soc., 26 janvier 1999, Bull. civ. V, n° 39, préc. – Cass. soc., 12 décembre 2001, n°00-41057, préc. – Cass. soc., 2 février 2006, Bull. civ. V, n°57, préc.

<sup>2324</sup> Cass. soc., 25 mai 1976, Bull. civ. V, n°312.

<sup>2325</sup> Comme le retard dans la réponse de l'employeur (l'article R. 1233-1 du Code du travail précise que la réponse écrite de l'employeur doit s'effectuer dans les dix jours de la demande du salarié) de la même manière que le défaut de réponse (Cass. soc., 24 juin 2003, n°01-42932).

## 1. L'objet du contrôle

**605. Le contrôle, fonction de l'objet.** Le contrôle exercé par la Cour de cassation concerne *a priori* tout changement des conditions de travail. Néanmoins, la Cour ne semble pas opérer le même raisonnement selon qu'elle a à juger d'un changement du lieu de travail (a) ou d'un changement d'horaires (b).

### a. Le lieu de travail

**606. Application à la clause de mobilité.** La « liberté de choix du domicile » tiré de l'article 8§1 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales<sup>2326</sup> permet de contrôler les clauses de domiciliation<sup>2327</sup>, comme les clauses de mobilité assorties de clause de domiciliation<sup>2328</sup>. Ce contrôle s'exerçant alors au stade de la validité de la clause<sup>2329</sup>. Encore faut-il, pour que la clause de mobilité fasse l'objet de ce contrôle qu'elle soit effectivement assortie d'une clause de domiciliation. En effet, la Cour de cassation refuse de voir dans la seule clause de mobilité l'existence d'une obligation tacite de modification du domicile<sup>2330</sup>. Par voie de conséquence, elle considère qu'une « simple » clause de mobilité « *ne constitue pas en elle-même une atteinte à la liberté fondamentale du salarié quant au libre choix de son domicile* »<sup>2331</sup>. Le contrôle de la validité de la clause de mobilité à l'aune de la liberté du

<sup>2326</sup> Sur l'application directe de l'article 8§1 de la Convention aux rapports entre particuliers : Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 6 mars 1996, RDT civ. 1996, p. 897, obs. J. MESTRE ; C. RUSSO, « Article 8§1 », in *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Economica, 1999, 2<sup>ème</sup> éd., p. 305.

<sup>2327</sup> Ex. : Cass. soc., 12 juillet 2005, Bull. civ. V, n°241. – Cass. soc., 28 février 2012, RDT 2012, p. 225, note Ch. VARIN ; Lexbase hebdo éd. soc., 15/03/2012, n°477, obs. S. TOURNAUX ; Dr. ouvr. 2012, p. 768, note A. GARDIN ; JCP S. 2012, 1244, note G. LOISEAU (sur le fondement d'ailleurs des articles 8§1 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 9 du Code civil et L. 1121-1 du Code du travail).

<sup>2328</sup> Ainsi dans l'arrêt « Spileers » du 12 janvier 1999 (Cass. soc., 12 janvier 1999, Dr. soc. 1999, p. 287, obs. J-E. RAY ; LPA, 31 mars 1999, n°64, p. 10, note B. GAURIAU, RJS, 2/99, n°151), la chambre sociale de la Cour de cassation n'admet de restrictions au libre choix du domicile personnel et familial « *qu'à la condition d'être indispensables à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et proportionnées, compte tenu de l'emploi occupé et du travail demandé, au but recherché* ». – Cass. soc., 3 novembre 2004, n°03-40158.

<sup>2329</sup> L.-K. GRATTON, *Les clauses de variation...*, th. préc., n°802.

<sup>2330</sup> Cass. soc., 15 mai 2007, Bull. civ. V, n°74. Voir sur ce refus jurisprudentiel de confondre obligation de mobilité et clause de domiciliation : L.-K. GRATTON, *Les clauses de variation ...*, th. préc., n°807 à 819.

<sup>2331</sup> Cass. soc., 28 mars 2006, JCP S. 2006, 1381, note P.-Y. VERKINDT ; JCP G. 2006, II, 10209, note J. MOULY ; RDC 2006, p. 1163, chron. Ch. RADÉ ; SSL, 2 octobre 2006, n°1276, p. 116, note F. CHAMPEAUX : La Cour de cassation reproche à la cour d'appel de ne pas avoir recherché si « *la mise en oeuvre de la clause contractuelle ne portait pas une atteinte au droit de la salariée à une vie*

choix du domicile du salarié étant ainsi écarté, la Cour de cassation s'est tournée vers le contrôle de son exercice. Elle recourut alors à l'abus de droit<sup>2332</sup> avant de mobiliser, au visa des articles 1134 du Code civil et L. 1121-1 du Code du travail<sup>2333</sup>, le droit au respect à la vie personnelle et familiale du salarié. Désormais, la mise en œuvre des clauses de mobilité est subordonnée à l'article L. 1121-1 du Code du travail<sup>2334</sup>. Ainsi ne peuvent-elles porter d'atteintes injustifiées et/ou disproportionnées à la vie personnelle et familiale du salarié concerné.

**607. Application au changement du lieu de travail dans le même secteur géographique.** S'il est vrai qu'un changement de lieu de travail dans le même secteur géographique est objectivement limité, rien n'interdit de considérer que des charges familiales particulières ne puissent être légitimement opposées. En ce sens peut être cité un arrêt de la Chambre sociale du 29 octobre 2014<sup>2335</sup> : « *La cour d'appel a constaté d'une part que le nouveau lieu de travail de la salariée était situé dans le même secteur géographique que le précédent et que d'autre part, celle-ci ne justifiait pas d'un bouleversement des conditions de sa vie familiale* ». *A contrario*, la voie semble ouverte à la reconnaissance de situations particulières justifiant le refus du salarié de se soumettre.

---

*personnelle et familiale et si une telle atteinte pouvait être justifiée par la tâche à accomplir et était proportionnée au but recherché* ».

<sup>2332</sup> Supra n°512.

<sup>2333</sup> Cass. soc., 14 octobre 2008, LPA, 3 avril 2009, n°65, p. 5, note V. FRAISSINIER-AMIOT ; RDT 2008, p. 731, note G. AUZERO ; JCP G. 2008, II, 10201, note D. CORRIGNAN-CARSIN ; JCP E. 2009, 1125, note S. BÉAL et C. TERRENOIRE ; RDC 2009, p. 175, note Ch. RADÉ et p. 642, note Ch. NEAU-LEDUC. *Adde* F. CANUT, « Tir groupé autour de la clause de mobilité », Dr. ouvr. 2009, p. 7. V. égal. arrêt de même date mais inédit, Cass. soc., 14 octobre 2008, n°07-43071 : « *Attendu que la cour d'appel a relevé, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation des éléments de preuve apportés par la salariée, que l'employeur avait muté [la salariée], mère de quatre jeunes enfants, à son retour de congé parental en ne lui proposant le poste litigieux que trois semaines avant son retour dans l'entreprise alors que ce poste était libre depuis janvier ce qui l'avait mise dans l'impossibilité de tenir le délai ainsi fixé ; qu'elle a pu en déduire que l'employeur avait mis en oeuvre abusivement la clause de mobilité* ». La prise en considération de la vie personnelle et familiale du salarié permet ici de soutenir l'abus de l'employeur. Sur le non-respect d'un délai de prévenance suffisant, cf. supra n°506 et s.

<sup>2334</sup> Cass. soc., 14 octobre 2008, Bull. civ. V, n°190. – Cass. soc., 13 janvier 2009, JCP S. 2009, 1169, note B. BOSSU ; D. 2009, p. 1799, note M.-C. ESCANDE-VARNIOL ; RDC 2009, p. 1116, note Ch. NEAU-LEDUC ; JCP E. 2010, 1309, note S. BÉAL. – Cass. soc., 12 juillet 2010, n°08-44363. – Cass. soc., 23 mars 2011 n°09-69127.

<sup>2335</sup> Cass. soc., 29 octobre 2014, n°13-21192.

*b. Le temps de travail*

**608. Application au changement d'horaires.** La Cour de cassation a étendu sa jurisprudence relative aux clauses de mobilité au cas du changement d'horaires<sup>2336</sup>. Cependant, au contraire de ce qu'elle a admis en cas de changement de lieu de travail, elle ne semble pas appliquer le régime de l'atteinte à un droit fondamental mais celui de la modification du contrat de travail. Autrement dit, l'atteinte excessive, lors d'un changement d'horaires de travail, à la vie personnelle et familiale du salarié ferait basculer celui-ci dans la catégorie des modifications du contrat. C'est sans doute en ce sens que peut être compris l'arrêt originaire du 3 novembre 2011<sup>2337</sup>. En l'espèce, la cour d'appel semblait faire une application classique de la jurisprudence selon laquelle si une nouvelle répartition du travail sur la journée n'est en principe pas constitutive d'une modification du contrat mais relève du pouvoir de direction de l'employeur<sup>2338</sup>, il en est autrement lorsque le changement révèle un véritable bouleversement. Elle décidait en effet que le changement des horaires de travail imposé était tel que le « *rythme de travail du salarié [était] totalement bouleversé* »<sup>2339</sup> et qu'il en résultait une modification du contrat de travail nécessitant l'accord du salarié. Mais la Cour de cassation sanctionne la cour d'appel pour s'être déterminée « *sans préciser si le changement d'horaire portait une atteinte excessive au droit de la salariée au respect de sa vie personnelle et familiale ou à son droit au repos* ». Fallait-il en conclure qu'était nécessaire une atteinte excessive à la vie personnelle et familiale du salarié pour admettre une modification du contrat ? La réponse est évidemment négative. Une telle jurisprudence n'a pas pour conséquence de remettre en cause la jurisprudence antérieure qualifiant de modification du contrat un véritable bouleversement des horaires. Ainsi, le passage d'un horaire continu à un horaire discontinu<sup>2340</sup> ou le passage d'un horaire de jour à un horaire de nuit ou d'un horaire fixe à un horaire variable<sup>2341</sup> demeure bien une

---

<sup>2336</sup> Cass. soc., 3 novembre 2011, SSL, 14 novembre 2011, n°1513, p. 10, note A. MARCON ; D. 2012, p. 67, note P. LOKIEC ; RDT 2012, p. 31, note S. TOURNAUX ; JCP S. 2012, 1159, note H. KOBINA GABA. – Cass. soc., 8 novembre 2011, n°10-19339.

<sup>2337</sup> Cass. soc., 3 novembre 2011, Bull. civ. V, n°246, préc.

<sup>2338</sup> Supra n°126.

<sup>2339</sup> « *En substituant du lundi au vendredi à des horaires de travail majoritairement du matin avec coupure à midi et horaire limité à deux heures en milieu d'après-midi, un horaire exclusivement l'après-midi jusqu'à 21 heures, sans interruption et en augmentant les horaires de travail à effectuer le samedi à cinq heures et demie, se terminant à 20 heures, la société a imposé à la salariée un bouleversement de ses conditions de travail caractérisant une modification du contrat de travail* ».

<sup>2340</sup> Cass. soc., 3 novembre 2011, Bull. civ. V, n°248. – Cass. soc., 23 septembre 2014, n°13-16257.

<sup>2341</sup> Cass. soc., 8 septembre 2013, n°12-18065. – Cass. soc., 28 mai 2014, n°13-10619.

modification du contrat de travail sans qu'il soit nécessaire de démontrer une atteinte excessive à la vie personnelle et familiale du salarié. En revanche, l'arrêt du 3 novembre 2011 semble bien vouloir appliquer le régime de la modification – et non plus du changement des conditions de travail – du contrat aux hypothèses d'atteintes injustifiées et /ou disproportionnées à la vie personnelle et familiale du salarié alors même qu'il n'y aurait pas eu de réel bouleversement des horaires. La jurisprudence ultérieure, certes inédite, s'inscrit dans cette même lignée. Dans un arrêt en date du 8 novembre 2011<sup>2342</sup>, la Cour de cassation emploie le terme de « modification » pour qualifier la décision unilatérale de l'employeur portant une atteinte excessive au droit au respect à la vie familiale et personnelle de l'intéressé, et surtout, par un arrêt du 23 janvier 2013<sup>2343</sup>, la Cour de cassation affirme 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 du travail sur la journée relève du pouvoir de direction de l'employeur* ». *A contrario*, une atteinte excessive entraînerait une modification du contrat. Ainsi, l'accord du salarié serait alors nécessaire. Une telle analyse influe sur les conséquences du licenciement fondé sur le refus – en vérité légitime – du salarié<sup>2344</sup>.

Dès lors, coexisterait à côté d'une conception objective de la modification du contrat une approche subjective en considération de la personne du salarié, plus exactement de sa vie familiale. Le raisonnement suivi est d'autant plus discutable que la Cour de cassation ne paraît pas l'appliquer à la clause de mobilité. Si les juges du fond sont tenus de contrôler que la décision de mutation ne porte pas atteinte à la vie personnelle et familiale du salarié, les arrêts ne concluent pas à la modification du contrat<sup>2345</sup>.

**609. Le droit au repos**<sup>2346</sup>. Lorsque le changement décidé par l'employeur concerne les horaires de travail, la jurisprudence a ajouté à son contrôle de l'atteinte à « la vie personnelle et familiale » du salarié, celle de son « droit au repos »<sup>2347</sup>. Inscrit à l'alinéa

---

<sup>2342</sup> Cass. soc., 8 novembre 2011, n°10-19339, préc.

<sup>2343</sup> Cass. soc., 23 janvier 2013, n°11-22394.

<sup>2344</sup> Infra n°619.

<sup>2345</sup> Ex. Pour un arrêt rendu après ceux relatifs aux changements d'horaires : Cass. soc., 17 octobre 2012, n°11-18029.

<sup>2346</sup> Cf. A.-V. SOLIVÉRÈS, *Le droit au repos*, mémoire, Paris II, 2013.

<sup>2347</sup> Cass. soc., 3 novembre 2011, Bull. civ. V, n°246, préc. – Cass. soc., 23 janvier 2013, n°11-22364, préc.

11 du Préambule de la Constitution de 1946<sup>2348</sup>, le droit au repos fait l'objet d'une consécration au niveau international<sup>2349</sup>, européen<sup>2350</sup>, communautaire<sup>2351</sup> et national. Un salarié bénéficie d'un repos hebdomadaire minimal de vingt-quatre heures consécutives<sup>2352</sup>, d'un repos quotidien minimal de onze heures consécutives<sup>2353</sup> et ne peut travailler plus de six jours par semaine<sup>2354</sup>. Lorsqu'un employeur change les horaires de travail de ses salariés, il est tenu de respecter ces exigences. Dès lors, un changement des horaires de travail ne peut porter atteinte à ce droit au repos. Le ferait-il qu'il s'agirait non plus de se placer dans le cadre de l'article L. 1121-1 du Code du travail mais dans celui des atteintes directes au droit au repos, atteintes qui ne sont autorisées que dans des cas particuliers justifiés par le particularisme de l'emploi<sup>2355</sup> ou par l'urgence<sup>2356</sup>. Dans ces conditions, la référence à l'atteinte excessive au droit au repos du salarié lors d'un changement de ses horaires est surprenante. En effet, soit le changement d'horaires porte atteinte au droit au repos du salarié et l'employeur sera sanctionné de ce seul fait, soit le changement n'y porte pas atteinte et, la durée du travail n'étant par ailleurs pas modifiée, le salarié ne subit pas de perte de temps de repos. En revanche, lorsqu'est en cause la réalisation d'heures supplémentaires, le temps de repos

---

<sup>2348</sup> « [la Nation] garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs[...] ».

<sup>2349</sup> Article 24 de la Déclaration universelle des droits de l'homme : « Toute personne a droit au repos et aux loisirs et notamment à une limitation raisonnable de la durée du travail et à des congés payés périodiques ».

Article 7 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966 : « Les États parties au présent Pacte reconnaissent le droit qu'a toute personne de jouir de conditions de travail justes et favorables, qui assurent notamment [...] d) Le repos, les loisirs, la limitation raisonnable de la durée du travail et les congés payés périodiques, ainsi que la rémunération des jours fériés ».

Les Conventions de l'Organisation Internationale du Travail relatives au repos hebdomadaire dans l'industrie : convention n°14 (du 17 novembre 1921, ratifiée par la France le 3 septembre 1926) et dans le commerce et les bureaux : convention n°106 (du 26 juin 1957, ratifiée par la France le 5 mai 1971).

<sup>2350</sup> Charte sociale européenne de 1961 (révisée en 1996) garantissant les droits sociaux et économiques.

<sup>2351</sup> §8 de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989 : « Tout travailleur de la communauté européenne a droit au repos hebdomadaire et à un congé annuel payé dont les durées doivent être rapprochées dans le progrès, conformément aux pratiques nationales » ; article 31-2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne de 2000 (même force juridique obligatoire que les traités par l'entrée en vigueur en décembre 2009 du traité de Lisbonne) : « Tout travailleur a droit à une limitation de la durée maximale du travail et à des périodes de repos journalier et hebdomadaire, ainsi qu'à une période annuelle de congés payés » ; directive 93/104/CE du 23 novembre 1993.

<sup>2352</sup> Article L. 3132-2 du Code de travail.

<sup>2353</sup> Article L. 3131-1 du Code du travail.

<sup>2354</sup> Article L. 3132-1 du Code du travail.

<sup>2355</sup> Ex. : Article L. 3131-2 du Code du travail : « [...] pour des activités caractérisées par la nécessité d'assurer une continuité du service ou par des périodes d'intervention fractionnées ».

<sup>2356</sup> Article L 3132-4 du Code du travail.

dont bénéficiait jusqu'alors le salarié est effectivement réduit. Mais il n'y a pas, à strictement parler, atteinte au droit au repos dans la mesure où, en tout état de cause, le repos quotidien de onze heures consécutives doit toujours être respecté. Néanmoins, la question de l'application de l'article L. 1121-1 du Code du travail à l'hypothèse d'une diminution excessive du temps de repos habituel du salarié pourrait se poser. Reste que le recours aux heures supplémentaires demeure encadré par les durées maximales de travail<sup>2357</sup> et ne peut répondre à un besoin structurel. Dans ces conditions, l'atteinte excessive au temps de repos du salarié sera difficilement caractérisée. Le recours à la vie personnelle et familiale paraît davantage pertinent.

## 2. Les modalités du contrôle

**610. Aménagement de la charge de la preuve.** Bien que l'article L. 1121-1 du Code du travail ne se prononce pas sur la charge de la preuve, sa formulation incite à penser qu'il existe bien un aménagement de celle-ci<sup>2358</sup>. L'analogie avec les règles de preuve propres à la discrimination est possible<sup>2359</sup>. Le salarié devrait apporter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une atteinte à sa vie privée et personnelle et ce serait ensuite à l'employeur de démontrer que sa décision est justifiée et proportionnée.

**611. La réception du principe de justification et de proportionnalité.** En droit français, la réception du principe de proportionnalité comme règle de contrôle des atteintes portées aux droits et libertés fondamentaux s'est faite grâce à l'influence des jurisprudences venues d'ailleurs<sup>2360</sup> : de la Cour constitutionnelle germanique<sup>2361</sup>, de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>2362</sup> et de l'Union européenne<sup>2363</sup>. Né pour

---

<sup>2357</sup> La durée maximale journalière est de dix heures (article L. 3121-34 du Code du travail), celle hebdomadaire maximale est soumise à un double plafond, celui de quarante-huit au cours d'une même semaine (article L. 3121-35, alinéa 1<sup>er</sup> du Code du travail) et celui de quarante-quatre heures (quarante-six le cas échéant) sur une période de douze semaines consécutives (article L. 3121-36 du Code du travail). Pour les dérogations cf. articles R. 3121-20 et s. du Code du travail).

<sup>2358</sup> F. GUIOMARD, « Droits fondamentaux et contrôle des pouvoirs de l'employeur », in *Droits fondamentaux et droit social*, 2005, p. 61 et s. spéc. p. 72.

<sup>2359</sup> Supra n°422.

<sup>2360</sup> M. FROMONT, « Le principe de proportionnalité », AJDA 1995, p. 156.

<sup>2361</sup> V. HAAK, « Quelques aspects du contrôle de la constitutionnalité des lois exercé par la Cour constitutionnelle de la République Fédérale d'Allemagne », *Revue internationale de droit comparé*, 1961, vol. 13, n°1, p. 78.

<sup>2362</sup> CEDH, « HANDYSIDE c./ Royaume Uni », 7 décembre 1976, req. N°5493/72.

Cf. M.-A. EISSEN, « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *La convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par*

limiter les atteintes portées par l'État aux libertés et droits fondamentaux des personnes, le principe de proportionnalité concerne avant tout les rapports verticaux. Certains auteurs estiment d'ailleurs que la proportionnalité du droit européen ne peut s'appliquer dans les rapports entre particuliers<sup>2364</sup>. Il est vrai que l'intérêt général n'est alors pas en jeu. Néanmoins, à défaut de parler de « principe », « l'idée » de proportionnalité semble bien envahir le droit privé<sup>2365</sup>.

En droit du travail, c'est à l'occasion du contentieux administratif relatif aux règlements intérieurs qu'est apparu le contrôle de proportionnalité. Dans un arrêt du 1<sup>er</sup> février 1980<sup>2366</sup>, le Conseil d'état a considéré qu'un règlement intérieur se réservant la possibilité de soumettre les salariés à l'épreuve de l'alcootest ne pouvait être justifié « *eu égard à l'atteinte [portée] aux droits de la personne, qu'en ce qui concerne les salariés occupés à l'exécution de certains travaux ou à la conduite de certaines machines, qu'ainsi [les dispositions en cause] excèdent par leur généralité, l'étendue des sujétions que l'employeur pouvait légalement imposer en l'espèce en vue d'assurer la sécurité dans son entreprise* ». Le législateur a ensuite consacré cette règle en 1982<sup>2367</sup>, désormais codifiée à l'article L. 1321-3 du Code du travail, avant de l'étendre une dizaine d'années plus tard<sup>2368</sup> à l'ensemble des atteintes aux « *droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives* ». Les termes employés par le législateur empruntent ainsi à la jurisprudence administrative, puisque l'atteinte aux libertés

---

*article*, Economica, 1999, 2<sup>ème</sup> éd., p. 65 ; M. FROMONT, « le principe de proportionnalité », art. préc. ; B. GÉNIAUT, *La proportionnalité dans les relations du travail ...*, th. préc., n°714 et s.

<sup>2363</sup> Le principe de proportionnalité en droit de l'Union européenne renvoie à deux problématiques distinctes : celle de l'action des institutions de l'Union européenne (principe de répartition des compétences et d'adoption des actes) et celle concernant les atteintes aux libertés et droits fondamentaux. Article 52-1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : « *Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui* ».

<sup>2364</sup> J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY, note sous Cass. soc., 12 janvier 1999, D. 1999, p. 645.

*Contra* O. De SCHUTTER, « La protection du travailleur vis-à-vis des nouvelles technologies dans l'emploi », RTDH, 2003, p. 527.

<sup>2365</sup> Cf. not. les colloques : *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?*, LPA, 30 septembre 1998, n°117, préc. ; R. BERNARD-MENORET et V. FRAISSINIER-AMIOT, « Le contrôle de proportionnalité par le juge judiciaire en droit du travail », art. préc.

<sup>2366</sup> CE, « Corona », 1<sup>er</sup> février 1980, Dr. soc. 1980, p. 310, concl. A. BACQUET.

<sup>2367</sup> Loi du 4 août 1982, n°82-689, préc.

<sup>2368</sup> Loi du 31 décembre 1992, n°92-1446, préc.

et droits fondamentaux doit être justifiée par la tâche à accomplir<sup>2369</sup>(a) et proportionnée au but recherché (b).

*a. L'exigence de justification*

**612. La nature de la tâche à accomplir.** Le changement des conditions de travail doit d'abord être exercé dans l'intérêt de l'entreprise sans qu'il soit nécessaire de se référer à une quelconque atteinte à la vie familiale et personnelle du salarié. La justification propre à l'article L. 1121-1 du code du travail paraît donc s'ajouter à cette exigence. Dans ces conditions, le changement des conditions de travail devrait d'une part être justifié par l'intérêt de l'entreprise et, d'autre part, dans la mesure où il porterait atteinte à une liberté ou un droit fondamental du salarié, être justifié par la « nature de la tâche à accomplir »<sup>2370</sup>. Cette terminologie renvoie aux attributions réelles du salarié, au contenu du travail qu'il fournit et non aux seules fonction ou qualification. Autrement dit, la spécificité de son travail doit pouvoir justifier l'atteinte à sa liberté ou son droit fondamental. Le port de vêtement de sécurité par exemple<sup>2371</sup> se conçoit pour certains métiers dangereux. Appliquée à un changement des conditions de travail telle une mutation, cette justification se conçoit en principe dans le cadre de mesures individuelles<sup>2372</sup>. La jurisprudence est tenue de contrôler si les attributions du salarié justifient l'atteinte alors portée à ses droits et libertés<sup>2373</sup>.

---

<sup>2369</sup> Il est vrai que la jurisprudence ne se réfère pas toujours, ou du moins pas seulement, à la nature de la tâche à accomplir et peut justifier une atteinte aux droits et libertés du salarié par des circonstances particulières : ex. : contrôle temporaire des sacs de salariés à l'entrée de l'entreprise justifié par « *des circonstances exceptionnelles et des exigences de sécurité* » : Cass. soc., 3 avril 2001, Bull. civ. V, n°115.

<sup>2370</sup> Cass. soc., 24 octobre 2012, n°11-17543 : « *Le salarié avait notamment pour mission contractuelle la maintenance en France et à l'étranger et [il] avait pris une part prépondérante au développement du robot vendu à un client algérien se trouvant en panne depuis plusieurs mois, en sorte que la mission de quatre jours à l'étranger était justifiée par l'intérêt de l'entreprise et que la spécificité des fonctions du salarié impliquait de sa part une certaine mobilité* ». (c'est nous qui soulignons).

<sup>2371</sup> Exemple emprunté à Ph. WAQUET, *in L'entreprise et les libertés du salarié*, Editions Liaisons, 2003, p. 90.

<sup>2372</sup> L.-K. GRATTON, *Les clauses de variation...*, th. préc., n°905.

<sup>2373</sup> Ex. Cass. soc., 20 février 2007, n°05-43628 : « *[Les] attributions [du salarié] n'exigeaient nullement sa présence permanente [dans la nouvelle agence]*. – Cass. soc., 24 octobre 2012, n°11-17543, préc. : « *La spécificité des fonctions du salarié impliquait de sa part une certaine mobilité* ».

À propos des clauses de résidence d'employés d'immeuble, cf. Cass. soc., 13 juillet 2004, n°02-44958 : « *La mise en oeuvre de la clause de mobilité entraînant un changement de domicile du salarié, appelé en raison de ses fonctions de gardien, à être domicilié sur le nouveau site, était justifiée...* ». – Cass. soc., 13 avril 2005, Bull. civ. V, n°134 : « *Les salariés pouv[ant] exécuter les tâches qui leur étaient confiées, tout en résidant à l'extérieur des lieux de travail, [...] la clause d'obligation de résidence était nulle* ».

**613. Le recours à l'intérêt « légitime » de l'entreprise ?** Le contentieux concernant les clauses portant nécessairement atteinte à un droit ou une liberté fondamentale du salarié ouvre une autre perspective. En effet, la clause de non-concurrence par exemple, attentatoire à la libre-concurrence et à la liberté de travail du salarié, n'est valable (outre les conditions tenant à la contrepartie financière et aux limites géographiques et temporelles) que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et tient compte de la spécificité de l'emploi<sup>2374</sup>. De la même manière, des clauses de domiciliation, portant pour leur part atteinte au libre choix de domicile du salarié, ne peuvent être valables que si elles s'avèrent « *indispensable(s) à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et proportionnée(s), compte tenu de l'emploi occupé et du travail demandé, au but recherché* »<sup>2375</sup>. Ainsi, dans ces hypothèses, au-delà de la spécificité de l'emploi, le seul « intérêt de l'entreprise » ne suffit pas à l'insertion de la clause, la protection d'un intérêt **légitime** est nécessaire. Faudrait-il étendre cette jurisprudence au changement des conditions de travail ? Un changement des conditions de travail portant atteinte à la vie personnelle et familiale du salarié devrait-il être « indispensable aux intérêts légitimes de l'entreprise » ? Bien que la jurisprudence ait pu employer le terme d' « intérêt légitime » dans le cadre d'une mutation géographique<sup>2376</sup>, une telle approche modifierait l'appréhension du changement des conditions de travail. Il y aurait, en quelque sorte, une « présomption » d'atteinte à la vie personnelle et familiale du salarié qui imposerait que le changement imposé ne le soit que parce qu'indispensable. Une telle « présomption » serait trop drastique. Elle pourrait se concevoir dans le cadre d'une clause de mobilité dans la mesure où il y a objectivement un changement d'une certaine ampleur. Mais en réalité, la prise en considération de la vie personnelle et familiale s'inscrit dans une approche individuelle de la mesure prise, nécessairement subjective.

---

<sup>2374</sup> Cass. soc., 10 juillet 2002, Bull. civ. V, n°239, préc.

<sup>2375</sup> Cass. soc., 12 janvier 1999, Bull. civ. V, n°7, préc. *Adde* Cass. soc., 12 juillet 2005, Bull. civ. V, n°241, préc. : « *Qu'en statuant ainsi, alors que la clause litigieuse fonde l'obligation faite à l'avocat de fixer son domicile au lieu d'implantation du cabinet sur la seule nécessité d'une « bonne intégration de l'avocat dans l'environnement local » et qu'un tel objectif ne peut justifier l'atteinte portée à la liberté individuelle de l'avocat salarié* ».

<sup>2376</sup> Cass. soc., 10 juin 2015, n°14-11031 : « *La société GDE [ayant] transféré plusieurs services à Montoir-de-Bretagne [elle] avait dès lors un intérêt légitime à muter les salariés affectés aux services ainsi transférés en application de la clause de mobilité insérée dans leur contrat de travail* ».

*b. L'exigence de proportionnalité*

**614. La définition tripartite de la proportionnalité.** La Cour fédérale d'Allemagne et les Cours de Strasbourg et du Luxembourg appliquent un contrôle tripartite de la proportionnalité<sup>2377</sup>. La question se pose de savoir si la Cour de cassation fait sienne leur définition. L'analyse tripartite conjugue l'adéquation (l'aptitude du moyen choisi à atteindre l'objectif fixé), la nécessité<sup>2378</sup> (le moyen choisi est le moins préjudiciable à la personne ou la collectivité concernée) et la proportionnalité *stricto sensu* (c'est-à-dire la balance entre le résultat de la mesure et les inconvénients que celle-ci crée à la personne ou la collectivité concernée). En principe, la nécessité de la mesure par rapport au but poursuivi n'est qu'une étape du contrôle de proportionnalité. Resterait encore à comparer le résultat atteint par la mesure avec la gravité du préjudice subi par la personne concernée. C'est-à-dire qu'une mesure, même nécessaire, pourrait être disproportionnée. Il est intéressant de noter que la chambre sociale de la Cour de cassation inverse parfois les étapes du contrôle. Il lui arrive en effet de relever d'abord l'existence de contraintes personnelles et familiales particulières du salarié avant de s'intéresser à la nécessité de la mesure.

**615. L'existence de contraintes personnelles particulières.** Ce n'est pas l'ampleur objective du changement qui sera éventuellement considérée comme excessive au regard de la vie personnelle et familiale du salarié mais c'est l'existence de contraintes personnelles et familiales particulières du salarié qui permet de conclure à une atteinte disproportionnée. Les arrêts font ainsi état d'une veuve élevant seule ses deux enfants<sup>2379</sup>, d'un salarié divorcé avec enfants<sup>2380</sup> ou encore « *d'obligations familiales impérieuses* »<sup>2381</sup>. Il faut ici se souvenir que lorsqu'il était question de déqualifier la faute du salarié refusant un changement de ses conditions de travail<sup>2382</sup> ou encore de conclure à l'abus de droit<sup>2383</sup>, étaient justement prises en considération les contraintes

---

<sup>2377</sup> M. FROMONT, « Le principe de proportionnalité », art. préc.

<sup>2378</sup> Certains auteurs situent le contrôle du caractère indispensable de la mesure dans la justification et non dans le contrôle de proportionnalité : A. LYON-CAEN et I. VACARIE, « Droits fondamentaux et droit du travail », art. préc.

<sup>2379</sup> Cass. soc., 13 janvier 2009, Bull. civ. V, n°4.

<sup>2380</sup> Cass. soc., 23 mars 2011, n°09-69127, préc.

<sup>2381</sup> Cass. soc., 8 novembre 2011, n°10-19339, préc.

<sup>2382</sup> Supra n°129 et 511.

<sup>2383</sup> Supra n°512, 607.

familiales particulières telles que la charge d'enfant handicapé<sup>2384</sup>, ou d'âge scolaire<sup>2385</sup>, l'épouse enceinte en fin de grossesse<sup>2386</sup> etc. Le rapprochement avec la situation des salariés à temps partiel est ici particulièrement pertinent. Dans cette hypothèse, le législateur a prévu que le salarié puisse opposer des « *obligations familiales impérieuses* » à un changement de la répartition de la durée du travail ou un changement d'horaires au sein de chaque journée travaillée alors même que la décision de l'employeur s'inscrirait dans un des cas prévus au contrat<sup>2387</sup>.

De façon générale, la disproportion en cas de changement des conditions de travail ne semble apparaître que dans les hypothèses où le salarié concerné est soumis à des contraintes personnelles et familiales particulières. L'atteinte concrète à la vie familiale et personnelle du salarié contrôlée par la jurisprudence<sup>2388</sup> se confond ainsi avec la reconnaissance de difficultés particulières auxquelles est confronté le salarié. Ce n'est qu'alors qu'interviendrait le contrôle de nécessité.

**616. La nécessité de la mesure.** Traditionnellement la nécessité se contrôle à l'aune de la mesure prise. Il s'agit de s'interroger sur l'existence ou non de mesures alternatives moins attentatoires au droit ou la liberté considérée<sup>2389</sup>. L'arrêt du 16 mai 2007 de la Cour de cassation<sup>2390</sup> s'inscrit dans cette lignée. Dans cette affaire, la salariée concernée étaient effectivement confrontée à des difficultés particulières puisqu'elle « *vivait seule avec sa fille de trois ans et devait, pour être à son nouveau poste à six heures du matin, quitter le domicile familial vers quatre heures afin d'emprunter les*

<sup>2384</sup> Cass. soc., 6 février 2001, Bull. civ. V, n°41, préc.

<sup>2385</sup> Cass. soc., 17 octobre 2000, préc. (hypothèse de « déqualification »).

<sup>2386</sup> Cass. soc., 18 mai 1999, Bull. civ. V, n°219, préc. (hypothèse d'abus de droit).

<sup>2387</sup> Article L. 3123-24 du Code du travail. Le salarié à temps partiel peut opposer d'autres raisons à son changement d'horaires comme l'incompatibilité avec « *le suivi d'un enseignement scolaire ou supérieur, avec une période d'activité fixée chez un autre employeur ou avec une activité professionnelle non salariée* », alors même que la décision de l'employeur répondrait à des exigences précises, indépendantes de sa seule volonté.

<sup>2388</sup> Ex. : « *En se déterminant ainsi, sans rechercher concrètement, comme il le lui était demandé, si la décision de l'employeur de muter [le salarié...] ne portait pas une atteinte au droit [du salarié...] à une vie personnelle et familiale [...]* » : Cass. soc., 7 octobre 2012, n°11-18029 (C'est nous qui soulignons). – Cass. soc., 23 mars 2011, n°09-69127.

<sup>2389</sup> J. RAYNAUD, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, PUAM, 2003, n°246. Cf. arrêt « Spileers » du 12 janvier, 1999, Bull. civ. V, n° 7, préc. Ainsi par exemple, le juge recherchera si une simple clause de non-démarchage ou de discrétion ne pouvait suffire à préserver l'intérêt légitime de l'entreprise sans qu'il soit nécessaire d'insérer une clause de non-concurrence. Cf. R. VATINET, « Les principes mis en œuvre par la jurisprudence relative aux clause de non-concurrence en droit du travail », Dr. soc. 1998, p. 534.

<sup>2390</sup> Cass. soc., 16 mai 2007, n°06-41922, préc.

*transports en commun quasi-inexistants* ». Mais la Cour de cassation censure la Cour d'appel ayant conclu à l'abus de droit pour ne pas avoir « *recherché comme elle y était invitée s'il était possible à l'entreprise d'offrir à la salariée un emploi plus proche de son domicile* »<sup>2391</sup>. En l'occurrence, l'employeur ayant perdu un marché, il était peu probable qu'une autre solution existât. En d'autres termes, la mesure décidée par l'employeur était nécessaire. La Cour de cassation juge donc l'excès de la mesure à l'aune de la nécessité de cette dernière.

Il lui est cependant arrivé, non plus de rechercher une alternative au regard de la mesure elle-même mais au regard du salarié concerné. En effet, dans une décision du 18 mai 1999<sup>2392</sup>, sous l'angle de l'abus de droit, la Cour de Cassation considère que le « *déplacement immédiat* » en cause « *pouvait être pourvu par d'autres salariés* ». Il ne s'agit donc plus de rechercher si une autre mesure pouvait être prise, mais si un autre salarié, dont la vie familiale et personnelle aurait été moins affectée, n'aurait pas pu être mobilisé. Dans cette affaire, la Cour de cassation revient à l'approche consistant à d'abord examiner si la mesure était bien nécessaire au regard de la situation de l'entreprise avant de s'intéresser à l'exigence de la proportionnalité, mais ici, au regard du salarié concerné.

Le contrôle jurisprudentiel apparaît dès lors circonstancié. Il a le mérite de s'essayer à l'équilibre entre l'intérêt de l'entreprise et celui du salarié.

**617. La portée du recours à la « vie personnelle et familiale ».** Le point d'équilibre entre l'intérêt de l'entreprise et celui du salarié demeure délicat tant l'intérêt du premier semble *a priori* prévaloir sur le second. Il faut néanmoins évoquer ici un arrêt, certes non publié mais amplement commenté, du 24 janvier 2007<sup>2393</sup> qui semble intervertir la perspective. Une salariée sollicitait à l'issue de son congé parental une mutation afin de suivre son conjoint. L'arrêt de la Cour d'appel ayant considéré que « *l'obligation de bonne foi du contrat de travail n'impliquait pas, nonobstant les contraintes familiales de*

---

<sup>2391</sup> Rappr. Cass. soc., 2 juillet 2003, n°01-42046, préc. : Condamnation de l'employeur « *qui connaissait les difficultés matérielles du salarié et l'avait auparavant employé dans des lieux peu éloignés de son domicile, l'avait affecté [...] sur un sitedistant de plus de 150 km, sans rechercher s'il existait d'autres possibilités d'emploi* ».

<sup>2392</sup> Cass. soc., 18 mai 1999, Bull. civ. V, n°219, préc.

<sup>2393</sup> Cass. soc., 24 janvier 2007, RDC 2007, p. 1220, note Ch. RADÉ ; JCP G. 2007, II, 10110, note J. MOULY ; D. 2007, p. 1480, note G. LOISEAU ; JCP S. 2007, 1243, note S. BÉAL et A.-L. DODET ; JSL, 27 février 2007, n°206, p. 10, note M. HAUTEFORT.

*l'intéressée, l'obligation pour la société [...] de proposer [à la salariée] les postes disponibles dans la région [où était demandée la mutation] » est censuré. La Cour de cassation considère que la décision de l'employeur, alors que la salariée invoquait, outre des raisons familiales sérieuses, que des postes étaient disponibles dans la région demandée<sup>2394</sup> et qu'aucune raison objective ne justifiait le refus de l'employeur, « portait atteinte de façon disproportionnée à la liberté de choix du domicile de la salariée et était exclusive de la bonne foi contractuelle ». Compris a contrario, il aurait fallu soit qu'existât un motif objectif soit qu'aucun poste ne fût disponible pour que l'employeur puisse légitimement refuser la demande de la salariée. Il est permis d'être surpris. Le salarié ne dispose pas d'un « droit acquis à une mutation »<sup>2395</sup>. Cependant, un arrêt ultérieur<sup>2396</sup> relatif à une demande de changement d'horaires formulée par le salarié semble se situer dans cette même lignée. En l'occurrence, la Cour de cassation avait considéré que « le refus de l'employeur d'accéder à la demande de modification d'horaire de travail [...] résultait de l'exercice légitime de son pouvoir de direction [...] ». En plaçant le refus de l'employeur dans le champ de son pouvoir de direction, on peut s'interroger sur un éventuel amalgame. Le principe d'intangibilité des conventions n'aurait-il pas davantage vocation à être mobilisé ? Par définition, ce n'est pas l'intérêt de l'entreprise qui commande la demande mais celui du salarié. On bascule d'un intérêt professionnel (celui de l'employeur)<sup>2397</sup> à un intérêt personnel particulier. Lorsque la mutation est décidée par l'employeur, c'est à la condition qu'elle soit prévue et encadrée par le contrat. Dans l'hypothèse d'une mutation demandée par le salarié, il s'agit de faire intervenir des raisons extracontractuelles<sup>2398</sup>, sans d'ailleurs que celui-ci soit limité*

---

<sup>2394</sup> L'employeur n'a pas à créer de poste. Cf. M. HAUTEFORT note préc. sous Cass. soc., 24 janvier 2007.

<sup>2395</sup> Cass. soc., 28 octobre 2009, RJS 1/10, n°10, CSBP 2010, n°217, p. 53, obs. F.-J. PANSIER : « Mais attendu que procédant à la recherche prétendument omise, la cour d'appel, après avoir exactement retenu que la salariée n'avait pas de droit acquis à une mutation, a relevé 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 ; qu'en l'état de ces constatations, elle a pu en déduire qu'en ne rejoignant pas son poste en dépit des mises en demeure, la salariée avait commis une faute ».

<sup>2396</sup> Cass. soc., 12 septembre 2012, n°11-21494, préc.

<sup>2397</sup> Supra n°183.

<sup>2398</sup> G. LOISEAU, note sous Cass. soc., 24 janvier 2007, in D. 2007, p. 1480.

par une zone géographique ou temporelle particulière<sup>2399</sup>. Certes, les raisons invoquées par le salarié paraissent légitimes (obligations familiales impérieuses). Cela étant, la légitimité d'un motif ne permet pas habituellement – mise à part la spécificité du pouvoir de direction de l'employeur issu du contrat de travail lui-même<sup>2400</sup> – la modification unilatérale d'un contrat. Un salarié peut d'ailleurs toujours refuser une modification de son contrat de travail quand bien même l'employeur disposerait d'un motif qui paraîtrait légitime.

Reste que la jurisprudence ne soumet pas encore l'employeur à une obligation d'adaptation du lieu de travail, ou d'horaire de travail, en considération de la vie personnelle et familiale<sup>2401</sup>. Elle admet en revanche le contrôle de l'abus dans le refus de l'employeur<sup>2402</sup>, contrôle qui n'existe pas lors du refus par le salarié d'une modification de son contrat. Du point de vue de l'orthodoxie juridique, ce procédé peut surprendre. Du point de vue des libertés et droits fondamentaux, il se justifie davantage.

### 3. *Le résultat du contrôle*

**618.** Le sort du licenciement subséquent au changement des conditions de travail refusé par le salarié dépend de l'appréciation de l'atteinte justifiée et proportionnée (b) ou non (a) alors portée à la vie privée et familiale du salarié.

#### *a. L'atteinte injustifiée et/ou disproportionnée*

**619. L'absence de cause réelle et sérieuse versus la nullité du licenciement.** La vie personnelle et familiale du salarié peut venir limiter le droit de l'employeur de changer ses conditions de travail. Mais selon que la jurisprudence se place sur le terrain des droits fondamentaux ou de celui de la modification du contrat, les conséquences en sont

<sup>2399</sup> Propos relatif dès lors qu'une clause de mobilité prévoyant la France entière est licite : Cass. soc., 9 juillet 2014, Bull. civ. V, n°183. Cf. les critiques de J. MOULY, obs. sous Cass. soc., 9 juillet 2014, Dr. soc. 2014, p. 857.

<sup>2400</sup> Supra n°13 et 192.

<sup>2401</sup> La jurisprudence avait d'abord visé le libre choix du domicile (Cass. soc., 24 janvier 2007, n°05-40639, préc.). Elle corrigea ultérieurement cette maladresse : Cass. soc., 12 septembre 2012, RJS 12/12, n°938. « *Mais attendu qu'ayant relevé que le refus de l'employeur d'accéder à la demande de modification d'horaire 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, la cour d'appel a pu décider que l'absence prolongée et injustifiée de la salariée à son poste malgré des mises en demeure rendait impossible son maintien dans l'entreprise et constituait une faute grave* ».

<sup>2402</sup> M.-N. ROUSPIDE-KATCHADOURIAN, *Le juge et le contrat de travail, essai sur la relecture judiciaire d'un contrat*, LGDJ, 2014, n°135 et s.

différentes. En effet, si à l'instar de ce que la Cour décide pour les horaires de travail<sup>2403</sup>, l'atteinte injustifiée et/ou disproportionnée fait basculer le changement des conditions de travail dans le giron de la modification du contrat, le licenciement consécutif au refus du salarié sera dépourvu de cause réelle et sérieuse. En revanche, si l'on demeure sur le terrain des droits et libertés fondamentaux, la nullité de la mesure et par voie de conséquence celle des licenciements subséquents pourraient être envisagées. En effet, au-delà de certains textes spéciaux<sup>2404</sup>, se pose la question de l'éventuelle existence d'un principe général de nullité des actes portant atteinte à des libertés et droits fondamentaux<sup>2405</sup>. La Cour de cassation y a elle-même répondu, jugeant que « *le juge ne peut en l'absence de disposition le prévoyant et à défaut de violation d'une liberté fondamentale, annuler un licenciement* »<sup>2406</sup>. S'il est ainsi admis que la violation d'une liberté fondamentale<sup>2407</sup> doit être sanctionnée par la nullité de la mesure, le changement des conditions de travail portant une atteinte injustifiée et/ou disproportionnée à la vie personnelle et familiale du salarié devrait pouvoir être considéré comme nul, et, par ricochet, les licenciements subséquents également. Mais la jurisprudence préfère prononcer l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement, en se fondant soit sur le régime de la modification du contrat de travail – ce sera l'hypothèse du changement des horaires de travail – soit sur celui de l'abus de droit<sup>2408</sup>.

**620. La réduction de la mesure.** La réduction de la mesure à laquelle aurait pu faire penser la disproportion (mais non l'absence de justification) – à l'instar de ce que la

---

<sup>2403</sup> Supra n°128.

<sup>2404</sup> Article L. 1132-4 du Code du travail.

<sup>2405</sup> Infra n°627 et s.

<sup>2406</sup> Cass. soc., 13 mars 2001, Bull. civ. V, n°87.

<sup>2407</sup> Ce qui suppose de traiter différemment les atteintes injustifiées et/ou disproportionnées aux droits et libertés individuelles des salariés selon que cette liberté ou ce droit est ou non fondamental. Une telle analyse ne serait pas exempte de difficultés. La chambre sociale s'y est pourtant essayée lorsqu'elle a affirmé que la liberté de se vêtir n'était pas une liberté fondamentale (Cass. soc., 28 mai 2003, D. 2003, p. 2718, note F. GUIOMARD ; RTD civ. 2003, p. 280, note J. HAUSER ; Dr. soc. 2003, p. 808, note Ph. WAQUET ; Dr. soc. 2004, p. 132, note P. LOKIEC ; JCP E. 2003, 1328, note D. CORRIGNAN-CARSIN ; Dr. ouvr. 2003, p. 659, note P. LYON-CAEN ; Lexbase hebdo, éd. soc., 01/01/2004, n°101, obs. Ch. d'ARTIGUE).

<sup>2408</sup> Ex. CA Paris, 16 novembre 2011 : « *L'atteinte qui en résultait à la vie personnelle et familiale de la salariée, mère de six enfants, dont certains étaient encore mineurs, caractérise une application déloyale du contrat de travail. Dans ce contexte, le refus de la salariée de rejoindre sa nouvelle affectation alors qu'elle demandait simplement à la société PEI, entreprise de plus de mille salariés, un réexamen de sa situation et une affectation sur un poste ne comportant qu'une seule vacation, ne saurait être fautif* ». Et la Cour de conclure à l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement.

jurisprudence a pu admettre pour la clause de non-concurrence<sup>2409</sup> – paraît délicate à effectuer, surtout si elle impose l'intervention du juge. Outre qu'il est souvent trop tard, la rupture du contrat de travail étant consommée, elle reviendrait à faire peser sur le juge le choix d'une autre solution que celle imposée au salarié.

**621. Les accords de maintien de l'emploi, de mobilité interne et de préservation ou développement de l'emploi.** La vie personnelle et familiale du salarié a particulièrement été prise en considération par la loi du 14 juin 2013<sup>2410</sup> ayant ouvert la voie aux accords collectifs de « mobilité interne ». En effet, l'article L. 2242-22 du Code du travail dispose que l'accord « *comporte notamment : 1°, les limites imposées à [la] mobilité au-delà de la zone géographique d'emploi du salarié, elle-même précisée par l'accord, dans le respect de la vie personnelle et familiale du salarié conformément à l'article L. 1121-1, 2°, les mesures visant à concilier la vie professionnelle et la vie personnelle et familiale et à prendre en compte les situations liées aux contraintes de handicap et de santé [...]* ». L'article L. 2242-19, alinéa 3, du Code du travail prévoit en outre une phase de concertation avant la mise en œuvre de l'accord, afin de « *prendre en compte les contraintes personnelles et familiales de chacun des salariés potentiellement concernés* »<sup>2411</sup>. Ainsi, la vie personnelle et familiale du salarié doit être prise en considération tant au stade de la conclusion de l'accord – à défaut l'accord serait illégal – qu'au stade de sa mise en œuvre individuelle. Dans cette dernière hypothèse, il est permis de penser que la sanction serait la même que celle à l'œuvre lors d'un changement des conditions de travail portant une atteinte injustifiée et/ou disproportionnée à la vie personnelle et familiale du salarié. La solution devrait s'imposer dans l'hypothèse d'accords de préservation ou de développement de l'emploi. La formule retenue par le projet de loi Travail visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs peut néanmoins surprendre. Il est en effet prévu que de tels accords précisent « *les modalités selon lesquelles est prise en compte la situation des salariés invoquant une atteinte disproportionnée à leur vie*

---

<sup>2409</sup> Cass. soc., 10 juillet 2002, Bull. civ. V, n°239, préc.

<sup>2410</sup> Loi du 14 juin 2013, n°2013-504, relative à la sécurisation de l'emploi, JO, 16 juin 2013, p. 9958.

<sup>2411</sup> Rappr. article L. 3121-46 du Code du travail : « *Un entretien annuel individuel est organisé par l'employeur, avec chaque salarié ayant conclu une convention de forfait en jours sur l'année. Il porte sur la charge de travail du salarié, l'organisation du travail dans l'entreprise, l'articulation entre l'activité professionnelle et la vie personnelle et familiale, ainsi que sur la rémunération du salarié* ».

*personnelle ou familiale* ». Ce qui n'écarte pas l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement si l'atteinte alors portée à la vie personnelle et familiale du salarié se révèle effectivement disproportionnée (ou injustifiée). La loi est en revanche muette en ce qui concerne les accords de maintien de l'emploi. Pourtant, l'article L. 1121-1 du Code du travail devrait aussi trouver à s'appliquer.

*b. L'atteinte justifiée et proportionnée*

**622. Le motif de licenciement.** Le salarié se voyant imposer un changement de ses conditions de travail est tenu de se soumettre. *De facto*, s'il s'y oppose, l'employeur est en droit de procéder à son licenciement. Le refus illégitime du salarié n'est certes plus sanctionné par un licenciement pour faute (nécessairement) grave, il reste néanmoins une faute disciplinaire. Cette solution ne suscite guère de difficultés lorsqu'aucune atteinte à la vie personnelle et familiale du salarié n'est à déplorer, ou du moins que le salarié concerné n'est confronté à aucune difficulté particulière. Elle paraît plus délicate dans les hypothèses où l'atteinte est effectivement consommée mais est considérée comme justifiée et proportionnée. Certains auteurs ont alors douté de la nature disciplinaire d'un tel licenciement<sup>2412</sup>. La cause réelle et sérieuse existerait mais ne serait pas une faute du salarié. Il faudrait alors conclure soit au licenciement pour fait personnel non fautif (à l'instar de celui pour insuffisance de résultats) soit préférer un licenciement pour trouble objectif résultant du refus du salarié.

## **Section II. La sanction de l'exercice d'un droit potestatif portant atteinte aux libertés et droits fondamentaux du salarié**

**623. Qui dit violation d'un droit fondamental dit nullité ?** Il s'agit de s'interroger sur la réalité de la nullité comme sanction de principe d'une violation d'une liberté ou d'un droit fondamental. Vœu d'une certaine doctrine<sup>2413</sup> dont la Cour de cassation paraît

---

<sup>2412</sup> A. MAZEAUD, « Modification du contrat, changement des conditions de travail et vie personnelle », *in colloque Vie professionnelle et vie personnelle*, Dr. soc., 2004, p. 77 ; M.-C. ESCANDE-VARNIOL, « Pour une évolution de la qualification juridique des changements d'horaires du lieu de travail », Dr. soc. 2002, p. 1064.

<sup>2413</sup> Not. J. RAYNAUD, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, *op. cit.* ; I. MEYRAT, « La contribution des droits fondamentaux à l'évolution du système français des relations du travail ... », art. préc. ; J.-M. VERDIER, « Au-delà de la réintégration et de l'indemnisation des grévistes : vers une protection spécifique des droits fondamentaux des travailleurs », Dr. soc. 1991,

se faire l'écho – si l'on en croit, du moins, l'analyse *a contrario* de sa décision affirmant que « *le juge ne peut en l'absence de disposition le prévoyant et à défaut de violation d'une liberté fondamentale, annuler un licenciement* »<sup>2414</sup> – la nullité paraît en effet la sanction adéquate à la violation d'un droit fondamental. Aujourd'hui, cette solution est le plus souvent consacrée par le législateur. La question de savoir dans quelle mesure la « *fondamentalité* » des droits alors atteints l'impose se pose néanmoins. Des doutes sont permis.

**624.** « *Quod nullum est nullum producit effectum* »<sup>2415</sup>. La nullité sous-tend en principe la remise en l'état. L'acte nul est censé n'avoir jamais existé. Aussi, lorsque la nullité concerne un acte unilatéral extinctif d'un contrat, celui-ci est réputé n'avoir jamais été rompu. Dès lors, la réintégration du salarié devrait pouvoir être imposée. Cette réintégration paraît la conséquence logique de la nullité du licenciement. Mais en réalité, le salarié dont le licenciement est nul dispose d'un choix entre demander cette réintégration ou demander la réparation (par équivalent) de la rupture illicite de son contrat de travail. La remise en l'état n'est donc pas toujours prononcée.

**625. Plan.** La réponse à la question de savoir si la nullité est le corollaire de la violation d'une liberté ou d'un droit fondamental (I) et si la remise en l'état est celui de la nullité (II) n'apparaît pas certaine.

### ***I. La nullité, corollaire de la violation d'une liberté ou d'un droit fondamental ?***

**626. Les nullités « *virtuelles* ».** La nullité est une sanction particulièrement grave. En témoignage, en droit du travail, la préférence donnée au concept de licenciement sans cause réelle et sérieuse. Dès lors, la nullité paraît réservée à certaines hypothèses particulières. Le législateur en use avec parcimonie, se contentant, parfois, d'entériner des solutions jurisprudentielles. Se pose la question de savoir dans quels cas la Cour de

---

p. 709 et note sous Cass. soc., 10 juillet 2001, Dr. soc. 2001, p. 1035. V. aussi les auteurs cités par A. MARTINON, *Essai sur la stabilité...*, th. préc., n°262.

<sup>2414</sup> Cass. soc., 13 mars 2001, Bull. civ. V, n°87.

<sup>2415</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 15 mai 2001, Bull. civ. I, n°133. – Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 2 octobre 2002, RTD civ. 2003, p. 284, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

cassation a pu admettre la sanction de la nullité, notamment lorsque celle-ci apparaissait, à l'origine, comme « virtuelle », c'est-à-dire sans appui textuel.

**627. La reconnaissance jurisprudentielle de la nullité des actes portant atteinte à des libertés et droits fondamentaux.** Le rapprochement entre la nullité et la violation d'une liberté ou d'un droit fondamental est évident. La nullité des licenciements décidés en violation du statut protecteur est à ce titre révélateur. La Cour de cassation avait usé, à l'origine, du mécanisme de la « voie de fait » propre au droit administratif dont on sait qu'il caractérise une atteinte au droit de propriété ou à une liberté fondamentale<sup>2416</sup>. L'arrêt « Clavaud » de la chambre sociale de la Cour de cassation<sup>2417</sup> est également symptomatique du lien établi entre une liberté ou un droit fondamental et la nullité « virtuelle » de l'acte y portant atteinte. L'affaire est connue. Un salarié avait été licencié pour avoir relaté ses conditions de travail auprès de journalistes. La Cour de cassation admit que le licenciement n'était pas simplement sans cause réelle et sérieuse mais nul car attentatoire à la liberté d'expression du salarié<sup>2418</sup>. Ainsi, lorsque le salarié est licencié pour avoir exercé une liberté ou un droit fondamental, son licenciement est nul<sup>2419</sup>. Les licenciements fondés sur un motif discriminatoire<sup>2420</sup> le sont également. D'où l'importance de reconnaître l'atteinte à un tel droit afin de conclure à la nullité de l'acte considéré. Pourtant, la Cour de cassation ne mène pas toujours ce raisonnement

---

<sup>2416</sup> Cass. soc., 14 juin 1972, préc. Cf. I. MEYRAT, « La contribution des droits fondamentaux à l'évolution du système français des relations du travail ... », art. préc., p. 47.

<sup>2417</sup> Cass. soc., 28 avril 1988, Dr. soc. 1988, p. 428, concl. H. ECOUTIN, obs. G. COUTURIER.

<sup>2418</sup> Il est intéressant de noter que la nullité du licenciement a été affirmée par chaque juridiction mais sur des fondements différents. Motif illicite selon le conseil de prud'hommes, nullité fondée sur l'article 1131 du Code civil (CPH, Montluçon, 24 novembre 1986, Dr. ouvr. 1987, p. 1, note M. HENRY). La Cour d'appel s'était, elle, fondée sur l'ancien article L. 461-1 du Code du travail relatif au droit d'expression dans l'entreprise (CA Riom, 2 mars 1987, D. 1987, p. 97, note E. WAGNER ; Dr. ouvr. 1987, p. 97, note G. LYON-CAEN). La Cour de cassation approuvait la solution mais de manière ambiguë : « *Attendu, enfin, que loin de faire application de ce dernier texte à une situation qu'il ne prévoit pas, la cour d'appel n'en a fait état que pour en déduire que l'exercice du droit d'expression dans l'entreprise étant, en principe, dépourvu de sanction, il ne pouvait en être autrement hors de l'entreprise où il s'exerce, sauf abus, dans toute sa plénitude* ».

<sup>2419</sup> Ex. de licenciement nul car prononcé afin de sanctionner le salarié ayant agi en justice : Cass. soc., 6 février 2013, D. 2014, p. 1115, obs. P. LOKIEC et J. PORTA ; Dr. soc. 2013, p. 415, note J. MOULY ; RDT 2013, p. 630, obs. P. ADAM ; JCP S. 2013, 1385, obs. F. BOUSEZ.

Ex. de licenciement nul car prononcé à l'encontre d'un salarié ayant exercé son droit de retrait : Cass. soc., 28 janvier 2009, Dr. soc. 2009, p. 489, obs. P. CHAUMETTE ; JCP S. 2009, 1226, obs. P.-Y. VERKINDT.

<sup>2420</sup> Supra n°586.

jusqu'à son terme. En témoigne la sanction du licenciement motivé par l'action en justice du salarié<sup>2421</sup>.

**628. *Le cas du licenciement motivé par l'action en justice du salarié.*** Dans cette hypothèse, la Cour de cassation s'est d'abord écartée difficilement des textes. Si elle a ainsi considéré comme nuls les licenciements pris de l'action en justice du salarié en matière d'égalité professionnelle<sup>2422</sup>, de discrimination<sup>2423</sup> ou de harcèlement<sup>2424</sup>, c'est que le législateur en avait ainsi disposé. En revanche, la jurisprudence n'a pas, par exemple, étendu cette solution aux licenciements intervenus en raison de l'action en justice introduite par le salarié en raison d'une violation du principe « à travail égal, salaire égal »<sup>2425</sup>. Pourtant, ce qui importe n'est pas l'objet de la demande, mais bien l'action en justice. Des arrêts plus récents semblent néanmoins revenir sur cette analyse. En effet, un arrêt de 2013<sup>2426</sup> a permis d'ordonner le prononcé de la poursuite de la relation de travail dans le cadre de ruptures illicites de contrats de travail à durée déterminée motivées par l'action en justice de salariés visant à faire requalifier leur contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée. De la même manière, un arrêt de 2016<sup>2427</sup> retient la nullité du licenciement pris de l'action en justice du salarié d'une demande de résiliation judiciaire de son contrat de travail. Cette jurisprudence semble ainsi se généraliser<sup>2428</sup>.

**629. *L'existence d'un filtre.*** Il semble en revanche que la jurisprudence n'admette pas de nullité « virtuelle » lorsqu'il existe un « filtre » entre le licenciement considéré et l'atteinte à l'exercice d'une liberté ou d'un droit fondamental, ou la discrimination que l'on pourrait reprocher (B). De la même façon, lorsque le droit fondamental atteint ne peut directement être invoqué par les justiciables – et l'on songe alors au « droit à

---

<sup>2421</sup> Sur l'action en justice, liberté fondamentale, cf. not. M. LE FRIANT, « L'accès à la justice », in *Droits et libertés fondamentaux*, Dalloz, 1997, 4<sup>ème</sup> éd., p. 341 ; L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, *et alii*, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 2012, 6<sup>ème</sup> éd., p. 381 et s.).

<sup>2422</sup> Article L. 1144-3 du Code du travail.

<sup>2423</sup> Article L. 1134-4 du Code du travail.

<sup>2424</sup> Articles L. 1152-3 et L. 1153-3 du Code du travail.

<sup>2425</sup> Cass. soc., 20 février 2008, Bull. civ. V, n°38.

<sup>2426</sup> Cass. soc., 6 février 2013, Bull. civ. V, n°27, préc.

<sup>2427</sup> Cass. soc., 3 février 2016, JSL, 22 mars 2016, n°406, p. 8, obs. J.-Ph. LHERNOULD.

<sup>2428</sup> V. égal. Cass. soc., 29 octobre 2013, Bull. civ. V, n°252 : « *En raison de l'atteinte qu'il porte à la liberté fondamentale de témoigner, garantie d'une bonne justice, le licenciement prononcé en raison du contenu d'une attestation délivrée par un salarié au bénéfice d'un autre est atteint de nullité, sauf en cas de mauvaise foi de son auteur* ».

l'emploi » – l'intervention du législateur semble encore nécessaire au prononcé de la nullité (A).

*A. Les limites tirées du caractère médiat du droit en cause : le droit à l'emploi*

**630. La problématique de l'absence ou d'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi.** Dans le cas de licenciements d'au moins dix salariés dans une même période de trente jours pour les entreprises d'au moins cinquante salariés, l'employeur est tenu d'instaurer un plan de sauvegarde de l'emploi<sup>2429</sup>. À défaut la procédure et les licenciements subséquents sont nuls<sup>2430</sup>. Mais dès lors qu'une telle nullité est prévue par le législateur lui-même, on ne peut conclure que le « droit à l'emploi » puisse directement fonder une nullité. La question aurait pu se poser à l'époque où le législateur avait instauré l'obligation de mise en place d'un tel plan et n'avait prévu comme sanction que la nullité de la procédure, laissant en suspens le sort des licenciements subséquents. La suite est connue, l'arrêt « La Samaritaine » réglant la question par l'affirmation de la nullité des licenciements en découlant<sup>2431</sup>. Il n'était cependant pas certain que l'on eût pu conclure que la Cour de cassation consacrait par cette jurisprudence l'effectivité du « droit à l'emploi » et partant la nullité des actes y portant atteinte, car la sanction de la nullité pouvait se prévaloir de l'intention même du législateur<sup>2432</sup>. Ce dernier a d'ailleurs entériné la solution en 2002<sup>2433</sup>. La loi du 14 juin 2013 modifiant la procédure des licenciements collectifs d'au moins dix salariés dans une même période de trente jours dans les entreprises d'au moins cinquante salariés n'a pas abandonné cette solution<sup>2434</sup>.

---

<sup>2429</sup> Article L. 1233-61 du Code du travail.

<sup>2430</sup> Article L. 1235-10 du Code du travail.

<sup>2431</sup> Cass. soc., 13 février 1997, Dr. soc. 1997, p. 249, Ph. de CAIGNY ; LPA, 12 mars 1997, n°31, p. 18, obs. G. PICCA.

<sup>2432</sup> G. LYON-CAEN, J. PÉLISSIER et A. SUPLOT, *Droit du travail*, Dalloz, 1998, 19<sup>ème</sup> éd., n°449.

<sup>2433</sup> Loi n°2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale.

<sup>2434</sup> Aujourd'hui, l'autorité administrative est en charge de l'examen du plan de sauvegarde de l'emploi (articles L. 1233-57-2 du Code du travail en cas de validation et L. 1233-57-3 du Code du travail en cas d'homologation). En cas d'annulation d'une décision de validation ou d'homologation en raison d'une absence ou d'une insuffisance de plan de sauvegarde de l'emploi, la procédure est nulle (article L. 1235-10, alinéa 2, du Code du travail), le juge pouvant alors prononcer la nullité des licenciements en découlant (Article L. 1235-11 du Code du travail). L'article L. 1235-10, alinéa 1, du Code du travail dispose, quant à lui, que les licenciements intervenus en l'absence de décision relative à la validation ou à l'homologation (ou alors que la décision était négative) sont nuls. Ce faisant, le législateur paraît traiter la validation ou l'homologation davantage comme une autorisation administrative de licenciement. Sans

**631. Le « filtre » du législateur.** Le « droit à l'emploi » servirait de fondement au législateur lui permettant d'imposer dans certaines hypothèses une réintégration. Cette filiation entre le « droit à l'emploi » et la réintégration est parfois affirmée par le Conseil constitutionnel<sup>2435</sup>, voire la Cour de cassation<sup>2436</sup>, mais toujours à l'occasion du contrôle d'une loi, soit à l'aune du bloc de constitutionnalité pour l'un, soit de conventions internationales pour l'autre<sup>2437</sup>. Les jurisprudences s'efforçant alors de s'assurer que les dispositions législatives opèrent une conciliation sans « *erreur manifeste* »<sup>2438</sup>, « *manifestement [non] déséquilibrée* »<sup>2439</sup>, ou « *raisonnable* »<sup>2440</sup> entre la liberté d'entreprendre et le « droit à l'emploi ».

Ainsi, *a priori*, le « droit à l'emploi » ne permet de fonder qu'une nullité textuelle<sup>2441</sup>. En d'autres termes, en l'absence de textes, l'atteinte au « droit à l'emploi » n'ouvre pas droit, en principe, à nullité et/ou réintégration<sup>2442</sup>. Cette solution se justifie par la nature même du « droit à l'emploi », droit-créance<sup>2443</sup>. Il s'agit alors de politique législative. À défaut, l'absence de cause réelle et sérieuse devrait également se traduire par la nullité des licenciements. En effet, la perte injustifiée d'un emploi est une atteinte au « droit à l'emploi » du salarié. Pourtant on sait que le législateur refuse la nullité des licenciements sans cause réelle et sérieuse, marquant ainsi sa préférence pour une

doute faudrait-il préférer passer là-aussi par le biais de la nullité de la procédure et non l'affirmation directe de la nullité du licenciement. (Cf. sur ce point B. GAURIAU, « Variations sur la nullité du licenciement », Dr. soc. 2014, p. 44).

<sup>2435</sup> Cons. const., 13 janvier 2005, n°2004-509 DC, préc. – Cons. const., 13 avril 2012, n°2012-232 QPC.

<sup>2436</sup> Cass. soc., 14 avril 2010, Bull. civ. V, n°96, préc.

<sup>2437</sup> En l'occurrence, l'article 6.1 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

<sup>2438</sup> Cons. const., 13 janvier 2005, n°2004-509 DC, préc., considérant n°28.

<sup>2439</sup> Cons. const., 13 avril 2012, n°2012-232 QPC, préc., considérant n°5.

<sup>2440</sup> Cass. soc., 14 avril 2010, Bull. civ. V, n°96, préc.

<sup>2441</sup> On peut également s'interroger sur l'article L. 1224-1 du Code du travail. La jurisprudence considère que le salarié licencié en violation de cette règle est sans effet, le salarié ayant droit à être réintégré. Ne s'agit-il pas ici également de l'expression d'une politique publique (cf. F. GAUDU, « Les nullités du licenciement et le principe « pas de nullité sans texte », Dr. soc. 2010, p. 151) que l'on pourrait rattacher au droit à l'emploi ? Mais on peut également se demander si la jurisprudence en la matière n'a pas fait que suivre l'intention du législateur. Autrement dit se pose la question de savoir dans quelle mesure il s'agit bien d'une nullité – le mot n'est certes pas employé – sans texte.

<sup>2442</sup> Rappr. l'hypothèse de reclassement qui rend le licenciement sans cause réelle et sérieuse.

V. égal. Cass. soc., 3 mai 2012, Bull. civ. V, n°129 : « *En vertu de ce texte [L. 1235-10 du Code du travail], seule l'absence ou l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi soumis aux représentants du personnel entraîne la nullité de la procédure de licenciement pour motif économique* ».

<sup>2443</sup> Supra n°569.

sanction indemnitaire<sup>2444</sup>. Dans ces conditions, il est sans doute « raisonnable » que les licenciements nuls sur ce fondement soient circonscrits à certaines hypothèses relevant des licenciements pour motif économique.

*B. Les limites tirées du caractère médiat des atteintes considérées*

**632. La nullité du licenciement subordonnée à une atteinte directe à une liberté ou un droit fondamental.** Lorsque le motif du licenciement n'est qu'indirectement discriminatoire ou n'est qu'indirectement tiré de l'exercice par le salarié d'une liberté ou d'un droit fondamental, la sanction sera en principe celle de l'absence de cause réelle et sérieuse et non la nullité du licenciement (1). Il ne suffit donc pas de reconnaître l'existence d'une liberté ou d'un droit fondamental, encore faut-il que le licenciement y porte directement atteinte pour qu'il puisse être considéré comme nul. La problématique des droits de la défense du salarié au stade de la procédure de licenciement disciplinaire illustre cette affirmation (2).

*1. Les atteintes indirectes*

**633. Typologie.** Le licenciement prononcé à la suite du refus du salarié de se soumettre à un changement de conditions de travail portant une atteinte injustifiée et/ou disproportionnée à sa vie personnelle et familiale, celui prononcé pour trouble objectif alors que ce trouble ne serait pas légitimement constaté, et enfin la non-réintégration du salarié au terme d'une période de suspension « protégée » du contrat ne sont en principe sanctionnés que par un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

**634. L'absence de trouble objectif caractérisé.** Le trouble objectif permet de licencier un salarié pour un fait tiré de sa vie privée dès lors que ce fait a apporté un trouble objectif et légitime dans l'entreprise. Lorsque ce trouble n'est pas caractérisé, le licenciement est sans cause réelle et sérieuse. Pourtant, certains faits à l'origine du trouble constaté peuvent être rattachés à un motif discriminatoire ou ne sont que l'expression de l'exercice d'une liberté ou d'un droit fondamental. Que penser de la femme licenciée pour port du voile lorsque le trouble évoqué n'est pas caractérisé, ou n'est pas considéré comme légitime ? Ne s'agirait-il pas d'un licenciement fondé sur la

---

<sup>2444</sup> Supra n°445, 446.

religion de l'intéressée ? Le salarié malade dont les absences n'ont pas causé, en réalité, de véritables troubles à l'entreprise, n'est-il pas licencié du fait de son état de santé ? Ne devrait-on pas, dans ces conditions, conclure davantage à la nullité du licenciement qu'à l'absence de cause réelle et sérieuse ?

La jurisprudence paraît opposée à cette approche. Dans un arrêt en date du 14 novembre 2000<sup>2445</sup>, une salariée avait été licenciée pour trouble objectif au motif que le comportement de son conjoint, étranger à l'entreprise, entraînait des conséquences dommageables pour celle-ci et l'ensemble de son personnel. Ayant obtenu devant le conseil des prud'hommes des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, la salariée demandait en appel la nullité de son licenciement. Considérant que son licenciement était en réalité prononcé « *en raison de son sexe, de sa situation matrimoniale, voire de ses mœurs* », elle estimait qu'il violait l'article L. 122-45 (L. 1132-1 nouveau) du Code du travail. Mais ni la Cour d'appel, ni la Cour de cassation n'ont suivi ses demandes. Celle-ci affirmant que « *le licenciement ayant été prononcé à raison du trouble objectif causé, selon l'employeur, par le comportement de [la salariée], la Cour d'appel a justement décidé que les dispositions de l'article L. 122-45 du Code du travail n'étaient pas applicables* ». Le filtre du trouble objectif permettrait ainsi à l'employeur d'éviter la nullité du licenciement. On peut le regretter.

**635. La non-réintégration à l'issue de périodes de suspension « protégées ».** La salariée qui, à l'issue de son congé de maternité, ne retrouverait pas son poste de travail ou un poste de travail équivalent soit refusera la modification du contrat à laquelle elle est confrontée soit prendra acte de la rupture aux torts de son employeur (ou demandera la « résiliation » judiciaire de son contrat de travail). Dans le premier cas, le régime applicable sera celui du refus de la modification du contrat, c'est-à-dire celui de l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement pris de ce refus. Dans le second, la rupture produira les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse<sup>2446</sup>. Pourtant, ne pourrait-on pas considérer qu'en ne réintégrant pas la salariée à l'issue de son congé de maternité, l'employeur viole le statut protecteur de cette dernière ? En ce sens, peut

---

<sup>2445</sup> Cass. soc., 14 novembre 2000, Bull. civ. V, n°369.

<sup>2446</sup> Cass. soc., 3 février 2010, JCP S. 2010, 1151, note F. DUMONT. – Cass. soc., 3 novembre 2010, n°09-67928.

d'ailleurs être citée la délibération du 28 février 2011 du Défenseur des droits<sup>2447</sup> considérant que lorsque la salariée ne retrouvait pas son emploi à l'issue de son congé maternité, l'employeur violait l'article L. 1225-25 du Code du travail et « *que de ce fait, il exist[ait] une présomption de discrimination à l'égard de [la salariée] à raison de sa grossesse* ». À suivre le raisonnement jusqu'au bout, ne pourrait-on conclure à la nullité du licenciement ? Ce raisonnement vaut également pour les salariés victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle qui, bien que déclarés aptes à la suite de la suspension de leur contrat de travail pour accident de travail ou maladie professionnelle, ne seraient pas réintégrés. L'alinéa 3 de l'article L. 1226-15 prévoit certes une indemnité égale au double de l'indemnité due en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, mais la logique poursuivie est bien celle du licenciement pour absence de cause réelle et sérieuse. L'article précise d'ailleurs que la réintégration éventuellement proposée par le tribunal peut être refusée par l'une ou l'autre des parties à l'instar de ce qui est prévu en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse. Or la nullité du licenciement pouvait se concevoir dans la mesure où la non-réintégration du salarié revient à violer la protection particulière issue de libertés ou droits fondamentaux dont il bénéficie.

## *2. La problématique des droits de la défense au stade de la procédure de licenciement disciplinaire*

**636. De l'irrégularité de procédure à la nullité des licenciements ?** La nullité du licenciement pour non-respect de la procédure n'a pas été envisagée par le législateur. Au contraire, ce dernier n'a prévu qu'une indemnité pour irrégularité de procédure relativement faible<sup>2448</sup>. Or certains considèrent que l'instauration d'un entretien préalable au licenciement offre droit de cité au droit de la défense du salarié. Partant, toute atteinte à ce droit devrait entraîner la nullité des licenciements subséquents (b). Il n'est néanmoins pas certain que le droit de la défense soit reconnu dès le stade de la procédure préalable au licenciement (a).

---

<sup>2447</sup> Défenseur des droits, délibération, n°2011-41 du 28 février 2011.

<sup>2448</sup> Article L. 1235-2 du Code du travail (indemnité maximum d'un mois de salaire).

*a. De lege lata : la difficile reconnaissance d'une atteinte au droit de la défense*

**637. Des différentes irrégularités.** Sur l'absence des griefs allégués dans la lettre de convocation à un entretien préalable, la cause paraît entendue, la Cour de cassation n'admettant pas l'atteinte au droit de la défense du salarié (i). Des doutes sont davantage permis en ce qui concerne l'absence du respect du contradictoire lors de cet entretien (ii).

*i. Sur l'absence des griefs allégués dans la lettre de convocation à un entretien préalable*

**638. La position des juges du fond.** Le législateur de 1973 instituant la procédure de licenciement n'avait pas prévu que l'employeur indiquât dans la lettre de convocation à un entretien préalable les motifs du licenciement qu'il envisageait de prononcer à l'encontre du salarié concerné. La Cour de cassation confirma cette position dans un arrêt du 4 novembre 1992<sup>2449</sup>. Les critiques alors énoncées<sup>2450</sup> semblaient s'être taries au fil du temps. Elles ont récemment refait surface. En effet, s'emparant de conventions internationales, certains juges du fond ont, au visa de l'article 7 de la Convention OIT n°158<sup>2451</sup> en sus parfois de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales<sup>2452</sup>, mobilisé le respect des droits de la défense afin de conclure à la nullité du licenciement intervenu sans que l'employeur ne précise, avant l'entretien préalable au licenciement, les griefs reprochés au salarié. Au regard de la position actuelle de la Cour de cassation, une telle jurisprudence semble néanmoins vouée à l'échec.

**639. La position de la Cour de cassation.** L'article 6 de la Convention européenne affirme que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial,

---

<sup>2449</sup> Cass. soc., 4 novembre 1992, Bull. civ., n°530.

<sup>2450</sup> Cf. not. à propos de la loi de 1973 ; G. LYON-CAEN et M.-C. BONNETÊTE, « La réforme du licenciement à travers la loi du 13 juillet 1973 », Dr. soc. 1973, p. 493 ; à propos de la décision de 1992 : F. TAQUET, « Réflexions sur l'entretien préalable au licenciement », JCP E. 1993, p. 236 ; F. DUQUESNE, « Les droits de la défense du salarié menacé de licenciement ; Esquisse d'une réforme de la procédure de licenciement individuel », Dr. soc. 1993, p. 847.

<sup>2451</sup> CA Paris, 7 mai 2014, n°12/026462.

<sup>2452</sup> CPH Evreux, 26 mai 2015, n°RG : F 13/00379.

*établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle* ». Mais cette disposition n'a pas vocation à s'appliquer en dehors des juridictions. Le droit au procès équitable ne s'applique pas au stade non contentieux du licenciement<sup>2453</sup>. La procédure disciplinaire n'est pas un procès, ne serait-ce que parce que l'employeur serait alors à la fois juge et partie. L'article 6 de la Convention européenne est inapplicable. En revanche, l'article 7 de la Convention OIT n° 158 précise qu' « *un travailleur ne devra pas être licencié pour des motifs liés à sa conduite ou à son travail avant qu'on ne lui ait offert la possibilité de se défendre contre les allégations formulées, à moins que l'on ne puisse pas raisonnablement attendre de l'employeur qu'il lui offre cette possibilité* ». Peut-on considérer que l'absence de griefs allégués dans la lettre de convocation à un entretien préalable porte atteinte à cette disposition ? La Cour de cassation y avait déjà répondu par la négative en considérant que l'entretien préalable lui-même suffisait à satisfaire « *à l'exigence de loyauté et du respect des droits du salarié* »<sup>2454</sup> sans qu'il soit nécessaire de préciser dans la lettre de convocation à l'entretien préalable les griefs reprochés au salarié<sup>2455</sup>. Il est peu probable que la Cour de cassation se dédise sur ce point.

ii. *Sur l'absence du respect du contradictoire lors de l'entretien préalable*

**640. Le défaut ou l'insuffisance de l'entretien préalable : une atteinte au droit à la défense du salarié ?** Que décider lorsque l'entretien préalable n'a pas lieu, ou que le salarié n'a pas été mis en mesure de s'expliquer ? Ne pourrait-on conclure *a contrario* que les droits de la défense ne sont pas alors préservés et que la sanction prévue à

---

<sup>2453</sup> Cass. soc., 27 février 2013, QPC, Bull. civ. V, n°63, RJS 5/13, n°359. (Refus de transmission au Conseil constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur le fait de savoir si l'article L. 1232-3 du Code du travail « *dans la mesure où il limite à la seule indication des motifs du licenciement envisagé l'objet de l'entretien préalable au prononcé de cette mesure, ce qui permet de priver le salarié d'accès au dossier constitué par l'employeur contre lui, et dans la mesure où, en tout état de cause, l'irrégularité ne se résout qu'en indemnité de procédure prévue et limitée par l'article L. 1235-2 du Code du travail* » n'était pas contraire au droit de la défense et au procès équitable. La Cour affirme que « *le principe du droit à un procès équitable ne s'applique pas au stade non juridictionnel de l'entretien préalable* ».

<sup>2454</sup> Cass. soc., 19 décembre 2007, n°06-44592 : « *L'énonciation de l'objet de l'entretien dans la lettre de convocation adressée au salarié par un employeur qui veut procéder à son licenciement et la tenue d'un entretien préalable au cours duquel le salarié qui a la faculté d'être assisté peut se défendre contre les griefs formulés par son employeur, satisfont à l'exigence de loyauté et du respect des droits du salarié* ».

<sup>2455</sup> Cass. soc., 24 novembre 1992, Bull. civ., V, n°530.

l'article L. 1235-2 du Code du travail est insuffisante ? Ou faut-il se satisfaire de la possibilité offerte au salarié de pouvoir saisir ultérieurement le juge, comme cela semble être la position de la Cour de cassation dans sa décision du 27 février 2013<sup>2456</sup> ? Il importe de s'arrêter sur la finalité poursuivie par l'entretien préalable. La difficulté provient précisément de l'hésitation, tant du législateur que de la jurisprudence, entre deux conceptions de la procédure de licenciement : celle de la recherche de conciliation entre les parties, ou du moins de la prévention du licenciement, ou celle d'un pré-contentieux<sup>2457</sup>. S'il ne s'agit ni d'un procès, ni d'une enquête<sup>2458</sup>, l'entretien semble néanmoins dépasser le cadre de la simple audition<sup>2459</sup>. L'article L. 1232-3 du Code du travail précise qu'au cours de celui-ci, l'employeur « *indique les motifs de la décision envisagée et recueille les explications du salarié* ». Au-delà même du simple dialogue, le débat contradictoire semble bien y avoir sa place<sup>2460</sup>. Le Conseil constitutionnel lui-même, dans sa décision du 30 mars 2006, a jugé que « *le principe des droits de la défense qui résulte de l'article 16 de la Déclaration de 1789 impose le respect d'une procédure contradictoire dans les cas de licenciement prononcé pour un motif disciplinaire* »<sup>2461</sup>. La présence d'un tiers assistant le salarié lors de l'entretien préalable<sup>2462</sup> va également en ce sens. Dans ces conditions, ne serait-il pas possible de considérer que le défaut ou l'insuffisance de l'entretien préalable portant alors atteinte au droit à la défense des salariés devrait conduire à la nullité du licenciement ?

---

<sup>2456</sup> Cass. soc., 27 février 2013, Bull. civ. V, n°63, préc. Mais la solution de la Cour de cassation n'est pas sans ambiguïté. Elle considère que « le respect des droits de la défense n'impose pas que le salarié ait accès au dossier avant l'entretien préalable », ce qui paraît ne répondre qu'à la question de la motivation de la lettre de convocation et laisse intacte celle de l'entretien en lui-même. Néanmoins, la Cour semble justifier (« *dès lors* ») sa position par le fait que « *la décision que l'employeur peut être amené à prendre ultérieurement ou les éléments dont il dispose pour la fonder ont vocation, le cas échéant, à être ultérieurement discutés devant les juridictions de jugement* », ce qui peut valoir à la fois pour la motivation de la lettre de convocation et l'entretien préalable.

<sup>2457</sup> F. DUQUESNE, « Les droits de la défense du salarié menacé de licenciement ... », art. préc., Dr. soc. 1993, p. 847.

<sup>2458</sup> Cass. soc., 10 janvier 1991, Bull. civ. V, n°5. En l'espèce, l'entretien s'était déroulé en présence de deux chefs de service du salarié et de deux autres salariés témoins. La Cour de cassation considère que « *la présence de ces personnes transformait en enquête l'entretien préalable* ».

<sup>2459</sup> M. POIRIER, « Pour un affermissement des droits de la défense des salariés au sein de l'entreprise. Première partie : le droit à un débat contradictoire », Dr. ouvr. 2010, p. 516 et s. spéc. p. 524.

<sup>2460</sup> J. SAVATIER, « L'entretien préalable au licenciement », Dr. soc. 1991, p. 258 ; F. DUQUESNE, « Les droits de la défense du salarié menacé de licenciement... », art. préc., Dr. soc. 1993, p. 847.

<sup>2461</sup> Cons. const., 30 mars 2006, n°2006-535 DC, D. 2007, p. 1166, obs. V. BERNAUD, L. GAY et C. SEVERINO ; Dr. soc. 2006, p. 494, note X. PRÉTOT ; RTD civ. 2006, p. 314, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

<sup>2462</sup> Article L. 1232-4 du Code du travail.

*b. De lege ferenda : la nullité des licenciements ?*

**641. La portée de la nullité de la procédure.** Pour admettre la nullité du licenciement, il faudrait considérer que l'atteinte portée au droit de la défense du salarié lors de la procédure de licenciement atteigne par ricochet le licenciement proprement dit. Le licenciement ne serait pas nul car il viendrait sanctionner un salarié exerçant un droit ou une liberté fondamentale ou parce que son motif serait discriminatoire. Il le serait en raison de la nullité de la procédure, à l'instar de la nullité des licenciements subséquents à l'inexistence ou l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi. Mais dans ces conditions, la cause initiale justificative du licenciement n'aurait pas nécessairement disparu. L'employeur pourrait de nouveau engager un processus de licenciement en respectant, cette fois-ci, la procédure. Autrement dit, il s'agirait de mettre en application la règle prévue à l'article L. 1235-2 du Code du travail : « *Si le licenciement d'un salarié survient sans que la procédure requise ait été observée, mais pour une cause réelle et sérieuse, le juge impose à l'employeur d'accomplir la procédure prévue [...]* », règle que la jurisprudence a très vite écartée au profit du seul octroi de dommages-intérêts. La nullité du licenciement n'aurait vocation qu'à permettre le respect effectif des droits de la défense du salarié. Il faudrait alors considérer que le contrat de travail s'est poursuivi jusqu'à ce que l'employeur entreprenne un nouveau processus de licenciement respectant la procédure. Le salarié devrait avoir droit aux salaires dont il a été privé entre le premier licenciement, nul, et le second, définitif. Il ne s'agirait donc pas de reporter dans le temps les effets du premier licenciement<sup>2463</sup>. La sanction alors encourue (le versement des salaires) inciterait sans doute efficacement l'employeur à rompre le contrat, cette fois-ci, en respectant la procédure afférente.

**642. Le parallèle avec l'irrégularité des procédures prévues par les conventions collectives.** L'hypothèse des procédures conventionnelles illustre cependant la réticence de la jurisprudence à sanctionner par la nullité l'éventuelle atteinte au droit à la défense du salarié. En effet, alors même que la finalité de ces garanties conventionnelles est bien celle de favoriser les droits de la défense du salarié<sup>2464</sup>, la Cour de cassation ne prononce

---

<sup>2463</sup> Comp. la position de la Cour de cassation en cas de licenciement intervenu en violation d'une période de protection particulière : infra n°ii.

<sup>2464</sup> S. TOURNAUX, « Les garanties procédurales fondamentales », Dr. soc. 2015, p. 389. La Cour de cassation considère que le non-respect des délais conventionnels de saisine d'un organe désigné n'est

pas la nullité du licenciement. Elle analyse ces garanties certes comme des « garanties de fond » mais pose comme sanction celle de l'absence de cause réelle et sérieuse de licenciement<sup>2465</sup>. Elle ne prend donc pas appui sur l'atteinte à un droit fondamental. Nombreux paraissent ainsi les obstacles à la nullité du licenciement pour atteinte portée au droit de la défense du salarié au cours de la procédure de licenciement. D'autant qu'une telle approche ne peut se concevoir que pour le licenciement disciplinaire. Il en est autrement du licenciement pour motif économique ou même le licenciement pour motif individuel non disciplinaire.

## II. *La remise en l'état, corollaire de la nullité ?*

**643. De la théorie à la pratique.** Alors que la remise en l'état apparaît comme la conséquence logique du prononcé de la nullité (A), la jurisprudence la refuse parfois (B).

### A. *La logique de la remise en l'état*

**644. La poursuite du contrat de travail.** La nullité d'un acte a normalement pour conséquence de remettre les parties en cause dans la situation juridique qui était la leur avant que l'acte incriminé n'intervienne. Appliqué à un acte juridique unilatéral d'extinction, il s'agit de faire disparaître cet acte, ou du moins ses effets, et de considérer que le contrat s'est en réalité toujours poursuivi. Dans l'hypothèse d'un contrat de travail, il s'agirait donc de replacer le salarié dans la situation dans laquelle il se trouvait avant le prononcé du licenciement, c'est-à-dire de le « réintégrer » dans son emploi. Plus encore, il faudrait considérer la période pendant laquelle il a été *de facto* privé de son emploi comme une période pendant laquelle le contrat a, en réalité, été exécuté. Le salarié ne serait pas ainsi exactement replacé dans sa situation initiale mais dans celle qui devait être la sienne si le contrat s'était effectivement poursuivi. Dès lors, la remise en l'état implique réintégration (1) et restitutions (2).

---

une « garantie de fond » que si elle prive « le salarié de la possibilité d'assurer utilement sa défense devant cet organisme » (Cass. soc., 3 juin 2009, JCP S. 2009, 1307, note I. BEYNEIX).

<sup>2465</sup> Ex. : pour le non-respect d'une obligation de notifier les motifs de la sanction envisagée avant l'entretien : Cass. soc., 9 janvier 2013, Bull. civ. V, n°1. Rapp. le non-respect d'un délai réduit entre l'entretien préalable et le prononcé du licenciement : Cass. soc., 27 mars 2013, Bull. civ. V, n°86.

## 1. La réintégration

**645. L'admission tardive de la réintégration, corollaire de la nullité.** Le salarié dont le licenciement est nul devrait pouvoir être rétabli dans son contrat de travail. Or, la jurisprudence, voire le législateur, n'a pas toujours tiré de la nullité du licenciement un droit à la réintégration<sup>2466</sup> du salarié. Reconnue d'abord difficilement<sup>2467</sup> pour les salariés protégés ayant fait l'objet, en violation des règles statutaires dont ils bénéficient, d'un licenciement, la réintégration, en tant que corollaire de la nullité, s'est peu à peu étendue aux salariés « ordinaires », non sans heurts. En témoignent la jurisprudence relative aux salariés grévistes<sup>2468</sup> et, plus récemment, celle relative aux salariées enceintes<sup>2469</sup>. Aujourd'hui la réintégration apparaît comme le corollaire normal de la nullité du licenciement<sup>2470</sup>. La formation des référés<sup>2471</sup> est alors compétente pour la prononcer.

---

<sup>2466</sup> Le terme même de « réintégration » a fait l'objet de débats, certains auteurs préférant celui de continuation du contrat. Cf. G. COUTURIER, « Les nullités du licenciement », *Dr. soc.* 1977, p. 215 ; N. DUMAS, note sous *Cass. soc.*, 9 octobre 2001, *D.* 2002, p. 1234.

<sup>2467</sup> Dès 1948 la violation du statut protecteur entraînait la nullité du licenciement (nullité prétorienne et non textuelle) : *Cass. civ.*, sect. *soc.*, 3 juin 1948, p. 298. En l'espèce, l'employeur avait licencié un membre du comité d'entreprise sans respecter la règle posée par l'ordonnance du 22 février 1945 à savoir l'assentiment du comité ou, à défaut, l'autorisation de l'inspecteur du travail). Mais en 1952, la Cour de cassation refuse la réintégration (*Cass. soc.*, 27 novembre 1952, *Dr. soc.* 1953, p. 329 ; *Dr. soc.* 1955, p. 101). Il faut attendre l'arrêt « Revet-Sol » pour que la réintégration imposée à l'employeur soit possible (*Cass. soc.*, 14 juin 1972, *D.* 1973, jur. p. 114, note N. CATALA ; *JCP G.* 1972, II, 17275, note G. LYON-CAEN). La loi « Auroux » n°82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel, JO 29 octobre 1982, p. 3255 entérine la solution (étendue au salarié protégé dont l'autorisation a été annulée).

<sup>2468</sup> Arrêt « Talbot » : *Cass. soc.*, 31 mars 1982 : le licenciement pour fait de grève ne donne lieu qu'à dommages-intérêts. Le législateur intervient en 1985 (loi n°85-772 du 25 juillet 1985) afin d'énoncer que tout licenciement pour fait de grève est nul de plein droit. La « poursuite du contrat » en cas de licenciement nul est consacrée par un arrêt de la chambre sociale du 26 septembre 1990. (*Bull. civ. V*, n°387).

<sup>2469</sup> Pendant longtemps, alors même que la nullité du licenciement était encourue – le législateur ayant lui-même pris soin de le préciser – la sanction retenue revenait « simplement » à suspendre les effets du licenciement pendant la période de protection. Durant celle-ci, les salaires restaient effectivement dus, mais à son issue, le contrat était bien rompu. La doctrine, appelant de ses vœux un changement, a finalement été entendue par la Cour de cassation. Par un arrêt de la chambre sociale du 9 octobre 2001, *Bull. civ. V*, n°314, la Cour affirme que « *le salarié dont le licenciement est nul et qui ne demande pas sa réintégration, a droit, d'une part, aux indemnités de rupture, d'autre part, à une indemnité réparant intégralement le préjudice résultant du caractère illicite du licenciement, dont le montant est souverainement apprécié par les juges du fond dès lors qu'il est au moins égal à celui prévu par l'article L. 122-14-4 du Code du travail* ». *A contrario* la Cour admet que la réintégration puisse être prononcée. Confirmation ultérieure : *Cass. soc.*, 30 avril 2003, *Dr. soc.* 2003, p. 827, note B. GAURIAU.

<sup>2470</sup> G. COUTURIER, « Petites histoires de nullités du licenciement », *Dr. soc.* 2011, p. 1218.

<sup>2471</sup> Article R. 1455-6 du Code du travail.

**646. La contestation des obstacles à la réintégration.** La réticence des juges, voire d'une part de la doctrine, à la réintégration relève de la politique juridique<sup>2472</sup>. Les arguments évoqués se révèlent contestables, que ce soit celui de l'article 1142 du Code civil<sup>2473</sup> ou même celui du libre choix par l'employeur de ses collaborateurs. En effet, dans la mesure où un employeur ne peut, en tout état de cause, se séparer de ses salariés sans motif légitime, sa « liberté de choix » est limitée. Dès lors que cette limite (à la liberté d'entreprendre) est considérée comme justifiée et proportionnée, l'employeur se place en dehors de son droit lorsqu'il ne la respecte pas. Dans ces conditions, si l'on considère que le prononcé de la réintégration porte effectivement atteinte au libre choix des collaborateurs, ce n'est que dans une limite autorisée.

## 2. Les « restitutions » dues

**647. Le particularisme des restitutions dues.** Si la nullité permet de revenir sur les effets passés d'un acte synallagmatique, des restitutions réciproques doivent, en toute logique, être ordonnées. Pourtant, en cas de nullité du licenciement, seul l'employeur est tenu de verser un certain montant. Il importe donc de s'intéresser à la problématique des « restitutions unilatérales » (a). Reste que les sommes effectivement allouées ne répondent pas toujours à la logique des restitutions (b), la jurisprudence préférant souvent la logique indemnitaire propre à la réparation.

### a. La problématique de la restitution unilatérale

**648. Le principe des « restitutions » réciproques.** La difficulté est qu'il s'agit de transposer une théorie élaborée à propos d'un vice affectant la formation du contrat, acte

---

<sup>2472</sup> Cf. not. G. COUTURIER, « La réintégration des salariés non spécialement protégés. Actualité ou prospective ? », Dr. soc. 1981, p. 248 et s., spéc. n°5 : « Il s'agissait [...] d'exprimer en termes de droit strict ce qui n'était au fond qu'un postulat de politique juridique : l'idée qu'il est impossible, qu'il serait d'ailleurs vain, qu'il est finalement inconcevable d'imposer à l'employeur de reprendre dans l'entreprise un salarié dont il ne veut plus [...] Dire qu'en effet, ici, la contrainte serait inadmissible, c'est manifester son attachement à une certaine conception de l'entreprise, de la souveraineté de l'employeur ». Adde du même auteur, « Les techniques civilistes et le droit du travail. Chronique d'humeur à partir de quelques idées reçues », art. préc.

<sup>2473</sup> Supra n°436 et s. En ce qui concerne les salariés protégés, cf. l'arrêt « Sortais » du 27 novembre 1952, Bull. civ., sect. soc., n°853, préc. : « L'obligation de réintégrer constitue une obligation de faire dont l'inexécution ne peut donner lieu qu'à l'allocation de dommages et intérêts aux termes de l'article 1142 du Code civil ».

bilatéral<sup>2474</sup>, à un acte unilatéral éteignant un contrat à exécution successive. Lorsque la nullité atteint un contrat synallagmatique, elle implique en principe des restitutions réciproques. Appliquée au licenciement, ne devrait-elle pas également entraîner des « restitutions » réciproques ? Autrement dit, pour le temps écoulé entre le licenciement et la réintégration effective, les parties – tant l’employeur que le salarié – ne devraient-elles pas la valeur de ce qu’elles auraient dû si le licenciement n’était jamais intervenu ? Ici comme ailleurs, le retour à la situation juridique initiale se heurte aux obligations de faire<sup>2475</sup>. Mais dès lors qu’a pu être admise la restitution de la valeur de la jouissance du bien loué (indemnité d’occupation) en cas de nullité d’un contrat de bail<sup>2476</sup> ou même la restitution de la valeur du travail fourni par le salarié en cas de nullité du contrat de travail<sup>2477</sup>, ne doit-on pas admettre d’une part le versement des salaires au salarié, d’autre part « l’apport », à défaut de parler de « restitution », de la valeur de la fourniture du travail ? Il est vrai que la difficulté tient à revenir sur ce qui n’a pas été exécuté, à la différence de la nullité de contrat où l’on revient sur ce qui a été exécuté. On voit ici les limites de l’analogie. Mais on aurait alors pu choisir de s’en tenir au *statu quo* antérieur, et reprendre l’exécution du contrat sans égard pour le temps pendant lequel le contrat ne s’est pas *de facto* exécuté. (Sauf à le comptabiliser pour les droits à

---

<sup>2474</sup> Y. PICOD, Rep. dr. civ. Dalloz, V° Nullité, spéc. n°1 et 7, octobre 2015 ; B. GAURIAU, « La nullité du licenciement et la personne du salarié », Dr. soc. 1993, p. 738.

<sup>2475</sup> Dans l’hypothèse du contrat à exécution successive ayant connu *a minima* un commencement d’exécution, plusieurs auteurs ont conclu à l’impossibilité de la rétroactivité de la nullité et considéré que la nullité ne pouvait valoir que pour l’avenir. Une partie de la doctrine s’est néanmoins opposée à cette analyse (cf. not. C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, Restitutions et Responsabilité*, LGDJ, 1992, n°829). La jurisprudence consacre tantôt l’une (ex. de nullité avec rétroactivité : Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 13 juin 2001, CCC, novembre 2001, comm. 155, obs. L. LEVENEUR) tantôt l’autre (ex. de nullité sans rétroactivité : Cass. com., 12 février 1991, Bull. civ. IV, n°61).

<sup>2476</sup> Cass. civ., 3<sup>ème</sup>, 13 juin 2001, CCC novembre 2001, comm. 155, L. LEVENEUR. – Cass. civ., 3<sup>ème</sup>, 12 mars 2003, Bull. civ. III, n°63.

Comp. l’hypothèse des contrats de vente dont la nullité est prononcée. Les chambres de la Cour de cassation n’ont pas toujours retenu la même solution. Si la troisième chambre civile admettait volontiers une indemnisation d’utilisation ou d’occupation (Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 12 mars 2003, Bull. civ. III, n°63, préc.), la première chambre s’y opposait (Cass. civ., 1<sup>ère</sup> 1987, Defrénois 1988, p. 373, obs. J.-L. AUBERT. – Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 11 mars 2003, Bull. civ. I, n°74), quant à la chambre commerciale, elle était fluctuante (cf. Y.-M. SERINET, note sous Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 11 mars 2003 et Cass. civ., 3<sup>ème</sup>, 12 mars 2003, D. 2003, p. 2522). Un arrêt de la chambre mixte (Cass. ch. mixte, 9 juillet 2004, D. 2004, p. 2175, note Ch. TUAILLON ; JCP G. 2004, II, 10190, note G. FRANÇOIS ; LPA, 16 mai 2005, obs. S. PIMONT ; RTD civ. 2005, p. 125, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; RDC 2005, p. 280 obs. Ph. STOFFEL-MUNCK) tranche le débat en faisant sienne la solution de la première chambre civile ; elle refuse le versement d’une indemnité d’occupation. V. néanmoins, l’ordonnance n°2016-131 du 11 février 2016 qui prévoit au nouvel article 1352-3, alinéa 1, du Code civil que : « la restitution inclut les fruits et la valeur de la jouissance que la chose a procurée ».

<sup>2477</sup> Etant entendu que les indemnités dues ne devraient pas, en principe, équivaloir à ce qui était prévu au contrat annulé. En l’occurrence, et selon le cas, au montant des loyers ou des salaires prévus.

ancienneté et afférents). Or si le salarié ne doit rien à l'employeur, ce dernier sera au contraire tenu du versement des salaires qui auraient dû être perçus entre la date de l'éviction et la date du retour du salarié dans l'entreprise.

**649. Justifications d'une « restitution » unilatérale.** Comment justifier que seul l'employeur soit tenu de verser les salaires ? Qu'est ce qui peut justifier que l'on refuse à l'une des parties, en l'occurrence l'employeur, que lui soit « rendu » ce qui lui était dû, ne serait-ce que par équivalent ? En principe les restitutions sont « neutres ». Elles procèdent de la cessation d'un acte illicite et ne viennent pas réparer un préjudice subi ni même sanctionner son auteur. Néanmoins, dans les hypothèses de nullité, l'immoralité peut éventuellement empêcher une des parties d'obtenir la restitution de ce qu'elle a exécuté<sup>2478</sup>. Pourrait-on étendre cette solution au licenciement ? Peut-on considérer qu'un licenciement portant atteinte à un droit ou une liberté fondamentale est immoral ? Sans aller jusque là, peut-on simplement mettre en avant l'atteinte à la liberté fondamentale dont s'est rendu coupable l'employeur afin de lui refuser une « restitution ». Certes, la jurisprudence civile a déjà pu juger qu'une telle atteinte ne faisait pas échec au principe des restitutions réciproques<sup>2479</sup>. On pourrait cependant l'admettre ici. Ainsi, l'absence de réciprocité des « restitutions » serait une mesure de sanction de l'employeur, coupable d'une violation d'un droit ou d'une liberté fondamentale. On se rapprocherait alors de la logique de la peine privée. Mais on peut également raisonner en termes de responsabilité<sup>2480</sup>. L'illicéité provient bien de l'employeur. Sa responsabilité peut être recherchée, indépendamment des effets de la nullité du licenciement. Dans ces conditions, l'absence de réciprocité des restitutions pourrait s'expliquer par les règles classiques de la responsabilité. La réparation due au titre du préjudice subi (serait-il moral) par le salarié correspondrait alors à la « perte » de la fourniture de travail pendant le temps où le salarié n'aurait *de facto* pas travaillé. En définitive, la solution paraît équitable.

---

<sup>2478</sup> Cf. J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, I. l'acte juridique*, Sirey, 2014, 16<sup>ème</sup> éd., n°369 et s. ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, tome 1, Contrat et engagement unilatéral, op. cit.*, p. 475 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 2013, 11<sup>ème</sup> éd., n°429.

<sup>2479</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 23 novembre 2011, Bull. civ. III, n°198.

<sup>2480</sup> Cf. Th. GÉNICON, *La résolution...* th. préc., n°907 et s.

**650. Le cas des indemnités de rupture éventuellement versées.** En ce qui concerne les indemnités éventuellement versées au titre de la rupture du contrat – les indemnités de licenciement, voire celle de licenciement sans cause réelle et sérieuse – la jurisprudence admet qu’elles puissent faire l’objet de restitution<sup>2481</sup>. On revient à la « logique » propre à la nullité. La restitution est due malgré la « faute » de l’employeur. La rupture étant considérée comme n’étant pas intervenue, les sommes versées à cette occasion n’ont plus lieu d’être<sup>2482</sup>. Ce raisonnement vaut également à l’égard des sommes versées à l’occasion d’un plan de sauvegarde de l’emploi qui se révélerait insuffisant. Dans ces conditions, la nullité du plan de sauvegarde implique restitution, par le salarié, des sommes versées en application du plan. En pratique, les sommes seront déduites de celles dues au titre de la nullité du licenciement subséquent<sup>2483</sup>.

*b. La logique malmenée de la restitution*

**651. Des logiques différentes.** La logique de la nullité (restitution) s’oppose à celle de la responsabilité (réparation) (i). Or la jurisprudence (ii) semble, selon les cas de figure, faire prévaloir tantôt l’une, tantôt l’autre.

*i. La nullité opposée à la responsabilité*

**652. Restitution et réparation.** Il s’agit de s’intéresser ici au sort réservé aux sommes allouées selon qu’elles sont analysées comme la conséquence d’une restitution ou d’une réparation.

---

<sup>2481</sup> Cass. soc., 28 mars 2000, Bull. civ. V, n°132: « Attendu qu’en décidant que les licenciements étaient nuls et de nul effet, la cour d’appel a nécessairement remis en cause les versements effectués en vertu de ces licenciements ». – Cass. soc., 28 avril 2006, n°03-45912. – Cass. soc., 11 juillet 2012, Bull. civ. V, n°218 : « Attendu cependant que le salarié dont le licenciement est nul et qui demande sa réintégration ne peut prétendre au paiement d’indemnités de rupture ; qu’il en résulte que des indemnités versées à ce titre doivent être déduites du montant d’indemnités de préavis et de licenciement dues postérieurement en raison de la résiliation judiciaire du contrat de travail ». – Cass. soc., 26 mars 2013, JCP S. 2013, 1254, note Th. LAHALLE ; J.-M. OLIVIER, « À propos des demandes de réintégration tardives », art. préc.

<sup>2482</sup> La Cour de cassation considère d’ailleurs que le salarié ne peut demander l’indemnisation « du préjudice lié au respect, après la rupture de son contrat de travail, d’une clause de non-concurrence dépourvue de contrepartie financière » : Cass. soc., 26 mars 2013, Bull. civ. V, n°83, préc. Etant entendu que la jurisprudence admet par ailleurs que l’insertion d’une clause de non-concurrence nulle pour absence de contrepartie financière, cause nécessairement au salarié un préjudice. Cf. J.-M. OLIVIER, « À propos de demandes de réintégration tardives », JCP S. 2013, 1332.

<sup>2483</sup> Cass. soc., 28 mars 2012, Bull. civ. V, n°111. – Cass. soc., 10 juillet 2013, n°12-19238.

*a. Les conséquences d'une restitution*

**653. Le rejet des déductions.** Si les sommes versées équivalent à la restitution des salaires qui auraient dû être perçus, aucune déduction (de revenus de remplacement ou autres) ne devrait s'imputer sur la somme versée par l'employeur. Ce dernier étant tenu de « remettre » les salaires dus, lesquels seraient donc soumis à cotisations, la période comprise entre le licenciement et la réintégration comptant comme durée d'affiliation au régime d'assurance-chômage.

**654. La « restitution » à Pôle emploi.** Le salarié devrait, en revanche, être légitimement amené à rembourser à Pôle Emploi les sommes alors perçues au titre de l'allocation d'aide au retour à l'emploi<sup>2484</sup>. En effet, les sommes octroyées par les organismes du service public de l'emploi, venant en remplacement de salaires en définitive versés, n'ont plus lieu d'être. Lorsque la Cour de cassation admet effectivement que le salarié est tenu de restituer les sommes perçues au titre de l'aide au retour à l'emploi, elle se fonde sur la répétition de l'indu. Elle considère ainsi que le paiement opéré est devenu ultérieurement<sup>2485</sup> indu<sup>2486</sup>. Il serait sans doute possible ici de se fonder directement sur le mécanisme de la nullité<sup>2487</sup> sans passer par le mécanisme de la répétition de l'indu, dès lors que c'est le licenciement, s'étant révélé nul, qui conditionnait l'octroi des indemnités versées.

**655. Les limites de la nullité.** Les contrats éventuellement conclus et exécutés entre le licenciement et la réintégration effective ne seront pas affectés par la nullité du licenciement initial. Il aurait sinon fallu les considérer comme également atteints de

---

<sup>2484</sup> Cf. J.-Y. KERBOURC'H, « La situation du salarié au regard de l'assurance chômage en cas de nullité du licenciement », JCP S. 2015, 1044.

<sup>2485</sup> J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 2. Le fait juridique*, 2009, n°23.

<sup>2486</sup> Cass. soc., 16 mai 2000, Bull. civ. V, n°185 : « Mais attendu que ce qui a été payé sans être dû est sujet à répétition ; que la même règle s'applique lorsque le paiement est devenu ultérieurement indu ». – Cass. soc., 19 novembre 2014, n°13-23643, publié : « La cour d'appel, qui a constaté que le salarié avait obtenu la condamnation de son employeur au paiement d'une indemnité compensatrice de salaire pour la période comprise entre son licenciement nul et sa réintégration, a exactement décidé que le paiement des allocations de chômage versées par l'organisme d'assurance au titre de cette période s'est révélé indu ».

<sup>2487</sup> Rappr. Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations, op. cit.*, n°1041 (sur la nullité des contrats) et Th. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution...*, th. préc., (sur la résolution du contrat pour manquement grave).

nullité et procéder, cette fois-ci à des restitutions réciproques. Or, le cocontractant sera *a priori* un tiers (à la relation initiale) de bonne foi.

*β. Les conséquences d'une réparation*

**656. La possibilité de déductions.** S'il s'agit de se placer sur le terrain de la responsabilité, les sommes allouées consistent alors en une indemnité correspondant à la réparation du préjudice subi, en l'occurrence au cours de la période écoulée entre le licenciement nul et la réintégration. Il ne s'agit pas d'effacer le temps passé, comme devrait le faire la nullité. L'indemnisation doit alors en principe correspondre au préjudice réellement subi. Ainsi, devraient être déduits des sommes dues les revenus perçus par le salarié – qu'il s'agisse de revenus de remplacement ou autre – pendant la période où il a été privé de facto de son emploi. Dans ces conditions, Pôle emploi ne pourrait réclamer au salarié les sommes qu'il lui aurait versées au titre de l'allocation de retour à l'emploi.

**657. Le remboursement à Pôle emploi ?** Si Pôle emploi ne peut se retourner contre le salarié, la question se pose de savoir s'il le peut contre l'employeur. Dans la mesure où l'analyse suivie s'écarte de la nullité, le rapprochement avec le licenciement sans cause réelle et sérieuse devrait être permis<sup>2488</sup>. Refuser le remboursement de l'allocation chômage par l'employeur reviendrait à faire peser sur l'organisme d'assurance chômage la charge financière de la nullité du licenciement<sup>2489</sup>. Le législateur a d'ailleurs admis cette solution dans le cas du licenciement nul pour absence ou insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi<sup>2490</sup> ou du licenciement dont le motif est pris de l'action en justice en matière de discrimination<sup>2491</sup> ou d'égalité professionnelle entre hommes et femmes<sup>2492</sup>. Mais en dehors de textes le prévoyant, la jurisprudence paraît s'y opposer<sup>2493</sup>.

---

<sup>2488</sup> Pour lequel l'article L. 1235-4 du Code du travail prévoit le remboursement par l'employeur fautif aux organismes intéressés des indemnités de chômage versées (dans la limite de 6 mois).

<sup>2489</sup> J.-Y. KERBOURC'H, « La situation du salarié au regard de l'assurance chômage... », art. préc.

<sup>2490</sup> Article L. 1235-4 du Code du travail.

<sup>2491</sup> Article L. 1134-4 du Code du travail, dernier alinéa.

<sup>2492</sup> Article L. 1144-3 du Code du travail, dernier alinéa.

<sup>2493</sup> Cass. soc., 12 décembre 2001, Bull. civ. V, n° 383.

*ii. La position de la jurisprudence*

**658. *Salariés protégés et salariés ordinaires.*** Si pour les salariés « ordinaires » (β), la Cour de cassation a, semble-t-il, fait définitivement le choix de la réparation, elle paraît encore hésiter quand sont en cause des salariés protégés (α).

*a. Le cas des salariés protégés : des hésitations*

**659. Le salarié protégé dont le licenciement est nul pour défaut d'autorisation.** Si la Cour de cassation emploie le terme « *d'indemnité* », elle précise « *compensatrice de salaire* »<sup>2494</sup> ou « *égale au montant de la rémunération [que le salarié] aurait perçue entre son licenciement et sa réintégration* »<sup>2495</sup>. Elle applique ensuite le régime de la nullité en considérant qu'il n'y a pas lieu de déduire de l'indemnité égale au montant de la rémunération que le salarié aurait perçue entre son licenciement et sa réintégration « *les revenus qu'il a pu percevoir de tiers au cours de cette période* »<sup>2496</sup>. Elle admet enfin que Pôle emploi puisse demander au salarié le versement de l'allocation de chômage se révélant désormais indue<sup>2497</sup>. Si la Cour de cassation analyse parfois le versement de cette indemnité comme « *la sanction de la méconnaissance [du] statut protecteur [du salarié]* »<sup>2498</sup>, c'est en réalité la nullité qui est la sanction de la méconnaissance de ce statut. L'« indemnité » alors versée n'est qu'un effet, au même titre que la réintégration, de cette nullité. Mais la Cour de cassation ne la considère due que si le salarié demande sa réintégration pendant la période de protection<sup>2499</sup> dont il bénéficie, sauf à arguer de raisons ne lui étant pas imputables<sup>2500</sup>. Un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 26 mars 2013<sup>2501</sup> explicite cette solution. Il s'agit d'éviter l'abus de droit du salarié qui tarderait à présenter sa demande de réintégration et d'indemnisation afin d'augmenter le montant de son indemnité. La Cour de cassation admet ainsi que puisse être limitée l'indemnité due.

<sup>2494</sup> Cass. soc., 19 novembre 2014, n°13-2364, publié.

<sup>2495</sup> Cass. soc., 10 octobre 2006, Bull. civ. V, n°297.

<sup>2496</sup> Cass. soc., 10 octobre 2006, Bull. civ. V, n°297, préc.

<sup>2497</sup> Cass. soc., 19 novembre 2014, n°13-23643, préc., publié.

<sup>2498</sup> Cass. soc., 26 mars 2013, JCP S. 2013, Bull. civ. V, n°83, préc.

<sup>2499</sup> Cass. soc., 10 décembre 1997, Bull. civ. V, n°431 : « *Attendu, cependant, que le licenciement d'un salarié protégé auquel sont assimilés les conseillers prud'hommes, prononcé en violation du statut protecteur, est atteint de nullité et ouvre droit, pour le salarié qui demande sa réintégration pendant la période de protection, au versement d'une indemnité égale au montant de la rémunération qu'il aurait perçue entre son licenciement et sa réintégration* ». (C'est nous qui soulignons).

<sup>2500</sup> Cass. soc., 30 novembre 1999, Bull. civ. V, n°465.

<sup>2501</sup> Cass. soc., 26 mars 2013, Bull. civ. V, n°83, préc.

**660. Le salarié protégé dont l'autorisation a été annulée.** Lorsque la nullité du licenciement provient de la nullité de l'autorisation administrative de licenciement, le législateur a admis la réintégration demandée dans un délai de deux mois à compter de la notification de l'annulation de l'autorisation. Dans cette hypothèse, la confusion entre logiques de restitution et d'indemnisation transparait davantage. Le législateur, d'abord, l'entretient. En effet, l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article L. 2422-4 du Code du travail précise que le salarié protégé dont l'autorisation administrative a été annulée et qui demande sa réintégration a droit « *au paiement d'une indemnité correspondant à la totalité du préjudice subi au cours de la période écoulée entre son licenciement et sa réintégration* ». La référence au préjudice subi paraît clore le débat. Mais l'alinéa 3 de ce même texte précise que l'indemnité constitue un complément de salaire. La Cour de cassation, elle-même, n'est pas toujours constante dans son raisonnement. Elle considère que le salarié ne peut cumuler l'indemnité versée par l'employeur avec les allocations chômage voire les revenus d'activités professionnelles qu'il a perçus pendant la période située entre son licenciement et sa réintégration<sup>2502</sup>, mais elle utilise deux moyens pour y parvenir. Tantôt, elle admet que Pôle emploi est fondé à demander au salarié la restitution des sommes par lui versées<sup>2503</sup>, tantôt elle considère qu'il faut déduire de l'indemnité versée par l'employeur les sommes reçues par le salarié au titre des allocations chômage ou d'une activité professionnelle<sup>2504</sup>. Or ces deux solutions relèvent d'un raisonnement opposé. La logique de la nullité n'est préservée que dans le premier cas. En outre, dans la seconde approche, à défaut de texte contraire, Pôle emploi ne pourrait, *a priori*, malheureusement pas se retourner contre l'employeur pour obtenir le remboursement des allocations versées<sup>2505</sup>. Il est vrai qu'ici l'employeur n'a pas commis de faute dans la mesure où il avait bien obtenu l'autorisation de licencier.

---

<sup>2502</sup> Cass. soc., 28 octobre 2003, Dr. soc. 2004, p. 117, obs. P.-Y. VERKINDT. – Cass. soc., 19 octobre 2005, Bull. civ. V, n°293. – Cass. soc., 13 novembre 2008, Bull. civ. V, n°223.

<sup>2503</sup> Cass. soc., 28 octobre 2003, Bull. civ. V, n°263, préc.

<sup>2504</sup> Cass. soc., 19 octobre 2005, Bull. civ. V, n°293, préc. – Cass. soc., 13 novembre 2008, Bull. civ. V, n°223, préc.

<sup>2505</sup> Cf. supra n° 657.

*β. Le cas des salariés ordinaires : le choix du mécanisme de la responsabilité*

**661. Créance indemnitaire.** Lorsqu'est en cause le licenciement d'un salarié ordinaire, la jurisprudence octroie à ce dernier le paiement d'une somme correspondant à la réparation du préjudice subi au cours de la période écoulée entre le licenciement nul et la réintégration<sup>2506</sup>. Elle lui reconnaît ainsi une « *créance indemnitaire* »<sup>2507</sup>. Ce faisant, elle se place sur le terrain de la responsabilité et en applique d'ailleurs le régime. Elle limite ainsi, le plus souvent, l'indemnisation au préjudice réellement subi. Sont, par voie de conséquence, déduits des sommes dues les revenus que le salarié a pu percevoir pendant la période où il a été privé de son emploi<sup>2508</sup>. La Cour de cassation refuse alors, en toute logique, que Pôle emploi puisse réclamer au salarié les sommes qu'il lui aurait versées au titre de l'allocation de retour à l'emploi<sup>2509</sup>. Les sommes versées par l'employeur d'une part, par Pôle emploi d'autre part, n'ont effectivement pas la même nature<sup>2510</sup> dès lors que l'on se place sur le terrain de la responsabilité. Dans ces conditions, si l'employeur ne demande pas la déduction des allocations chômage<sup>2511</sup> le salarié pourrait, de fait, obtenir davantage que la stricte réparation du préjudice subi.

**662. Retour occasionnel à la « peine privée ».** Dans certaines situations (salarié gréviste<sup>2512</sup>, salarié victime d'une discrimination syndicale<sup>2513</sup> ou licencié pour son état de santé<sup>2514</sup>), la jurisprudence refuse que l'employeur puisse déduire du montant des indemnités versées les revenus que le salarié a pu recevoir par ailleurs. Il ne faudrait

<sup>2506</sup> Cass. soc., 3 juillet 2003, Bull. civ. V, n°214.

<sup>2507</sup> Cass. soc., 12 février 2008, Bull. civ. V, n°34.

<sup>2508</sup> Cass. soc., 3 juillet 2003, D. 2004, p. 180, obs. B. REYNÈS (maternité). – Cass. soc., 3 juillet 2003, Bull. civ. V, n°214 (nullité du plan de sauvegarde de l'emploi). – Cass. soc., 12 février 2008, Bull. civ. V, n°34, préc. : « *Attendu que le salarié dont le licenciement est nul et qui demande sa réintégration a droit au paiement d'une somme correspondant à la totalité du préjudice subi au cours de la période qui s'est écoulée entre son licenciement et sa réintégration, dans la limite du montant des salaires dont il a été privé ; qu'il en résulte que doivent être déduits de la réparation du préjudice subi les revenus qu'il a tirés d'une autre activité et le revenu de remplacement qui lui a été servi pendant cette période* ». – Cass. soc., 16 novembre 2011, n°10-14799 (*a contrario*, maternité). – Cass. soc., 16 décembre 2008, n°07-45001 (insuffisance du plan de sauvegarde).

<sup>2509</sup> Cass. soc., 11 mars 2009, Bull. civ. V, n°75.

<sup>2510</sup> Pôle emploi en tire d'ailleurs la conséquence que l'indemnisation versée par l'employeur n'est pas soumise au paiement des cotisations sociales et ne peut être prise en compte dans le calcul de l'affiliation en vue d'une nouvelle ouverture de droits, Bull. off. Pôle emploi n°2012-109 du 29 octobre 2012.

<sup>2511</sup> Cass. soc., 16 novembre 2011, n°10-14799.

<sup>2512</sup> Cass. soc., 2 février 2006, JCP S. 2006, 1700, note J.-M. OLIVIER.

<sup>2513</sup> Cass. soc., 2 juin 2010, n°08-43277 et 08-43369.

<sup>2514</sup> Cass. soc., 11 juillet 2012, Bull. civ. V, n°218.

cependant pas en déduire l'abandon du terrain de la responsabilité<sup>2515</sup>. Il est possible d'y voir davantage une peine privée s'ajoutant à la fonction réparatrice de la somme versée plutôt que la consécration de la logique de « restitution ». La nature de la somme versée, bien que forfaitaire, ne serait, dès lors, pas remise en cause.

### *B. Le refus de la remise en l'état*

**663. Le cas de l'absence de réintégration.** Alors même que le licenciement est nul, la réintégration du salarié n'est pas toujours ordonnée. Des limites existent en effet à son prononcé (1). Il faudra alors s'intéresser aux conséquences de cette absence de réintégration (2).

#### *1. Les limites à la réintégration*

**664. Des raisons de l'absence de réintégration.** La réintégration connaît une double limite : d'une part, celle des réalités matérielles (a) d'autre part, celle du choix du salarié (b).

##### *a. L'impossibilité de la réintégration*

**665. De l'impossibilité légitime et illégitime.** La réintégration est parfois écartée soit parce qu'un événement ne dépendant pas de la seule volonté de l'employeur la rend matériellement impossible (i) soit parce que l'employeur résiste illégitimement (ii).

##### *i. L'impossibilité matérielle*

**666. Emploi initial ou emploi équivalent.** Le principe est connu, « *Lorsque le licenciement est nul, le salarié a droit à réintégration dans son emploi ou, à défaut, dans un emploi équivalent* »<sup>2516</sup>. Les termes doivent être entendus strictement, l'emploi initial étant préféré à l'emploi équivalent. L'acte étant réputé n'être jamais intervenu, le salarié retrouve l'emploi qu'il est censé n'avoir jamais quitté. Le contrat initial se poursuit aux mêmes conditions, le salarié conservant son ancienneté et sa rémunération. Celui-ci peut également prétendre ce à quoi il aurait eu droit s'il n'avait été licencié, c'est-à-dire, notamment, aux augmentations qui auraient été les siennes s'il était

---

<sup>2515</sup> En ce sens O. LECLERC, obs. sous Cass. soc., 2 février 2006, RDT 2006, p. 42.

<sup>2516</sup> Cass. soc., 30 avril 2003, Dr. soc. 2003, p. 827, note B. GAURIAU.

demeuré *de facto* dans l'entreprise<sup>2517</sup>. Ce n'est qu'à défaut de réintégration dans l'ancien poste de travail car l'emploi est indisponible – l'emploi n'existe plus ou n'est pas vacant<sup>2518</sup> – que la réintégration se fait sur un poste « équivalent » ou « similaire »<sup>2519</sup>. Ainsi, si l'absence de vacance du poste empêche effectivement la réintégration dans le poste initial, elle ne caractérise pas en elle-même l'impossibilité matérielle libérant l'employeur de toute réintégration<sup>2520</sup>, celui-ci étant tenu de rechercher un emploi ouvrant droit au « *même niveau de rémunération, [à] la même qualification et [aux] mêmes perspectives de carrière que l'emploi initial* »<sup>2521</sup>.

**667. Appréciation de l'impossibilité.** La jurisprudence apprécie avec sévérité l'impossibilité de réintégration. Pendant un temps, la Cour de cassation a même pu employer le terme d'impossibilité « absolue »<sup>2522</sup>. Ainsi, une simple suppression de poste<sup>2523</sup> ou la cessation de publication d'une revue à laquelle était rattaché le salarié<sup>2524</sup> ne suffit pas à caractériser l'impossibilité matérielle. Dans un autre ordre d'idées, la Cour de cassation a finalement retenu que l'opposition manifestée par d'autres salariés à la réintégration de celui dont le licenciement est nul n'est pas une « contestation sérieuse » permettant d'y faire obstacle<sup>2525</sup>. Plus surprenante, en revanche, peut sembler

<sup>2517</sup> Cass. soc., 15 décembre 1988, D. 1990, jur. p. 87, note A. PENNEAU : Le salarié réintégré après annulation de son licenciement « *ne pouvait être privé [...] ni du salaire qui eut été le sien s'il n'avait pas été licencié, ni du bénéfice des augmentations résultant de l'application d'un accord d'entreprise* ».

<sup>2518</sup> Cass. soc., 24 janvier 1990, Dr. soc. 1990, p. 328, rapp. Ph. WAQUET.

<sup>2519</sup> L'employeur n'a pas le choix entre l'emploi antérieur et un emploi similaire malgré la formulation de certaines dispositions législatives paraissant lui laisser l'option. Cf. J. SAVATIER, « La disponibilité d'un emploi en vue d'une réintégration, d'un reclassement ou d'une priorité de réembauche », Dr. soc. 1999, p. 147.

Dans de nombreuses hypothèses, la loi a effectivement inscrit le principe de la réintégration dans l'emploi initial ou similaire, que cette réintégration procède de la nullité du licenciement (ex. : article L. 2422-1 du Code du travail en cas d'annulation du licenciement à la suite de l'annulation de l'autorisation administrative) ou du terme d'une suspension du contrat (ex. : article L. 1225-25 du Code du travail en cas de congé de maternité, article L. 1225-36 en cas de congé paternité et d'accueil, article L. 1225-55 du Code du travail en cas de congé parental d'éducation, article L. 1226-8 du Code du travail en cas de congé-maladie pour accident de travail ou maladie professionnelle).

<sup>2520</sup> Cass. soc., 2 février 2005, Bull. civ. V, n°43.

<sup>2521</sup> Ex. : Cass. soc., 24 janvier 1990, Bull. civ. V, n°32, préc. – Cass. soc., 22 octobre 1997, Bull. civ. V, n°324. – Cass. soc., 24 juin 1998, Bull. civ. V, n°339. – Cass. soc., 13 mars 2001, Bull. civ. V, n°83. – Cass. soc., 24 mars 2010, Bull. civ. V, n°72.

La mise en disponibilité du salarié ne constitue pas une réintégration : Cass. soc., 30 juin 2004, Bull. civ. V, n°185.

<sup>2522</sup> Cass. soc., 24 juin 1998, JCP E. 1998, p. 1887, note C. PUIGELIER.

<sup>2523</sup> Cass. soc., 13 juillet 1993, RJS 10/93, n°1004.

<sup>2524</sup> Cass. soc., 8 juillet 1997, Dr. soc. 1997, p. 990, obs. G. COUTURIER.

<sup>2525</sup> Cass. soc., 9 juin 1988, Bull. civ. V, n°356 : « *L'attitude d'une partie du personnel, qui n'autorisait pas l'employeur à se soustraire à ses obligations, ne pouvait constituer une contestation sérieuse faisant*

la solution jurisprudentielle consistant à assimiler la concurrence déloyale de la part du salarié dont le licenciement est nul à une impossibilité matérielle de réintégration<sup>2526</sup>. Il n'y a pas ici de disparition d'entreprise. Le refus de réintégration semble donc sanctionner le comportement du salarié. Il est vrai que le salarié est tenu, lors de l'exécution de son contrat, d'une obligation de loyauté envers son employeur. Si l'on admet la réintégration du salarié, son contrat doit être considéré comme s'étant toujours poursuivi. Il faut donc également admettre qu'il a toujours été tenu par son obligation de loyauté. Dans ces conditions, le salarié ne peut à la fois soutenir que son obligation de loyauté a cessé au moment de la rupture initiale afin d'échapper au grief de concurrence déloyale et demander, par le biais de la réintégration, que le contrat de travail se poursuive. Un choix est nécessaire. En outre, si avait été empruntée la voie de la réintégration, les faits de concurrence déloyale reprochés auraient été constitutifs d'une faute au moins sérieuse, sans doute grave, justifiant alors un licenciement<sup>2527</sup>. Le salarié réintégré n'aurait ainsi pas été à l'abri d'une rupture cette fois-ci justifiée, voire privative de certaines indemnités. Lui refuser sa réintégration ne lui est pas toujours défavorable et se justifie sans doute par un souci d'équité.

**668. Le périmètre de la réintégration dans un emploi équivalent.** Pendant longtemps, la jurisprudence ne s'est pas cantonnée aux frontières de l'établissement pour limiter le champ possible de la réintégration du salarié dans un emploi équivalent. Ainsi a-t-elle pu admettre une réintégration au sein d'autres établissements de l'entreprise que celui d'origine du salarié concerné, et même au sein de l'unité économique et sociale<sup>2528</sup>. Mais, dans le cadre du licenciement nul pour nullité du plan de sauvegarde de l'emploi, le législateur est intervenu en 2005<sup>2529</sup> afin de préciser que l'impossibilité de réintégration résultait « *notamment du fait de la fermeture de l'établissement ou du site ou de l'absence d'emploi disponible de nature à permettre la*

---

*obstacle à la réintégration* ». *Contra* jurisprudence antérieure : Cass. soc., 8 mars 1978, Bull. civ. V, n°169.

<sup>2526</sup> Cass. soc., 25 juin 2003, Bull. civ. V, n°206. – Cass. soc., 18 décembre 2013, n°12-21229 (cassation pour défaut de réponse à conclusion de l'employeur « *qui soutenait que cette réintégration était impossible en raison de faits de concurrence déloyale et de harcèlement moral imputés au salarié* »).

<sup>2527</sup> J.-E. TOURREIL, obs. sous Cass. soc., 25 juin 2003, JSL, 7 octobre 2003, n°131, p. 21.

<sup>2528</sup> Cass. soc., 30 mars 1999, Bull. civ. V, n°144 (autres établissements de l'entreprise). – Cass. soc., 16 octobre 2001, D. 2002, p. 770, obs. E. PESKINE (au sein de sociétés formant une UES).

<sup>2529</sup> Loi du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale, n°2005-32, JO, 19 janvier 2005, p. 864.

*réintégration du salarié* ». Il s'agissait de contrer une jurisprudence antérieure jugée trop laxiste<sup>2530</sup>. La Cour de cassation s'en fit l'écho en 2006 lorsqu'elle décida de ne pas élargir l'obligation de réintégration au groupe en cas de licenciement dont la nullité procédait de celle du plan de sauvegarde de l'emploi<sup>2531</sup>. D'aucuns<sup>2532</sup> ont alors pu s'étonner d'une telle décision notamment au regard de l'obligation de reclassement s'étendant au groupe<sup>2533</sup>. Faut-il appliquer cette jurisprudence aux seules entités n'ayant pas la personnalité juridique ? Serait alors concernée, en sus du groupe, l'unité économique et sociale. Mais la référence à la fermeture de l'*établissement* suscite l'incertitude. Faut-il en déduire que la réintégration au sein d'une même entreprise mais dans un autre établissement serait remise en cause ?

Cela étant, tant que l'intervention du législateur ne concernait que l'hypothèse de la nullité du plan de sauvegarde de l'emploi, il était possible d'admettre une différence d'appréciation de la réintégration selon les nullités en cause. Mais, en 2008, la Cour de cassation a étendu cette restriction du champ de la réintégration au cas du licenciement nul pour discrimination<sup>2534</sup>. La Cour semble ainsi vouloir appliquer le même régime à la réintégration quelle que soit la source de la nullité du licenciement<sup>2535</sup>.

---

<sup>2530</sup> En particulier, il s'agissait de s'opposer à la jurisprudence d'un conseil de prud'hommes (CPH, Soissons, 5 novembre 2004), qui avait ordonné la réintégration de salariés cinq ans après leur licenciement dans le groupe alors que l'usine qui les employait avait disparu. (Adde M. BONNECHÈRE : « Licenciements économiques : la procédure, garantie fondamentale des droits des salariés (à propos des arrêts *Alcatel Cable France* de la Cour d'appel de Versailles et d'un projet de loi) », Dr. ouvr. 2004, p. 493).

La Cour de cassation semblait, de façon générale, entendre restrictivement l'impossibilité matérielle. Ex. : Cass. soc., 13 décembre 1994, Bull. civ. n°341 : « *Attendu que, pour décider que la réintégration de M. X... était impossible, la cour d'appel relève que l'entreprise a pratiquement cessé son activité sur le site en cause et qu'il n'existait aucun emploi correspondant à sa qualification ; Qu'en statuant ainsi, par des motifs qui ne font pas apparaître que la réintégration était matériellement impossible dans l'entreprise, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ».

<sup>2531</sup> Cass. soc., 15 février 2006, Lexbase hebdo éd. soc., 2/03/2006, n°204, obs. Ch. WILLMANN ; JSL, 14 mars 2006, n°185, obs. M.-Ch. HALLER ; JCP S. 2006, 1180, note P. MORVAN.

<sup>2532</sup> Not. Ch. WILLMANN, note sous Cass. soc., 15 février 2006, préc.; M.-Ch. HALLER, note sous même arrêt, préc. ; G. COUTURIER, obs. sous Cass. soc., 9 juillet 2008, Dr. soc. 2008, p. 1148.

<sup>2533</sup> Cass. soc., 20 février 1991, Bull. civ. 1991, V, n°86 repris par la loi désormais à l'article L. 1233-4 du Code du travail. La jurisprudence avait pu préciser que le groupe dont il était question englobait « *les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel* » : Cass. soc., 25 juin 1992, Bull. civ. V, n°240. – Cass. soc., 5 avril 1995, D. 1995, jur. p. 503, note M. KELLER ; Dr. soc. 1995, p. 487, chron. G. LYON-CAEN.

<sup>2534</sup> Cass. soc., 9 juillet 2008, Bull. civ. V, n°155. (En l'occurrence, licenciement motivé par l'état de santé du salarié).

<sup>2535</sup> Comp. jurisprudence antérieure : Cass. soc., 15 décembre 1988, Bull. civ. V, n° 667, préc., admettant la réintégration d'un salarié protégé, licencié sans autorisation administrative, dans une société du groupe dont son employeur faisait partie, dès lors que son entreprise d'origine avait été liquidée.

ii. *La résistance de l'employeur*

**669. Les moyens de contrainte.** En l'absence d'impossibilité matérielle, le refus de l'employeur de réintégrer le salarié<sup>2536</sup> devrait être inopérant. Un arrêt inédit de la Cour de cassation<sup>2537</sup> sanctionne d'ailleurs un arrêt de la cour d'appel pour avoir estimé que la réintégration (bien qu'ordonnée mais n'ayant pas été suivie d'effet) n'était « *plus de droit en raison de l'expiration de la période de protection, qu'elle n'apparai[ssait] d'ailleurs pas souhaitable et qu'au bout de huit années la société ne procéder[ait] jamais à celle-ci* ». La Cour de cassation affirme, au contraire, que le salarié est fondé à obtenir l'exécution de son contrat. L'écoulement du temps ne peut en principe être un obstacle à la réintégration, sous réserve de l'abus du salarié<sup>2538</sup>. Des mécanismes de contrainte telles l'astreinte et les sanctions pénales – via le délit d'entrave pour les salariés protégés<sup>2539</sup>, ou la discrimination<sup>2540</sup> le cas échéant pour les salariés ordinaires – peuvent être utilisés afin d'inciter l'employeur à se soumettre<sup>2541</sup>.

**670. La « renonciation » du salarié face au refus réitéré de l'employeur.** La question demeure cependant posée si l'employeur continue de s'opposer à la réintégration effective du salarié. L'impasse est possible. Il est alors à craindre que le salarié finisse par renoncer à sa réintégration. Dans ces conditions, le contrat sera rompu soit par une prise d'acte, soit par une « résiliation » judiciaire. La Cour de cassation faisant alors produire à cette rupture les effets *indemnitaires* d'un licenciement nul<sup>2542</sup>. En d'autres termes, la « résiliation » judiciaire ou la prise d'acte empêche le prononcé d'une réintégration. À cet effet, la Cour de cassation met en avant le caractère irrévocable de la prise d'acte<sup>2543</sup>. Une telle solution s'inscrit, il est vrai, dans la lignée du régime que la Cour de cassation applique à la prise d'acte et à la « résiliation » judiciaire du contrat de travail. Mais elle ne permet pas de garantir l'effectivité du choix du salarié lequel avait opté en premier lieu pour une réintégration. Certes, le choix du salarié n'est

---

<sup>2536</sup> Caractérisant un délit d'entrave : Cass. crim., 13 mars 1984, n°80-94765.

<sup>2537</sup> Cass. soc., 2 juin 1993, n°89-45278.

<sup>2538</sup> Infra n°659 et 679.

<sup>2539</sup> Article L. 2328-1 du Code du travail.

<sup>2540</sup> Article 225-2 du Code pénal.

<sup>2541</sup> Cass. soc., 9 mai 2000, n°99-40056.

<sup>2542</sup> Cass. soc., 29 mai 2013, Bull. civ. V, n°136.

<sup>2543</sup> Non sans confusion, il est vrai avec son immédiateté. Voir sur ce point J. MOULY, obs. sous Cass. soc., 29 mai 2013, Dr. soc. 2013, p. 647.

pas définitif. Tant que le processus n'est pas clos, ce dernier peut d'abord opter pour la seule indemnisation avant de solliciter sa réintégration. Autrement dit, il peut changer d'avis. Il n'en demeure pas moins que face à la résistance de l'employeur, le salarié est souvent contraint de se soumettre, et, alors même qu'il aurait désiré être effectivement réintégré, qu'il subisse – davantage qu'il ne choisisse – la non-réintégration.

La position de la Cour de cassation permet sans doute d'atténuer le préjudice ressenti puisqu'elle offre au salarié un cumul d'indemnisations. En effet, ce dernier a droit à la fois à la rémunération qu'il aurait perçue jusqu'à la prise d'acte de son contrat de travail ou la résolution judiciaire et, en outre aux indemnités de rupture et à une indemnité pour licenciement illicite au moins égale à celle prévue en cas de licenciement injustifié. Cette jurisprudence, d'abord rendu à propos d'un salarié protégé qui, confronté à la résistance de l'employeur, avait pris acte de la rupture<sup>2544</sup>, a été étendue au salarié « ordinaire » demandant, à la suite du refus de l'employeur, la « résiliation » judiciaire de son contrat de travail<sup>2545</sup>.

Certains auteurs ont critiqué cette solution en considérant qu'elle revenait à faire bénéficier le salarié à la fois des avantages de l'exécution et celle de l'indemnisation<sup>2546</sup>. Mais cette critique se conçoit en réalité davantage dans l'hypothèse où le salarié bénéficiant d'une période de protection spéciale, cumule les indemnités de rupture illicite avec une indemnité correspondant au montant des salaires qu'il aurait dû percevoir jusqu'à la fin de la période de sa protection<sup>2547</sup>, qu'en cas de prise d'acte ou de « résiliation » judiciaire. En effet, lorsqu'une prise d'acte ou une « résiliation » judiciaire joue, c'est que le contrat en cause n'était pas déjà rompu. Autrement dit, un tel acte ne peut intervenir que si le contrat s'est poursuivi jusqu'à cette date. Or, c'est bien ce à quoi tend la nullité du licenciement, de considérer que le contrat s'est précisément poursuivi, en l'occurrence jusqu'à ce qu'une rupture, cette fois-ci licite, intervienne. La rupture dont il est question a justement pour particularité de dissocier celui qui en a l'initiative de celui devant l'assumer. Le fait reproché étant le refus d'une réintégration prononcée à la suite de la violation d'un statut protégé ou d'une discrimination, ce refus est en lui-même illicite. Le salarié est donc légitime à obtenir des indemnités pour une rupture définitive imputable à l'employeur. Les indemnités perçues n'ont pas

---

<sup>2544</sup> Cass. soc., 25 janvier 2006, JCP S. 2006, 1217, note J.-Y. KERBOURC'H.

<sup>2545</sup> Cass. soc., 29 mai 2013, JCP S. 2013, 1336, note J. MOULY.

<sup>2546</sup> J. MOULY, obs. préc. sous Cass. soc., 29 mai 2013, JCP S. 2013, 1336.

<sup>2547</sup> *Infra* n°ii.

exactement le même objet, à la différence de l'hypothèse où le salarié bénéficie d'une période de protection spéciale<sup>2548</sup>. Dans la mesure où le salarié est contraint de « renoncer », il est possible d'admettre que sa renonciation ne rétroagit pas à la date du licenciement initial.

Surgit alors une crainte, celle du comportement du salarié qui consisterait à retarder autant que possible sa demande en résiliation voire sa prise d'acte<sup>2549</sup>. La jurisprudence a cependant admis, dans le cadre d'un licenciement nul où le salarié avait tardé à solliciter sa réintégration et les dommages-intérêts en découlant<sup>2550</sup>, que ce dernier avait abusé de son droit. Il est possible de transposer cette jurisprudence au cas de figure qui nous intéresse ici. L'abus de droit permettrait ainsi de diminuer les indemnités dues.

*b. Le choix du salarié*

**671. De la justification de l'existence du choix.** Même à considérer qu'une réintégration est matériellement possible, encore dépend-elle de la volonté du salarié. Lui seul peut en demander le prononcé. La doctrine, comme la jurisprudence, affirment tant le droit au salarié à sa réintégration qu'au droit d'y renoncer. Le salarié a donc le choix entre la poursuite de son contrat de travail et l'efficacité de la rupture assortie alors de dommages-intérêts. Une telle solution s'écartere de mécanismes connus.

**672. La différenciation avec l'inexécution du contrat.** Si le mécanisme se rapproche de celui de l'inexécution laissant, selon l'alinéa 2 de l'article 1184 du Code civil, le choix au cocontractant entre l'exécution forcée du contrat et la résolution avec dommages et intérêts, il ne s'agit pourtant pas de se placer – du moins pour l'instant – sur le terrain de la responsabilité. Au contraire, la nullité sanctionne l'illicéité d'un acte et n'a pas vocation, en soi, à réparer un préjudice ni à sanctionner son auteur. La remise en l'état, le retour à la situation d'origine illustre une certaine neutralité. Dans ces conditions, si l'on considère le maintien du contrat de travail comme un effet logique de la remise en l'état, ne devrait-il pas s'imposer aux parties dès lors que le licenciement est annulé ? Réserver l'action en nullité au salarié se justifie dans la mesure où les règles

---

<sup>2548</sup> *Ibid.*

<sup>2549</sup> J. MOULY, note préc. sous Cass. soc., 29 mai 2013, JCP S. 2013, 1336.

<sup>2550</sup> Cass. soc., 26 mars 2013, Bull. civ. V, n°83.

du licenciement relèvent de l'ordre public de protection, mais qu'en est-il des effets ? Le salarié peut-il en avoir la maîtrise ?

**673. Le rapprochement imparfait avec les « restitutions » consécutives à la nullité d'un contrat.** En tant que conséquence, directe ou indirecte<sup>2551</sup>, de la nullité, la réintégration semble s'apparenter aux restitutions consécutives à la nullité d'un contrat. Le rapprochement ne peut cependant être parfait. En cas de nullité de contrats à exécution successive, ce qui importe est davantage le sort réservé au passé – avant l'annulation – qu'à l'avenir. Dans le cadre de la réintégration, le futur est tout aussi important que le passé puisqu'il s'agit, au contraire de maintenir le contrat. Si pour le passé, l'analogie est alors possible au prix d'une inversion du raisonnement (une restitution « rend » au cocontractant ce qui n'aurait pas dû être reçu, la réintégration « donne » au cocontractant ce qui aurait dû être perçu<sup>2552</sup>), elle ne l'est plus pour l'avenir. La question du choix entre la restitution en nature ou en valeur pour le créancier de la restitution<sup>2553</sup> paraît difficilement transposable à la réintégration. Il paraît difficile d'analyser la décision du salarié de ne pas demander sa réintégration comme l'expression d'une demande de réintégration « en valeur » à défaut de faire le choix d'une réintégration « en nature ». Mais, même à admettre l'analogie, comment justifier le choix alors offert au salarié ? Sa seule position de « victime » pourrait sans doute suffire. Plus encore, si la nullité est certes une sanction objective, elle revient à rétablir une situation subjective<sup>2554</sup>. Ainsi, il ne devrait pas être question, à proprement parler, d'exécution forcée du contrat (celui-ci étant censé n'avoir jamais cessé). Cependant, la rupture de fait, pendant un certain temps, du contrat de travail ne peut pas toujours être

---

<sup>2551</sup> La doctrine s'étant intéressée à la problématique des restitutions s'est interrogée sur ses fondements. Les fondements classiques (tels la répétition de l'indu, l'enrichissement sans cause etc...) ayant été critiqués, les auteurs ont proposé de « nouveaux » fondements (C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, th. préc., n°641 et s. ; Th. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution...*, th. préc., n°920 et s.). La jurisprudence semble avoir tranché pour un rattachement au principe même de la nullité. Cf. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 septembre 2002, D. 2003, p. 363, note J.-L. AUBERT : « *Les restitutions consécutives à une annulation ne relèvent pas de la répétition de l'indu mais seulement des règles de la nullité* ».

<sup>2552</sup> Cf. pour le versement des salaires entre le licenciement et la réintégration effective, infra n°647 et s.

<sup>2553</sup> La question paraît débattue en doctrine, certains considérant que seule l'impossibilité permettrait la restitution par équivalent : C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, th. préc., n°866, d'autres s'interrogeant sur la question d'offrir le choix au créancier de la restitution « victime » : Th. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution...*, th. préc., n°935 (l'auteur précise qu'il ne s'agirait que d'un choix de politique juridique).

<sup>2554</sup> C. SEVELY-FOURNIÉ, *Essai sur l'acte juridique extinctif...*, th. préc., n°540.

masquée. *De facto*, il s'agira bien de « reprendre » le cours d'un contrat. Le salarié peut alors se retrouver dans la même situation que si on lui imposait l'exécution forcée d'un contrat de travail dont il ne veut plus. Or, si la lettre de l'article 1142 du Code civil a été depuis longtemps dépassée, toute obligation de faire ne peut s'en émanciper. D'autant qu'en droit du travail il est douteux qu'il ne s'agisse que d'une simple obligation de faire<sup>2555</sup>. Dès lors que celui-ci engage une part de sa personne, voire de sa personnalité, dans l'exécution du contrat de travail, il n'est pas possible de le contraindre à poursuivre celui-ci.

Il reste que l'analyse des conséquences indemnitaires du refus du salarié à sa réintégration comme une restitution par équivalent ne convainc guère. La Cour de cassation semble d'ailleurs préférer une logique de réparation. En réalité, il faudrait sans doute conclure que la « nullité du licenciement » englobe deux actions : la véritable action en nullité induisant une réintégration, et une action simplement indemnitaire, ouvrant droit au moins aux indemnités dues en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse.

## 2. *Les conséquences pécuniaires*

**674. *Cumul possible d'indemnités.*** Le salarié dont le licenciement est nul et qui ne demande pas sa réintégration ou dont la réintégration est impossible, a droit à un cumul d'indemnités. Lorsqu'il ne s'agit que d'indemnités versées en réparation du préjudice subi du fait de la rupture illicite, la solution est cohérente. Elle l'est beaucoup moins lorsque s'y ajoute, dans certains cas, une indemnité correspondant aux salaires qui auraient dû être versés jusqu'à la fin de la période de protection particulière dont bénéficie le salarié. Ainsi s'agira-t-il de s'intéresser à l'incidence de l'existence d'une période de protection supplémentaire (b) sur le cumul des indemnités versées à l'occasion d'une rupture illicite (a).

---

<sup>2555</sup> Supra n°98.

*a. Les indemnités versées à l'occasion de la rupture illicite*

**675. Le principe.** Le salarié dont le licenciement est nul et qui n'est pas réintégré a droit aux indemnités de rupture classiques<sup>2556</sup>, c'est-à-dire à l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement, et, éventuellement, à l'indemnité compensatrice de préavis<sup>2557</sup> et de congés payés ainsi qu'à une indemnité réparant le préjudice résultant du caractère illicite du licenciement, laquelle est au moins égale à celle prévue par l'article L. 1235-3 du Code du travail (licenciement sans cause réelle et sérieuse), peu important l'ancienneté du salarié<sup>2558</sup> ou l'effectif de l'entreprise<sup>2559</sup>. Cette solution est guidée à la fois par l'idée de réparation d'un préjudice et celle de sanction de l'auteur d'une « faute » plus sérieuse que celle du licenciement sans cause réelle et sérieuse.

*b. L'incidence de l'existence d'une période de protection supplémentaire*

**676. Un cumul critiquable.** Le cumul auquel a droit le salarié licencié pendant une période de protection supplémentaire (i) n'est pas exempt de critiques (ii).

*i. Le cumul des indemnités de rupture et de l'indemnité pour violation du statut protecteur*

**677. Le versement des salaires restant à courir pendant la période de protection.** Dans certains cas, l'employeur licenciant un salarié en violation d'une période de protection supplémentaire accordée à ce dernier s'expose, en sus des indemnités déjà évoquées, au versement des sommes que ce dernier aurait dû percevoir entre le prononcé du licenciement et la fin de sa période de protection.

Ainsi, la loi<sup>2560</sup> impose à l'employeur de verser à la salariée enceinte dont le licenciement est nul le montant des salaires qu'elle aurait perçus pendant la période

<sup>2556</sup> Ex. Cass. soc., 5 juin 2001, Bull. civ. n°211 (licenciement prononcé pendant la période de suspension du contrat de travail provoqué par un accident du travail). – Cass. soc., 12 juin 2001, Bull. civ. V, n°219 (pour les salariés protégés). – Cass. soc., 16 février 2005, Bull. civ. V, n°53 (salariée enceinte).

<sup>2557</sup> Dans le cadre du licenciement nul du salarié, victime d'un accident du travail, l'indemnité compensatrice de préavis est due quand bien même ce dernier serait dans l'impossibilité physique de l'exécuter : Cass. soc., 25 mai 2011, n° 09-69641.

<sup>2558</sup> Ex. : Cass. soc., 2 juin 2004, Bull. civ. V, n°153 (licenciement nul d'un salarié victime d'un accident du travail). – Cass. soc., 3 mai 2007, n°05-43859 (licenciement nul d'un salarié protégé). – Cass. soc., 14 avril 2010, Bull. civ. V, n°97 (licenciement nul d'une salariée enceinte).

<sup>2559</sup> Cass. soc., 21 octobre 2009, n°08-41764 (salarié protégé).

<sup>2560</sup> Article L. 1225-71 du Code du travail. La période de protection étant assimilée à une période effectivement travaillée, la salariée est en droit de percevoir une indemnité compensatrice de congés payés calculée sur cette période : Cass. soc., 10 novembre 1993, Bull. civ. V, n° 262.

couverte par la nullité. La Cour de cassation a admis en 1978<sup>2561</sup> le cumul de cette indemnité avec celle due pour rupture injustifiée. Elle a ultérieurement étendu ce raisonnement aux salariés protégés licenciés en méconnaissance de leur statut protecteur. En effet, si la Cour de cassation a d'abord sanctionné l'illicéité du licenciement opéré sans autorisation administrative par l'octroi d'une indemnité correspondant aux salaires restant à courir jusqu'à la fin de la période de protection<sup>2562</sup>, elle a ensuite décidé d'y adjoindre une indemnité au moins égale à celle due en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse<sup>2563</sup>.

En revanche, les salariés victimes d'accident de travail ou de maladie professionnelle licenciés en méconnaissance de la période « protégée » de suspension de leur contrat de travail ne bénéficient pas d'une indemnité égale au montant des salaires qui auraient été perçus pendant cette période de protection. Il est vrai qu'ici, l'indétermination de la période de suspension du contrat de travail et l'absence de référence possible rendaient délicate une telle indemnisation. La jurisprudence l'a pourtant admis pour l'ensemble des salariés protégés, même pour ceux bénéficiant d'une période de protection sans terme déterminé.

**678. La problématique de l'absence de limitation dans le temps de la période de protection.** Lorsque la durée de la protection est limitée dans le temps (les femmes enceintes), condamner l'employeur au versement des sommes que le salarié aurait dû percevoir entre le prononcé du licenciement et la fin de sa période de protection ne pose aucune difficulté. Il en va différemment lorsque la durée de la protection en cause n'est pas limitée ou est particulièrement longue<sup>2564</sup>. En ce qui concerne les salariés protégés, la jurisprudence a opéré une véritable construction prétorienne visant à limiter la période de référence. Ainsi, les délégués syndicaux<sup>2565</sup> et les conseillers du salarié<sup>2566</sup> voient le

---

La salariée a ainsi droit (alors même qu'il n'y a pas de réintégration) aux salaires qui auraient dû être perçus pendant la période couverte par la nullité, sans déduction possible des revenus qu'elle aurait éventuellement perçus (Cass. soc., 10 avril 1991, Bull. civ. V, n°176).

<sup>2561</sup> Cass. soc., 31 mars 1978, Bull. civ. V, n°260.

<sup>2562</sup> Cass. soc., 27 mai 1970, Dr. soc. 1971, p. 132, note J. SAVATIER ; JCP 1971, II, 16773.

<sup>2563</sup> Cass. soc., 10 juillet 1990, Dr. soc. 1990, p. 794, note H. MARIE. – Cass. soc., 12 juin 2001, Dr. soc. 2001, p. 899, obs. J. SAVATIER.

<sup>2564</sup> Cf. A. CRISTAU, Rep. dr. tr. Dalloz, V° Contrat de travail à durée indéterminée (Rupture, Licenciement pour motif personnel, Conditions), n°594 et s., octobre 2015.

<sup>2565</sup> Cass. soc., 6 juin 2000, Bull. civ. V, n° 218.

<sup>2566</sup> Cass. soc., 2 mai 2001, Bull. civ. V, n°144, Dr. soc. 2001, p. 774, obs. J. SAVATIER ; JSL, 29 mai 2001, n°80, p. 16, obs. M.-Ch. HALLER ; SSL, 14 mai 2001, n°1028, p. 12, obs. C.G.

versement de leurs salaires limité à douze mois. L'indemnité due aux médecins du travail<sup>2567</sup>, aux conseillers prud'hommes<sup>2568</sup> et aux délégués du personnel<sup>2569</sup> est limitée à trente mois de salaire.

On pouvait, à l'instar de certains juges du fond, douter de la pertinence de transposer à des salariés dont le mandat ne disparaît pas à la rupture de leur contrat de travail (conseillers prud'hommes et conseillers du salarié notamment) les règles applicables aux représentants du personnel<sup>2570</sup>. La démarche de la Cour de cassation est cependant louable en ce qu'elle tend à limiter les périodes de référence et à unifier les règles applicables à l'ensemble des salariés protégés. Mais il peut alors paraître d'autant plus regrettable que les périodes retenues diffèrent.

Quant au salarié protégé dont l'autorisation de licencier serait annulée, il a droit, selon l'article L. 2422-4, alinéa 2 du Code du travail à une indemnité correspondant « *à la totalité du préjudice subi au cours de la période écoulée entre son licenciement et l'expiration du délai de deux mois [...]* » (cette période correspondant au temps pendant lequel le salarié peut, dans ce cas de figure, demander sa réintégration<sup>2571</sup>), c'est-à-dire aux salaires perdus jusqu'à expiration de cette période.

**679. La limitation de l'abus.** La Cour de cassation a ajouté en 2013<sup>2572</sup> que l'indemnité forfaitaire ainsi due au salarié ne l'était que si celui-ci présentait sa demande d'indemnisation pendant sa période de protection. Au-delà, le salarié a droit à une indemnité « *dont le montant est fixé par le juge en fonction du préjudice subi* ». La Cour étend ici la solution apportée dans l'hypothèse où le salarié demande sa réintégration et une

---

<sup>2567</sup> Cass., avis, 15 décembre 2014, n°15013.

<sup>2568</sup> Cass. soc., 2 mai 2001, Bull. civ. V, n° 147, Dr. soc. 2001, p. 774, obs. J. SAVATIER, préc. ; JSL, 29 mai 2001, n°80, p. 16, obs. M.-Ch. HALLER, préc. ; SSL, 14 mai 2001, n°1028, p. 12, obs. C. G. : L'indemnisation due est « *au moins égale à la rémunération qu'il aurait perçue depuis la date de son éviction jusqu'à l'expiration de la période de protection résultant du seul mandat en cours à la date de la rupture, peu important sa réélection ultérieure, et ce dans la limite de la durée de la protection des représentants du personnel, qui comporte une période de six mois après l'expiration des fonctions* ». Cet arrêt avait été rendu à une époque où la durée du mandat était de deux ans (auquel il fallait ajouter six mois). Mais cette limitation de trente mois vaut par référence aux représentants du personnel. – Cass. soc., 30 novembre 2004, n°01-44739.

<sup>2569</sup> Cass. soc., 15 avril 2015, Bull. civ. V, n°13-21306 et 13-22469, publié, préc.

<sup>2570</sup> J. SAVATIER, note préc. sous Cass. soc., 2 mai 2001, Dr. soc. 2001, p. 774.

<sup>2571</sup> Article L. 2422-4, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code du travail

<sup>2572</sup> Cass. soc., 11 juin 2013, RDT 2013, p. 573, obs. M. GRÉVY ; JCP S. 2013, 1388, note A. BARÈGE.

indemnisation<sup>2573</sup>. Il s'agit d'écartier l'éventuel abus, souligné par certains<sup>2574</sup>, du salarié tenté de retarder autant que possible sa demande d'indemnisation.

*ii. Le cumul des indemnités de rupture et de l'indemnité pour violation du statut protecteur*

**680. Confusion.** En admettant ce cumul, la Cour de cassation opère des confusions. Elle octroie à la fois une indemnisation se rapprochant de celle due en cas de réintégration et celle due justement en l'absence de réintégration. Autrement dit, la Cour de cassation agit comme si les effets du licenciement étaient reportés dans le temps à la date de la fin de la période de protection<sup>2575</sup>. Le salarié bénéficie à la fois de la poursuite du contrat (exécution en nature), même simplement temporairement, au titre de la méconnaissance du statut protecteur, et d'une réparation par équivalent<sup>2576</sup> au titre de la rupture illicite. Or, si la rupture est illicite, c'est bien parce qu'il y a eu méconnaissance du statut protecteur. Autrement dit, les deux indemnités répondent au même objet. Ce faisant, la Cour de cassation sanctionne en réalité deux fois la violation du statut<sup>2577</sup>.

**681. Conclusion du Chapitre II.** Dès lors que le contrat de travail implique la subordination d'un individu, ses droits et libertés fondamentaux se devaient d'être pris en considération et, le cas échéant, protégés. La loi et la jurisprudence procèdent de deux manières. D'une part, le salarié pourra se voir reconnaître le bénéfice d'une protection accrue pendant un temps déterminé. L'employeur voyant alors ses droits

<sup>2573</sup> Cf. supra n°659 *in fine*.

<sup>2574</sup> J.-M. OLIVIER, note sous Cass. soc., 2 février 2006, JCP S. 2006, 1700 ; J. MOULY, « Quelle indemnisation pour les salariés protégés irrégulièrement licenciés ? Propos hétérodoxes sur la jurisprudence relative au statut protecteur », Dr. soc. 2009, p. 1204. *Adde* J.-M. OLIVIER, « À propos des demandes de réintégration tardives », JCP S. 2013, 1332.

<sup>2575</sup> J. MOULY, « Quelle indemnisation pour les salariés protégés ... », art. préc.

Comp. la jurisprudence qui refuse que les effets du licenciement prononcé initialement puissent être reportés à l'exécution de la procédure conventionnelle. En l'occurrence, le licenciement avait été notifié le 7 mai 2009, mais l'avis de la commission paritaire d'interprétation et d'appel était intervenu le 16 décembre 2009, alors que, selon la convention collective, le licenciement ne pouvait être exécutoire qu'après cet avis. La Cour d'appel avait conclu à un licenciement sans cause réelle et sérieuse et au paiement des salaires depuis la demande de réintégration du salarié jusqu'à la date de l'avis de la commission. Cassation : « *Aucun salaire n'est dû par l'employeur pour la période postérieure à la notification d'un licenciement qui emporte la rupture immédiate du contrat* ». : Cass. soc., 31 mars 2015, n°13-27196, publié, Lexbase Hebdo éd. soc., 16/04/2015, n°609, obs. S. TOURNAUX.

<sup>2576</sup> J. MOULY, « Quelle indemnisation ... », art. préc. ; G. AUZERO et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, *op. cit.*, n°1156.

<sup>2577</sup> J. SAVATIER, note préc. sous Cass. soc., 12 juin 2001, Dr. soc. 2001, p. 899 ; J.-Y. FROUIN, « L'indemnisation des salariés protégés, licenciés sans autorisation. Retour sur une jurisprudence controversée », RJS 11/01, p. 842.

potestatifs, en particulier de rupture, restreints<sup>2578</sup>. D'autre part, alors même que l'employeur userait de son droit dans les limites tirées de la nature du droit (respect de la finalité du droit, ou respect de l'exigence d'une cause réelle et sérieuse), la prise en considération des droits et liberté fondamentaux peut permettre d'en limiter son exercice. Dans cette hypothèse néanmoins, toute atteinte n'est pas impossible mais demeure appréhendé différemment selon le droit ou la liberté en cause. Si certaines atteintes doivent répondre aux conditions de l'article L. 1121-1 du Code du travail, c'est-à-dire être justifiées et proportionnées pour être admises – ce sera par exemple le cas de la vie personnelle et familiale du salarié dans le cadre d'un changement des conditions de travail – d'autres ne seront acceptées que si elles « *répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée* » (article L. 1133-1 du Code du travail). Ce sera le cas du principe de non-discrimination. Ainsi, certaines atteintes directes, mais conditionnées, aux droits et libertés fondamentaux sont possibles. Parallèlement, des atteintes indirectes sont également parfois permises. La notion de « trouble objectif » notamment permet de considérer qu'un licenciement aura une cause réelle et sérieuse, alors même que les faits à l'origine du trouble relèveraient d'un motif « rattachable » à une discrimination (la maladie), ou à une liberté ou un droit fondamental, « envers » d'un motif discriminatoire (le port du voile par exemple).

La difficulté alors rencontrée tient à ce que la jurisprudence ne traite pas de la même façon une atteinte injustifiée ou disproportionnée à une liberté ou un droit fondamental selon que cette atteinte est directe ou indirecte. En effet, dans le premier cas sera prononcé la nullité du licenciement, dans le second, la Cour de cassation préférera l'absence de cause réelle et sérieuse. Pourtant la nullité apparaît bien comme la sanction privilégiée des atteintes illégitimes aux droits et libertés du salarié.

Mais le prononcé de la nullité du licenciement pose une autre problématique : la réintégration, *a priori* corrélative de la nullité, n'est pas toujours possible, soit qu'elle apparaisse impossible de droit ou de fait, soit que le salarié la refuse. Dans l'hypothèse où la réintégration serait effectivement prononcée, il importe de revenir sur le temps pendant lequel le salarié aura *de facto* été privé de son emploi. Deux logiques sont alors possibles, celle de la restitution, en principe propre à la nullité, et celle de la réparation.

---

<sup>2578</sup> Cas du salarié protégé, gréviste, de la salariée enceinte, du salarié victime d'un accident du travail, d'une maladie professionnelle. Supra n°292 et s.

Si la jurisprudence accorde au salarié le paiement des salaires qu'il aurait dû percevoir jusqu'à sa réintégration effective, elle semble encore attachée aux règles de la responsabilité. Dans l'hypothèse où la réintégration n'est pas prononcée, la loi accorde l'octroi de dommages-intérêts au moins égaux à ceux d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Elle permet également, lorsque le salarié bénéficie d'un statut particulier et qu'il a été licencié pendant une période accrue de protection, le cumul avec les salaires qu'il aurait dû percevoir jusqu'au terme de cette période. Ce faisant, la Cour de cassation sanctionne en réalité deux fois la violation du statut protecteur dont bénéficiait le salarié.

**682. Conclusion du Titre II.** La prise en considération du cocontractant implique que le titulaire d'un droit potestatif ne puisse en user de n'importe quelle manière. Tant les règles de droit commun que les règles tirées du respect des droits et libertés fondamentaux du salarié peuvent alors être mobilisées. D'une part, l'exigence de bonne foi de l'article 1134 alinéa 3, auquel s'ajoute éventuellement l'article 1135 du Code civil, impose le respect d'un comportement répondant à un standard objectif. La Cour de cassation n'hésitant pas, le cas échéant, à venir imposer de nouvelles obligations à l'auteur de l'acte, obligations le plus souvent entérinées par le législateur. En témoignent l'exigence de préavis en cas de rupture ou changement des conditions de travail par l'employeur ainsi que l'obligation de reclassement préalable à certains licenciements, en particulier pour motif économique. D'autre part, les droits et libertés fondamentaux du salarié permettent de limiter les droits potestatifs de l'employeur. Soit parce que le salarié exerçant une liberté ou un droit fondamental, la loi le dotera d'un statut particulier le mettant à l'abri, pendant un temps déterminé, de certains droits de l'employeur<sup>2579</sup>, soit, d'une manière plus passive, parce que l'employeur ne pourra, en exerçant un droit potestatif, porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux du salarié. Du moins, selon l'article L. 1121-1 du Code du travail, de manière injustifiée et/ou disproportionnée.

Les sanctions sont alors différentes. L'abus de comportement est le plus souvent sanctionné par l'octroi de dommages-intérêts, et, plus rarement par l'inefficacité de l'acte prononcé. L'atteinte illégitime à une liberté ou un droit fondamental se voit au contraire, sanctionnée par la nullité du licenciement, et en principe, la réintégration

<sup>2579</sup> Cf. n°292 et s.

corrélative du salarié, du moins lorsque celui-ci la demande. Certains tempéraments existent néanmoins. Lorsque, par exemple, l'atteinte aux droits ou libertés fondamentaux est indirecte, la jurisprudence préférera la sanction de l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement à celle de sa nullité.

## CONCLUSION DE LA PARTIE II

**683. La mise en œuvre encadrée d'un droit potestatif.** Comme tout droit subjectif, le droit potestatif – altéré ou non – est d'abord limité par l'abus de droit. Le cocontractant ne peut modifier ou rompre le contrat de n'importe quelle manière. L'exigence de bonne foi de l'article 1134, alinéa 3, du Code civil et l'article 1135 du Code civil peuvent ainsi être valablement mobilisés afin d'imposer au titulaire du droit un certain standard de comportement, voire lui imposer de nouvelles obligations. Ensuite, en fonction de l'altération du droit potestatif, le contrôle corrélatif est plus ou moins important. Un droit altéré nécessite davantage d'attention qu'un droit finalisé. Les juges usent des techniques du détournement de finalité du droit ou de la disproportion. Dans cette hypothèse, ils sont appelés à juger du sérieux du motif invoqué. Enfin, le particularisme du droit du travail, et, plus précisément, la prise en considération du salarié, individu, sujet de droits et libertés, notamment fondamentaux, implique qu'ils soient pris en considération lorsqu'il s'agit de s'intéresser à la situation même de celui qui subit l'exercice d'un droit potestatif. Ainsi, les motifs discriminatoires sont en principe interdits. Pour autant, certaines différences de traitement sont néanmoins autorisées. De façon plus générale, l'article L. 1121-1 du Code du travail n'autorise les atteintes aux « *droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives* » que justifiées et proportionnées. En mettant à l'œuvre un droit potestatif, l'employeur ne peut porter une atteinte disproportionnée et/ou injustifiée à la vie personnelle et professionnelle du salarié.

**684. Les sanctions : florilège.** La jurisprudence, ou la loi, fait le plus souvent preuve de pragmatisme. La sanction apportée aux droits exercés hors des limites tirées de leur nature, c'est-à-dire un droit finalisé détourné de sa finalité ou bien un droit justifié ne répondant pas aux exigences d'un motif légitime, en est la preuve. Alors que la remise en cause réelle d'un tel acte, pris *hors* des limites du droit considéré, aurait pu être possible, la sanction ne sera que pécuniaire et consistera en l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement.

En ce qui concerne l'hypothèse du comportement répréhensible de l'auteur de l'acte. Le manquement à la bonne foi peut être sanctionné de deux manières. L'une classique correspond à l'octroi de dommages-intérêts. L'autre, plus originale, consiste en l'inefficacité de l'acte du moins temporairement. Mais en droit du travail, la sanction

sera, au final, pécuniaire. Ainsi, les comportements « détachables » de l'acte pris tel que le non-respect d'un préavis de rupture ou un licenciement vexatoire, se verront sanctionnés par l'octroi d'une indemnité ou de dommages-intérêts. Même lorsque le comportement incriminé ne relève pas d'une obligation ajoutée – ce qui est par exemple le cas d'une mise en œuvre trop soudaine d'une clause de mobilité – la sanction *in fine* sera en principe celle de l'octroi de dommages-intérêts. En effet, dans cette hypothèse, le refus, bien que justifié, du salarié aura le plus souvent été sanctionné par un licenciement. Licenciement certes sans cause réelle et sérieuse mais n'ouvrant droit qu'à indemnités.

En revanche, l'atteinte à un droit ou une liberté fondamentale sera sanctionnée plus drastiquement. Même en l'absence de texte, la jurisprudence considérera comme nul un tel licenciement et, partant, permettra la réintégration corrélative du salarié. Plusieurs exceptions existent néanmoins. Ainsi, la nullité est écartée lorsque l'atteinte à la liberté ou au droit fondamental n'est qu'indirecte. Il en est de même de la réintégration, d'impossibilité matérielle, de résistance de l'employeur ou simplement parce que le salarié la refuse.

## Conclusion générale

---

**685. *La potestas dans le contrat de travail, une légitimité retrouvée.*** La relation de travail apparaît imprégnée d'une logique de pouvoir(s) où se lient, mais où s'opposent également, employeur et salarié. Pourtant, le contrat de travail sur lequel elle se fonde, permet de renouveler l'analyse en mobilisant le concept de droit potestatif. Les règles du droit commun des contrats et du droit spécial du travail, si elles divergent parfois, peuvent également servir un objectif commun, celui d'encadrer la potestativité et permettre ainsi son acceptation au sein de la relation de travail.

Les droits potestatifs dans le contrat se classent en deux catégories, celle des droits potestatifs objets même d'un engagement – il s'agit de la figure des avant-contrats – et celles des droits adjoints à un contrat préexistant. Si les premiers ne posent guère de difficultés, il en va différemment des seconds, en particulier lorsqu'ils s'appliquent à un contrat de travail. Face aux droits potestatifs adjoints du contrat de travail, plusieurs obstacles devaient être surmontés. En premier lieu, celui de l'opposition entre le droit potestatif perçu comme droit subjectif et le pouvoir au sens juridique du terme. L'analyse de l'intérêt de l'entreprise comme une part de l'intérêt de l'employeur, c'est-à-dire son intérêt professionnel, économique, permet alors d'identifier ce qui relève classiquement du « pouvoir de direction » de l'employeur comme des droits potestatifs. Il fallait ensuite admettre que le salarié, bien que partie considérée comme « faible », puisse également bénéficier de droits potestatifs, répondant à une logique différente de ceux octroyés à l'employeur. Enfin, il était nécessaire de distinguer les droits potestatifs de création, de modification et d'extinction. Mais surtout, la question qui se posait était celle de savoir à quel prix les droits potestatifs adjoints étaient acceptés dans le contrat.

**686. *Le champ matériel de la potestas dans le contrat de travail.*** Les droits potestatifs de l'employeur et du salarié apparaissent d'abord quantitativement limités. En témoignent les droits potestatifs adjoints de modification. Réservés, en principe, à l'employeur, leur champ est réduit. La figure du contrat de travail offre tant des outils de droit commun (tels les articles 1129 et 1134, alinéa 1 et 2, du Code civil) que de droit du travail (régime jurisprudentiel de la modification du contrat de travail) qui sont autant de bornes à la marge de manœuvre de l'employeur. Ainsi, limité au droit de changer les

conditions de travail des salariés, l'employeur ne peut se réserver de droits potestatifs de modification du contrat. À ce titre, les clauses potestatives de variation sont en principe refusées, la clause de mobilité faisant alors figure d'exception.

Dans ces conditions, les dernières réformes du droit du travail instituant des accords d'entreprise « dérogatoires »<sup>2580</sup> modifient l'équilibre jusqu'à présent instauré. Une nouvelle logique est à l'œuvre : ces accords tendent à préserver l'emploi moyennant une certaine flexibilité du contrat<sup>2581</sup>. Il s'agit certes de favoriser les accords d'entreprise, considérés au plus près des salariés, mais surtout de légitimer des atteintes à l'intangibilité du contrat. On voit poindre ici la recherche d'un équilibre, entre d'un côté l'évolution des entreprises soumises aux aléas du marché et du contexte économique et concurrentiel et de l'autre, la volonté de maintenir un contrat indispensable au salarié. Ce souci de pérennité du contrat, que l'on croise d'ailleurs dans d'autres branches du droit dès lors que le contrat a vocation à durer – l'ordonnance du 10 février 2016 ne vient-elle pas d'ailleurs d'instituer la révision pour imprévision<sup>2582</sup> ? – traduit, en droit du travail, la défense d'un « droit à l'emploi » que l'on peine encore à saisir. *A priori* perçu comme un rempart pour le salarié, il permettrait également la variabilité du contrat. Si une telle solution peut se concevoir, des garanties pour le salarié sont nécessaires.

Quant aux droits potestatifs de rupture, l'employeur est tenu par les règles d'ordre public du licenciement et de la rupture anticipée du contrat à durée déterminée. Autrement dit, il ne peut se réserver de faculté de dédit, quand bien même cette dernière échapperait au grief de pure potestativité. L'employeur ne peut rompre le contrat – qu'il s'agisse d'un contrat à durée déterminée ou indéterminée – pour d'autres motifs que ceux prévus par la loi. Les droits et libertés fondamentaux du salarié viennent même parfois fonder une protection supplémentaire pour le salarié restreignant encore davantage son droit de rompre. À la différence, le salarié dispose d'un droit purement potestatif de rupture : la démission. Des doutes demeurent cependant quant à la possibilité d'insérer à son profit des clauses de dédit dans le contrat de travail. L'ordre public social permettrait de les accepter. Néanmoins, de tels droits ne seraient *a priori* admis qu'avec un certain sacrifice de la part de leur auteur ou parce que soumis à des événements objectifs.

---

<sup>2580</sup> Accords de maintien de l'emploi et de mobilité interne issus de la loi n°2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi et accords de préservation ou de développement de l'emploi issus du projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs (version 12 mai 2016).

<sup>2581</sup> L'intitulé même des accords prévus par le projet de loi de 2016 est parlant : « accord de préservation ou de développement de l'emploi ».

<sup>2582</sup> Nouvel article 1195 du Code civil.

**687. *L'intensité de la potestas dans le contrat de travail.*** L'attention portée aux droits potestatifs au sein de la relation de travail a permis de mettre en évidence qu'ils ne se concevaient pas tous comme « purement » potestatifs. Plus encore, très souvent, l'amointrissement de la potestativité sera nécessaire à leur acceptation. Différents degrés d'altération peuvent être recensés.

En premier lieu, l'exigence d'une contrepartie financière, à la condition que celle-ci ne remette pas en cause l'existence même du droit, peut suffire. Une telle contrepartie, si elle ne vient pas nécessairement écarter tout grief de pure potestativité, a au moins le mérite d'éviter *a priori* l'arbitraire de son auteur. Elle apparaît d'ailleurs souvent suffisante pour les juges. Ensuite, le droit peut être assorti d'une finalité particulière. La période d'essai et le changement des conditions de travail doivent ainsi être exercés dans un but prédéterminé. Le juge étant alors garant de tout détournement de finalité. Enfin, l'amointrissement est pleinement consommé lorsque le droit nécessite, pour être exercé, un évènement dont le titulaire n'a pas la maîtrise. Le droit doit alors être justifié par un motif objectif, extérieur au bénéficiaire. La prise d'acte et le licenciement<sup>2583</sup> apparaissent comme des exemples caractéristiques de tels droits. Le juge, saisi de l'existence et du sérieux du motif invoqué, devra opérer un contrôle de proportionnalité.

**688. *Le sujet passif de la potestas.*** Parce que le droit potestatif s'exprime au travers d'un acte unilatéral, l'intérêt de celui qui le subit devait particulièrement être pris en considération. Ici, droit civil (articles 1134, alinéa 3 et 1135 du Code civil) et droit des libertés et droits fondamentaux au travail (principe de non-discrimination, respect de la vie privée et personnelle du salarié notamment) permettent d'encadrer l'exercice des droits potestatifs.

À cet égard, la question de l'extension de certains outils, tels la motivation, la mise en demeure ou le préavis à d'autres droits potestatifs que le licenciement se pose. D'autant plus que l'ordonnance du 10 février 2016 y a recours<sup>2584</sup>. Si l'exigence de préavis à l'exercice de droit potestatif<sup>2585</sup> apparaît effectivement assez générale, elle ne convient

---

<sup>2583</sup> Des tempéraments peuvent néanmoins être apportés lorsqu'il s'agit d'étudier le licenciement pour motif économique. Si certains motifs justificatifs paraissent effectivement à l'abri de toute volonté de l'employeur, comme les difficultés économiques rencontrées, d'autres relèveront davantage d'un choix de gestion de ce dernier. L'amointrissement de la potestativité est alors davantage superficiel.

<sup>2584</sup> Not. pour la résolution unilatérale pour manquement grave (mise en demeure et motivation, nouvel article 1226 du Code civil) et la résiliation unilatérale des engagements à durée indéterminée (préavis, nouvel article 1211 du Code civil).

<sup>2585</sup> Qu'il s'agisse d'un changement des conditions de travail ou d'une rupture du contrat.

cependant guère aux hypothèses où la rupture répond à un manquement particulièrement sérieux. Il en est de même de la mise en demeure. Quant à la motivation, si elle devait être consacrée, ce ne serait qu'en tant que garantie formelle, c'est-à-dire afin de faciliter la preuve du motif invoqué. Dans ce contexte, le licenciement demeure un acte particulier, où la forme se mêle au fond, où la procédure peut parfois être déjà l'amorce de la justification attendue et où le défaut de motivation vaut défaut de justification.

Enfin, témoin de l'importance que prend la protection des droits et libertés fondamentaux du salarié au sein même de la relation de travail, la vie familiale et personnelle du salarié permet à la Cour de cassation de limiter l'exercice de certains droits potestatifs. Prenant appui sur l'article L. 1121-2 du Code du travail, la jurisprudence, en effet, n'admet de changement de conditions de travail que dans la mesure où ce changement ne porterait pas une atteinte injustifiée et/ou disproportionnée à la vie familiale et personnelle des salariés concernés. Est ici à l'œuvre une logique de protection de la sphère privée des individus. On peut dès lors s'interroger sur la place que pourrait prendre cette vie familiale et personnelle du salarié afin, cette fois-ci de fonder certaines revendications au sein même de la relation de travail.

**689. *Un équilibre fragile ?*** L'évolution de la relation de travail va de pair avec celle de la Société. Les changements de celle-ci affectent nécessairement celle-là. Or l'ère post-industrielle dans laquelle nous nous situons pose la question de l'identité sociale de chacun. Elle impose de composer avec le développement de nouvelles technologies et, corrélativement, des nouvelles formes de travail. Hier, le télétravail, aujourd'hui « l'ubérisation »<sup>2586</sup> ? Est-ce l'heure de sonner le glas du salariat ? Au vu des remous suscités par le projet de loi Travail, on peut en douter. Plus encore, les conflits sociaux ne sont-ils que le reflet de crises économiques et/ou politiques ? Le droit des affaires pourrait-il suffire à régler les enjeux en cause ?

C'est oublier que derrière l'économie, il y a les individus. Or, le droit du travail s'est efforcé de trouver un équilibre entre la liberté d'entreprendre de l'employeur et la nécessité d'un pouvoir de direction – autrement dit l'intérêt de l'entreprise – et l'intérêt, voire les intérêts du salarié. Si le contrat de travail subordonne une part du salarié, sa force de travail, ce dernier n'en devient pas pour autant un bien. La *potestas* de l'employeur existe, mais elle est nécessairement restreinte. L'acceptation de cette *potestas* dans la relation de travail apparaît

---

<sup>2586</sup> Néologisme récent issu de l'entreprise Uber (service de voiture de tourisme avec chauffeur.) Le système permet aux professionnels et clients d'être en contact direct via des outils numériques.

aujourd'hui équilibrée, d'autant qu'elle a permis de reconnaître au salarié certains contre-pouvoirs.

Figure sans doute éprouvée, le contrat de travail ne mérite-il pas d'être encore défendu ? Parce qu'il permet d'allier droit des contrats et droits de l'homme, on peut le penser.

## Bibliographie

---

### OUVRAGES GÉNÉRAUX, TRAITÉS, MANUELS, PRÉCIS

**ATIAS (Ch.)**

*Philosophie du droit*, PUF, 2012, 3<sup>ème</sup> éd.

**AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.)**

*Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, 2014, 15<sup>ème</sup> éd.

**AUBRY (Ch.) et RAU (Ch.)**

*Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariae*, tome IV, Paris, 1902.

**AUZÉRO (G.) et DOCKÈS (E.)**

*Droit du travail*, 2016, 30<sup>ème</sup> éd., Dalloz.

**BARBIERI (J.-J.)**

*Contrats civils et commerciaux*, Masson-Armand Colin, 1995, p. 91.

**BAUDRY-LACANTINERIE (G.) et BARDE (J.-L.)**

*Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, tome II, Larose et Ténin, 1907.

**BAUDRY-LACANTINERIE (G.) et WAHL (A.)**

*Du contrat de louage*, tome II, 1900, 2<sup>ème</sup> éd.

**BEUDANT (Ch.) et LEREBOURS-PIGEONNIERE (P.)**

*Cours de droit civil français*, tome 8, 1936.

**BÉNABENT (A.)**

*Droit des obligations*, LGDJ, 2014, 14<sup>ème</sup> éd.

*Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, LGDJ, 2015, 11<sup>ème</sup> éd.

**BIRET (M.)**

*Applications au Code civil des Institutes de Justinien et des cinquante livres du Digeste*, 1824, tome 2.

**BOSSU (B.), DUMONT (F.) et VERKINDT (P.-Y.)**

*Droit du travail*, tome 1, Montchrestien, 2011, 3<sup>ème</sup> éd.

**BRUN (A.) et GALLAND (H.)**

*Droit du travail*, tome 1, *Les rapports individuels de travail*, Sirey, 1978, 2<sup>ème</sup> éd.

**CAMERLYNCK (G.-H.)**

*Droit du travail, le contrat de travail*, tome 1, Dalloz, 1980, 2<sup>ème</sup> éd.

**CAPITANT (H.), TERRÉ (F.) et LEQUETTE (Y.)**

*Grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 2008, 12<sup>ème</sup> éd.

**CARBONNIER (J.)**

*Droit civil, volume 1. Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple.* PUF, Quadriège, 2004, 1<sup>ère</sup> éd.

*Droit civil, volume 2. Les biens. Les obligations,* PUF, Quadriège, 2004, 1<sup>ère</sup> éd.

**CHAPUS (R.)**

*Droit administratif général,* tome 1, Montchrestien, 2001, 15<sup>ème</sup> éd.

**COLIN (A.) et CAPITANT (H.)**

*Cours élémentaire de droit civil français,* tome I, 6<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 1930.

*Traité de droit civil français,* tome II, refondu par L.-J de LA MORANDIÈRE, Dalloz, 1956.

**COLLART-DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (Ph.)**

*Contrats civils et commerciaux,* Dalloz, 2015, 10<sup>ème</sup> éd.

**COLSON (J.-Ph. et IDOUX (P.)**

*Droit public économique,* LGDJ, 2014, 7<sup>ème</sup> éd.

**COUTURIER (G.)**

*Droit du travail, tome I, les relations individuelles de travail,* PUF, 1993, 2<sup>ème</sup> éd.

**COZIAN (M.), VIANDER (A.) et DEBOISSY (F.)**

*Droit des sociétés,* LexisNexis, 2015, 28<sup>ème</sup> éd.

**DELVOLVÉ (P.)**

*Droit public de l'économie,* Dalloz, 1998.

**DEMOGUE (R.)**

*Traité des obligations en général,* tome 1, Librairie Arthur Rousseau, 1923.

*Traité des obligations en général, II, Effets des obligations,* tome 6, éd. A. Rousseau & cie, 1931.

**DEMOLOMBE (Ch.)**

*Cours de Code napoléon, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général,* tome I, Paris, 1868.

*Cours de Code Napoléon, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général,* tome II, Paris, 1877.

**DOCKÈS (E.), PELSKE (E.), WOLMARK (C.)**

*Droit du travail,* HyperCours, Dalloz, 2010, 5<sup>ème</sup> éd.

**DRAGO (G.)**

*Les libertés économiques,* éd. Panthéon-Assas, 2003.

**DUGUIT (L.)**

*Traité de droit constitutionnel,* Cujas 1927, rééd. Panthéon-Assas, 2007.

**DURAND (P.) et JAUSSAUD (R.)**

*Traité du droit du travail,* tome 1, Dalloz, 1947.

*Traité de droit du travail,* tome 2, Dalloz, 1950.

**EISENMANN (Ch.)**

*Cours de droit administratif,* tome 2, LGDJ, 1983.

**ENGEL (P.)**

*Traité des obligations en droit suisse,* Stämpfli Editions SA Berne, 1997, 2<sup>ème</sup> éd.

**FABRE-MAGNAN (M.)**

*Droit des obligations, tome 1, Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 2012, 3<sup>ème</sup> éd.

**FAVENNEC-HÉRY (F.) et VERKINDT (P.-Y.)**

*Droit du travail*, LGDJ, 2014, 4<sup>ème</sup> éd.

**FAVOREU (L.), GAÏA (P.), GHEVONTIAN (R.) et alii**

*Droit constitutionnel*, Dalloz, 2016, 18<sup>ème</sup> éd.

*Droits des libertés fondamentales*, Dalloz, 2016, 7<sup>ème</sup> éd.

**FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et (SAVAUX E.)**

*Droit civil, Les obligations, 1, L'acte juridique*, Sirey, 2014, 16<sup>ème</sup> éd.

*Droit civil, Les obligations, 2, Le fait juridique*, Sirey, 2011, 14<sup>ème</sup> éd.

*Droit civil, Les obligations, 3, Le rapport d'obligation*, Sirey, 2015, 9<sup>ème</sup> éd.

**FRIER (P.-L.) et PETIT (J.)**

*Droit administratif*, LGDJ, 2015, 10<sup>ème</sup> éd.

**GAÏA (P.), GHEVONTIAN (R.) et alii**

*Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2013, 17<sup>ème</sup> éd.

**GAUDEMET (Y.)**

*Droit administratif*, LGDJ, 2015, 21<sup>ème</sup> éd.

**GAUDU (F.) et VATINET (R.)**

*Traité des contrats, Les contrats de travail, contrats individuels, conventions collectives et actes unilatéraux*, LGDJ, 2001.

**GAZZANIGA (J.-L.)**

*Introduction historique au droit des obligations*, 1992, PUF.

**GERMAIN (M.) et MAGNIER (V.)**

*Les sociétés commerciales, tome 2*, LGDJ, 2014, 21<sup>ème</sup> éd.

**GHESTIN (J.) et DESCHE (B.)**

*La vente*, LGDJ, 1990.

**GHESTIN (J.) et GOUBEAUX (G.)**

*Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 1990, 3<sup>ème</sup> éd.

**GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.)**

*Traité de droit civil, Les obligations, les effets du contrat*, LGDJ, 2001, 3<sup>ème</sup> éd.

**GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.)**

*La formation du contrat, tome 1, Le contrat, Le consentement*, LGDJ, 2013, 4<sup>ème</sup> éd.

**GICQUEL (J. et J.-E.)**

*Droit constitutionnel et institutions politiques*, LGDJ, 2016, 29<sup>ème</sup> éd.

**GUYON (Y.)**

*Droit des affaires, tome 1, Droit commercial général et Sociétés*, 1986, 4<sup>ème</sup> éd.

**HUET (J.), DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.) et LECUYER (H.)**

*Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, 2012, 3<sup>ème</sup> éd.

**LAROMBIÈRE (M.-L.)**

*Théorie et pratique des obligations*, tome 2, Paris, 1857, rééd., Hachette, 2014.

**LEVY (J.-Ph.) et CASTALDO (A.)**

*Histoire du droit civil*, Dalloz, 2002.

**JOBARD-BACHELLIER (M.-N.) et BACHELLIER (X.)**

*La technique de cassation, Pourvois et arrêts en matière civile*, Dalloz, 2010, 7<sup>ème</sup> éd.

**LARROUMET (Ch.)**

*Les obligations, le contrat, tome 3, 1<sup>ère</sup> partie, Conditions de formation*, Economica, 2012, 6<sup>ème</sup> éd.

**LARROUMET (Ch.) et BROS (S.)**

*Traité de droit civil*, tome 3, Les obligations. Le contrat, Economica, 2014, 7<sup>ème</sup> éd.

**LAURENT (F.)**

*Principes de droit civil français*, tome XVII, Paris, 1869, rééd. Hachette 2014.

**LE CANNU (P.) et DONDERO (B.)**

*Droit des Sociétés*, LGDJ, 2015, 6<sup>ème</sup> éd.

**LE POURHIET (A.-M.)**

*Droit constitutionnel*, Economica, 2014, 6<sup>ème</sup> éd.

**LE TOURNEAU (Ph.) et alii,**

*Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation*, Dalloz, 2014, 10<sup>ème</sup> éd.

**LINOTTE (D.) et ROMI (R.)**

*Droit public économique*, LexisNexis, 2012, 7<sup>ème</sup> éd.

**LOCHAK (D.)**

*Les droits de l'homme*, La Découverte, 2002.

**LOKIEC (P.)**

*Droit du travail, tome 1, Les relations individuelles de travail*, PUF, 2011.

**LYON-CAEN (G.), PÉLISSIER (J.) et SUPIOT (A.)**

*Droit du travail*, Dalloz, 1998, 19<sup>ème</sup> éd.

**MALAURIE (Ph.)**

*Droit des personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, LGDJ, 2016, 8<sup>ème</sup> éd.

**MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.) et BRENER (C.)**

*Les successions et libéralités*, LGDJ, 2014, 6<sup>ème</sup> éd.

**MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.) et GAUTIER (P.-Y.)**

*Les contrats spéciaux*, LGDJ, 2014, 7<sup>ème</sup> éd.

**MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.)**

*Droit des obligations*, LGDJ, 2015, 7<sup>ème</sup> éd.

**MALINVAUD (Ph.)**

*Introduction à l'étude du droit*, LexisNexis, 2015, 15<sup>ème</sup> éd.

**MALINVAUD (Ph.), FENOUILLET (D.) et MEKKI (M.)**

*Droit des obligations*, LexisNexis, 2014, 13<sup>ème</sup> éd.

**MARTY (G.) et RAYNAUD (P.)**

*Droit civil, Les obligations, tome 2, Le régime*, Sirey, 2<sup>ème</sup> éd. 1989.

**MATHIEU (B.) et VERPEAUX (M.)**

*Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, 2002.

**MAZEAUD (A.)**

*Droit du travail*, Montchrestien, 2014, 9<sup>ème</sup> éd.

**MAZEAUD (H., J., et L.)**

*Leçons de droit civil, tome 2, volume 1, Obligations, théorie générale* par F. CHABAS, Montchrestien, 1998, 9<sup>ème</sup> éd.

**MAY (G.)**

*Éléments de droit romain à l'usage des étudiants des Facultés de droit*, Paris, Sirey, 1920

**MOMMSEN (Th.)**

*Manuel des antiquités romaines, tome 1, Le droit public romain*, Paris 1892, trad. P.-F. GIRARD.

**MORIN (J.-M.)**

*Précis de sociologie*, Nathan, 1996

**NICINSKI (S.)**

*Droit public des affaires*, Montchrestien, 2014, 4<sup>ème</sup> éd.

**OLLIER (P.-D.)**

*Droit du travail*, A. Colin, 1972.

**PÉLISSIER (J.)**

*Le nouveau droit du licenciement*, Sirey, éd. 1978.

**PÉLISSIER (J.), LYON-CAEN (A.) et JEAMMAUD (A.)**

*Grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, 2008, 4<sup>ème</sup> éd.

**PÉLISSIER (J.) LYON-CAEN (G.) et SUPIOT (A.)**

*Droit du travail*, 1998, 19<sup>ème</sup> éd.

**PELSKINE (E.) et WOLMARK (C.),**

*Droit du travail*, Dalloz, HyperCours, 2016, 10<sup>ème</sup> éd.

**PLANIOL (M.)**

*Traité élémentaire de droit civil, tome 2, Obligations, contrats, sûretés réelles*, revu et corrigé par G. RIPERT et J. BOULANGER, Paris, LGDJ, 1947, 2<sup>ème</sup> éd.

**PLANIOL (M.) et RIPERT (G.)**

*Traité pratique de droit civil français, tome VII, p. P. ESMEIN*, 2<sup>ème</sup> éd.

**POTHIER (R.-J.)**

*Traité des obligations*, rééd., Dalloz, 2011.

**PUIG (P.)**

*Contrats spéciaux*, Dalloz, 6<sup>ème</sup> éd., 2015

**PUIGELIER (C.)**

*La pratique de la cassation en matière sociale*, LexisNexis, 2013, 2<sup>ème</sup> éd.

**RIPERT (G.) et BOULANGER (J.)**

*Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, tome 2, LGDJ, 1957.

**RIVERO (J.)**

*Droit administratif*, Dalloz, 1960, rééd. Dalloz, 2011.

**RIVERO (J.) et MOUTOUH (H.)**

*Libertés publiques*, tome 1, PUF, 2003, 9<sup>ème</sup> éd.

**RIVERO (J.) et SAVATIER (J.)**

*Droit du travail*, PUF, Thémis, 1993, 13<sup>ème</sup> éd.

**RODIÈRE (P.)**

*Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, 2014, 2<sup>ème</sup> éd.

**STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.)**

*Les obligations*, tome 2, Contrat, Litec, 1998, 6<sup>ème</sup> éd.

**TERRÉ (F.)**

*Introduction générale au droit*, Dalloz, 2015, 10<sup>ème</sup> éd.

**TERRÉ (F.) et FENOUILLET (D.)**

*Droit civil, Les personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz, 2005, 7<sup>ème</sup> éd.

*Droit civil, Les personnes, personnalité, incapacité, protection*, Dalloz, 2008, 8<sup>ème</sup> éd.

**TERRÉ (F.), LEQUETTE (Y.)**

*Grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, Dalloz, 2008, 12<sup>ème</sup> éd.

**TERRÉ (F.), LEQUETTE (Y.), GAUDEMET (S.)**

*Droit civil, Les successions, Les libéralités*, Dalloz, 2013, 4<sup>ème</sup> éd.

**TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.)**

*Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 2013, 11<sup>ème</sup> éd.

**TEYSSIÉ (B.), CESARO (J.-F.) et MARTINON (A.)**

*Droit du travail. Relations individuelles*, LexisNexis, 2014, 3<sup>ème</sup> éd.

**TOULLIER (Ch.-B.-M.)**

*Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, tome VI, 1821, Paris.

**VIALA (A.)**

*Philosophie du droit*, Ellipses, 2010.

**VILLEY (M.)**

*Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, 1962, rééd. Dalloz, 2002.

*Philosophie du droit. Définition et fins du droit. Les moyens du droit*, 1984-1986, rééd. Dalloz, 2001.

**VINEY (G.)**

*Introduction à la responsabilité* LGDJ, 2008, 3<sup>ème</sup> éd.

*Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité*, 2010, 3<sup>ème</sup> éd.

**VINEY (G.) et JOURDAIN (P.)**

*Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd. 2001.

**WALINE (J.)**

*Droit administratif*, Dalloz, 2014, 25<sup>ème</sup> éd.

**WÉRY (Ph.)**

*L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires. Une relecture des articles 1142 à 1144 du Code civil*, éd. Kluwer, coll. scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1993.

**DICTIONNAIRES, ENCYCLOPÉDIES, RÉPERTOIRES**

**ALLAND (D.) et RIALS (S.)**

*Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003.

**AUBERT (J.-L.) et GAUDEMET (S.)**

Rep. dr. civ. Dalloz, V° Engagement unilatéral de volonté, juin 2013.

**BRISSY (S.)**

« Discriminations », J.-Cl. *Travail traité*, fasc. n°17-11, octobre 2015.

**CADIET (L.) et LE TOURNEAU (Ph.)**

*Abus de droit*, Rép. dr. civ. Dalloz, octobre 2015.

**CHABAS (C.)**

Rep. dr. civ. Dalloz, V° Résolution-résiliation, septembre 2012.

**CORNU (G.)**

*Dictionnaire de vocabulaire juridique*, PUF, 2010, 10<sup>ème</sup> éd.

**COURTIEU (G.)**

J.-Cl. *Civil, Code*, art. 1382 à 1384, fasc. 131-10, octobre 2008.

**CRISTAU (A.)**

Rep. dr. tr. Dalloz, V° Grève, octobre 2015.

Rep. dr. tr. Dalloz, V° Contrat de travail à durée indéterminée (Rupture, Licenciement pour motif personnel, Conditions), octobre 2015.

**DIDIER (M.)**

*Dictionnaire des sciences économiques*, PUF, 2001.

**DRAI (L.)**

« Prise d'acte », J.-Cl. *Travail traité*, fasc. n°30-22, n°28, janvier 2016.

**FOULQUIÉ (P.)**

*Dictionnaire de la langue philosophique*, PUF, 1992, 6<sup>ème</sup> éd.

**FIN-LANGER (L.)**

Rep. dr. civ. Dalloz, V° Suspension du contrat de travail (règles générales), mars 2010.

**FROSSARD (S.)**

Rep. dr. trav. Dalloz, V° Licenciement pour motif économique : notion, octobre 2015.

**GAY (L.)**

« Droits-créances », J.-Cl. *Libertés*, fasc. n°1100, mars 2009.

**GUIBAL (M.)**

Rep. dr. com. Dalloz, V° Commerce et Industrie, janvier 2015.

**HOUTCIEFF (D.)**

Rep. dr. civ. Dalloz, V° Renonciation, janvier 2015.

**LASSERRE CAPDEVILLE (J.)**

J.-Cl *pénal Code* art. 225-1 à 225-4, fasc. n°20, « Discriminations », 2015.

**LANQUETIN (M.-Th.)**

Rep. dr. trav. Dalloz, V° Discrimination, janvier 2015

**LE TOURNEAU (Ph.) et POULMARÈDE (M.)**

Rep. dr. civ. Dalloz, V° Bonne foi, octobre 2014.

**LEROY (Y.)**

Rep. dr. du trav. Dalloz, V° Âge du salarié, juin 2013.

**MONTANIER (Ph.) et KOVAC (J.)**

Rep. dr. tr. Dalloz, V° Options sur action (stock-options), mars 2013.

**PAULIN (J.-F.)**

Rép. dr. du trav. Dalloz, V° Licenciement pour motif économique (procédure), janvier 2016.

**PETEL-TEYSSIÉ (I.)**

J.-Cl. *Civil, Code*, Art. 1780, septembre 2008.

**PICOD (Y.)**

Rep. dr. civ. Dalloz, V° Nullité, mars 2013.

Rep. dr. civ. Dalloz, V° Obligations, octobre 2015.

**ROY-LOUSTAUNAU (C.)**

J.-Cl. Travail traité, V° Fasc. 32-1, préavis, septembre 2014.

**SAVATIER (J.)**

Rep. dr. tr. Dalloz, V° Liberté du travail, janvier 2005.

**STORCK (M.)**

J.-Cl. *Civil, Code*, art. 1119, mai 2010.

**TAISNE (J.-J.)**

J.-Cl. *Civil, Code*, art. 1168-1174, fasc. unique, juin 2015.

**TEYSSIÉ (B.)**

J.-Cl *Travail traité*, fasc. 70-10, « Conflits collectifs, grève dans le secteur privé, Conditions », octobre 2015.

**VILLIERS (M. de) et LE DIVELLEC (A.)**

*Dictionnaire du droit constitutionnel*, Sirey, 2013, 9<sup>ème</sup> éd.

**ZENATI-CASTAING (F.) et REVET (Th.)**

*Cours de droit civil, Contrats, Théorie générale, Quasi-contrats*, PUF, 2014, 1<sup>ère</sup> éd.

**OUVRAGES SPÉCIAUX, OUVRAGES COLLECTIFS, THÈSES, MÉMOIRES ET  
MONOGRAPHIES**

**ADAM (P.)**

*L'individualisation du droit du travail, essai sur la réhabilitation juridique du salarié-individu*, LGDJ, 2005.

**ANTONMATTEI (P.-H.)**

*Contribution à l'étude de la force majeure*, LGDJ, 1992.

**ARCELIN (L.)**

*L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire*, Litec, 2003.

**AZÉMA (J.)**

*La durée des contrats successifs*, LGDJ, 1969.

**BARBERIS (M.)**

*La liberté de rompre unilatéralement le contrat de travail*, mémoire, Université de Versailles, Saint-Quentin-en-Yvelines, 2002.

**BARTHÉLÉMY (E.)**

*De la résiliation du louage de service (loi du 27 décembre 1890)*, thèse, A. Pédone, 1896.

**BARRAU (P.)**

*Histoire du droit du travail par les textes*, tome 1, *De la révolution à la 1<sup>ère</sup> guerre mondiale*, Cahiers de l'institut régional du travail, Aix-en-Provence, n°8, 1999.

**BARUCHEL (N.)**

*La personnalité morale en droit privé, éléments pour une théorie*, LGDJ, 2004.

**BELLANGER (T.)**

*La gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences*, mémoire, Paris II, 2015.

**BÉRAUD (J.-M.)**

*La suspension du contrat de travail, essai d'une théorie générale*, Sirey, 1980.

**BIER (M.)**

*L'efficacité économique des sanctions de l'inexécution du contrat. Etude comparative de droit anglais et de droit français*, mémoire, Montpellier, 2014.

**BIGIAOUI-DUHAMEL (L.)**

*L'abus de droit en droit du travail*, thèse, Paris I, 2002.

**BIQUEZ (C.)**

*Les promesses de vente de fonds de commerce*, thèse, Caen, 1958.

**BLOCH (C.)**

*La cessation de l'illicite, recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Dalloz, 2008.

**BOISMAIN (C.)**

*Les contrats relationnels*, PUAM, 2005.

**BONARDI (A.)**

*Remarques sur la nature juridique du contrat de travail*, mémoire, Paris II, 2013.

**BOURGEOIS (I.) (dir.)**

*Le modèle social allemand en mutation*, Cirac, 2005.

**BONNET (D.)**

*Cause et condition dans les actes juridiques*, LGDJ, 2005.

**BOSCO (D.)**

*Le droit de rétractation. D'un aspect des rapports du droit de la consommation et du droit commun des contrats*, Mémoire Aix-Marseille, 1999.

**BOYER (L.)**

*La notion de transaction. Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, thèse, Toulouse, 1947.

**BRÈS (A.)**

*La résolution du contrat par dénonciation unilatérale*, Litec, 2009.

**BUFNOIR (C.)**

*Théorie de la condition dans les divers actes juridiques suivant le droit romain*, Paris, 1866.

**CALCIU (D.)**

*Les dommages et intérêts punitifs*, mémoire, Paris II.

**CALLÈDE (F.)**

*Exécution forcée en nature ou par équivalent. Etude de droit comparé, Droit français/Droit anglais*, mémoire, Paris II, 2011.

**CAMANA (H.)**

*La conception du contrat. De la jurisprudence contemporaine relative au contrat de travail*, thèse, Paris I, 2007.

**CAPITANT (H.)**

*De la cause des obligations, contrats, engagements unilatéraux, legs*, Dalloz, 1923.

**CAPRON (M.) et QUAIREL-LAINOIZELÉE (F.)**

*La responsabilité sociale d'entreprise*, éd. La découverte, 2004.

**CARBONNIER (J.)**

*Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 9<sup>ème</sup> éd. 1998.

**CARSIN (X.)**

*La renonciation en droit du travail*, thèse, Paris I, 2006.

**CARVAL (S.)**

*La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, 1995.

**CASSAN (D.)**

*La réintégration du salarié*, 1998, thèse Montpellier I.

**CASSIN (R.)**

*De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques et de ses relations avec le droit de la rétention, la compensation et la résolution*, thèse Paris, 1914.

**CATALA (N.)**

*L'entreprise*, Dalloz, 1980.

**CATALA (P.) (dir.)**

*Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Documentation française, 2006.

**CÉLICE (B.)**

*Les réserves et le non vouloir dans les actes juridiques*, Dalloz, 1968.

**CHABAS (C.)**

*L'inexécution licite du contrat*, LGDJ, 2002.

**CHARREAUX (G.)**

*Le gouvernement des entreprises*, Economica, 1997.

**CHAUCHARD (J.-P.) et HARDY-DUBERNET (A.-C.) (dir.),**

*La subordination dans le travail*, Cahier Travail et Emploi, la Documentation Française, 2003.

**CHÉNEDÉ (F.)**

*Les commutations en droit privé*, Economica, 2008.

**CHEVALLIER (J.)**

*L'État de droit*, Montchrestien, 2010, 5<sup>ème</sup> éd.

**COLLART-DUTILLEUL (F.)**

*Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, Sirey, 1988.

**COLLET-THIRY (N.)**

*L'encadrement contractuel de la subordination*, thèse, Paris II, 2001.

**CORGAS-BERNARD (Ch.)**

*La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée*, PUAM, 2006.

**CORNESSE (I.)**

*La proportionnalité en droit du travail*, Litec, 2001.

**DABIN (J.)**

*Le droit subjectif*, 1952, rééd. Dalloz, 2007.

**DAGORNE-LABBE (Y.)**

*Contribution à l'étude de la faculté de dédit*, thèse, Paris II, 1984.

**DESPAX (M.)**

*L'entreprise et le droit*, LGDJ, 1957.

**DEZANDRE B.**

*Vie privée et vie personnelle dans le droit des relations de travail*, mémoire, Paris II, 2012, n°9.

**DIDIER (Ph.)**

*De la représentation en droit privé*, LGDJ, 2000.

**DOCKÈS (E.)**

*Valeurs de la démocratie, huit notions fondamentales*, Dalloz, 2005, p. 93.

**DOMAT (J.)**

*Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 1<sup>ère</sup> partie, Livre 1<sup>er</sup>, Titre 1<sup>er</sup>, section 3, XII, nouvelle édition revue et corrigée par M. de HERICOURT, Paris, 1735.

**DONDERO (B.)**

*Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé, contribution à la théorie de la personnalité morale*, PUAM, 2006.

**DUCHANGE (G.)**

*Le concept d'entreprise en droit du travail*, LexisNexis, 2014.

**DUCROCQ (A.)**

*Recherches sur la notion de droit potestatif*, mémoire, Lille II, 2000.

**ELIAS (R.)**

*Théorie de la force obligatoire de la volonté unilatérale*, thèse, Paris, 1909.

**ENCINAS DE MUÑAGORRI (R.)**

*L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, LGDJ, 1998.

**FABRE (A.)**

*Le régime du pouvoir de l'employeur*, LGDJ, 2007.

**FAVARIO (Th.)**

*L'intérêt de l'entreprise en droit privé français*, 2004, thèse, Lyon III, 2004.

**FENET (P.-A.)**

*Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, tome II, Otto Zeller Osanbrück, 1968.

**FILDERMAN (R.)**

*De la rétroactivité de la condition dans les conventions* », thèse, Paris, 1935.

**FOUCAULT (M.)**

*Surveiller et punir, naissance de la prison*, Gallimard, 1975.

**GAILLARD (E.)**

*Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985.

**GARRIGUES (J.)**

*Les hommes providentiels, Histoire d'une fascination française*, Paris, Seuil, 2012.

**GAUDEMET (S.)**

*La clause réputée non écrite*, Economica, 2006.

**GAUDU (F.)**

*L'emploi dans l'entreprise privée, Essai de théorie juridique*, thèse, Paris I, 1986.

**GÉNIAUT (B.)**

*La proportionnalité dans les relations de travail, De l'exigence au principe*, Dalloz, 2009.

**GÉNICON (Th.)**

*La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ, 2007.

**GOFFAUX-CALLEBAUT (G.)**

*Du contrat en droit des sociétés, Essai sur le contrat instrument d'adaptation du droit des sociétés*, l'Harmattan, collection Presses universitaires de Sceaux, 2008.

**GOUNOT (E.)**

*Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse, Dijon, 1912.

**GOURVES (M.)**

*La volonté du salarié dans le rapport de travail*, thèse, Lyon 2, 2010.

**GOUT (O.)**

*Le juge et l'annulation du contrat*, PUAM, 1999.

**GRATTON (L.-K.)**

*Les clauses de variation du contrat de travail*, Dalloz, 2011.

**GRÉVY (M.)**

*La sanction civile en droit du travail*, LGDJ, 2002.

**GRYNBAUM (L.) NICOD et (M.) (dir.)**

*Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004.

**GUELFUCCI-THIBIERGE (C.)**

*Nullité, restitutions et responsabilité*, LGDJ, 1992.

**GUIOMARD (F.)**

*La justification des mesures de gestion du personnel : Essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur*, thèse Paris X, 2000.

**HAMELIN (J.-F.)**

*Le contrat-alliance*, Economica, 2012.

**HART (H.-L.-A.)**

*Le concept de droit*, traduit par M. Van de KERCHOVE, Facultés universitaires Saint Louis, 2<sup>ème</sup> éd. 2005.

**HÉAS (F.)**

*Le reclassement du salarié en droit du travail*, LGDJ, 2000.

**HELLERINGER (G.)**

*Les clauses du contrat, Essai de typologie*, LGDJ, 2012.

**HÉNOT (F.)**

*La renonciation du salarié*, thèse, Paris I, 1996.

**HOUIN (B.)**

*La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, thèse, Paris II, 1973.

**HOUTCIEFF (D.)**

*Le principe de cohérence en matière contractuelle*, PUAM, 2001.

**IZORCHE (M.-L.)**

*L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, PUAM, 1995.

**JACQUES (Ph.)**

*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.

**JAMIN (Ch.) et MAZEAUD (D.) (dir.)**

*L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999.

*La nouvelle crise du contrat*, Economica, 2003.

**JAOUEN (M.)**

*La sanction prononcée par les parties au contrat, Étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, Economica, 2013.

**JAULT (A.)**

*La notion de peine privée*, LGDJ, 2005.

**JAPIOT (R.)**

*Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*, thèse Dijon, 1909.

**JOSSERAND (L.)**

*De l'esprit des lois et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, rééd. Dalloz, 2006.

**JUILLET (Ch.)**

*Les accessoires de la créance*, Defrénois, 2009.

**JUILLET-RÉGIS (H.)**

*La force obligatoire du contrat, réflexion sur l'intérêt au contrat*, thèse Paris II, 2015.

**KATZ (T.,)**

*La négociation collective et l'emploi*, LGDJ, 2007.

**KELSEN (H.)**

*Théorie pure du droit*, trad. Ch. EISENMANN, rééd., LGDJ, 2010.

**KRIEGEL (A.)**

*Philosophie de la République*, Plon, 1998, p. 78.

**L'HUILLIER (L.)**

*La notion du droit formateur en droit privé suisse*, thèse, Genève, 1947.

**LAFUMA (E.)**

*Des procédures internes, contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, LGDJ, 2008.

**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.

**LAUDE (A.)**

*La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, thèse, Aix-Marseille, PUAM, 1992.

**LAVEFVE-LABORDERIE (A.-S.)**

*La pérennité contractuelle*, LGDJ, 2005.

**LE NABASQUE (H.)**

*Le pouvoir dans l'entreprise, Essai sur le droit d'entreprise*, thèse, Rennes I, 1986.

**LÉGAL (A.) et BRÈTHE DE LA GRESSAYE (J.)**

*Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, Sirey, 1938.

**LEMOULAND (J.-J.) et LUBY (M.) (dir.)**

*Le droit à une vie familiale*, Dalloz, 2007.

**LEQUETTE (S.)**

*Le contrat-coopération, contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, 2012.

**LEVENEUR (L.)**

*Situations de fait et droit privé*, LGDJ, 1990.

**LITTY (O.)**

*Inégalité des parties et durée du contrat, étude de quatre contrats d'adhésion usuels*, LGDJ, 1999.

**LOIR (R.)**

*Les fondements de l'exigence de bonne foi en droit français des contrats*, mémoire, Lille II, 2002.

**LOKIEC (P.)**

*Contrat et pouvoir, essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004.

*Il faut sauver le droit du travail !*, Odile Jacob, 2015.

**LONIS-APOKOURASTOS (V.)**

*La primauté contemporaine du droit à l'exécution en nature*, PUAM, 2003.

**LYON-CAEN (A.)**

*Les clauses de transfert des risques*, Dalloz, 1996.

**MALLEVILLE (J. de)**

*Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État*, tome III, 1807.

**MARMOZ (F.)**

*La délégation de pouvoir*, LITEC, 2000.

**MARTIN de la MOUTTE (J.)**

*L'acte juridique unilatéral, essai d'une notion et sa technique en droit civil*, LGDJ, 1951.

**MARTINON (A.)**

*Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, Dalloz, 2005.

**MAZEAUD (D.)**

*La notion de clause pénale*, LGDJ, 1992.

**MICHOUD (L.)**

*La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, LGDJ, 1932, 3<sup>ème</sup> éd.

**MILHAC (O.)**

*La notion de condition dans les contrats à titre onéreux*, LGDJ, 2001.

**MIRABAIL (S.)**

*La rétractation en droit privé français*, LGDJ, 1997.

**MONROSTY (A.)**

*La faute disciplinaire du salarié dans les arrêts de la cour d'appel de Douai*, mémoire, Lille II, 2002.

**MORACCHINI-ZEIDENBERG (S.)**

*L'abus de droit dans les relations de droit privé*, PUAM, 2004.

**MOULY-GUILLEMAUD (C.)**

*Retour sur l'article 1135 du Code civil, Une nouvelle source du contenu contractuel*, LGDJ, 2006.

**NAJJAR (I.)**

*Le droit d'option, Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, LGDJ, 1967.

**PAGANI (K.)**

*Sport et droit du travail : entre droit commun et droit spécial*, thèse, Paris II, 2012.

**PAGNERRE (Y.)**

*L'extinction unilatérale des engagements*, éd. Panthéon-Assas, 2012.

**PAILLUSSEAU (J.)**

*La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, Sirey, 1967.

**PASQUIER (Th.)**

*L'économie du contrat de travail, conception et destin d'un type contractuel*, LGDJ, 2012.

**PAULIN (Ch.)**

*La clause résolutoire*, LGDJ, 1996.

**PAULIN (J.-F.)**

*La protection de l'emploi du salarié dans l'entreprise*, thèse Lyon II, 1998.

**PEGLION-ZIKA (C.-M.)**

*La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation*, thèse, Paris II, 2013.

**PELISSIER (J.) (dir.)**

*Le pouvoir du chef d'entreprise*, Dalloz, 2002.

**PÉPIN (N.)**

*Le lien de subordination juridique dans les relations de travail*, thèse, Montpellier 1, 2010.

**PÉROCHON (F.)**

*La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels*, thèse, Montpellier, 1987.

**PÉTEL (I.)**

*Les durées d'efficacité du contrat*, thèse, Montpellier 1, 1984.

**PICOD (Y.)**

*Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ, 1989.

**PONTANA (N.)**

*De la rétroactivité de la condition*, thèse, Montpellier, 1900.

**RASSELET (M.)**

*Les ruptures du contrat de travail. Mise en perspectives*, thèse, Nantes, 2007.

**RAYNAUD (J.)**

*Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, PUAM, 2003.

**RENET (Th.)**

*La force du travail, étude juridique*, Litec, 1992.

**RICHE (P.) et TATE (G.) (dir.)**

*Textes et documents d'histoire du Moyen-Age (V<sup>ème</sup> – X<sup>ème</sup> siècle)*, Paris, 1972-1974, p. 279.

**RIGALLE-DUMETZ (C.)**

*La résolution partielle du contrat*, Dalloz, 2003.

**RIPERT (G.)**

*La règle morale dans les obligations civiles*, rééd. LGDJ, 2013.

**ROCHFELD (J.)**

*Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2013.

**ROUAST (A.) et DURAND (P.)**

*Précis de droit du travail*, 1961, 2<sup>ème</sup> éd.

**ROUBIER (P.)**

*Droits subjectifs et situations juridiques*, Sirey, 1963, rééd. Dalloz, 2005.

**ROUSPIDE-KATCHADOURIAN (M.-N.)**

*Le juge et le contrat de travail, Essai sur la relecture judiciaire d'un contrat*, LGDJ, 2014.

**SAINT-ALARY-HOUIN (C.)**

*Le droit de préemption*, LGDJ, 1979.

**SALEILLES (R.)**

*Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand*, éd. F. PICHON, 1890.

*De la personnalité juridique, Histoire et théorie. Vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques*, 1910, Dalloz, rééd. 2003.

**SÉVELY-FOURNIÉ (C.)**

*Essai sur l'acte juridique extinctif en droit privé. Contribution à l'étude de l'acte juridique*, Dalloz, 2010.

**SIMONOT (A.)**

*L'autonomie juridique de la prise d'acte. Regard civiliste sur un mode de rupture unilatérale original*, mémoire, Université de Savoie, 2013.

**SOLIVÈRES (A.-V.)**

*Le droit au repos*, mémoire, Paris II, 2013.

**SONET (A.)**

*Le préavis en droit privé*, PUAM, 2003.

**STOFFEL-MUNCK (Ph.)**

*L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, LGDJ, 2000.

**SUDRE (F.) (dir.)**

*Le droit au respect de la vie familiale au sens de la convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2002.

**SUPIOT (A.)**

*Critique du droit du travail*, PUF, 1996.

*Homo juridicus : Essai sur la fonction anthropologique du droit*, éd. du Seuil, 2005.

**TAISNE (J.-J.)**

*La notion de condition dans les actes juridiques*, thèse, Lille II, 1977.

**TERRÉ (F.) (dir.)**

*Avant-projet pour une réforme du droit des contrats* Dalloz, 2009.

**THÉODORESCO (A.-R.)**

*La théorie de la condition potestative dans les contrats à titre onéreux en droit français*, Thèse, Paris, 1923.

**THIOYE (M.)**

*Recherches sur la conception du prix dans les contrats*, tome 1, PUAM, 2004.

**TOURNAUX (S.)**

*L'essai en droit privé. Contribution à l'étude de l'influence du droit du travail sur le droit privé*, LGDJ, 2011.

**TOURNIER (M.)**

*Le droit civil français selon l'ordre du Code civil*, tome 1, Bruxelles, 1837.

**VALEYRE-DEMELEMESTRE (G.)**

*Les métamorphoses du concept de souveraineté (XVI<sup>ème</sup>-XVIII<sup>ème</sup> siècle)*, Université Paris-Est, 2009.

**VALORY (S.)**

*La potestativité dans les relations contractuelles*, PUAM, 1999.

**VARCIN (F.)**

*Le pouvoir patronal de direction*, Lyon II, 2000.

**VIONNET (G.)**

*L'exercice des droits formateurs*, thèse, Lausanne, 2008.

**VIRALLY (M.)**

*La pensée juridique*, 1960, rééd. Panthéon-Assas, 2010.

**VOUIN (R.)**

*La bonne foi, notion et rôle actuels en droit privé français*, LGDJ, 1939.

**WAQUET (Ph.)**

*L'entreprise et les libertés du salarié*, Editions Liaisons, 2003.

**WÉRY (Ph.)**

*L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires. Une relecture des articles 1142 à 1144 du Code civil*, éd. Kluwer, 1993.

**ZARKA (Y.-Ch.)**

*L'autre voie de la subjectivité. Six études sur le sujet et le droit naturel au XVII<sup>ème</sup> siècle*, Beauchesne, 2001.

**ARTICLES, RAPPORTS**

**ACQUIER (A.) et AGGERI (F.)**

« Une généalogie de la pensée managériale sur la RSE », *Revue française de gestion* 11/2007, n°180 p. 131-157.

**ADAM (P.)**

« La « dignité du salarié » et le droit du travail », *RDT* 2014, p. 168 et p. 244.

**ADIDA-CANAC (H.)**

« Actualité de l'inexistence des actes juridiques », *in Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2004, Partie II.

**AKANDJI-KOMBÉ (J.-F.)**

« Travail et protection sociale », *chron.*, *Journal européen des droits de l'homme*, 2013, n°3, p. 485.

« Un nouvel horizon pour le droit à l'emploi ; le droit à la vie privée », *in Droits du travail, emploi, entreprise. Mélanges dédiés à François GAUDU*, IRJS, 2014, p. 301.

**AMAUGER-LATTES (M.-C.)**

« Modification du contrat de travail et droit disciplinaire », *Dr. soc.* 1998, p. 120.

**AMIEL (O.)**

« La place actuelle du solidarisme de Léon Bourgeois », *RRJ, droit prospectif*, 2008, p. 1143.

**AMRANI-MEKKI (S.)**

« La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », *LPA*, 12 août 2002, n°160, p. 8.

**ANCEL (P.)**

« Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle », *Cahiers du droit de l'entreprise*, 1998, n°6, p. 30, suppl. au JCP E. 1998.

« Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p. 771.

« La force obligatoire, jusqu'où faut-il la défendre ? », *in La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003.

« Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat, retour sur l'arrêt de la chambre commerciale du 10 juillet 2007 », *in Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Daniel TRICOT*, Litec, 2011, p. 61.

**ANSELME-MARTIN (O.)**

« Etude critique du devoir d'exécuter les conventions de bonne foi », *LPA*, 22 janvier 1997, n°10, p. 17.

**ANTONMATTEI (P.-H.)**

- « Les éléments du contrat de travail », *Dr. soc.* 1999, p. 330.  
« Les clauses du contrat sous haute surveillance judiciaire », *Liaisons sociales magazine*, novembre 2000, p. 74.  
« Le motif économique de licenciement : les limites du contrôle judiciaire », *RJS* 2/01, p. 95.  
« Le licenciement pour trouble objectif », *Dr. soc.* 2012, p. 10.  
« À propos de la liberté religieuse dans l'entreprise », *RDT* 2014, p. 391.  
« Accord de maintien de l'emploi, premier lifting législatif », *Dr. soc.* 2015, p. 811.

**ARTZ (J.-F.)**

- « La suspension du contrat à exécution successive », *D.* 1979, chron. p. 95.

**ASQUINAZI-BAILLEUX (D.)**

- « Droit à l'emploi et dignité », in *Éthique, droit et dignité de la personne, Mélanges Christian BOLZE*, *Economica*, 1999, p. 123.

**AUBERT de VINCELLES (C.)**

- « La résolution pour inexécution », in *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2008, p. 272.

**AUDINET (J.)**

- « Une réforme imparfaite : la loi du 13 juillet 1973 sur le licenciement », *JCP G.* 1974, I, 2601.

**AUROUX (J.)**

- « Les droits des travailleurs », Rapport au Président de la République et au Premier ministre, La documentation française, 1981.

**AUVERGNON (Ph.)**

- « Les ruptures en période d'essai », *Dr. soc.* 1992, p. 796.

**AUZERO (G.)**

- « La validité des clauses de rupture anticipée dans les contrats de travail à durée déterminée »  
*Dr. soc.* 2001, p. 17.  
« La représentation obligatoire des salariés dans les conseils d'administration et de surveillance », *Dr. soc.* 2013, p. 740.

**AYNÈS (L.)**

- « La détermination du prix : nouveaux enjeux. Un an après les arrêts de l'Assemblée plénière », colloque in *RTD com.* 1997, p. 1 à 75.  
« Le droit de rompre unilatéralement : fondement et perspectives », in *dossier Rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir*, *Dr. et patr.*, 2004, n° 126, p. 64.  
« Motivation et justification », *RDC* 2004, p. 555.  
« Rapport introductif », in *L'anéantissement rétroactif du contrat*, *RDC* 2008, p. 9.

**AZENCOT (M.)**

- « Promesse de vente et rétractation », *AJPI*, 1994, p. 351.

**BACHELLIER (X.)**

- « Le pouvoir souverain des juges du fond », *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, 15 mai 2009, n°702, p. 20.

**BAILLOD (R.)**

- « Le droit de repentir », *RTD civ.* 1984, p. 227.  
« À propos des clauses réputées non écrites », in *Mélanges dédiés à Louis BOYER*, presse de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 15.

**BARGAIN (G.) et SACHS (T.)**

« La tentation du barème », RDT 2016, p. 251.

**BARRÈRE (J.)**

« La rétractation du juge civil », in *Mélanges offerts à Pierre HÉBRAUD*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 1.

**BARTHÉLÉMY (J.)**

« Collectivité du personnel et notion d'entreprise », D. 2000, p. 279.

« L'intérêt de l'entreprise », Les Cahiers du DRH, 2008.

**BATIFFOL (H.)**

« Problèmes de frontières : droit et politique », in *Le droit investi par la politique*, Arch. phil. dr., t. 16, 1971, p. 15.

**BAUGARD (D.)**

« Le droit à l'emploi », Dr. soc. 2014, p. 332.

**BAZIN (E.)**

« La résolution unilatérale du contrat » RRJ, 2000-4, p. 1301.

« Le droit de repentir en droit de la consommation », D. 2008 n° 43 p. 3028.

**BÉAL (S.)**

« La mobilité interne : un outil de GPEC », JCP S. 2013, 1428.

**BECQUÉ-ICKOWICZ (S.)**

« La condition suspensive de non préemption, faculté de repentir pour le vendeur ? », Rep. Defrénois, 2011, p. 1519.

**BELLIVIER (F.) et SEFTON-GREEN (R.)**

« Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droits français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme », in *Le contrat au début du XXI<sup>ème</sup> siècle, Etudes offertes à Jacques GHESTIN*, LGDJ, 2001, p. 91.

**BÉNABENT (A.)**

« La bonne foi dans l'exécution du contrat, Rapport français », in *La bonne foi, Travaux de l'Association Henri CAPITANT*, tome XLIII, Litec, 1994, p. 737.

**BÉRAUD (J.-M.)**

« Les interactions entre le pouvoir unilatéral du chef d'entreprise et le contrat de travail », Dr. ouvr. 1997, p. 529.

« Discutants les temps modernes ne sont plus ce qu'ils étaient », in *Treize paradoxes du droit du travail ; Paradoxe n°10, Le droit et la grève*, SSL, 10 octobre 2011, n°1508, suppl., p. 1508.

**BERNARD-MENORET (R.) et FRAISSINIER-AMIOT (V.)**

« Le contrôle de proportionnalité par le juge judiciaire en droit du travail », LPA, 5 mars 2009, n°46, p. 102.

**BETOULLE (J.)**

« La distinction contrôle lourd /contrôle léger de la Cour de cassation, mythe ou réalité ? », JCP G. 2002, I, 171.

**BÉZARD (P.)**

« Face-à-face entre la notion française d'intérêt social et le gouvernement d'entreprise », LPA, 12 février 2004, n°31, p. 45.

**BISSARA (Ph.)**

« L'intérêt social » Rev. soc. 1999, p. 11.

**BLAISE (H.)**

« La révision judiciaire des indemnités contractuelles de licenciement », Dr. soc. 1980, p. 368.

« Une jurisprudence en pleine évolution : maladies et accidents non professionnels, inaptitude physique du salarié », RJS 1992, p. 90.

« La dénonciation d'un usage d'entreprise », in *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XX<sup>ème</sup>*, Mélanges en l'honneur de Claude CHAMPAUD, Dalloz, 1997, p. 73.

**BLAISE (H.), BORGHETTI (J.-S.)**

« La qualification de clause pénale », RDC 2008, n°4, p. 1158.

**BLANC (G.)**

« Les frontières de l'entreprise en droit commercial (brève contribution...) », D. 1999, p. 415.

**BLANC-JOUVAN (G.)**

« L'unité économique et sociale et la notion d'entreprise », Dr. soc. 2005, p. 68.

**BLANC-JOUVAN (X.)**

« Initiative et imputabilité : un éclatement de la notion de licenciement », Dr. soc. 1981, p. 207.

**BLOCH (P.)**

« L'obligation de transférer la propriété dans la vente », RTD civ. 1988, p. 673.

**BOCCARA (B.)**

« De la notion de promesse unilatérale (régime fiscal et vente de fonds de commerce », JCP G. 1970, I, 2357 bis.

**BOFFA (R.)**

« Juste cause (et injuste clause) », D. 2015, p. 335.

**BONNECHÈRE (M.)**

« Licenciements économiques : la procédure, garantie fondamentale des droits des salariés (à propos des arrêts *Alcatel Cable France* de la Cour d'appel de Versailles et d'un projet de loi) », Dr. ouvr. 2004, p. 493.

**BONNETÊTE (M.-C.)**

« De la notion de faute à la notion de cause. La notion de cause réelle et sérieuse dans la loi du 13 juillet 1973 », D. 1974, chron. p. 191.

**BORENFREUND (G.)**

« Le refus du salarié face aux accords collectifs de maintien de l'emploi et de mobilité interne », RDT 2013, p. 316.

**BORGHETTI (J.-S.)**

« La qualification de clause pénale », RDC 2008, p. 1158.

« Des obligations conditionnelles et à terme », in *Pour une réforme du régime général des obligations*, Dalloz, 2013, p. 64.

**BOSSAN (J.)**

« La considération de la personne du créancier », LPA, 3 avril 2008, n°45, p. 4.

**BOSSU (B.)**

« La loyauté », in *Les notions fondamentales du droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, 2009.

**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.)**

« Sur la modification du contrat de travail », *SSL*, 14 avril 1997, n°835, p. 3.

« Le lien de subordination juridique : réalité ou commodité ? Réflexions sur la définition du contrat de travail à l'orée du XX<sup>ème</sup> siècle », *JSL*, 4 mai 1999, n°35, p. 4.

« Le changement du lieu de travail », *SSL*, 6 septembre 2004, n°1180, p. 8.

**BOUCRIS-MAITRAL (G.)**

« Intérêt social et intérêt de l'entreprise, des outils de contrôle du pouvoir privé », in *Le juge et la décision de gestion*, Dalloz, 2006, p. 25.

**BOUDOT (M.)**

« Nullité, annulation et validation des actes dans la doctrine française des 19<sup>ème</sup> et 20<sup>ème</sup> siècles », in *La théorie des nullités*, LGDJ, 2008, p. 79.

**BOURGEOIS (S.) et FROUIN (J.-Y.)**

« Maladie et inaptitude du salarié », *RJS* 1/00, p. 3.

**BOURGEON (C.) et Van EECKHOUT (A.)**

« La durée de préavis de rupture d'une relation d'affaires », *RDC* 2005, p. 491.

**BOUSEZ (F.) et MARTINON (A.)**

« Les sanctions en droit du travail, de la pluralité des autorités à la diversité des sanctions », in *Les sanctions en droit contemporain*, volume 1, *La sanction, entre technique et politique*, Dalloz, 2012, p. 411 et s.

**BOUSEZ (F.) et MOREAU (M.)**

« À propos des changements apportés par l'employeur aux conditions de travail », *JCP E.* 1997, I, 705.

**BOUTHINON-DUMAS (H.)**

« Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », *Revue internationale de droit économique*, 3/2001, p. 339.

**BOYER (L.)**

« Les promesses synallagmatiques de vente, contribution à la théorie des avants-contrats », *RTD civ.* 1949, p. 1.

« La clause de dédit » in *Mélanges offerts à Pierre RAYNAUD*, Dalloz Sirey, 1985, p. 41.

**BRAUN (A.)**

« Lutter contre les accords de mobilité et de maintien de l'emploi en période de crise », *Dr. ouvr.* 2014, p. 340.

**BREDIN (J.-D.)**

« Les renonciations au bénéfice de la loi en droit privé français », in *Les renonciations au bénéfice de la loi*, *Travaux de l'Association Henri CAPITANT*, tome XIII, Dalloz, 1963, p. 355.

**BRICE (A.) et GUILLOUET (D.)**

« Le régime social des indemnités de rupture », *SSL*, 16 juin 2008, n°1358, p. 6.

**BRISSY (S.)**

« L'obligation pour l'employeur de donner du travail au salarié », *Dr. soc.* 2008, p. 434.

**BROS (S.)**

« Article 1169 : le déséquilibre significatif », in *Colloque Le projet de réforme du droit des contrats*, RDC 2015, p. 761.

**BRUN (Ph.)**

« Le droit de revenir sur son engagement », *Dr. et patr.* 1998, n° 60, p. 78.

**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, p. 1.

**BRUNET (C.)**

« L'expression du pouvoir dans la correspondance de Cyprien : étude sémantique des noms en « -tas » », *Dialogues d'histoire ancienne*, vol. 35, n°2, 2009.

**BUFFET (J.)**

« Le contrôle de la Cour de cassation et le pouvoir souverain », in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, *Economica* 2004, p. 113.

**BURGARD (M.)**

« L'avènement de la notion d'obligation essentielle dans le contrat », *LPA*, 22 septembre 2010, n°189, p. 7.

**BURGORGUE-LARSEN (L.)**

« Article II-112. Portée et interprétation des droits et des principes », in *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, partie II. La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, Bruylant, 2005, p. 658.

**BUY (M.)**

« L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail », in *Le juge et l'exécution du contrat*, *PUAM*, 1993, p. 77.

**CAILLE (C.)**

« Quelques aspects modernes de la concurrence entre l'acte juridique et le fait juridique », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit, Mélanges offerts à Jean-Luc AUBERT*, Dalloz, 2005, p. 55.

**CALAIS-AULOY (J.)**

« La loi sur le démarchage à domicile et la protection des consommateurs », *D.* 1973, chron. p. 266.

**CALVÈS (G.)**

« Devoir de réserve imposé aux salariés de la crèche Baby Loup, quelle lecture européenne du problème ? », *RDT* 2014, p. 94.

**CAMERLYNCK (G.-H.)**

« L'indemnité de licenciement », *JCP G.* 1957, I, 1391.

« De la conception civiliste du droit contractuel de résiliation unilatérale à la notion statutaire de licenciement », *JCP G.* 1958, I, 1425.

« L'allergie du droit du travail à la notion civiliste de *dies incertus* », in *Études de droit du travail offertes à André BRUN*, Librairie sociale et économique, 1974, p. 1.

« Identité d'entreprise ou identité d'emploi ? », *D.* 1978, chron. p. 269.

**CANTIN CUMYN (M.)**

« Le pouvoir juridique », *Revue de droit McGill* 2007, vol. 52, p. 215.

**CANUT (F.)**

« Clause de non-concurrence illicite et responsabilité civile de l'employeur », *JCP S.* 2006, 1575.

« Tir groupé autour de la clause de mobilité », *Dr. ouvr.* 2009, p. 7.

« Le secteur géographique », *in dossier La mobilité des salariés*, *Dr. soc.* 2011, p. 923.

**CARBONNIER (M.)**

« Les renoncements au bénéfice de la loi en droit privé », *in Les renoncements au bénéfice de la loi, Travaux de l'Association Henri CAPITANT*, tome XIII, Dalloz, 1963, p. 283.

**CARCASSONNE (G.)**

« La liberté d'entreprendre », *in L'entreprise et le droit constitutionnel*, colloque du CREDA du 26 mai 2010, [en ligne] <http://www.creda.cci-paris-idf.fr/colloques/pdf/2010-droit-constitutionnel/12-La%20libert%C3%A9%20d%27entreprendre.pdf>

**CASAUX-LABRUNÉE (L.)**

« La confrontation des libertés dans l'entreprise », *Dr. soc.* 2008, p. 1032.

**CATALA (N.)**

« Liberté d'entreprendre et droit à un emploi », *in Études à la mémoire du Professeur Bruno OPPETIT*, Litec, 2009, p. 99.

**CAVALLINI (J.)**

« Délai de préavis de licenciement et principe général de non-discrimination en fonction de l'âge », *JCP S.* 2010, p. 1082

**CESARO (J.-F.)**

« La subordination », *in Les notions fondamentales du droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, 2009, p. 142.

**CHABAS (F.)**

« Le corps humain et les actes juridiques en droit français », *in Le corps humain et le droit, Travaux de l'association Henri CAPITANT*, tome XXVI, Dalloz, 1977, p. 226.

**CHAGNY (Y.) et RODIÈRE (P.)**

« Faut-il reconnaître au salarié la faculté de refuser le transfert de son contrat de travail ? », *RDT* 2007, p. 216.

**CHAMPEIL-DESPLATS (V.)**

« La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français », *D.* 1995, p. 323.  
« Les droits fondamentaux en droit français. Genèse d'une qualification », *in Droits fondamentaux et droit social*, Dalloz, 2004, p. 11.

**CHARMONT (J.)**

« L'abus de droit », *RTD civ.* 1902, p. 113.

**CHAUCHARD (J.-P.)**

« La clause de dédit-formation ou la liberté surveillée appliquée aux salariés », *Dr. soc.* 1989, p. 388.

**CHAUVIRÉ (Ph.)**

« Quelle sanction pour la rupture unilatérale du contrat en l'absence de comportement grave ? », *Rev. Lamy dr. civ.*, 2010, n°75, p. 7.

**CHAZAL (J.-P.)**

« De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil », *RTD civ.* 2001, p. 265.

« Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique », *Arch. phil. dr.*, t. 44, 2001, p. 201.

« Les nouveaux devoirs des contractants, Est-on allé trop loin ? », in *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003, p. 99.

**CHELLE (D.)**

« L'assiette des cotisations de sécurité sociale et les indemnités de rupture du contrat de travail », *Dr. soc.* 1993, p. 535.

**CHÉNEDÉ (F.)**

« Charles Demolombe, la condition potestative (2<sup>ème</sup> partie) », *RDC* 2013, p. 1131.

« L'équilibre contractuel dans le projet de réforme », in *Colloque sur le projet de réforme du droit des contrats*, *RDC* 2015, p. 655.

**CHICHEPORTICHE (L.) et KANTOROWICZ (B.)**

« Liberté religieuse et intérêt de l'entreprise », *JCP S.* 2013, 1299.

**CHIREZ (A.)**

« Pouvoir de direction des personnes en droit français du travail : de l'unilatéralité à l'assentiment ? », *Revue juridique polynésienne/New Zealand Association for Comparative Law, Yearbook* 11, 2004, p. 185.

« Florilège de beaux principes autour d'un CNE désamorcé », *Dr. ouvr.* 2008, p. 512.

**COHEN (D.)**

« Le droit à... », in *L'avenir du droit, Mélanges en l'honneur de François TERRÉ*, Dalloz, 1999, p. 393.

« La bonne foi contractuelle : éclipse et renaissance », in *1804-2004, Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 517.

**COING (H.)**

« Signification de la notion de droit subjectif », *Arch. phil. dr.*, t. 9, 1964.

**COLLART-DUTILLEUL (F.)**

« Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble : les risques de désordre », *Dr. et patr.*, décembre 1995, p. 58.

« La durée des promesses de contrat », *RDC* 2004, p. 15.

**COLLARD-TRISSON (P.)**

« La contribution du droit du travail au nouvel essor de la théorie de l'engagement unilatéral », *LPA*, 9 mars 2000, n°49, p. 4.

**COMBACAU (J.)**

« Ouverture », in *L'acte juridique*, *Droits* 1988, n°7, p. 3.

**CONSTANTIN (A.)**

« L'intérêt social, quel intérêt ? », in *Etudes offertes à Barthélémy MERCADAL*, éd. Francis Lefebvre, 2002, p. 317.

**CORNESSE (I.)**

« L'exécution forcée en nature des obligations contractuelle », RRJ 2003, p. 2433.

**CORNU (G.)**

« La protection du consommateur et l'exécution du contrat », in *La protection des consommateurs, Travaux de l'Association Henri CAPITANT*, tome XXIV, Dalloz, 1975, p. 131.

**CORRIGNAN-CARSIN (D.)**

« Loyauté et droit du travail », in *Mélanges en l'honneur de Henry BLAISE*, Economica, 1995, p. 125.

« Interdiction du cumul des indemnités de chômage et des dommages-intérêts alloués en cas de violation d'une clause de garantie d'emploi », JCP G. 2003, 10057.

« La rupture de la période d'essai. Une autonomie sur le déclin ? », JCP E. 2005, 1241

« Mobilité géographique du salarié : état des lieux », in *Droit et Actualité, Etudes offertes à Jacques BÉGUIN*, Litec, 2005.

**CORTEN (O.)**

« La persistance de l'argument légaliste : éléments pour une typologie contemporaine des registres de légitimité dans une société libérale », *Droits et Sociétés*, 50/2002, p. 185.

**CORTOT (J.)**

« Prise d'acte de la rupture par le salarié : contribution à l'étude d'un mode de rupture original », LPA, 3 janvier 2006, n°2, p. 3.

**COUTROT (Th.) et REBERIOUX (A.)**

« Gouvernance d'entreprise : quels pouvoirs pour quelles finalités ? », in *Economie solidaire et démocratie économique*, travaux du Conseil scientifique d'Attac, 2005.

**COUTURIER (G.)**

« Les techniques civilistes et le droit du travail. Chronique d'humeur à partir de quelques idées reçues », D. 1975, chron. p. 151 et s.

« Les nullités du licenciement », Dr. soc. 1977, p. 215.

« Le nouveau droit du licenciement », Dr. soc. 1978, p. 74.

« La réintégration des salariés non spécialement protégés. Actualité ou prospective ? », Dr. soc. 1981, p. 248.

« L'avenir du contrat à durée déterminée », SSL, 25 février 1985, n°250.

« L'intérêt de l'entreprise », in *Les orientations du droit contemporain. Écrits en l'honneur de Jean SAVATIER*, Presses universitaires de France, 1992.

« Plans sociaux et exigences de reclassement », Dr. soc. 1994, p. 439.

« Pot-pourri autour des modifications du contrat de travail », Dr. soc. 1998, p. 878.

« Vers un droit du reclassement », Dr. soc., 1999, p. 497.

« Le risque du tout disciplinaire », in *Le droit social. Le droit comparé. Études dédiées à la mémoire de Pierre Ortscheidt*, Presses universitaires de Strasbourg, 2003, p. 87.

« Petites histoires de nullités du licenciement », Dr. soc. 2011, p. 1218.

« Un nouveau droit des (grands) licenciements collectifs », Dr. soc. 2013, p. 814.

« Accords de maintien de l'emploi », RDT 2013, p. 805.

**COUTURIER (G.) et RAY (J.-E.)**

« Auto-licenciement : dérives et revirement (à propos des arrêts des 25 juin et 8 juillet 2003) », Dr. soc. 2003, p. 817.

**CRÉMIEUX (M.)**

« Réflexions sur la peine privée moderne », in *Études offertes à Pierre KAYSER*, Dalloz, 1979, tome 1, p. 261.

**CUCHE (P.)**

« Le rapport de dépendance, élément constitutif du contrat de travail », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1913, p. 412.

**DABIN (J.)**

« Droit subjectif et subjectivisme juridique », *in Le droit subjectif en question*, Arch. Phil. dr., t. IX, 1964, p. 17.

**DAMY (G.) et PELLI (S.)**

« La clause de non-concurrence dans les relations de travail », JCP E. 2008, I, 133.

**DANIEL (J.)**

« L'accord de maintien de l'emploi, un mélange détonnant de complexité et d'insécurité », JCP S. 2014, 1187.

**DARDALHON (L.)**

« Droit constitutionnel et droit social, la liberté du travail devant le conseil constitutionnel et la Cour de cassation », *Revue française de droit constitutionnel*, 2005/4, n°61, p. 755.

**DAUGAREILH(I.)**

« Le contrat de travail à l'épreuve des mobilités », *Dr. soc.* 1996, p. 128.

**DEBOISSY (F.)**

« Le contrat de société, rapport français », *in Le contrat, travaux de l'Association Henri CAPITANT*, Société de législation comparée, 2008, p. 119.

**DECAUX (E.)**

« Les droits de l'homme entre droit naturel et évolution créatrice », *RdA*, n°10, 2015, p. 195.

**DELEBECQUE (Ph.)**

« Le droit de rupture unilatérale du contrat : genèse et nature », *in dossier Rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir*, *Dr. et patr.*, 2004, n° 126, p. 56.

**DEL SOL (M.)**

« Variations jurisprudentielles sur le lieu de travail », JCP S. 2006, 1663.

**DEMOGUE (R.)**

« Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance », *RTD civ.*, 1905, p. 723.  
« Des contrats provisoires », *in Études de droit civil à la mémoire de Henri CAPITANT*, 1939, rééd. 1977, p. 159.

**DENIZEAU (Ch.)**

« Les droits des travailleurs, interrogations sur leur valeur ajoutée et leur justiciabilité », *in La France face à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruylant, 2005, p. 471.

**DEPREZ (J.)**

« Un remède incertain à la précarité des avantages acquis : l'incorporation dans le contrat de travail », *Dr. soc.* 1986, p. 906.

**DEROUIN (P.)**

« Pour une analyse « fonctionnelle » de la condition », *RTD civ.* 1978, p. 1.

**DIESSE (F.)**

« Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », in *Le droit et l'immatériel*, Arch. phil. dr., t. 43, 1999, p. 259.

#### **DOCKÈS (E.)**

« L'engagement unilatéral de l'employeur », Dr. soc. 1994, p. 227.

« La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail », Dr. soc. 1997, p. 140.

« De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur », in *Analyse juridique et valeurs en droit social, études offertes à Jean PÉLISSIER*, LGDJ, 2004, p. 203.

« Le pouvoir patronal au-dessus des lois ? », Dr. ouvr. 2005, p. 1.

« La notion de contrat de travail », Dr. soc. 2011, p. 546.

« Le droit du licenciement perd son sens à l'ombre de l'arrêt *Vivéo* », Dr. soc. 2012, p. 606.

#### **DREYER (E.)**

« La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique » D. 2006, p. 748.

#### **DROSS (W.)**

« L'introuvable nullité des conditions potestatives », RTD civ. 2007, p. 701.

« L'irrévocabilité spéciale des donations existe-t-elle ? », RTD civ. 2011, p. 25.

#### **DUPLAT (J.)**

« Le contrat nouvelles embauches et les normes internationales du travail, RDT 2008, p. 504.

#### **DUPUY (J.)**

« La démission », D. 1980, p. 254.

#### **DUQUESNE (F.)**

« Les droits de la défense du salarié menacé de licenciement, esquisse d'une réforme de la procédure de licenciement individuel », Dr. soc. 1993, p. 847.

#### **DURAND (P.)**

« À la frontière du contrat et de l'institution », JCP 1944, I, 337.

« La notion juridique d'entreprise, rapport », in *La notion juridique de l'entreprise, Travaux de l'Association Henri CAPITANT*, tome III, Dalloz, 1948, p. 45.

« L'engagement à l'essai », Dr. soc. 1948, p. 341.

#### **DURRY (G.)**

« Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français », in *Inexistence, nullité et annulabilité des actes juridiques, Travaux de l'Association Henri CAPITANT*, tome XIV, Dalloz, 1965, p. 611.

#### **EISENMANN (Ch.)**

« Une nouvelle conception du droit subjectif : la théorie de Jean DABIN », Rev. dr. pub., 1954, p. 753.

#### **EISSEN (M.-A.)**

« Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *La convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Economica, 1999, 2<sup>ème</sup> éd., p. 65.

#### **ESCANDE-VARNIOL (M.-C.)**

« La sophistication des clauses du contrat de travail », Dr. ouvr., 1997, p. 478.

« Pour une évolution de la qualification juridique des changements d'horaires ou de lieu de travail », Dr. soc. 2002, p. 1064.

#### **FABRE (A.)**

- « Le pouvoir de l'employeur », SSL, 11 février 2008, suppl. n°1340.  
 « Le licenciement économique et l'objectif de sécurisation », RDT 2013, p. 184.  
 « Manquements contractuels de l'employeur : quelles alternatives à la rupture? », SSL, 29 septembre 2014, n°1645, suppl., p. 47.  
 « De l'usage des dispositifs de mobilité dans les accords collectifs », Cah. soc., 1<sup>er</sup> janvier 2015, n°270, p. 55

#### **FABRE-MAGNAN (M.)**

- « Le mythe de l'obligation de donner », RTD civ. 1996, p. 85.  
 « Le contrat de travail défini par son objet », in *Le travail en perspectives*, dir. A. SUPLOT, LGDJ, 1998, p. 101.  
 « L'obligation de motivation en droit des contrats », in *Études offertes à Jacques GHESTIN, Le contrat au début du XXI<sup>ème</sup> siècle*, LGDJ, 2001, p. 301.  
 « Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique » RDC 2004, p. 573.  
 « Le forçage du consentement du salarié », Dr. ouvr. 2012, p. 459.  
 « L'engagement du promettant, engagement au contrat préparatoire », in *Jurisprudence et doctrine : quelle efficacité pour les avant-contrats ?*, RDC 2012, p. 633.  
 « Critique de la notion de contenu du contrat », in *Colloque Le projet de réforme du droit des contrats*, RDC 2015, p. 639.

#### **FAGES (B.)**

- « Des motifs de débats... », RDC 2004, p. 263.

#### **FARGES (E.)**

- « Du pouvoir en général au pouvoir politique », DEES n°107, CNDP, Mars 1997, p. 45.

#### **FARJAT (G.)**

- « Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts », RTD civ. 2002, p. 221.

#### **FAVENNEC-HÉRY (F.)**

- « Regards sur le droit de résiliation unilatérale du contrat de travail : les apports de la loi du 13 juillet 1973 », in *Deux siècles de droit du travail, l'histoire par les lois*, Edition de l'Atelier/Édition Ouvrière, Paris, 1998, p. 251.  
 « Vers la relativité de la notion de faute grave », RJS 9-10/00, p. 603.  
 « Tempête sur la clause de non-concurrence », SSL, 21 octobre 2002, n°1094, p. 6.  
 « Modification du contrat de travail : le glissement de l'objectif vers le subjectif », RJS 6/03, p. 459.

#### **FRANÇON (A.)**

- « Rapport sur la protection des consommateurs dans la conclusion des contrats civils et commerciaux en droit civil français », in *La protection des consommateurs, Travaux de l'association Henri CAPITANT*, tome XXIV, Dalloz, 1975, p. 117.

#### **FENOUILLET (D.)**

- « La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? », RDC 2011, p. 644.

#### **FERRIER (D.)**

- « Les apports au droit commun des obligations », in *La détermination du prix : nouveaux enjeux, un an après les arrêts de l'Assemblée plénière*, RTD com. 1997, p. 49.  
 « Une obligation de motiver ? », RDC 2004, p. 558.

#### **FERRY (L.) et RENAUT (A.)**

« Droits-libertés et droits- créances », in *Les droits de l'homme*, Droits, 1985/2, p. 75.

**FRISON-ROCHE (M.-A.)**

« L'indétermination du prix », RTD civ. 1992, p. 269.

« Unilatéralisme et consentement », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999, p. 21.

**FROMONT (M.)**

« Le principe de proportionnalité », AJDA, 1995, p. 156.

**FROSSARD (S.)**

« La réaction à une faute du salarié », in *Analyse juridique et valeurs en droit social, Mélanges en l'honneur de Jean PÉLISSIER*, Dalloz, 2005, p. 231.

« Les contextes de l'obligation de reclassement », Perspectives interdisciplinaires sur le travail et la santé, 2010 [en ligne] <http://pistes.revues.org/1640>

« Les caractères de la sanction disciplinaire », RDT 2012, p. 685.

**FROUIN (J.-Y.)**

« L'indemnisation des salariés protégés, licenciés sans autorisation. Retour sur une jurisprudence controversée », RJS 11/01, p. 842.

« Existe-t-il un droit à l'auto-licenciement du salarié ? Bilan jurisprudentiel et perspectives d'évolution », SSL, 22 avril 2003, n°1119, p. 5.

« Un salarié en contrat à durée déterminée peut-il prendre acte de la rupture de son contrat de travail ? », RJS 10/07, p. 795.

« Protection de la personne du salarié, intérêt de l'entreprise et construction prétorienne du droit du travail », JCP E. 2010, p. 1087.

« Rupture de la période d'essai sans respect du délai de prévenance », RJS 4/13, p. 211.

**GAILLARD (E.)**

« La représentation et ses idéologies en droit privé français », in *La représentation*, Droits, n°6, 1987, p. 91.

**GAUDET (S.)**

« Inexistence, nullité et annulabilité du contrat : essai de synthèse », Revue de droit McGill 1995, vol. 40, p. 29.

**GAUDIN (L.)**

« La novation en droit du travail, une notion en quête d'utilité ? », RDT 2008, p. 162.

**GAUDU (F.)**

« Les réductions d'effectifs et les comités d'entreprise après la loi du 2 août 1989 », Dr. ouvr. 1990, p. 177.

« Fidélité et rupture », Dr. soc. 1991, p. 419.

« L'exigence de motivation en droit du travail », RDC 2004, p. 566.

« L'entreprise définie par ses responsabilités », in *Analyses et transformations de la firme, une approche pluridisciplinaire*, La Découverte, 2009.

« Les nullités du licenciement et le principe pas de nullité sans texte », Dr. soc. 2010, p. 151.

« La religion dans l'entreprise », Dr. soc. 2010, p. 65.

« L'entreprise de tendance laïque », Dr. soc. 2011, p. 1186.

**GAURIAU (B.)**

« La nullité du licenciement et la personne du salarié », Dr. soc. 1993, p. 738.

« Variations sur la nullité du licenciement », Dr. soc. 2014, p. 44.

**GAUTIER (P.-Y.)**

« Le temps suffisant en droit civil : délais de préavis », in *Le temps et le droit*, Litec, 2012, p. 53.

**GÉA (F.)**

« Licenciement pour motif économique : l'obligation générale de reclassement », RJS 7-8/00, p. 51.

« Causes (économiques) enchevêtrées », RDT 2010, p. 297.

« La prise d'acte de la rupture. Dynamiques d'une construction jurisprudentielle », RJS 8-9/10, p. 559, n°5.

« Prise d'acte et résiliation judiciaire : vers une déconstruction de la jurisprudence ? », SSL, 21 juillet 2014, n°1645, suppl., p. 43.

**GÉA (F.), KAUFFMANN (O.), KESSLER (F.) et MICHEL (S.)**

« La rupture du contrat de travail en droit allemand : présentation générale », in *La rupture du contrat de travail en droits français et allemand*, Presses universitaires de Strasbourg, 2000, p. 23.

**GÉNICON (Th.)**

« Point d'étape sur la rupture du contrat aux risques et périls du créancier », RDC 2010, p. 44.

« La promesse d'embauche ou le miracle du « contrat sans acceptation » », RDC 2011, p. 804.

« De l'irrévocabilité spéciale des donations à l'ordre public des transferts de propriété à titre gratuit », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard CHAMPENOIS*, Défrénois, 2012, p. 303.

**GHESTIN (J.)**

« L'indétermination du prix de vente et de la condition potestative (de la réalité du consentement à la protection de l'une des parties contre l'arbitraire de l'autre) », D. 1973, chron. p. 293.

« L'utile et le juste dans les contrats », D. 1982, p. 1.

« La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 du Code Civil », in *Études offertes à Axel WEILL*, Dalloz-Litec, 1983, p. 243.

« L'effet rétroactif de la résolution des contrats à exécution successive », in *Mélanges offerts à Pierre RAYNAUD*, Dalloz, 1985, p. 203.

« Existe-t-il en droit positif français un principe général de prohibition des engagements perpétuels ? », in *Mélanges en l'honneur de Denis TALLON*, Sté Législation comparée, 1999, p. 251.

**GJIDARA (S.)**

« Le déclin de la potestativité dans le droit des contrats : le glissement jurisprudentiel de l'article 1174 à 1178 du Code Civil », LPA, 21 juin 2000, n°123, p. 4.

**GOMEZ-MUSTEL (M.-J.)**

« Formation et adaptation dans la jurisprudence sociale, Dr. soc. 1999, p. 801.

**GOBERT (M.)**

« La publicité foncière française, cette mal-aimée », in *Études offertes à Jacques FLOUR*, Défrénois, 1979, p. 207.

**GOESEL-LE BIHAN (V.)**

« Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », in *Dossier le réalisme en droit constitutionnel*, Cahier du Conseil constitutionnel n°22, juin 2007.

**GOFFAUX-CALLEBAUT (G.)**

« La définition de l'intérêt social, retour sur la notion après les évolutions législatives récentes », RTD com. 2004, p. 35.

**GOMY (M.)**

« L'autonomie de la clause de non-concurrence post-contractuelle en droit du travail », in *Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux, Mélanges en l'honneur d'Yves SERRA*, Dalloz, 2006, p. 199.

**GOSSELIN (H.) et GÉA (F.)**

« Quelle est la nature juridique de la prise d'acte ? », RDT 2009, p. 688.

**GRANOTIER (J.)**

« *Le droit unilatéral de rompre le contrat : de la faculté de dédit à la clause de « break-up fees* », D. 2014, p. 1960.

**GRATTON (L.-K.)**

« Le dommage déduit de la faute », RTD civ. 2013, p. 275.

**GRÉVY (M.) et HENRIOT (P.)**

« Le juge, ce gêneur », RDT 2013, p. 176.

**GRIDEL (J.-P.)**

« La rupture unilatérale aux risques et périls », Rev. Lamy dr. civ., 2007, n°41, p. 53.

**GRIMALDI (M.)**

« Ouverture des travaux », in *La motivation, Travaux de l'Association Henri CAPITANT (Journées nationales)*, tome III, LGDJ, 2000, p. 2.

**GRIGNON (Ph.)**

« Droit de la force de vente. Synthèse de jurisprudence », Rev. Lamy dr. aff., 2011, n°61, p. 67.

**GROS (M.)**

« *Fonctions manifestes et latentes du détournement de pouvoir* », Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, 1997, p. 1237.

**GUELFUCCI-THIBIERGE (C.)**

« Libres propos sur la transformation du droit des contrats », RTD civ., 1997, p. 357.

**GUENZOU (Y.)**

« La résolution du contrat de travail », JCP G. 2010, 232.

**GUIBAL (M.)**

« De la proportionnalité », AJDA, 1978, p. 477.

**GUIOMARD (F.)**

« Droits fondamentaux et contrôle des pouvoirs de l'employeur », 2003. [En ligne] <http://droitsocialx.free.fr/fondamentaux/droitsfondx.pdf>

**GRZEGORCZYK (Ch.)**

« Le sujet de droit : trois hypostases », in *Le sujet de droit*, Arch. phil. dr., t. 34, Sirey, 1989, p. 9.

**HAAK (V.)**

« Quelques aspects du contrôle de la constitutionnalité des lois exercé par la Cour constitutionnelle de la République Fédérale d'Allemagne », *Revue internationale de droit comparé*, 1961, vol. 13, n°1, p. 78.

**HAGE-CHAHINE (F.)**

« Essai d'une nouvelle classification des droits privés », *RTD civ.* 1982, p. 705.

« Le rationnel et l'empirique dans la notion d'inexistence en matière d'actes juridiques », *in Le monde du droit, écrits rédigés en l'honneur de Jean FOYER*, Economica, 2008, p. 529

**HATCHEL (A.) et SEGRESTIN (B.)**

« La société contre l'entreprise ? Vers une norme d'entreprise à progrès collectif », *in Représentation, modèles et normes pour l'entreprise*, *Dr. et Soc.*, 2007, n° 65, p. 27.

**HAURIOU (M.)**

« La théorie de l'institution et de la fondation », *Cahier de la Nouvelle journée*, 1910, n°4.

**HAUTEFORT (M.)**

« Changement de lieu : la mystérieuse notion de « secteur géographique », *JSL*, 1<sup>er</sup> juin 1999, n°37, p. 7.

**HÉAS (F.)**

« Licenciement pour motif économique : l'obligation générale de reclassement », *RJS* 7-8/00, p. 511.

« Les obligations de reclassement en droit du travail », *Dr. soc.* 1999, p. 504

**HENRY (M.)**

« À propos de l'arrêt *Guermontez c./ d'Abrigeon* : violation de L. 122-12 du Code du travail et nullité en peau de lapin », *Dr. soc.* 1998, p. 1019.

« Faisons un rêve », *Dr. ouvr.* 2012, p. 629.

**HILAIRE (J.)**

« Une histoire du concept d'entreprise », *Arch. phil. dr.*, t. 41, 1997, p. 341.

**HORDERN (F.)**

« Contrat de travail, lien de subordination et lois sociales », *in Du droit du travail aux droits de l'humanité, Études offertes à Philippe-Jean HESSE*, Presses universitaires de Rennes, 2003, p. 75.

**HOUSER (M.)**

« La spécificité du principe de non-discrimination en raison de l'âge », *RFDA* 2010, p. 323.

**HOUTCIEFF (D.)**

« Quelle sanction pour la contradiction ? », *Rev. Lamy dr. civ.*, 2005, n°18.

**HUGLO (J.-G.)**

« Le juge ne tranche pas les questions de société », *SSL*, 25 mars 2013, n°1577, p. 7.

**HUMANN (C.)**

« La spécificité de la clause de dédit », *RDI* 1997, p. 169.

**HUMBERT (F.)**

« La rupture du contrat de travail pour inaptitude physique du salarié : incidences sur la nature juridique de l'indemnité de licenciement », *Dr. soc.* 1992. p. 244.

**ICARD (J.)**

« Propos hétérodoxes sur l'indemnité de licenciement », JCP S. 2014, 393.

**IDOT (L.)**

« La notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l'ordre concurrentiel », in *L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine PIROVANO*, éd. Frison-Roche, 2003, p. 2004, p. 523.

**IMBERT (P.-H.)**

« Droits des pauvres, pauvre(s) droit(s), Réflexion sur les droits économiques, sociaux et culturels », Rev. dr. pub. 1989, p. 740.

**JACOTOT (D.) et BOURRIER (Ch.)**

« L'art de détourner la règle de droit : l'usage abusif de la période d'essai dans un contrat de travail à durée indéterminée », D. 1996, p. 343.

**JAMIN (Ch.)**

« Réseaux intégrés de distribution : de l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives », JCP G. 1996, I, 3539.

« Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 », Dr. et patr., mars 1998, n° 58, p. 46.

« La sanction unilatérale, trois idéologies, en concurrence », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, 1999, p. 71.

« Les conditions de la résolution du contrat : vers un modèle unique », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Études de droit comparé*, LGDJ, 2001, p. 510.

**JAMIN (Ch.) [suite]**

« Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXI<sup>ème</sup> siècle, Études offertes à Jacques GHESTIN*, LGDJ, 2001, p. 441.

« Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil », D. 2002, p. 901.

« Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique », in *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004, p. 165

« Le renouveau des sanctions contractuelles : pot-pourri introductif », in *Le renouveau des sanctions contractuelles*, Economica, 2007.

**JEAMMAUD (A.)**

« Les polyvalences du contrat de travail », in *Les transformations du droit du travail, Études offertes à Gérard LYON-CAEN*, Dalloz, 1989, p. 299.

« Le droit du travail en changement. Essai de mesure », Dr. soc. 1998, p. 211.

« L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail. À propos de l'arrêt Labanne », Dr. soc. 2001, p. 220.

« Le contrat de travail, une puissance moyenne », in *Etudes offertes à Jean PÉLISSIER*, Dalloz, 2004, p. 299.

« Du principe d'égalité de traitement des salariés », Dr. soc. 2004, p. 694.

« Le pouvoir patronal visé par le droit du travail », in *L'identification du rapport de pouvoir*, SSL, 2 novembre 2008, suppl. n°1340, p. 15.

**JEAMMAUD (A.) et LE FRIANT (M.)**

« L'incertain droit à l'emploi », in *Travail, genre et sociétés*, 1999/2, n°2, p. 29.

**JEAMMAUD (A.), LE FRIANT (M.) et LYON-CAEN (A.)**

« L'ordonnancement des relations de travail » D. 1998, p. 359.

**JEANSEN (E.) et MARECHAL (F.)**

« Participation des salariés à la gestion de l'entreprise, nouvelle formule », JCP S. 2013, 1272.

**JOURDAIN (P.)**

« Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle », in *Les métamorphoses de la responsabilité*, 6<sup>èmes</sup> journées SAVATIER, PUF, 1997, p. 73.

« La distinction des responsabilités délictuelle et contractuelle : État du droit français », colloque *Les conceptions générales de la matière*, mars 2009, [http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/280/280033\\_P.JOURDAIN.pdf](http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/280/280033_P.JOURDAIN.pdf)

**JOURDAN (D.)**

« L'horaire à temps partiel : élément légalement contractuel », TPS, juin 1999, chron. n°11.

**KARAQUILLO (J.-P.)**

« Une illustration de l'application du droit du travail aux activités sportives : les singularités du contrat de travail à durée déterminée du sportif professionnel », in *Apprendre à douter. Questions de droit, questions sur le droit, Études offertes à Claude LOMBOIS*, Pulim, 2004, p. 257

**KARIMI (A.)**

« Essai de systématisation sur l'application de la théorie de l'abus de droit en matière contractuelle », in *Études offertes au doyen Philippe SIMLER*, LexisNexis, Dalloz, 2006, p. 587.

**KATZ (T.)**

« La détermination de la rémunération variable : la part de l'unilatéral, du négocié et du juge », Dr. ouvr. 2005, p. 152.

**KELLER (M.)**

« La réparation du préjudice né de la perte de l'emploi », Dr. ouvr. 1996, p. 264.

**KENFACK (H.)**

« Le renforcement de la vigueur du pacte de préférence », Rep. Defrénois, 2007, p. 1003.

**KERBOURC'H (J.-Y.)**

« La situation du salarié au regard de l'assurance chômage en cas de nullité du licenciement », JCP S. 2015, 1044.

**KULLMANN (J.)**

« Remarques sur les clauses réputées non écrites », D. 1993, p. 59.

**LABAYLE (H.)**

« La diversité des sources du droit à une vie familiale », in *Le droit à une vie familiale*, Dalloz, 2007, p. 1.

**LABORDE (J.-P.)**

« Le droit à une vie familiale pour le salarié », in *Le droit à une vie familiale*, Dalloz, 2007, p. 49 et s.

**LACHAAL (L.)**

« La compétitivité : concepts, définitions et applications », in *Le futur des échanges agro-alimentaires dans le bassin méditerranéen : les enjeux de la mondialisation et les défis de la compétitivité*, CIHEAM, 2001, p. 29.

**LAFUMA (E.)**

« Le juge et le processus de décision », in *Le juge et la décision de gestion*, Dalloz, 2006, p. 55.

**LAGARDE (X.)**

- « La nature juridique de la cause de licenciement », JCP G. 2000, I, 254.  
« La motivation des actes juridiques », in *La motivation, Travaux de l'Association Henri CAPITANT (Journées nationales)*, tome III, LGDJ, 2000, p. 73.  
« Prix et salaire », in *Le contrat au début du XXI<sup>ème</sup> siècle, Études offertes à Jacques GHESTIN*, LGDJ, 2001, p. 527.  
« Aspects civilistes de la relation de travail » RTC civ. 2002, p. 450.

**LAITHIER (Y.-M.)**

- « La prétendue primauté de l'exécution forcée », RDC 2005, p. 161.  
« A propos de la réception du contrat relationnel en droit français », D. 2006, p. 1003.  
« L'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi est-elle susceptible de clause contraire ? », D. 2014, p. 33.

**LAITHIER (Y.-M.) et GRIDEL (J.-P.)**

- « Les sanctions civiles de l'inexécution du contrat imputable au débiteur : état des lieux », JCP G. 2008, I, 143.

**LAMARCHE (Th.)**

- « La notion d'entreprise », RDT com. 2006, p. 709.

**LANQUETIN (M.-Th.)**

- « Un tournant en matière de preuve de la discrimination », Dr. soc. 2000, p. 589.  
« L'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail. À propos de la Directive 2006/54 CE du 5 juillet 2006 (directive « refonte ») », Dr. soc. 2007, p. 861.

**LARDEUX (G.)**

- « Droit positif et droit prospectif de l'unilatéralisme dans le contrat », in *L'efficacité du contrat*, Dalloz, 2011, p. 7.

**LARDY-PÉLISSIER (B.)**

- « L'obligation de reclassement », D. 1998, chron. p. 399.

**LARROUMET (Ch.)**

- « Pour la responsabilité contractuelle », in *Le droit privé français à la fin du XX<sup>ème</sup> siècle, Études offertes à Pierre CATALA*, Litec, 2001, p. 543.

**LATINA (M.)**

- « Articles 1304 à 1304-7 : contribution relative aux conditions suspensives et résolutoires », in *Dossier La réforme du droit des contrats*, RDC 2015, p. 796.

**LATRUFFE (L.)**

- « Compétitivité, productivité et efficacité dans les secteurs agricole et agroalimentaire », éd. OCDE, 2010.

**LATTES (J.-M.)**

- « Gestion et droit du travail, de l'employeur seul juge à l'employeur responsable », in *Recherches et pratiques en gestion*, Dalloz, 2000, p. 187.

**LAULOM (S.)**

- « L'interdiction des discriminations fondées sur l'âge », SSL, 26 avril 2011, n°1489, suppl.

**LE BERRE (L.) et CHAUTARD (F.)**

« Les définitions du lieu de travail », JCP E. 2003, 1247.

**LE BLAN-DELANNOY (V.)**

« Le maintien judiciaire du contrat en cas de rupture abusive : l'impasse ? », LPA, 24 janvier 2005, n°16, p. 6.

**LE BOT (O.)**

« La justiciabilité des droits sociaux dans le cadre des procédures d'urgence », RDSS 2010, p. 812.

**LE CANNU (P.)**

« La notion juridique d'entreprise », LPA, 14 mai 1986, p. 22.

**LE CROM (J.-P.)**

« La liberté du travail en droit français. Essai sur l'évolution d'une notion à usages multiples », *Diritto romano attuale*, 2006, *Libertà lavoro diritto*, p. 139 à 162 [en ligne] [http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/64/72/68/PDF/La\\_libertA\\_du\\_travail\\_en\\_droit\\_franA\\_ais.pdf](http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/64/72/68/PDF/La_libertA_du_travail_en_droit_franA_ais.pdf)

**LE FRIANT (M.)**

« L'accès à la justice », *in Droits et libertés fondamentaux*, Dalloz, 1997, 4<sup>ème</sup> éd., p. 341

**LE GAC-PECH (S.)**

« Rompre son contrat », RTD. civ., 2005, p. 223.

« Le contrôle de l'équilibre contractuel : législation schizophrène ou dispositif équilibré ? », LPA, 24 septembre 2015, n°191, p. 4.

**LE GOFF (J.)**

*Du silence à la parole, Une histoire du droit du travail, des années 1830 à nos jours*, Presses universitaires de Rennes, 2004.

**LE JAN (R.)**

« La sacralité de la royauté mérovingienne », *Annales. Histoire, Sciences Sociales* 6/2003, p. p. 1217.

**LECA (A.)**

« *Corpus id est persona* ? Réflexions à propos de la situation juridique du corps humain », *in De jure corporis ou la réification du corps humain*, Cahiers de droit de la santé du sud-est n°2, PUAM, 2004, p. 37.

**LECAUDÉ (P.)**

« La notion de puissance : les équivalents latins du grec δύναμις [*dínamis* \ 'dy.na.mis\] ». [En ligne] [http://www.paris-sorbonne.fr/IMG/pdf/Peggy\\_relecture\\_14-11-2013.pdf](http://www.paris-sorbonne.fr/IMG/pdf/Peggy_relecture_14-11-2013.pdf)

« Δύναμις et *vis* dans les textes médicaux grecs et latins : deux représentations du pouvoir ? », [en ligne] [http://www.paris-sorbonne.fr/IMG/pdf/P\\_Lecaude.pdf](http://www.paris-sorbonne.fr/IMG/pdf/P_Lecaude.pdf)

**LÉCUYER (H.)**

« L'irrévocabilité spéciale des donations », *in Études offertes à Pierre CATALA, Le droit privé français à la fin du XX<sup>ème</sup> siècle*, Litec, 2001, p. 405.

**LEFEBVRE (B.)**

« La bonne foi : notion protéiforme », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 1996, n°2, p. 321.

**LEFEBVRE (ph.)**

« Subordination et « révolutions » du travail et du droit du travail (1776-2010) », *Entreprises et histoire*, 2009/4, n°57, p. 45.

**LEFRANC-HAMONIAUX (C.)**

« Départ du salarié en raison du comportement de l'employeur et imputabilité de la rupture » JCP S. 2008, 1201.

**LEGRAND (H.-J.)**

« L'ordre des licenciements ou l'identification du salarié atteint par une suppression d'emploi », *Dr. soc.* 1995, p. 243.

**LEQUETTE (Y.)**

« Bilan des solidarismes contractuels », *Mélanges offerts à Paul DIDIER, études de droit privé*, *Economica* 2008, p. 247

« Retour sur le solidarisme: le rendez-vous manqué des solidaristes français avec la dogmatique juridique », *Mélange en l'honneur du professeur Jean HAUSER*, Dalloz/LexisNexis, 2012, p. 879.

**LEQUETTE (S.)**

« Réflexions sur la durée du pacte de préférence », *RTD civ.* 2013, p. 491.

« Entre le contrat-échange et le contrat-organisation : le contrat-coopération », *RDA* 2013, p. 66.

**LESSONA (S.)**

« Essai d'une théorie générale de la renonciation en droit civil », *RTD civ.* 1912, p. 361.

**LEVADE (A.)**

« L'objectif de valeur constitutionnelle, vingt ans après. Réflexions sur une catégorie juridique introuvable », in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Pierre PACTET*, Dalloz, 2003, p. 688.

**LEVENEUR (L.)**

« La liberté contractuelle en droit privé : les notions de base (autonomie de la volonté, liberté contractuelle, capacité...) », *AJDA* 1998, p. 677.

**LHERNOULD (J.-Ph.)**

« Le chantier des discriminations en raison de l'âge », *RJS* 7/07, p. 595.

**LIBCHABER (R.)**

« Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés ». *Rev. Soc.* 1995, p. 437.

« Réflexions sur les effets du contrat », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux. Mélanges offerts à Jean-Luc AUBERT*, 2005, p. 211, n°5.

« Les juges et le contrôle de la sauvegarde de la compétitivité », *SSL*, 24 décembre 2007, n°1334, p. 6.

**LOCHAK (D.)**

« Réflexion sur la notion de discrimination », *Dr. soc.* 1987, p. 778.

**LOISEAU (G.)**

« Focus sur la vie personnelle du salarié », *D.* 2009, p. 2393.

**LOKIEC (P.)**

- « La nature juridique de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail », D. 2005, p. 2723.  
 « L'ANI du 11 janvier 2013 à l'ombre du droit », SSL, 28 janvier 2013, n°1569, p. 2.  
 « La face cachée des accords de mobilité interne », SSL, 3 juin 2013, n°1587, p. 5.

**LOKIEC (P.) et ROBIN-OLIVIER (S.)**

- « Prise d'acte et rupture du contrat de travail à l'initiative du salarié », RDT 2006, p. 196.

**LYON-CAEN (A.)**

- « Le droit et la gestion des compétences », *in dossier Nouvelles technologie et emploi dans l'entreprise*, Dr. soc. 1992, p. 573.  
 « Adapter ou reclasser : quelques arrêts stimulants de la Cour de cassation », SSL, 21 avril 1992, n°596, p. 3.  
 « La procédure au cœur du droit du licenciement pour motif économique », Dr. ouvr. 2002, p. 161 et s.  
 « Les évidences du droit du licenciement pour motif économique », JCP E. 2003, suppl. Cahiers de droit de l'entreprise, n°6, p. 2.  
 « Une liaison dangereuse entre jurisprudence et théorie : à propos de la modification du contrat de travail », *in Analyse juridique et valeurs en droit social, études offertes à Jean PÉLISSIER*, Dalloz, 2004, p. 357.  
 « Le contrôle judiciaire du motif économique et ses turbulences », Dr. ouvrier 2007, p. 156.  
 « Libertés et contrôle dans l'entreprise, 20 ans après », RDT 2014, p. 386.

**LYON-CAEN (G.)**

- « De l'évolution de la notion de bonne foi », RTD civ. 1946, p. 75.  
 « Défense et illustration du contrat de travail », Arch. phil. dr., t.13, 1968, p. 59.  
 « Le pouvoir dans l'entreprise », *in Le pouvoir du chef d'entreprise*, Dalloz, 2002, p. 3.  
 « L'obligation implicite », Arch. phil. dr., t. 44, 2002, p. 109.

**LYON-CAEN (G.) et (A.)**

- « La doctrine de l'entreprise », *in Dix ans de droit de l'entreprise*, Librairie technique, 1978, p. 599.

**LYON-CAEN (G.) et BONNETÊTE (M.-C.)**

- « La réforme du licenciement à travers la loi du 13 juillet 1973 », Dr. soc. 1973, p. 493.

**LYON-CAEN (G.) et SINAY (H.)**

- « La réintégration des grévistes illégalement licenciés », JCP G. 1970, I, 2335.

**LYON-CAEN (A.) et VACARIE (I.)**

- « Droits fondamentaux et droit du travail », *in Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI<sup>ème</sup> siècle, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice VERDIER*, Dalloz, 2001, p. 421.

**MAGGI-GERMAIN (N.)**

- « Le licenciement des salariés protégés : processus et enjeux », Dr. et Soc. 2006/1, p. 179.

**MAILLY-MASSON (C.)**

- « L'intérêt social, une notion fondamentale », LPA, 9 novembre 2000, n°224, p. 6.

**MAINGUY (D.)**

- « Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats », *in Mélanges Michel CABRILLAC*, Litec, 1999, p. 165.  
 « L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter », RTD civ. 2004, p. 1.  
 « La violation du pacte de préférence », *in « Pacte de préférence : liberté ou contrainte ? »*, Dr. et patr., janvier 2006, p. 54.

**MALAUURIE-VIGNAL (M.)**

« Faut-il avoir peur du déséquilibre significatif ? », CCC, juillet 2015, étude 9.

**MALLARD (Ph.)**

« Le licenciement en période d'essai ? », Dr. soc. 2006, p. 1157.

**MALLET (L.) et MORIN (M.-L.)**

« La détermination de l'emploi occupé », Dr. soc. 1996, p. 660.

**MARAIS (A.)**

« Le maintien forcé du contrat par le juge », LPA, 2 octobre 2002, n°197, p. 7.

**MARGUÉNAUD (J.-P.) et MOULY (J.)**

« Le droit de gagner sa vie par le travail devant la Cour européenne des droits de l'homme », D. 2006, p. 477.

**MARMAYOU (J.-M.)**

« L'efficacité des promesses d'embauche au cœur des opérations de transfert », Lamy dr. sp., Actualités, n°68, juillet 2009, p. 1.

**MARTIN (D.)**

« L'intérêt des actionnaires se confond-il avec l'intérêt social ? », in *Liber amicorum Dominique Schmidt*, éd. Joly, 2005, p. 360.

« Égalité, égalité de traitement et discrimination en droit communautaire : 1+1+1= 3 ... ou 1 ? » RJS, 12/08, p. 947.

**MARTINEL (A.)**

« Ruptures du troisième type », SSL, 5 mars 2007, suppl. n°1297, p. 29.

**MARTINON (A.)**

« Les accords de maintien de l'emploi », Cah. soc., 1<sup>er</sup> juillet 2013, n°254, p. 309.

**MARZO (C.) et LECOMTE (F.)**

« Le refus d'être transféré : droit comparé », Dr. soc. 2010, p. 698.

**MASPETIOL (R.)**

« Ambiguïté du droit subjectif : métaphysique, technique juridique ou sociologique », in *Le droit subjectif en question*, Arch. Phil. dr., t. IX, 1964, p. 71.

**MATHIEU (B.) et VERPEAUX (M.)**

« Chroniques de jurisprudence constitutionnelle n°10 », LPA, 7 juin 1995, n°68, p. 4.

**MATHIEU (Ch.)**

« Le respect de la liberté religieuse dans l'entreprise », RDT 2012, p. 17.

**MAUPAS (L.)**

« Intérêt commun : une notion conceptuelle et fonctionnelle », in *Le droit entre tradition et modernité, Mélanges à la mémoire de Patrick COURBE*, Dalloz, 2012, p. 431.

**MAZEAUD (A.)**

« Les indemnités de rupture du contrat de travail en régime de communauté entre époux », D. 1986, chron. p. 235.

« Le licenciement en cas de maladie prolongée ou d'inaptitude physique d'origine non professionnelle : la loi, le juge et les partenaires sociaux », Dr. soc. 1992, p. 234.

« Proportionnalité en droit social », in *Colloque : Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?*, LPA, 30 septembre 1998, n°117, p. 64.

« Modification du contrat, changement des conditions de travail et vie personnelle », in colloque Vie professionnelle et vie personnelle, Dr. soc., 2004, p. 77.

#### **MAZEAUD (D.)**

« Les clauses pénales en droit du travail », Dr. soc. 1994, p. 343.

« La responsabilité du fait de la violation d'un pacte de préférence », Gaz. Pal., 1994, I, doct. 210.

« Pour la énième fois, même manifestement excessive, la clause de dédit ne peut pas être révisée par le juge ! », Rep. Defrénois, 1998, p. 328.

« La réduction des obligations contractuelles », in *Que reste-t-il de l'intangibilité contractuelle*, Dr. et patr., mars 1998, p. 58.

« Loyauté, solidarité, fraternité... », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François TERRÉ*, Dalloz, 1999, p. 603.

« Mystères et paradoxes de la période précontractuelle », in *Le contrat au début du XXIème siècle, Etudes offertes à Jacques GHESTIN*, LGDJ, 2001, p. 631.

« Le nouvel ordre contractuel », RDC 2003, p. 295.

« Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel. Ne risque-t-on pas d'aller trop loin ? », in *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003, p. 143.

« Solidarisme contractuel et réalisation du contrat » in *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004, p. 57.

« Durées et ruptures », in *Durées et contrats*, RDC 2004, p. 129.

« Exécution des contrats préparatoires », RDC 2005, p. 61.

« La révision du contrat », LPA, 30 juin 2005, n°129, p. 4.

« Le droit européen des contrats et ses influences sur le droit français », in *Nouveaux défis du droit des contrats en France et en Europe*, Sellier, 2009, p. 29.

« Les sanctions en droit des contrats. Brèves réflexions sur quelques tendances lourdes... », in *Les sanctions en droit contemporain. Volume 1, La sanction, entre technique et politique*, Dalloz, 2012, p. 235.

« La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises », *Mélanges en l'honneur du professeur J. HAUSER*, Dalloz/LexisNexis, 2012, p. 905.

#### **MAZEAUD (H.)**

« Chronique de jurisprudence polonaise », RTD civ. 1939, p. 221.

#### **MERCAT-BRUNS (M.)**

« La discrimination fondée sur l'âge : un exemple d'une nouvelle génération de critères discriminatoires ? », RDT 2007, p. 360.

#### **MESTRE (J.)**

« De la notion de clause pénale et de ses limites », RTD civ. 1985, p. 372.

« D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », RTD civ. 1986, p. 100.

« L'évolution contemporaine du droit des contrats », in *L'évolution du contrat en droit privé français*, Journées SAVATIER, PUF, 1986, p. 44.

« Pour un principe directeur de bonne foi mieux précisé », Rev. Lamy dr. civ., 2009, n°58.

#### **MEYER (F.) et SACHS-DURAND (C.)**

« L'évolution du rapport salarial », in *Le droit collectif du travail : questions fondamentales, évolutions récentes. Etudes en hommage à Hélène SINAY*, éd. Peter Lang, 1994, p. 369.

#### **MEYRAT (I.)**

« La contribution des droits fondamentaux à l'évolution du système français des relations du travail. Pour une approche critique », in *Droits fondamentaux et droit social*, Dalloz, 2004, p. 41.

**MICHAELIDES-NOUAROS (G.)**

« L'évolution récente de la notion de droit subjectif » RTD. civ. 1966, p. 216.

**MIGNON (M.)**

« De la solidarité en général et du solidarisme contractuel en particulier ou Le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité ? », RRJ, droit prospectif, 2004, p. 2153.

**MILLARD (E.)**

« Hauriou et la théorie de l'institution », Dr. et Soc. 1995, n°30-31, p. 381.

« La protection du droit à la vie familiale : dialectiques jurisprudentielles autour de l'article 8 de la CEDH », LPA, 7 août 1996, n°95, p. 13.

**MOIZARD (N.)**

« Des mises à l'écart flagrantes du droit international et européen », SSL, 28 janvier 2013, n°1569, p. 12.

**MOLFESSIS (N.)**

« Les exigences relatives au prix en droit des contrats », LPA, 5 mai 2000, 90, p. 41.

« Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature ? », RDC 2005, p. 37.

**MONTALIVET (P. de)**

« Les objectifs de valeur constitutionnelle », Cahiers du Conseil constitutionnel, n°20, juin 2006.

**MOORE (B.)**

« De l'acte juridique et du fait juridique ou d'un critère de distinction incertain », Rev. juridique Thémis, 1997, p. 277.

**MORAND (M.)**

« Propos sur la modification du contrat de travail ou des conditions de travail », JCP E. 1997, I, 643.

« Autour des conditions de travail », JCP E. 1999, p. 1620.

« La place de l'écrit dans la détermination du champ contractuel », SSL, 6 juin 2003, n°1127, p. 6.

« Accords de sécurisation de l'emploi : quelques propositions », JCP S. 2012, 512.

**MORTIER (R.)**

« Contre le droit de repentir en droit des sociétés », Rev. Soc. 2009, p. 547.

**MORVAN (P.)**

« Les clauses relatives aux contreparties financières de l'activité du salarié », in *La négociation du contrat de travail*, Dalloz, 2004.

« Application conventionnelle de l'article L. 122-12 et accord du salarié : plaidoyer pour un revirement », JCP S. 2006, 1964.

« La détermination de la rémunération variable », JCP S. 2008, 1180.

« La fin des bonus discrétionnaires ou l'égalité par le bas », JCP E. 2009, 1558.

« La mise à mort du motif économique de licenciement tiré de la cessation d'activité d'une filiale. À propos de l'arrêt Goodyear du 1<sup>er</sup> février 2011. (Libres propos) », JCP S. 2011, act. 120.

**MORVAN (P.) [suite]**

« Les accords de mobilité dans la loi du 14 juin 2013 », JCP S. 2014, 1184.  
 « Le droit des licenciements pour motif économique retouché par la loi du 6 août 2015 », JCP S. 2015, 1320.

#### **MOULY (J.)**

« Une remise en cause indirecte de la jurisprudence Hôtel Le Berry : l'utilisation des clauses de mobilité à titre disciplinaire », Dr. soc. 2002, p. 955.  
 « Disciplinaire, donc non contractuel », Dr. soc. 2003, p. 395.  
 « Démission ou licenciement, une alternative très convenable » Dr. soc. 2004, p. 90.  
 « La résiliation de l'essai fondée sur un motif étranger à ses résultats. Pour une autre logique », Dr. soc. 2005, p. 614.  
 « Secret des correspondances, trouble objectif dans l'entreprise et vie personnelle du salarié : le rejet du « tout disciplinaire » », RDT 2007, p. 527.  
 « La rupture de l'essai pour motif non inhérent à la personne du salarié : fraude, abus de droit ou absence de cause réelle et sérieuse ? », D. 2008, p. 196.  
 « Les suites de la jurisprudence Hôtel Le Berry. À propos d'un dixième anniversaire », Dr. soc. 2008, p. 537.  
 « A propos de la nature juridique de l'indemnité de licenciement », D. 2008, p. 582.  
 « Quelle indemnisation pour les salariés protégés irrégulièrement licenciés ? Propos hétérodoxes sur la jurisprudence relative au statut protecteur », Dr. soc. 2009, p. 1204.  
 « Le changement dans les conditions de travail des salariés protégés, à l'aune des jurisprudences judiciaire et administrative. Légitime divergence d'appréciation ou contrariété de jurisprudence ? », Dr. soc. 2011, p. 1083.  
 « Validité d'une clause de mobilité géographique prévue pour la France entière », Dr. soc. 2014, p. 857.

#### **MOUSSERON (J.-M.)**

« La fidélisation du personnel », Dr. soc. 1989, p. 479.  
 « La durée dans la formation des contrats », in *Études offertes à Alfred JAUFFRET*, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, p. 509.

#### **MULKAY (B.)**

« La compétitivité d'un territoire », Colloque du CRIES du 9 et 10 octobre 2006.

#### **NAJJAR (I.)**

« La rétractation d'une promesse unilatérale de vente », D. 1997, chron. p. 119.  
 « La potestativité, notes de lecture », RTD civ. 2012, p. 601.

#### **NOGUÉRO (D.)**

« Le devenir de la période d'essai du salarié », Dr. soc. 2002, p. 589.

#### **OLIVIER (J.-M.)**

« À propos des demandes de réintégration tardives », JCP S. 2013, 1332.

#### **ORNANO (P.-H. d')**

« Le sort du contrat de travail d'un salarié victime d'une maladie ou d'un accident non professionnel », JCP S. 2006, 1254.

#### **PAGNERRE (Y.)**

« L'intérêt de l'entreprise en droit du travail », in *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, Economica, 2011, p. 63.  
 « La cause, instrument de qualification du contrat de travail », in *La cause en droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, 2013, p. 30.

#### **PAILLUSSEAU (J.)**

« L'EURL ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle », JCP G. 1986, II, 14684.

« L'efficacité des entreprises et la légitimité du pouvoir », LPA, 19 juin 1996, n°74, p. 17.

**PAISANT (G.)**

« Introduction », in *Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat*, Dr. et patr. 1998, n°58, p. 42.

**PAULIAT (H.)**

« La motivation des actes administratifs unilatéraux », in *La motivation, Travaux de l'Association Henri CAPITANT*, LGDJ, 2000, p. 49.

**PAULIN (C.)**

« Promesse et préférence », RTD com. 1998, p. 511.

**PÉANO (M.-A.)**

« L'intuitu personae dans le contrat de travail », Dr. soc. 1995, p. 129.

**PÉLISSIER (J.)**

« La réforme du licenciement », D. 1973, p. 259.

« Réflexions à propos de la suspension du contrat de travail », in *Études de droit du travail offertes* à André BRUN, Librairie sociale et économique, 1974, p. 427.

« Le détournement par l'employeur de son pouvoir disciplinaire », in *Mélanges dédiés à Jean VINCENT*, Dalloz, 1981.

« Modification substantielle du contrat de travail et droit disciplinaire », D. 1992, p. 30.

« Droit civil et contrat individuel de travail », Dr. soc. 1988, p. 387.

« La liberté du travail », Dr. soc. 1990, p. 19.

« La cause économique du licenciement », RJS 8-9/92, p. 527.

« 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 », in *La sanction de droit, Mélanges offerts à Pierre COUVROT*, PUF, 2001, p. 10.

« Clauses informatives et clauses contractuelles du contrat de travail » RJS 1/04, p. 3.

« Pour un droit des clauses du contrat de travail », RJS 07/05, p. 799.

**PELLÉ (S.)**

« La réception des correctifs d'équité par le droit : l'exemple de la rupture unilatérale du contrat en droit civil et en droit du travail », D. 2011, p. 1230.

**PELTIER (V.)**

« Contribution à l'étude de la notion d'inexistence en droit privé », RRJ 2000, p. 937.

**PERIGNON (S.)**

« La vente sous condition du non-exercice du droit de préemption urbain », Rep. Defrénois, 1991, p. 590.

**PERREAU (E.-H.)**

« De la résiliation du contrat de travail d'après la loi du 19 juillet 1928 », RTD civ. 1930, p. 277 et s.

**PESKINE (E.)**

« Les accords de maintien dans l'emploi. Ruptures et continuités », RDT 2013, p. 168.

**PETIT (F.)**

« Constitution et droit social, L'application de la Constitution par le juge prudhomal », Revue française de droit constitutionnel, 2012, n°89, p. 175.

**PIAZZON (Th.)**

« Retour sur la violation des pactes de préférence », RTD civ. 2009, p. 433.

**PICARD (E.)**

« L'émergence des droits fondamentaux en France », in *Les droits fondamentaux. Une nouvelle catégorie juridique ?*, numéro spécial, AJDA, 20 juillet-20 août 1998.

**PICHONNAZ (P.) et NUSSBAUMER (A.)**

« Garantie pour les défauts en matière de consortium de construction » in *Avec un accent sur la société simple, Mélanges en l'honneur de Walter A. STOFFEL*, Schulthess, p. 51.

**PICOD (Y.)**

« L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat », in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p. 57.

« L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », JCP G. 1998, I, 3318.

**PICQUEREY (O.) et DEHAENE (B.)**

« Mobilité souhaitée et mobilité imposée : quelle sécurisation ?, Cah. soc., 1<sup>er</sup> juillet 2013, n°254, p. 293.

**PIEDELIEVRE (S.)**

« Les dommages-intérêts punitifs : une solution d'avenir ? », in *La responsabilité civile à l'aube du XXI<sup>ème</sup> siècle*, RCA, Hors-série juin 2001, p. 68.

**PIERRE (Ph.)**

« L'introduction des dommages et intérêts punitifs en droit des contrats, Rapport français », RDC 2010, p. 1117.

**PIGNARRE (G.)**

« A la redécouverte de l'obligation de praestare. Pour une relecture de quelques articles du Code civil », RTD civ. 2001, p. 40.

« L'obligation de l'employeur de mettre un emploi à la disposition du salarié. Vers la reconnaissance d'une obligation de praestare dans le contrat de travail ? », D. 2001, p. 3547.

« Grandeur sans faiblesse de l'engagement unilatéral en droit du travail », in *Mélanges Roger DECOTTIGNIES*, Presses universitaires de Grenoble, 2003, p. 283.

« Les licenciements privés d'effet en cas de transfert d'entreprise, la revanche du droit des contrats », D. 2003, p. 14.

**PINTO-MONTEIRO (A.)**

« La clause pénale en Europe », in *Le contrat au début du XXI<sup>ème</sup> siècle, Études offertes à Jacques GHESTIN*, p. 720.

**PIROVANO (A.)**

« La « boussole » de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? », D. 1997, p. 189.

**POIRIER (M.)**

« Pour un affermissement des droits de la défense des salariés au sein de l'entreprise. Première partie : le droit à un débat contradictoire », Dr. ouvr. 2010, p. 516.

**POMART-NOMDÉDÉO (C.)**

« Le régime juridique des droits potestatifs en matière contractuelle, entre unité et diversité », RTD. civ. 2010, p. 209.

**POULAIN (G.)**

« La liberté de rupture en période d'essai » Dr. soc. 1980, p. 469.

**POUSSON (A.)**

« La volonté du salarié de rompre le contrat de travail », *in De la volonté individuelle*, Presses de l'université Toulouse 1 Capitole, 2009.

**PRÉTOT (X.)**

« Les garanties du salarié face au licenciement ont-elles une base constitutionnelle ? A propos de la décision du Conseil constitutionnel relative au CPE », Dr. soc. 2006, p. 494.

**RADÉ (Ch.)**

« Haro sur le contrat. A propos de la prohibition des clauses de variation dans le contrat de travail », Dr. soc. 2001, p. 514.

« Le juge et la contrepartie financière à la clause de non-concurrence (à propos de Cass. soc., 16 mai 2012) », Dr. soc. 2012, p. 784.

**RADÉ (Ch.) et TOURNAUX (S.)**

« Réflexions à partir de l'application de l'article 1142 du Code civil en droit du travail », RDC 2005, p. 197.

**RANGEON (F.)**

« Droits-libertés et droits-créances : les contradictions du préambule de la Constitution de 1946 », *in Le préambule de la Constitution de 1946, antinomies juridiques et contradictions politiques*, PUF 1996, p. 169.

**RANOUIL (V.)**

« L'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept », PUF, 1980 p. 76 à 78.

**RAY (J.-E.)**

« Mutation économique et droit du travail », *in Les transformations du droit du travail, Études offertes à Gérard LYON-CAEN*, Dalloz, 1989, p. 10.

« Contrat de travail : modification et droit de révision », *Liaisons sociales*, le mensuel, mai 1997, p. 56.

« Le droit à l'autoliquidation ? », *Liaisons sociales magazine*, janvier 2003, p. 52.

**RAYNAUD (P.)**

« La renonciation à un droit. Sa nature et son domaine en Droit civil », RTD civ. 1936, p. 763, n°12.

**RÉMY (Ph.)**

« La responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept », RTD. civ. 1997, p. 233.

« Observations sur le cumul de la résolution et des dommages-intérêts en cas d'inexécution du contrat », *in La sanction*, PUF, 2001, p. 121.

« Les droits des conflits collectifs », RDT 2010, p. 250.

« De « nouveaux » rapports de droit en droit du travail. À la lumière d'une comparaison des droits français et allemand en droit du travail », *in Les nouveaux rapports de droit*, IRJS éditions, 2013, p. 71.

**REMY-CORLAY (P.)**

« Exécution et réparation : deux concepts ? », RDC 2005, p. 13.

**RENARD (C.) et VIEUJEAN (E.)**

« Nullité, inexistance et annulabilité en droit civil belge », *Annales de la faculté de droit de Liège*, 1962, p. 214.

**RENAUX-PERSONNIC (V.)**

« De la contractualisation obligatoire à la décontractualisation possible des objectifs » RJS 2/01, p. 99.

**RENET (Th.)**

« L'objet du contrat de travail », Dr. soc. 1992, p. 859.

« Les apports au droit des relations de dépendance », in *La détermination du prix nouveaux enjeux, un an après les arrêts de l'Assemblée plénière*, RTD com. 1997, p. 37.

« La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999, p. 31.

« La dignité de la personne humaine en droit du travail », in *La dignité de la personne humaine*, Economica, 1999, p. 137.

« Objectivation ou subjectivation du contrat, quelle valeur juridique ? », in *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003, p. 8.

« L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », RDC 2004, p. 579.

« La liberté du travail », in *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 2010, 16<sup>ème</sup> éd., p. 765.

**REYNÈS (B.)**

« La renonciation à la clause de non-concurrence : la portée du revirement jurisprudentiel de 2002 », D. 2004, p. 1543.

**RICHARD de la TOUR (J.)**

« La vie personnelle du salarié, étude sur la jurisprudence récente de la chambre sociale de la Cour de cassation », in *Rapport Cass.*, 1999.

**RIPERT (G.)**

« Abus ou relativité des droits : à propos de l'ouvrage de M. Josserand : De l'esprit des droits et de leur relativité », Revue critique de législation et de jurisprudence, 1929, p. 62.

**RIVERO (J.)**

« Les libertés publiques dans l'entreprise », Dr. soc. 1982, p. 421.

**RIZZO (F.)**

« Regards sur la prohibition des engagements perpétuels », in *Dossier Le droit face au temps*, Dr. et patr. 2000, p. 78.

**ROBERT (A.)**

« La protection contre la rupture dans les contrats à durée indéterminée par la théorie du congé et du préavis », in *La tendance à la stabilité du lien contractuel*, LGDJ, 1960, p. 36.

**ROBIN-OLIVIER (S.)**

« La contribution de la Charte des droits fondamentaux à la protection des droits sociaux dans l'Union européenne : un premier bilan après Lisbonne », JEDH, 2013/01, p. 109.

**ROBIN-OLIVIER (S.) et PATAUT (E.)**

« Europe sociale ou Europe économique ? », RDT 2008, p. 80.

**ROCCA (M.)**

« Le droit de grève et l'Union Européenne en période d'austérité : la proposition « Monti II » et ses cartons jaunes », Revue interventions économiques, 2015, n°52 [en ligne] <https://interventionseconomiques.revues.org/2486>

**ROCHER (G.)**

« Droit, pouvoir et domination », *Sociologie et sociétés*, vol. 18, n°1, 1986, p. 33.

**ROCHFELD (J.)**

« Les droits potestatifs accordés par le contrat », *in Le contrat au début du XXI<sup>ème</sup> siècle, Etudes offertes à Jacques GHESTIN*, LGDJ, 2000, p. 746.

« Résolution et exception d'inexécution », *in Les concepts contractuels français à l'heure des Principes européens des contrats*, Dalloz, 2003, p. 213.

« Les modes temporels de l'exécution du contrat », *RDC* 2004, p. 47.

« Remarques sur les propositions relatives à l'exécution et à l'inexécution du contrat : la subjectivation du droit de l'exécution », *RDC* 2006, p. 113.

« La rupture efficace », *in Droit et économie des contrats*, LGDJ, 2008, p. 169.

**ROMAN (D.)**

« Le principe de dignité dans la doctrine de droit social », *in La dignité de la personne humaine, recherche sur un processus de juridicisation*, PUF, 2005, p. 70.

**ROME (F.)**

« Baby Loup dans la bergerie », édito D. 2013, p. 761.

**de ROSTOLAN (F.)**

« Perte de stock-options à la suite d'un licenciement : quel préjudice ? » *JCP S.* 2006, 2007.

**ROUAST (A.)**

« Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », *RTD civ.* 1944, p. 1.

« La rupture abusive du contrat de travail », *DH* 1928, 5.

**ROUBIER (P.)**

« Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs », *in Le rôle de la volonté dans le droit*, *Arch. phil. dr.*, t. 1957, p. 1.

« Les prérogatives juridiques », *Arch. phil. dr.*, t. V, 1960, p. 65.

« Philosophie du droit et théorie générale du droit », *in Qu'est-ce que la philosophie du droit ?*, *Arch. phil. dr.*, t.7, 1962, p. 149.

**ROUHETTE (G.)**

« Droit de la consommation et théorie générale du contrat », *in Études offertes à René RODIÈRE*, Dalloz, 1982, p. 247.

« La révision conventionnelle du contrat », *Revue internationale de droit comparé*, 1986, vol. 38, n°2, p. 369.

« La force obligatoire du contrat », *in Le contrat aujourd'hui, comparaison franco-anglaise*, LGDJ, 1987, p. 27.

**ROULET (V.)**

« Variations sur la clause de mobilité personnelle », *JCP S.* 2010, 1077.

« Indemnisation forfaitaire et indemnisation réelle », *in La sanction en droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, 2012, n°194.

**ROUSPIDE-KATCHADOURIAN (M.-N.)**

« La singularité de la réparation du préjudice lié à la rupture du contrat de travail » *JCP S.* 2015, 1121.

**RUDDEN (B.) et JUILHARD (P.)**

« La théorie de la violation efficace », *RIDC* 1986, p. 1015.

**RUSSO (C.)**

« Article 8§1 », in *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Economica, 1999, 2<sup>ème</sup> éd., p. 305.

**SAINT-ALARY-HOUIN (C.)**

« Approche conceptuelle du droit de préemption », JCP N. 2011, p. 1260.

**SARAMITO (F.)**

« L'ordre des licenciements », Dr. ouvr. 1994, p. 211.

**SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.)**

« Sur l'article 1169 du Projet », in *Observations sur le projet de réforme du droit des contrats et des obligations*, LPA, 4 septembre 2015, n°177, p. 70.

**SAVATIER (J.)**

« Les groupes de sociétés et la notion d'entreprise en droit du travail », in *Études de droit du travail offertes à André BRUN*, Librairie sociale et économique, 1974, p. 527.

« Pouvoir patrimonial et direction des personnes », Dr. soc. 1982, p. 1.

« Réflexions sur les indemnités de licenciement », Dr. soc. 1989, p. 125.

« L'ordre des licenciements dans les licenciements pour motif économique », Dr. soc. 1990, p. 515.

« La liberté dans le travail », Dr. soc. 1991, p. 50.

« L'entretien préalable au licenciement », Dr. soc. 1991, p. 258.

« Ordre des licenciements et motifs réels et sérieux de licenciement », Dr. soc. 1996, p. 478.

« Modification unilatérale du contrat de travail et respect des engagements contractuels », Dr. soc. 1998, p. 135.

« La disponibilité d'un emploi en vue d'une réintégration, d'un reclassement ou d'une priorité de réembauche », Dr. soc. 1999, p. 147.

**SCHUTTER (O. de)**

« La protection du travailleur vis-à-vis des nouvelles technologies dans l'emploi », RTDH, 2003, p. 527.

**SCHUTZ (R.-N.)**

« L'exécution des promesses de vente », Rep. Defrénois 1999, p. 833.

**SCHMIDT (D.)**

« De l'intérêt social », JCP E. 1995, 488.

**SEIFERT (A.)**

« L'effet horizontal des droits fondamentaux », RTD eur., 2012, p. 801.

**SENNA (E.)**

« Illustrations jurisprudentielles en région Languedoc-Roussillon de la notion de secteur géographique », in *Dossier La mobilité des salariés*, Dr. soc. 2011, p. 930.

**SILHOL (B.)**

« Droit à l'emploi, brèves réflexions sur la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel », RDT 2007, p. 390.

**SIMARD (A.)**

« Légitimité et légalité d'après Max Weber », Aspects sociologiques, vol. 12, n°1, avril 2005, p. 159.

**SIMON (D.)**

« La directive européenne », D. 1997, p. 73.

« L'invocabilité des directives dans les litiges horizontaux : confirmation ou inflexion ? », Europe 2010, étude n°3.

#### **SINAY (H.)**

« Le travail à l'essai », Dr. soc. 1963, p. 150.

« Les tendances actuelles de la jurisprudence en matière de licenciement individuel, D. 1972, chron. p. 241.

« Le contrôle des sanctions disciplinaires au regard des fautes commises : dualité de jurisprudence administrative et judiciaire », Dr. soc. 1979, p. 275 et s.

« La réintégration dans l'entreprise », in *Les transformations du droit du travail, Études offertes à Gérard LYON-CAEN*, D. 1989, p. 415.

#### **SMET (D. de)**

« L'impuissance de Dieu. Un débat récurrent en théologie musulmane », in *dossier L'impuissance de Dieu*, Revue philosophique de la France et de l'Étranger, 2010/3 (tome 135), p. 321.

#### **SOURY (G.)**

« La protection du salarié, jurisprudence récente relative au droit disciplinaire dans l'entreprise », Rapport de la Cour de Cass. 2000, p. 126.

#### **STOFFEL-MUNCK (Ph.)**

« Le contrôle *a posteriori* de la résiliation unilatérale », in *Rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir ?*, Dr. et patr., 2004, n°126, p. 70.

« La rupture du contrat, Rapport français », in *Le contrat, Travaux de l'Association Henri CAPITANT*, tome LV, Société de législation comparée, 2005, p. 803.

#### **SUDRE (F.)**

« La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme : un exercice de « jurisprudence fiction » ? », issu du Colloque *Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs*, Strasbourg, juin 2001, [en ligne] : <http://rtdh.eu/pdf/2003755.pdf>

« Rapport introductif, La « construction » par le juge européen du droit au respect de la vie familiale », in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2002, p. 11.

#### **SUPIOT (A.)**

« Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise », RTD com. 1985, p. 621.

« Les nouveaux visages de la subordination », Dr. soc. 2000, p. 132.

« Les salariés ne sont pas à vendre », Dr. soc. 2006, p. 264.

« L'Europe gagnée par « l'économie communisme de marché » », Revue du MAUSS (mouvement anti-utilitariste dans les sciences sociales) permanente, 30 janvier 2008. [en ligne] <http://www.journaldumauss.net/?L-Europe-gagnee-par-l-economie>.

#### **TALLON (D.)**

« Pourquoi parler de faute contractuelle ? », in *Droit civil, procédure, linguistique juridique. Écrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1994, p. 429.

« L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », RTD. civ. 1994, p. 223 et s.

#### **TAQUET (F.)**

« Réflexions sur l'entretien préalable au licenciement », JCP E. 1993, p. 236.

#### **TERRAY (J.)**

« La société : une traduction bien vivante », JCP G. 1984, I, 3154.

**TEYSSIÉ (B.)**

« Intérêt de l'entreprise, aspects du droit du travail », D. 2004, p. 1680.

« Le principe de compétitivité en droit du travail », in *Études de droit privé, Mélanges offerts à Paul DIDIER*, Economica, 2008, p. 405.

**THOLOZAN (O.)**

« La réification du corps humain en droit civil français », in *De jure corporis..., corporis ou la réification du corps humain*, Cahiers de droit de la santé du sud-est n°2, PUAM, 2004, p. 11.

**TISSOT (O. de)**

« Pour une analyse juridique du concept de « dignité » du salarié », Dr. soc. 1995, p. 972.

**TOMASIN (D.)**

« La valeur des promesses unilatérales de vente », Rev. Administrer, octobre 1996, n°282, p. 15.

**TOURNAUX (S.)**

« Les garanties procédurales fondamentales », Dr. soc. 2015, p. 389.

**TRÉBULLE (F.-G.)**

« Entreprise et développement durable », JCP 2011, 1765.

**TREILLARD (J.)**

« De la suspension des contrats », in *Tendances à la stabilité du rapport contractuel*, LGDJ, 1960, p. 59 et s. spéc., p. 68.

**TRICOIT (J.-Ph.)**

« L'abus du droit de rompre le contrat de travail au cours de la période d'essai », JSL, 27 avril 2004, n°144, p. 4.

**URBAN (Q.)**

« La bonne foi », un concept utile à la régulation des relations individuelles du travail », in *Le droit social, Le droit comparé. Études dédiées à la mémoire de Pierre ORTSCHIEDT*, Presses universitaires de Strasbourg, 2003, p. 339.

**VAISSIÈRE (A.)**

« A propos de la résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », Rev. Lamy dr. civ., 2006, n°29, p. 70.

**VARIN (C.)**

« La situation de l'employeur face à la faute grave commise par le salarié », RDT 2009, p. 639.

**VASSEUR-LAMBRY (F.)**

« La bonne foi dans les relations individuelles de travail », LPA, 17 mars 2000, n°55, p. 4.

**VATINET (R.)**

« Les principes mis en œuvre par la jurisprudence relative aux clause de non-concurrence en droit du travail », Dr. soc. 1998, p. 534.

« Les conditions de validité des clauses de non-concurrence : l'imbroglio », Dr. soc. 2002, p. 646.

« Un nouveau droit des conflits de travail ? », Dr. soc. 2008, p. 671.

« L'instrumentalisation de la responsabilité civile à titre de sanction en droit du travail », in *La sanction en droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, 2012, n°213, p. 125.

« Les accords relatifs au PSE », JCP S. 2014, 1188.

**VERDIER (J.-M.)**

« Du contrat au statut et du droit individuel aux libertés publiques (A propos de deux arrêts de la Cour de cassation en matière de protection des représentants du personnel) », JCP G. 1971, I, 2422.

« Libertés et travail. Problématique des droits de l'homme et rôle du juge », D. 1988, chron. p. 63.

« Au-delà de la réintégration et de l'indemnisation des grévistes : vers une protection spécifique des droits fondamentaux des travailleurs », Dr. soc. 1991, p. 709.

**VERKINDT (P.-Y.)**

« Démission motivée = licenciement sans cause réelle et sérieuse : l'équation infernale », Act. Soc. Lamy 03/2003.

« L'entreprise », in *Les notions fondamentales du droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, 2009, p. 44.

« Plans sociaux : un outil de sélection du personnel ? », Dr. soc. 1994, p. 464.

« La question de l'ordre des licenciements : à quand la clarification ? », Dr. soc. 1996, p. 26.

**VIATTE (J.)**

« Des promesses unilatérales de vente » Gaz. Pal., 1973, doct. p. 67.

**VIGNAL (N.)**

« La vie du lien contractuel », Lamy droit civil, droit des contrats, 1999, n°405-73.

**VIGNAL (Th.)**

« La nature juridique de la condition suspensive de non-exercice du droit de préemption », Rép. Defrénois, 1996, p. 1041.

**VIGNEAU (Ch.)**

« L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail », Dr. soc. 2004, p. 706.

**VILLEY (M.)**

« La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam », in *Le droit subjectif en question*, Arch. Phil. dr., t. IX, 1964, p. 97.

**VINEAU (Ch.)**

« L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail », Dr. soc. 2004, p. 706.

**VINEY (G.)**

« Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », in *La primauté de l'exécution en nature*, Revue de droit Henri CAPITANT, 2011, n°3.

**VIOTTOLO (A.)**

« La dignité du salarié », in *La dignité*, PUAM, 2003, p. 275.

**VOGEL (L.) et (J.)**

« Vers un retour des contrats perpétuels ? Évolution récente du droit de la distribution », CCC, août-septembre 1991, chron. 8-9, p. 1.

**WAQUET (Ph.)**

« Le contrôle de la chambre sociale de la Cour de cassation sur la cause réelle et sérieuse de licenciement », Dr. soc. 1992, p. 980.

« Jurisprudence récente sur l'ordre des licenciements », Dr. soc. 1994, p. 677.

« La grève, les mouvements illicites et l'abus du droit de grève », RJS 3/95, p. 139.

**WAQUET (Ph.) [suite]**

- « Modification du contrat de travail et changement des conditions de travail », RJS 12/96, p. 791.
- « Loyauté du salarié dans les entreprises de tendance », Gaz. Pal., 1996, p. 1427.
- « Tableau de la jurisprudence sur le contrôle de la modification du contrat de travail », Dr. soc. 1999, p. 566.
- « Le renouveau du contrat de travail », RJS 5/99, p. 383.
- « La cause économique du licenciement », Dr. soc. 2000, p. 168.
- « Le pouvoir de direction et les libertés du salarié », Dr. soc. 2000, p. 1052.
- « Les objectifs », Dr. soc. 2001, p. 120.
- « La vie personnelle du salarié », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice VERDIER*, Dalloz, 2001, p. 513.
- « Les ruptures du contrat de travail et le droit du licenciement », RJS 10/04, p. 675.
- « Le « trouble objectif dans l'entreprise » : une notion à redéfinir », RDT 2006, p. 304.
- « Variations sur le thème de la modification du contrat de travail », Dr. ouvr. 2007, p. 175.
- « Réflexions sur la démission et la prise d'acte dans le contrat à durée indéterminée », RJS 11/2007, p. 903.
- « Réflexions sur le droit disciplinaire en général et sur la faute grave en particulier », Dr. soc. 2009, p. 1177.
- « La contrepartie d'une longue période de travail », Dr. soc. 2009, p. 1181.
- « Sanction disciplinaire et mesure de gestion. Une position peu orthodoxe », SSL, 30 janvier 2012, n°1523, p. 10.
- « Cessons de parler de prise d'acte », Dr. soc. 2014, p. 97.

**WICKER (G.)**

« Force obligatoire et contenu du contrat », in *Les concepts contractuels à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Dalloz, 2003, p. 155.

**WITZ (C.)**

« La consécration de l'inexistence par plusieurs instruments d'uniformisation du droit », in *Études offertes au Doyen Philippe SIMLER*, Dalloz/Litec, 2006, p. 729.

**WOLMARK (C.)**

« Convient-il d'interdire le port de signes religieux dans l'entreprise ? L'entreprise n'est pas un établissement scolaire », RDT 2009, p. 485.

**CONCLUSIONS, COMMENTAIRES, NOTES ET OBSERVATIONS****ADAM (P.)**

- Note sous Cass. soc., 23 janvier 2002, JCP E. 2002, 954.
- Note sous Cass. soc., 11 mars 2008, Dr. ouvr. 2008, p. 489.
- Note sous Cass. soc., 6 février 2013, RDT 2013, p. 630.
- Note sous Cass. Ass. plén., 25 juin 2014, RDT 2014, p. 607.

**AHUMADA (C.)**

Obs. sous Cass. soc., 4 février 2004, RPDS 2004, n°715, p. 346.

**ALAPHILIPPE (P.)**

Note sous Cass. soc., 16 décembre 1998, D. 2000, p. 30.

**AMIEL-DONAT (J.) et SERRA (Y.)**

Note sous CA Paris, 3 mai 1984, D. 1985, jur. p. 156.

**AMRANI-MEKKI (S.) et MEKKI (M.)**

- Note sous Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> décembre 2010, D. 2012, p. 459.
- Note sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 26 septembre 2012, D. 2013, p. 391.

**ANTONMATTEI (P.-H.)**

Obs. sous Cass. soc., 15 février 1995, Dr. soc. 1995, p. 384.  
 Obs. sous Cass. soc., 9 mars 1999, Dr. soc. 1999, p. 630.  
 Note sous Cass. Ass. plén., 8 décembre 2000, RJS 1/01, p. 95.  
 Obs. sous Cass. soc., 27 février 2001, Dr. et patr. 2001, n°97, p. 108.  
 Note sous Cass. soc., 3 novembre 2011, Rev. Lamy dr. aff., 2012, n°67, p. 47.

**ARDANT (Ph.)**

Cass. Ass. plén., 19 mai, 1978, D. 1978, p. 541.

**ARTIGUE (Ch. d')**

Obs. sous Cass. soc., 28 mai 2003, Lexbase hebdo, éd. soc., 01/01/2004, n°101.

**ASTAIX (A.)**

Note sous Cass. mixte, 18 mai 2007, D. 2007, p. 2137.

**ASTRUC (J.-F.)**

Note sous Cass. soc., 6 février 2001, LPA, 29 octobre 2001, n°215, p. 12.

**AUBERT (J.-L.)**

Note sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 21 janvier 1971, Rep. Defrénois 1971, p. 505.  
 Note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juin 1970, D. 1971, p. 261.  
 Obs. sous Cass. civ., 1<sup>ère</sup> 1987, Defrénois 1988, p. 373.  
 Note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 septembre 2002, D. 2003, p. 363.

**AUBERT-MONPEYSSEN (Th.)**

Note sous Cass. soc., 28 mars 2000, JCP E. 2001, p. 233.  
 Note sous Cass. mixte, 18 mai 2007, RDT 2007, p. 527.

**AUBONNET (F.)**

Note sous Cass. soc., 18 janvier 2011, JCP E. 2011, 1291.

**AUBONNET (F.) et GAMET (L.)**

Note sous Cass. soc., 23 septembre 2009, SSL, 12 octobre 2009, n°1416, p. 12.

**AUZERO (G.)**

Note sous Cass. soc., 1<sup>er</sup> décembre 2005, Bull. Joly Soc., 1<sup>er</sup> avril 2006, n°4, p. 507.  
 Note sous Cass. soc., 12 juillet 2006, RDT 2006, p. 311.  
 Note Cass. soc., 27 septembre 2007, RDT 2007, p. 650.  
 Obs. sous Cass. soc., 23 octobre 2007, RDT 2007, p. 719.  
 Note sous Cass. soc., 14 octobre 2008, RDT 2008, p. 731.  
 Note sous Cass. soc., 13 novembre 2008, RDT 2009, p. 32.  
 Note sous Cass. soc., 23 septembre 2009, RDT 2009, p. 647.  
 Note sous Cass. soc., 15 décembre 2010, RDT 2011, p. 108.  
 Note sous Cass. soc., 1<sup>er</sup> février 2011, Lexbase hebdo éd. soc., 17/02/2011, n°428.  
 Note sous TGI Troyes, 4 février 2011, n°10/02475, SSL, 26 décembre 2011, n°1519.  
 Obs. sous Cass. soc., 7 février 2012, RDT 2012, p. 214.  
 Obs. sous Cass. soc., 10 avril 2013, Lexbase hebdo, éd. soc., 01/05/2013, n°526.

**AYNÈS (L.)**

Obs. sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 15 décembre 1993, D. 1995, somm. comm. p. 87.  
 Obs. sous Cass. com., 11 juin 1996, D. 1996, somm. comm. p.323.  
 Note sous Cass. Ass. plén., 1<sup>er</sup> décembre 1995, D. 1996, p. 13.  
 Note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 5 février 2002, D. 2002, p. 288.

Obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 28 octobre 2003, RDC 2004, p. 273.  
Obs. sous Cass. com., 10 juillet 2007, D. 2007, RDC 2007, p. 1107.  
Note sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 8 sept. 2010, Rep. Defrénois 2010, p. 2123.

**BACHELET (O.)**

Obs. sous CEDH, 18 mars 2011, « Lautsi et autres c./Italie », n°30814/06, D. 2011, p. 949.

**BACQUET (A.)**

Concl. sur CE, 1<sup>er</sup> février 1980, Dr. soc. 1980, p. 310.

**BAILLY (P.)**

Rapp. sur Cass. mixte, 26 mai 2006, [en ligne]  
<http://www.lexinter.net/JPTXT4/JP2005/rapport10.htm>.  
Note sous Cass. soc., 18 janvier 2011, SSL, 12 septembre 2011, n°1504, p. 27.  
Entretien sous Cass. soc., 26 mars 2014, SSL, 16 juin 2014, n°16135, p. 9.

**BARBIER (H.)**

Obs. sous Cass. civ., 3<sup>ème</sup>, 13 mars 2012, Rev. Lamy dr. civ., 2012, n°96, p. 7.

**BARÈGE (A.)**

Note sous Cass. soc., 16 mars 2011, JCP S. 2011, 1326.  
Note sous Cass. soc., 11 juin 2013, JCP S. 2013, 1388  
Note sous Cass. soc., 26 mars 2014, JCP S. 2014, 1268.

**BARÈGE (A.) et BOSSU (B.)**

Note sous Cass. mixte, 18 mai 2007, JCP S. 2007, 1538.

**BARNIER (H.)**

Obs. sous Cass. soc., 5 mars 2014, RTD civ. 2014, p. 644.

**BARTHÉLÉMY (H.)**

Note sous Cass. civ., 25 juin 1907, DP 1907, jur. p. 337.

**BARTHÉLÉMY (J.)**

Obs. sous Cass. soc., 10 mars 1998, Dr. soc. 1998, p. 492.

**BASTIAN (D.)**

Note sous Cass. com., 18 avril 1961, JCP G. 1961, II, 12164.

**BÉAL (S.)**

Note sous Cass. soc., 10 juillet 2002, JCP E. 2002, 1422.  
Note sous Cass. soc., 13 janvier 2009, JCP E. 2010, 1309.

**BÉAL (S.) et DODET (A.-L.)**

Note sous Cass. soc., 24 janvier 2007, JCP S. 2007, 1243.

**BÉAL (S.) et KLEIN (P.)**

Note sous Cass. soc., 23 septembre 2009, JCP S. 2009, 1535.  
Note sous Cass. soc., 13 janvier 2009, JCP E. 2010, 1309.  
Note sous Cass. soc., 3 février 2010, JCP S. 2010, 1431.

**BÉAL (S.) et TERRENOIRE (C.)**

Note sous Cass. soc., 16 février 2005, JCP E. 2007, 2083.  
Note sous Cass. soc., 14 octobre 2008, JCP E. 2009, 1125.

**BEHAR-TOUCHAIS (M.)**

Obs. sous Cass. Com., 5 octobre 2004, RDC 2005, p. 384.

**BELLO (A.)**

Note sous Cass. soc., 3 mai 2012, LPA, 18 juillet 2012, n°143, p. 14.

**BENAC-SCHMIDT (F.)**

Note sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 15 décembre 1993, D. 1994, jur. p. 507.

**BENTO DE CARVALHO (L.)**

Note sous Cass. soc., 26 mars 2014, RDT 2014, p. 544.

**BÉRAUD (J.-M.)**

Note sous Cass. Ass. plén., 4 mars 1983, D. 1984, IR, p. 64.

**BERNARD-MENORET (R.)**

Note sous Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 11 octobre 2007, LPA 11 avril 2008.

**BERNAUD (V.), GAY (L.) et SEVERINO (C.)**

Note sous Cons. const., 30 mars 2006, D. 2007, p. 1166.

**BERNHEIM-DEVAUX (S.)**

Note sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 11 mai 2005, JCP G. 2005, II, n°10152.

**BERTHIER (P.-E.)**

Note sous Cass. soc., 5 juillet 2006, D. 2007, p. 182.

**BÉVIÈRE (B.)**

Note sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 26 juin 1996, LPA, 30 mai 1997, n°65, p. 25.

**BEYNEIX (I.)**

Note sous Cass. soc., 3 juin 2009, JCP S. 2009, 1307.

Note sous Cass. soc., 8 avril 2010, JCP S. 2010, 1288.

Note sous Cass. soc., 12 janvier 2011, JCP S. 2011, 1042.

Note sous Cass. soc., 13 mars 2013, JCP S. 2013, n°24, p. 17.

**BILLEMONT (J.)**

Note sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 9 décembre 2009, D. 2009, p. 476.

**BLAISE (H.)**

Note sous Cass. soc., 17 avril 1991, JCP E. 1991, II, 229.

Obs. sous Cass. soc., 10 juillet 1996, Dr. soc. 1996, p. 976.

**BLANC-JOUVAN (G.)**

Note sous Cass. soc., 13 juin 2007, JCP S. 2007, 1674.

**BOISNARD (D.)**

Obs. sous Cass. soc., 22 mai 2001, JSL, 20 décembre 2001, n°92, p. 4.

**BOISSEL (C.)**

Obs. sous Cass. soc., 4 juin 1998, D. 1999, somm. comm. p. 35.

Note sous Cass. soc., 16 janvier 2001, D. 2001, p. 2170.

**BONNECHÈRE (M.)**

Obs. sous Cass. soc., 11 juillet 2012, Dr. ouvr. 2012, p. 802.

### **BORÉ (J.)**

Note sous Cass. com., 5 novembre 1971, JCP G. 1972, II, 16975.

Note sous Cass. soc., 10 et 12 décembre 1985, D. 1986, p. 120.

### **BOSSU (B.)**

Note sous Cass. soc., 15 mars 2006, JCP S. 2006, 1355.

Note sous Cass. soc., 4 avril 2006, JCP S. 2006, 1426.

Note sous Cass. soc., 3 mai 2006, JCP S. 2006, 1694.

Note sous Cass. soc., 10 mai 2006, JCP S. 2006, 1727.

Note sous Cass. soc., 7 juin 2006, JCP S. 2006, 1917.

Note sous Cass. soc., 14 octobre 2008, JCP S. 2008, 1668.

Note sous Cass. soc., 12 novembre 2008, JCP S. 2009, 1111.

Note sous Cass. soc., 13 janvier 2009, JCP S. 2009, 1169.

Note sous Cass. soc., 22 juin 2011, JCP S. 2011, 1491.

Note sous Cass. Ass. plén., 6 janvier 2012, JCP G. 2012, 254.

Note sous Cass. soc., 9 avril 2015, JCP S. 2015, 1224.

### **BOUAZIZ (P.) et GOULET (I.)**

Obs. sous Cass. soc., 23 février 2005, Dr. soc. 2006, p. 364.

### **BOUBLI (B.)**

Note sous Cass. soc., 21 décembre 2006, Gaz. Pal., 16/03/2007 n° 75, p. 17.

### **BOUCHERET (A.)**

Obs. sous Cass. soc., 31 octobre 2012, JSL, 3 janvier 2013, n°335, p. 10.

### **BOUDIAS. (B.)**

Note sous Cass. soc., 16 décembre 2005, D. 2005, p. 1945.

### **BOULANGER (D.)**

Note sous Cass. Ass. plén., 1<sup>er</sup> décembre 1995, JCP N. 1996, I, 13.

### **BOULOC (B.)**

Obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 5 février 2002, RTD com. 2002, p. 530.

Obs. Cass. com., 2 juillet 2002, RTD com. 2003, p. 359.

Obs. sous Cass. com., 5 octobre 2004, RTD com. 2005, p. 407.

### **BOULMIER (D.)**

Note sous Cass. soc., 20 octobre 1998, JCP E. 1998, 2028.

Note sous Cass. soc., 16 mars 2005, JCP E. 2005, 1942.

Obs. sous Cass. Ass. plén., 22 avril 2011, Dr. soc. 2011, p. 1052.

### **BOUSEZ (F.)**

Note sous Cass. soc., 4 février 2004, JCP E. 1056.

Note sous Cass. soc., 5 juillet 2005, JCP S. 2005, 1204.

Note sous Cass. soc., 25 mars 2009, JCP S. 2009, 1337.

Note sous Cass. soc., 15 décembre 2010, JCP S. 2011, 1282.

Note sous Cass. soc., 6 février 2013, JCP S. 2013, 1385.

### **BRÈTHE DE LA GRESSAYE (J.)**

Note sous Cass. soc., 9 mars 1957, D. 1958, p. 91.

### **BRISSY (S.)**

Note sous Cass. soc., 11 avril 2008, JCP S. 2008, 1494 ;  
Note sous Cass. soc., 25 février 2009, JCP S. 2009, 1283.  
Note sous Cass. soc., 13 juillet 2010, JCP S. 2010, 1410.  
Note sous Cass. soc., 27 juin 2012, JCP S. 2012, p. 1464.

**BRUN (A.)**

Note sous Cass. soc., 2 décembre 1965, JCP G. 1965, II, 14098.

**BRUN (Ph.)**

Obs. sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 27 mars 2008, RDC 2009, p. 143.

**BUGADA (A.)**

Note sous CA Aix-en-Provence, 21 mars 2006, D. 2006, p. 2652.

**BUREAU (D.) et MOLFESSIS (N.)**

Note sous Cass. Ass. Plén. 1<sup>er</sup> décembre 1995, LPA, 27 décembre 1995, p. 11.

**BUY. (F.)**

Note sous Cass. soc., 13 mai 2003, Rev. Lamy dr. civ. 2004, n°2, p. 51.  
Obs. sous CA Montpellier, 18 juillet 2007, 18 juillet 2007, Cah. dr. sport, 2007, n°10, p. 45.  
Note sous Cass. com., 3 mai 2012, JCP E. 2012, 1443.

**CABANNES (J.)**

Concl. sur Ass. plén., 28 janvier 1983, D. 1983, p. 269.

**CAIGNY (Ph. de)**

Obs. sous Cass. soc., 13 février 1997, Dr. soc. 1997, p. 249  
Concl sur Ass. plén., 8 décembre 2000, Dr. soc. 2001, p. 126.  
Concl. sur Cass. soc., 11 avril 2008, JCP S. 2008, 1494.

**CAMERLYNCK (G.-H.)**

Note sous Cass. soc., 14 novembre 1963, JCP G. 1964, II, 13471.  
Note sous Cass. soc., 10 février 1965, JCP G. 1965, II, 14181.

**CANUT (F.)**

Note sous Cass. soc., 15 décembre 2010, Revue Lamy dr. des aff., 1<sup>er</sup> mars 2011, n°58 p. 51.

**CARBONNIER (J.)**

Obs. sous Cass. civ., 10 juin 1941, RTD civ. 1940-1941, p. 602.  
Obs. sous Cass. civ., 5 janvier 1945, Dr. soc. 1946, p. 36.  
Obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 décembre 1959, RTD civ. 1960, p. 323.

**CATALA (N.)**

Note sous Cass. soc., 14 juin 1972, D. 1973, jur. p. 114.

**CATHIARD (A.)**

Note sous Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 mars 2005, D. 2005, p. 1462.

**CAVALLINI (J.)**

Note sous CJCE, 11 décembre 2007, aff. C-438/05, JCP S. 2008, 1086.  
Note sous CJCE, 18 décembre 2007, aff. C-341/05, JCP S. 2008, 1087.  
Note sous CJUE, gr. Ch., 19 janvier 2010, aff. C-555/07, JCP S. 2010, 1082.

**CESARO (J.-F.)**

Note sous Cass. soc., 5 juillet 2005, JCP S. 2005, 1233.  
Note sous Cass. soc., 12 octobre 2011, JCP S. 2012, 1005.

**CHAGNY M.**

Note sous Cass. com., 5 octobre 2004, JCP E. 2005, 622.  
Note sous Cass. com., 5 octobre 2004, JCP G. 2005, I, 114.

**CHAMPEAUX (F.)**

Note sous Cass. soc., 24 avril 2013, SSL, 6 mai 2013, n°1583, p. 13.  
Note sous Cass. soc., 28 mars 2006, SSL, 2 octobre 2006, n°1276, p. 116.

**CHARBONNEAU (A.)**

Note sous Cass. soc., 13 mars 2013, RDT 2013, p. 326.

**CHAUMETTE (P.)**

Obs. sous Cass. soc., 21 décembre 2006, Dr. soc. 2007, p. 243.  
Obs. sous Cass. soc., 21 décembre 2006, RDT 2007, p. 360.  
Obs. sous Cass. soc., 28 janvier 2009, Dr. soc. 2009, p. 489.

**CHAZAL (J.-P.)**

Note sous Cass. com., 20 janvier 1998, JCP E. 1999, n°7, p. 323.

**CHAZAL (J.-P.) et REINHARD (Y.)**

Obs. sous Cass. com., 2 juillet 2002, RTD com. 2002, p. 494.

**CHRÉTIEN-LESSCHAEVE (A.-S.)**

Note sous Cass. soc., 17 octobre 2000, D. 2001, p. 737.

**COHEN (M.)**

Obs. sous Cass. soc., 5 mars 1996, Dr. soc. 1996, p. 537.

**COLIN (Th.)**

Note sous Cass. soc., 30 septembre 2003, D. 2004, p. 378.

**COLLART-DUTILLEUL (F.)**

Obs. sous Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, RDC 2006, p. 1131.  
Obs. sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 27 mars 2008, RDC 2008, p. 734, p. 1239.

**COLONNA (J.)**

Note sous Cass. soc., 16 février 2005, JCP G. 2005, II, 10098.

**COLONNA (J.) et RENAUX-PERSONNIC (V.)**

Obs. sous CA Paris, 27 novembre 2013, Gaz. Pal., 7 janvier 2014, n°7, p. 22.

**CONSTANTIN (A.)**

Note sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 27 mars 2008, JCP G. 2008, I, 218.

**CONTIN (R.)**

Note sous CA Paris, 22 mai 1965, JCP G. 1965, II, 14274 bis.

**CORRIGNAN-CARSIN (D.)**

Obs. sous Cass. soc., 28 avril 1988, Dr. soc. 1988, p. 428.  
Note sous Cass. soc., 22 février 2000, JCP G. 2000, II, 10321.  
Note sous Cass. soc., 28 mai 2003, JCP E. 2003, 1328.

**CORRIGNAN-CARSIN (D.) [suite]**

Note sous Cass. soc., 10 mars 2004, JCP G. 2004, II, 10088.  
 Note sous Cass. soc., 23 février 2005, JCP G. 2005, II, 10076.  
 Note sous Cass. soc., 15 mai 2007, JCP S. 2007, 1570.  
 Note sous Cass. soc., 20 novembre 2007, JCP G. 2008, II, 10005.  
 Note sous Cass. soc., 27 novembre 2007, JCP S. 2007, II, 1088.  
 Note sous Cass. soc., 14 octobre 2008, JCP G. 2008, II, 10201.  
 Note sous Cass. soc., 11 février 2009, JCP G. 2009, II, 10061.  
 Note sous Cass. soc., 2 juin 2010, JCP G. 2010, 820.  
 Note sous Cass. Ass. plén., 25 juin 2014, JCP G. 2014, 903.

#### **COURET (A.)**

Note sous Cass. soc., 18 janvier 2011 et 1<sup>er</sup> février 2011, Rev. soc. 2011, p. 154.

#### **COUTANT-LAPALUS (Ch.)**

Obs. sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 20 mai 2009, LPA, 29 octobre 2009, n°216, p. 9.

#### **COUTURIER (G.)**

Obs. sous Cass. Ass. plén., 15 novembre 1985, Dr. soc. 1986.  
 Obs. sous Cass. soc., 28 avril 1988, Dr. soc. 1988, p. 428.  
 Obs. sous Cass. soc., 13 février 1997, Dr. soc. 1997, p. 256.  
 Obs. sous Cass. soc., 8 juillet 1997, Dr. soc. 1997, p. 990.  
 Obs. sous Cass. soc., 28 janvier 1998, Dr. soc. 1998, p. 528.  
 Obs. sous Cass. soc., 3 mars 1998, Dr. soc. 1998, p. 529.  
 Obs. sous Cass. soc., 17 décembre 2002, Dr. soc. 2003, p. 342.  
 Obs. sous Cass. Ass. plén., 28 janvier 2005, Dr. soc. 2005, p. 581.  
 Obs. sous Cass. soc., 15 juin 2005, Dr. soc. 2005, p. 847.  
 Note sous Cass. soc., 11 janvier 2006, SSL, 23 janvier 2006, n°1245, p. 8.  
 Obs. sous Cass. soc., 21 novembre 2006, Dr. soc. 2007, p. 114.  
 Obs. sous Cass. soc., 9 juillet 2008, Dr. soc. 2008, p. 1148.

#### **COUTURIER (G.) et RAY (J.-E.)**

Obs. sous Cass. soc., 25 juin 2003, Dr. soc. 2003, p. 817.

#### **CRISTAU (A.)**

Obs. sous Cass. Ass. plén., 8 décembre 2000, Dr. soc. 2001, p. 133.

#### **DAGORNE-LABBE (Y.)**

Note sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 13 octobre 1993, JCP G. 1994, II, 22280.  
 Note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 5 février 2002, D. 2002, p. 2640.  
 Obs. sous Cass. com., 8 mars 2005, LPA, 27 septembre 2005, n°192, p. 11.  
 Note sous Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, Gaz. Pal., 2006, p. 12.  
 Note sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 13 février 2008, D. 2008, p. 1530.

#### **DALMASSO (R.)**

Note sous Cass. soc., 1<sup>er</sup> février 2011, LPA, 24 juillet 2012, n°147, p. 4.

#### **DARVERS-BORNOZ (P.)**

Note sous Cass. soc., 18 janvier 2011, Dr. ouvr. 2011, p. 273.

#### **DAUXERRE (N.)**

Note sous Cass. soc., 2 juin 2010, JCP S. 2010, 1309.  
 Note sous Cass. soc., 9 janvier 2013, JCP S. 2013, 1181.

#### **DAUXERRE (L.)**

Note sous Cass. soc., 11 février 2009, JCP S. 2009, 1153.

**DEDESSUS-LE-MOUSTIER (N.)**

Note sous Cass. soc., 15 décembre 2010 JCP G. 2011, 19.

Note sous Cass. soc., 8 juin 2011 JCP G. 2011, p. 1262.

**DÉFOSSEZ M.**

Note sous Cass. soc., 25 février 1992, D. 1992, jur. p. 390

Note sous Cass. soc., 17 octobre 1996, D. 1997, jur. p. 179.

Note sous Cass. soc., 24 mars 1987, JCP E, 1988, II, 15129.

**DEL SOL (M.)**

Note sous Cass. soc., 7 juillet 1998, JCP G. 1999, II, 10009.

Note sous Cass. soc., 20 septembre 2006, JCP S. 2006, 1918.

Note sous Cass. soc., 11 octobre 2006, JCP S. 2007, 1004.

**DELEBECQUE (Ph.)**

Obs. sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 15 décembre 1993, Rep. Defrénois 1994, p. 795.

Note sous Cass. com., 9 juillet 1996, Rep. Defrénois 1996, p. 1363.

Note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 13 octobre 1998, D. 1999, p. 115.

Note sous Cass. com., 7 décembre 2004, D. 2005, p. 2392.

Note sous Cass. com., 10 juillet 2007, RLDC 2008, p. 6.

**DELPECH (X.)**

Note sous Cass. com., 8 mars 2005, D. 2005, p. 883.

**DELVOLVÉ (P.)**

Obs. sous CA Paris, 27 novembre 2013, RFDA 2014, p. 954.

**DENIZOT (Ch.)**

Obs. sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 18 mai 2004, AJDI 2004, n°12, p. 884.

**DEPREZ (J.)**

Obs. sous Cass. soc., 11 juillet 1989, Dr. soc. 1989, p. 717.

Note sous Cass. soc., 22 janvier 1992, JCP E. 1993, II, p. 44.

**DESBARATS (I.)**

Note sous Cass. soc., 25 juin 2014, JCP E. 2014, 1445.

**DISSAUX (N.)**

Note sous Cass. Civ., 3<sup>ème</sup>, 22 octobre 2015, D. 2015, p. 1478.

**DOCKÈS (E.)**

Obs. sous CA Aix-en-Provence, 21 mars 2006, Dr. soc. 2006, p. 881.

**DONDERO (B.)**

Note sous Cass. soc., 8 février 2011, JCP E. 2011, 1367.

**DONDOUX (Ph.)**

Concl. sur CE, 18 février 1977, Dr. soc. 1977, p. 166.

Concl. sur CE, 8 décembre 1978, Dr. soc. 1979, p. 57.

**DRAI (L.)**

Note sous Cass. soc., 31 octobre 2006, HCP 2007, 1019.  
 Note sous Cass. soc., 21 mars 2007, JCP S. 2007, 1412.  
 Note sous Cass. soc., 4 juillet 2007, JCP S. 2007, 1759.  
 Note sous Cass. soc., 18 janvier et 1<sup>er</sup> février 2011, RDT 2011, p. 285.  
 Note sous Cass. soc., 15 janvier 2014, JCP S. 2014, 1255.

**DUBERTRET (M.)**

Obs. sous Cass. soc., 10 mars 2004, Dr. soc. 2004, p. 733.

**DUCHANGE (G.)**

Note sous Cass. soc., 12 juin 2014, JCP S. 2014, 1330.

**DUMAS (N.)**

Note sous Cass. soc., 9 octobre 2001, D. 2002, p. 1234.

**DUMERY (A.)**

Note sous Cass. soc., 13 janvier 2009, RDT 2009, p. 300.

**DUMONT (F.)**

Note sous Cass. soc., 1<sup>er</sup> juillet 2008, JCP S. 2008, 1548.  
 Note sous Cass. soc., 8 juillet 2009, JCP S. 2009, 1479.  
 Note sous Cass. soc., 14 octobre 2009, JCP S. 2009, 1559.  
 Note sous Cass. soc., 8 juin 2011, JCP S. 2011, p. 46.  
 Note sous Cass. soc., 30 novembre 2011, JCP S. 2012, 1086.  
 Note sous Cass. soc., 25 janvier 2012, JCP S. 2012, 1166.  
 Note sous Cass. soc., 31 octobre 2012, JCP S. 2013, 1033.  
 Note sous Cass. soc., 10 avril 2013, JCP S. 2013, 1302.  
 Note sous Cass. soc., 24 avril 2013, JCP S. 2013, 1294.  
 Note sous Cass. soc., 26 mars 2014, JCP S. 2014, 1302.  
 Note sous Cass. soc., 18 juin 2008, JCP S. 2008, 1493.  
 Note sous Cass. soc., 3 février 2010, JCP S. 2010, 1151.  
 Note sous Cass. Ass. plén., 22 avril 2011, JCP G. 2011, 723.

**DUPLAT (J.)**

Note sous Cass. soc., 20 novembre 2007, SSL, 3 décembre 2007, n°1331, p. 7.  
 Obs. sous Cass. soc., 29 mars 2006, Dr. soc. 2006, p. 638.

**DUQUESNE (F.)**

Note sous Cass. soc., 23 janvier 1996, JCP G. 1996, II, 22604.  
 Note sous Cass. soc., 7 juin 2006, D. 2006, p. 2715.

**DURAND (P.)**

Obs. sous Cass. soc., 16 juin 1945, Dr. soc. 1946, p. 427.  
 Obs. sous Cass. soc., 28 juin 1951, Dr. soc. 1951, p. 523.  
 Obs. sous Cass. soc., 9 juillet 1951, Dr. soc. 1952, p. 116.

**ECOUTIN (H.)**

Concl. sur Cass. soc., 28 avril 1988, Dr. soc. 1988, p. 428.

**ESCANDE-VARNIOL (M.-C.)**

Note sous Cass. soc., 17 décembre 2002, D. 2003, p. 1660.  
 Note sous Cass. soc., 7 juin 2006, D. 2006, p. 3041.  
 Note sous Cass. soc., 13 janvier 2009, D. 2009, p. 1799.

**ESMEIN (P.)**

Note sous Cass. soc., 31 mai 1956, JCP G. 1956, II, 9397.  
 Note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 décembre 1959, JCP G. 1960.

#### **EVERAERT-DUMONT (D.)**

Note sous Cass. soc., 18 mars 2008, JCP S. 2008, 1368.

#### **FABRE (A.)**

Note sous Cass. soc., 20 juin 2007, RDT 2007, p. 585.  
 Note sous Cass. soc., 14 octobre 2008, D. 2009, p. 590.  
 Note sous Cass. soc., 22 septembre et 23 novembre 2011, RDT 2012, p. 37.  
 Note sous TA, 25 septembre 2012, n°1216080/9, RDT 2012, p. 558.

#### **FADEUILHE (P.)**

Obs. sous Cass. soc., 7 juillet 1998, D. 1999, somm. comm. p. 175.

#### **FAGES (B.)**

Obs. sous Cass. com., 10 juillet 2007, RTD civ. 2007, p. 773.  
 Obs. sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 13 février 2008, RTD civ. 2008, p. 293.  
 Obs. sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 7 mai 2008, RTD civ. 2008, p. 474.  
 Obs. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 25 mars 2009, RTD civ. 2009, p. 524.  
 Obs. sous Cass. com., 31 mars 2009, RTD civ 2009, p. 320.  
 Obs. sous Cass. civ., 3<sup>ème</sup>, 9 décembre 2009, RTD civ. 2010, p. 105.  
 Obs. sous Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> décembre 2010, RTD civ. 2011, p. 346.  
 Obs. sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 26 septembre 2012, RTD civ. 2012, p. 723.

#### **FALCIMAIGNE (Ch.)**

Note sous Cass. civ., 24 avril 1925, DP 1927, I, 141.

#### **FAUVARQUE-COSSON (B.)**

Note sous Cass. com., 5 octobre 2004, D. 2005, p. 2836.  
 Note sous Cass. com., 10 juillet 2007, D. 2007 p. 2972.

#### **FAVENNEC-HÉRY (F.)**

Obs. sous Cass. soc., 7 juillet 1998, Dr. soc. 1998, p. 945.  
 Obs. sous Cass. soc., 2 février 1999, Dr. soc. 1999, p. 487.  
 Obs. sous Cass. soc., 7 juin 2006, Dr. soc. 2006, p. 926.  
 Note sous Cass. soc., 13 janvier 2009, JCP S. 2009, 1096.  
 Note sous Cass. soc., 3 mai 2012, JCP S. 2012, 1241.

#### **FAVOREU (L.)**

Note sous Cons. const., 13 août 1993, n°93-325 DC, RFDC 1995, p. 583.

#### **FERRARO (J.)**

Note sous Cass. soc., 16 février 2005, Dr. ouvr. 2005, p. 377.

#### **FERRER (A.)**

Cass. soc., 1<sup>er</sup> février 2011, Dr. ouvr. 2011, p. 584.

#### **FERRIER (D.)**

Obs. sous Cass. com., 11 juin 1996, D. 1997, somm. comm. p. 59.

#### **FINEL (L.)**

Note sous Cass. soc., 7 décembre 1995, JCP E. 1996, II, 867.

#### **FISCHER-ACHOURA (E.)**

Note sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 15 janvier 2003, JCP G. 2003, II, 10129.

**FLAMENT (L.)**

Note sous CPH Paris, 21 novembre 2008, JCP S. 2008, 1079.

Note sous Cass. soc., 17 mars 2010, JCP E. 2010, 1636.

**FLAUSS (J.-F.)**

Chron. sous CEDH, 25 mai 1993, « Kokkinakis c./ Grèce », n°14307/88, AJDA 1994, p. 16 ;

**FLÉCHEUX (G.) et BAZEX (M.)**

Note sous Cass. Ass. plén., 15 novembre 1985, JCP G. 1986, II, 20705.

**FRAISSINIER-AMIOT (V.)**

Note sous Cass. soc., 13 janvier 2009, LPA, 3 avril 2009, n°67, p. 5

**FRANÇOIS (G.)**

Note sous Cass. ch. mixte, 9 juillet 2004, JCP G. 2004, II, 10190.

Note sous Cass. soc., 15 décembre 2010, JCP E. 2011, 1272.

**FROSSARD (S.)**

Note sous Cass. soc., 4 mai 1999, D. 2000, p. 85.

Note sous Cass. soc., 27 février 2001, D. 2001, p. 2166.

Note sous Cass. soc., 23 mars 1999, et 11 juillet 2000, D. 2001, p. 417.

**FROUIN (J.-Y.)**

Obs. sous Cass. soc., 13 mars 2001, Dr. soc. 2001, p. 558.

Note sous Cass. soc., 29 juin 2005, JCP S. 2005, 1236.

Note sous Cass. soc., 15 mars 2006, JCP S. 2006, 1383.

Note sous Cass. soc., 4 juin 2008, JCP S. 2008, 1438.

Obs. sous Cass. soc., 24 septembre 2008, RDT 2008, p. 739.

Note sous Cass. soc., 3 février 2010, Dr. soc. 2012, p. 22.

Comm. sous Cass. soc., 30 mars 2010, SJS n°23, 8 juin 2010, 1228.

Note sous Cass. soc., 3 novembre 2010, JCP S. 2011, 1006.

**GARCIA-JOURDAN (S.)**

Comm. sous CEDH, 27 juillet 2004, « Sidabras et Dziautas c./ Lituanie », RTDH 2005, p. 363.

**GARDIN (A.)**

Note sous Cass. soc., 29 mai 2001, D. 2002, p. 921.

Note sous Cass. soc., 28 février 2012, Dr. ouvr. 2012, p. 768.

**GAURIAU (B.)**

Note sous Cass. soc., 12 janvier 1999, LPA, 31 mars 1999, n°64, p. 10.

Obs. sous Cass. soc., 18 mai 1999, Dr. soc. 1999, p. 734.

Obs. sous Cass. soc., 6 février 2001, Dr. soc. 2001, p. 436.

Obs. sous Cass. soc., 30 avril 2003, Dr. soc. 2003, p. 827.

Obs. sous Cass. soc., 23 novembre 2005, Dr. soc. 2006, p. 217.

**GAUTIER (P.-Y.)**

Obs. sous Cass. soc., 18 mars 1992, RTD civ. 1992, p. 590.

Obs. sous Cass. soc., 18 juin 1996, RTD civ. 1997, p. 452.

Obs. sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 6 juin 2001, RTD civ. 2002, p. 115.

Note sous Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, D. 2006, p. 1861.

**GAUTIER (P.-Y.) [suite]**

Obs. sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 23 septembre 2009, RTD civ. 2010, p. 127.  
 Note sous Cass. com., 10 juillet 2007, D. 2007, p. 2844.

#### **GÉA (F.)**

Note sous Cass. soc., 8 juillet 2009, RDT 2009, p. 584.  
 Note sous Cass. soc., 14 octobre 2009, SSL, n°1418, p. 7.  
 Note sous Cass. soc., 1<sup>er</sup> février 2011, RDT 2011, p. 168.  
 Note sous Cass. soc., 26 mars 2014, SSL, 29 septembre 2014, n°1645, p. 43.

#### **GÉNIAUT (B.)**

Note sous Cass. soc., 10 mars 2004, D. 2004, p. 2189.

#### **GÉNICON (Th.)**

Obs. sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 7 mai 2008, RDC 2008, p. 1109.  
 Obs. sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 1<sup>er</sup> octobre 2008, RDC 2009, p. 70.  
 Obs. sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 23 septembre 2009, RDC 2010, p. 32.  
 Obs. sous Cass. com., 20 septembre 2011, RDC 2012, p. 407.

#### **GERVAIS (A.)**

Note sous CE, 7 juillet 1950, D. 1950, p. 538.

#### **GHESTIN (J.)**

Note sous Cass. com., 27 avril 1971, D. 1972, jur. p. 353.  
 Note sous Cass. com., 12 février 1974, D. 1974, jur. p. 414.  
 Note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 novembre 1994, JCP G. 1995, II, 22371.  
 Note sous Cass. Ass. Plén. 1<sup>er</sup> décembre 1995, JCP G. 1996, II, 22565.  
 Note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 novembre 1994, JCP G. 1995, II, 22371.

#### **GIBIRILA (D.)**

Note sous Cass. com., 1<sup>er</sup> février 1994, JCP 1995, II, 22432.

#### **GOUBEAUX (G.)**

Note sous CA Paris, 15 mars 1974, JCP, 1974, II, 17786.

#### **GOUT (O.)**

Note sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 16 janvier 2007, D. 2007, p. 1119.

#### **GRANDVUILLEMIN (S.)**

Note sous Cass. soc., 29 septembre 2004, JCP E. 2004, 1902.

#### **GRÉVY (M.)**

Obs. sous Cass. soc., 5 juillet 2006, RDT 2006, p. 327.  
 Obs. sous CE, réf., 4 octobre 2012, n°362948, RDT 2013, p. 33.

#### **GRIGNON (Ph.)**

Obs. sous Cass. soc., 11 juillet 2007, Rev. Lamy dr. aff. 2008, n°23, p. 71.  
 Note sous Cass. soc., 8 avril 2010, JCP E. 2010, 1656.

#### **GROUDEL (H.)**

Note sous Cass. soc., 12 mars 1970, JCP 1970, II, 16548.  
 Note sous Cass. soc., 30 mars 1971, JCP G. 1971, II, 16883.

#### **GUIOMARD (F.)**

Note sous Cass. soc., 28 mai 2003, D. 2003, p. 2718.

**GUYON (Y.)**

Note sous Cass. com., 9 mars 1993, D. 1993, p. 363.

**HALLER (M.-Ch.)**

Obs. sous Cass. soc., 2 décembre 1998, JSL, 16 février 1999, n°30.

Note sous Cass. soc., 10 juillet 2002, JSL, 19 septembre 2002, n°108, p. 7.

Note sous Cass. soc., 18 septembre 2002, JSL, 24 octobre 2002, n°110, p. 9.

Note sous Cass. soc., 14 janvier 2004, JSL, 10 février 2004, n°139, p. 17.

Note sous Cass. soc., 20 novembre 2007, JSL, 11 décembre 2007, n°223, p. 11.

Obs. sous Cass. soc., 2 mai 2001, Bull. civ. V, n°144, JSL, 29 mai 2001, n°80, p. 16

Obs. sous Cass. soc., 15 février 2006, JSL, 14 mars 2006, n°185.

**HAMON (L.)**

Note sous CE, ass., 8 décembre 1978, « GISTI, CFDT et CGT », D. 1979, p. 661.

**HAUSER (J.)**

Obs. sous Cass. soc., 12 janvier 1999, RTD civ. 1999, p. 258.

Obs. sous Cass. soc., 10 juillet 2002, RTD civ. 2003, p. 58.

Note sous Cass. soc., 28 mai 2003, RTD civ. 2003, p. 280.

**HAUTEFORT (M.)**

Note sous Cass. soc., 7 juillet 1998, JSL, 17 septembre 1998, n°20, p. 14.

Obs. sous Cass. soc., 20 octobre 1998, JSL, 1<sup>er</sup> décembre 1998, n°25, p. 8.

Note sous Cass. soc., 2 octobre 2001, JSL, 6 novembre 2001, n°89, p. 6.

Note sous Cass. soc., 16 février 2005, JSL, 22 mars 2005 n°164, p. 12.

Note sous Cass. soc., 24 janvier 2007, JSL, 27 février 2007, n°206, p. 10.

Obs. sous Cass. soc., 15 avril 2015, JSL, 10 juin 2015, n°389, p. 8.

**HEMADACHE (F.)**

Note sous Cass. soc., 13 mars 2013, LPA, 4 juin 13, n°111, p. 12.

**HÉMARD (J.)**

Note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, mars 1965, D. 1965, jur. p. 73.

**HENRY (M.)**

Note sous CPH, Montluçon, 24 novembre 1986, Dr. ouvr. 1987, p. 1.

**HOUIN (R.)**

Note sous Cass. com., 11 octobre 1978, D. 1979, jur. p. 135.

**HOUTCIEFF (D.)**

Note Cass. ch. mixte, 6 septembre 2002, LPA, 24 octobre 2002, n°213, p. 16.

Note sous Cass. com., 10 juillet 2007, D. 2007, JCP G. 2007, II, 10154.

Note sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 8 sept. 2010, Gaz. Pal., 2010, n°304, p. 14.

Note sous Cass. com., 10 juillet 2007, JCP G. 2007, II, 1015.

**INÈS (B.)**

Note sous TA, 25 septembre 2012, n°1216080/9, D. 2012, p. 2249.

**JACOTOT (D.)**

Note sous Cass. soc., 31 octobre 2006, JCP G. 2006, II, 10205.

Note sous Cass. com., 20 janvier 1998, D. 1998, p. 413.

Note sous Cass. com., 5 avril 1994, JCP G, 1994, I, 3803.

Note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 13 octobre 1998, D. 1999, p. 197.

**JACOTOT (D.) [suite]**

Note sous Cass. com., 7 octobre 1997 et 20 janvier 1998, D. 1998, jur. p. 413.  
Note sous Cass. soc., 9 avril 2008, RDT 2008, p. 148.

**JACQUES L.**

Rapp. sur Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 8 sept. 2010, RJDA 2010, n°12, p. 1063.

**JAMIN (Ch.)**

Note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 13 octobre 1998, D. 1999, p. 197/1997.  
Note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 février 2001, D. 2001, p. 1568.

**JAVILLIER (J.-C.)**

Note sous CA Paris, 27 janvier 1988, D. 1988, p. 351.

**JEAMMAUD (A.)**

Note sous Cass. Ass. plén. 18 juin 1976, D. 1977, p. 173.  
Obs. sous Cass. soc. 19 décembre 2000, Dr. soc. 2001, p. 227.

**JEAMMAUD (A.) et Le FRIANT (M.)**

Obs. sous Cass. Ass. plén., 8 décembre 2000, Dr. soc. 2001, p. 417.

**JEANSEN (E.)**

Note sous Cass. soc., 22 octobre 2014, JCP S. 2015, 1103.  
Note sous Cass. soc., 26 mars 2014, JCP S. 2014, 1230.  
Note sous CE, 12 avril 2013, JCP S. 2013, 1283.

**JÉOL (M.)**

Concl. sur Cass. Ass. Plén. 1<sup>er</sup> décembre 1995, JCP G. 1996, II, 22565.

**JOURDAIN (P.)**

Note sous Cass. com., 22 octobre 1996, D. 1997, p. 286.

**JUILLET (Ch.)**

Obs. sous Cass. civ., 3<sup>ème</sup>, 7 mai 2008, LPA 2009, 25 février 2009, n°40, p. 6.  
Obs. sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 20 mai 2009, LPA, 4 novembre 2009, n°220, p. 7.

**KARAQUILLO (J.-P.)**

Note sous CA Versailles, 9 mai 1986, D. 1987, p. 5.  
Note sous Cass. soc., 5 juin 1986, D. 1986, p. 558.  
Obs. sous Cass. soc., 16 décembre 1998, Dr. soc. 1999 et p. 397.  
Note sous CA Rouen, 21 février 1991, D. 1991, jur. p. 614.  
Note sous Cass. soc., 9 janvier 2008, D. 2009, p. 148.  
Note sous CA Reims, 7 mai 2008, D. 2009, p. 2261.

**KELLER (R.)**

Note sous Cass. soc., 5 avril 1995, D. 1995, p. 503.  
Concl. sur CE, 14 novembre 2008, Dr. soc. 2009, p. 419.  
Note sous Cass. soc., 5 avril 1995, D. 1995, jur. p. 503.

**KENFACK (H.)**

Note sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 15 janvier 2003, D. 2003, p. 1190.

**KERBOURC'H (J.-Y.)**

Note sous Cass. soc., 21 novembre 2006, JCP S. 2006, 1265.  
Note sous Cass. soc., 25 janvier 2006, JCP S. 2006, 1181.

**KERBOURC'H (J.-Y.) [suite]**

Note sous Cass. soc., 25 janvier 2006, JCP S. 2006, 1217  
 Note sous Cass. soc., 12 juillet 2006, JCP S. 2006, 1782.  
 Note sous CE, 14 novembre 2008, JCP S. 2009, 1393.

**KESSOUS (R.)**

Concl. sur Cass. soc., 25 juin 1992, Dr. soc. 1992, p. 838.

**KOBINA GABA (H.)**

Note sous Cass. soc., 23 février 2005, D. 2005, p. 1678.  
 Note sous Cass. soc., 21 septembre 2006, D. 2006, p. 2901.  
 Note sous Cass. soc., 3 novembre 2011, JCP S. 2012, 1159.  
 Note sous Cass. soc., 13 mars 2001, D. 2001, p. 2339.  
 Note sous Cass. soc., 3 novembre 2011, JCP S. 2012, 1159.

**KOCHER (M.)**

Note sous Cass. soc., 15 avril 2015, RDT 2015, p. 541.

**LABARTHE (F.)**

Note sous Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, JCP G. 2006, II 176.  
 Note sous Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 6 juin 2001, JCP G. 2002, I, 134.

**LACHAISE (G.)**

Note sous Cass. soc., 11 juillet 2001, JCP E. 2002, 372.

**LACHIÈZE (C.)**

Note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 28 octobre 2003, JCP G. 2004, II, 10108.

**LAHALLE (Th.)**

Note sous Cass. soc., 25 octobre 2005, JCP S. 2006, 1075  
 Note sous Cass. soc., 5 avril 2006, JCP S. 2006, 1471.  
 Note sous Cass. soc., 26 septembre 2007, JCP S. 2008, 1078.  
 Note sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 25 mars 2009, JCP G. 2009, 213.  
 Note sous Cass. soc., 28 septembre 2011, JCP S. 2011, 1521.  
 Note sous Cass. soc., 26 mars 2013, JCP S. 2013, 1254

**LAITHIER (Y.-M.)**

Obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 mars 2004, RDC 2014, p. 355,  
 Obs. sous Cass. civ., 14 septembre 2005, RDC 2006, p. 314  
 Obs. sous Cass. soc., 18 octobre 2006 RDC 2007, p. 714.  
 Obs. sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 25 mars 2009, RDC 2009, p. 995.  
 Obs. sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 20 mai 2009, RDC 2009, n°4, p. 1325.  
 Obs. sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 9 décembre 2009, RDC 2010, p. 561  
 Obs. sous Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 25 février 2010, RDC 2010, p. 838.  
 Obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> décembre 2010, RDC 2011, p. 420.  
 Obs. sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 26 septembre 2012, RDC 2013, p. 59.  
 Obs. sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 14 septembre 2005, RDC 2006, p. 2006, p. 314.

**LAITHIER (Y.-M.) et MAZEAUD (D.)**

Note sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 9 décembre 2009, RDC 2010, p. 561.

**LALANNE (F.)**

Obs. sous Cass. soc., 2 juin 2009, n°08-41747 à 41757, Lexbase Hebdo, éd. soc., 18/06/2009, n°355.

**LAMARCHE (Th.)**

Note sous Cass. soc., 16 janvier 2001, JCP G. 2001, II, 10557.

**LAMARCHE (Th.) et MOUTON (S.)**

Obs. sous Cass. Ass. plén., 25 juin 2014, Constitutions 2014, p. 211.

**LANQUETIN (M.-T.)**

Obs. sous Cass. soc., 29 octobre 1996, D. 1999, somm. comm. p. 159.

Obs. sous Cass. soc., 28 mars 2000, Dr. soc. 2000, p. 589.

**LARDY-PÉLISSIER (B.)**

Obs. sous Cass. Ass. plén., 22 avril 2011, RDT 2011, p. 372.

Note sous Cass. soc., 3 février 2010, Dr. ouvr. 2012, p. 359.

**LARDY-PÉLISSIER (B.) et PÉLISSIER (J.)**

Note sous Cass. soc., 23 février 2005, D. 2005, p. 2499.

**LAURENT (J.-Ch.)**

Note sous Cass. civ., 12 mai 1952, JCP G. 1952, II, 7276.

**LAVAL (Th.)**

Note sous CA Riom, 25 mai 1999, n°98/02448, LPA, 7 septembre 1999, n°178, p 10.

**LE NABASQUE (H.)**

Note sous Cass. soc., 15 janvier 2002, Bull. Joly Soc., 1<sup>er</sup> mai 2002, n°5, p. 633.

**LEBOIS (A.)**

Note sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 27 mars 2008, LPA, 13 octobre 2008, n°205, p. 13.

**LEBORGNE-INGELAERE (C.)**

Note sous Cass. soc., 20 novembre 2007, JCP S. 2008, 1215.

**LECLERC (O.)**

Note sous CJCE, 22 novembre 2005 « Mangold » aff. C-144/04, D. 2006, p. 557.

Obs. sous Cass. soc., 2 février 2006, RDT 2006, p. 42.

**LEFRANC-HAMONIAUX (C.)**

Note sous Cass. soc., 28 janvier 1998, JCP G. 1998, II, 10058.

Note sous Cass. soc., 4 mai 1999, JCP G. 1999, II, 10126.

Note sous Cass. soc., 14 décembre 2004, D. 2006, p. 1087.

Note sous CA Metz, ch. soc., 22 mars 2005, D. 2006, p. 490.

Note sous Cass. soc., 14 décembre 2005, D. 2006, p. 1087.

Note sous Cass. soc., 20 janvier 2010, JCP G. 2010, 190.

Note sous Cass. soc., 3 novembre 2011, JCP G. 2011, 1285.

Note sous Cass. soc., 13 mars 2013, JCP G. 2013, n°14, p. 662.

**LEGEAIS (D.)**

Note sous Cass. com., 8 mars 2005, RTD com. 2005, p. 397.

**LEVASSEUR (G.)**

Note sous Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 28 janvier 1954, D. 1954, jur. p. 217.

Note sous Cass. soc., 31 mai 1956, D. 1958, jur. p. 21.

**LEVENEUR (L.)**

Note sous Cass. Ass. Plén. 1<sup>er</sup> décembre 1995, JCP E. 1996, II, 776.  
 Comm. sous Cass. com., 30 octobre 2000, CCC, février 2001, n°21.  
 Comm. sous Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 6 mars 2001, CCC, juillet 2001, n°102.  
 Comm. sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 13 juin 2001, CCC, novembre 2001, n°155.  
 Comm. sous Cass. com., 3 avril 2002, CCC, août 2002, n° 119.  
 Comm. sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 15 janvier 2003, CCC, mai 2003, n°71.  
 Comm sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 28 octobre 2003, CCC, janvier 2004, n°4.  
 Comm. sous Cass. com., 5 octobre 2004, CCC, janvier 2005, n°1.  
 Comm. sous Cass. civ., 3<sup>ème</sup>, 11 mai 2005, CCC, novembre 2005, n°187.  
 Comm. sous Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 7 mars 2006, CCC, juillet 2006, n° 125.  
 Note sous Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, JCP G. 2006, II, 10142.  
 Comm. sous Cass. com., 10 juillet 2007, CCC, décembre 2007, n°294.  
 Comm. de Cass. com., 10 février 2009, CCC, mai 2009, n°123.  
 Comm. sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 23 septembre 2009, CCC, janvier 2010, n°2.

### **LHERNOULD (J.-P.)**

Obs sous Cass. soc., 15 décembre 2010, JSL, 10 février 2011, n°293, p. 10.  
 Note sous Cass. soc., 26 janvier 2011, JSL, 10 mars 2011, 291.  
 Note sous Cass soc., 3 novembre 2011, JSL, 21 décembre 2011, n°311, p. 20.  
 Note sous Cass. soc., 3 mai 2012, JSL, 7 juin 2012, n°323, p. 8.

### **LIBCHABER (R.)**

Obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 octobre 1995, D. 1996, somm. comm. p. 120.  
 Obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 octobre 2001, Rep. Defrénois, 2002, p. 251.  
 Obs. sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 15 janvier 2003, Rep. Defrénois 2003, p. 852.  
 Obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 mai 2006, Rep. Defrénois, 2006, p. 1220.  
 Obs. sous Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, Rep. Defrénois 2006, p. 1233.  
 Obs. sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 31 janvier 2007, Rep. Defrénois 2007, p. 1048.  
 Note sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 27 mars 2008, Bull. Joly Sociétés 2008, p. 852.  
 Note sous Cass. soc., 14 avril 2010, JSL, 16 juin 2010, n°279, p. 12.  
 Obs. sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 23 sept. 2009, Rep. Defrénois 2010, p. 104.  
 Obs. sous Cass. soc., 3 février 2016, JSL, 22 mars 2016, n°406, p. 8.

### **LINDON (R.)**

Note sous Cass. Ass. plén., 19 mai, 1978, JCP 1978, II, 19009.

### **LISANTI (C.)**

Note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 31 mai 2007, D. 2007, p. 2784.

### **LOISEAU (G.)**

Note sous Cass. soc., 27 février 2001, JCP G. 2001, I, 30.  
 Note sous Cass. soc., 24 janvier 2007, D. 2007, p. 1480.  
 Note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 janvier 2005, D. 2005, p. 1393.  
 Note sous Cass. soc., 28 février 2012, JCP S. 2012, 1244.  
 Note sous Cass. civ., 3<sup>ème</sup>, 13 mars 2012, JCP G. 2012, 561.  
 Obs. sous Cass. soc., 9 avril 2015, RDC 2015, p. 597.

### **LOKIEC (P.)**

Note sous Cass. soc., 30 mai 2000, D. 2001, p. 738.  
 Note sous Cass. soc., 1<sup>er</sup> octobre 2003, JCP E. 2003, 1793, p. 2069.  
 Chron. sous Cass. soc., 14 octobre 2008, D. 2009, p. 1427.  
 Note sous Cass soc., 3 novembre 2011, D. 2012, p. 67.  
 Note sous Cass. Ass. plén., 6 janvier 2012, RDT 2012, p. 145.

### **LOKIEC (P.) et PORTA (J.)**

Note sous CEDH, 23 septembre 2010 « Schüth c./Allemagne », n°1620/03, D. 2012, p. 901.

Note sous Cass. soc., 29 juin 2011, D. 2012, p. 901.

Note sous CEDH, 15 janvier 2013, « Edeiwa et autres c./ Royaume Uni », n°48420/10, D. 2013, p. 1026.

Note sous Cass. soc., 6 février 2013 et 5 mars 2014, D. 2014, p. 1115.

#### **LOUSSOUARN (Y.)**

Obs. sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup> 24 avril 1970, RTD civ. 1971, p. 134.

Note sous Cass. com., 11 octobre 1978, JCP G. 1979, II, 19034.

#### **LUCAS (F.-X.)**

Note sous Cass. soc., 8 février 2011, Bull. Joly Sociétés 2011, p. 288.

Note sous Cass. com., 16 mars 2011, Bull. Joly Sociétés 2011, p. 471.

#### **LYON-CAEN (A.)**

Note sous Cass. soc., 13 octobre 1977, D. 1978, jur. p. 350.

Obs. sous Cass. soc., 25 février 1988, D. 1988, somm. comm. p. 320.

Note sous Cass. Ass. plén., 16 mars 1990, D. 1990, p. 305.

Obs. sous Cass. soc., 25 février 1992, D. 1992, somm. comm. p. 294.

Obs. sous Cass. soc., 5 octobre 1993, D. 1994, somm. comm. p. 304

Obs. sous Cass. soc., 29 octobre 1996, Dr. soc. 1996, p. 1013.

Note sous Cass. soc., 14 janvier 1997, D. 1998, p. 253.

#### **LYON-CAEN (G.)**

Note sous Cass. soc., 2 décembre 1965, D. jur. p. 112.

Note sous Cass. soc., 18 décembre 1979, JCP G. 1980, II, 19432.

Obs. sous Cass. Ass. plén. 4 juillet 1986, Dr. soc. 1986, p. 745.

Note sous Cass. soc., 14 juin 1972, JCP G. 1972, II, 17275.

Note sous CA Riom, 2 mars 1987, Dr. ouvr. 1987, p. 97.

Obs. sous Cass. soc., 5 avril 1995, Dr. soc. 1995, p. 482.

#### **LYON-CAEN (P.)**

Concl. sur Cass. soc., 14 janvier 1997, Dr. soc. 1997, p. 159.

Note sous Cass. soc., 28 mai 2003, Dr. ouvr. 2003, p. 659.

#### **MAILLARD (S.)**

Note sous Cass. soc., 23 octobre 2007, D. 2007, p. 3107.

#### **MAINGUY (D.)**

Note sous Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, D. 2006 p. 1864.

Note sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 11 mai 2011, D. 2011, p. 1460.

#### **MALAURIE-VIGNAL (M.)**

Comm. sous Cass. com., 29 janvier 2002, CCC, août 2002, n°123.

#### **MARCON (A.)**

Obs. sous Cass. soc., 3 novembre 2011, SSL, 14 novembre 2011, n°1513, p. 10.

#### **MARGUÉNAUD (J.-P.)**

Obs. sous CEDH, 18 mars 2011, « Lautsi et autres c./Italie », n°30814/06, RDT civ. 2011, p. 303.

#### **MARGUÉNAUD (J.-P.) et MOULY (J.)**

Note sous Cass. soc., 12 janvier 1999, D. 1999, jur. p. 645.  
 Note sous CEDH, 21 avril 2009, « Enerji Yapi Yol Sen c. Turquie », RDT 2009, p. 499.  
 Note sous CEDH, 23 septembre 2010 « Schüth c./Allemagne », n°1620/03, D. 2011, p. 1637.

**MARIE (H.)**

Obs. sous Cass. soc., 10 juillet 1990, Dr. soc. 1990, p. 794.

**MARMAYOU (J.-M.)**

Obs. sous CPH Paris, 21 novembre 2008, LPA, 29 mars 2010, n°62, p. 7.

**MARRAUD (C.)**

Obs. sous Cass. soc., 19 novembre 1997, Dr. soc. 1998, p. 198.

**MARTIN (D.)**

Note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 février 1981, D. 1982, p. 479.  
 Note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 5 février 2002, JCP G. 2003, II, 10029.

**MARTINON (A.)**

Note sous Cass. soc., 18 novembre 2009, JCP S. 2010, 1113.  
 Note sous Cass. soc., 10 novembre 2010, JCP S. 2010, 1108.  
 Note sous Cass. soc., 27 janvier 2010, JCP S. 2010, 1234.  
 Note sous Cass. soc., 3 novembre 2011, JCP E. 2012, 1082.

**MARTIN-CUENOT (S.)**

Obs. sous Cass. soc., 18 juin 2003, Lexbase Hebdo, éd. soc., 3/07/2003, n°78.

**MATHIEU (B.)**

Note sous Cass. soc., 7 juin 1995, D. 1996, jur. p. 75.

**MATHIEU (Ch.)**

Note sous Cass. soc., 12 février 2002, D. 2002, p. 2089.

**MATHIEU-IZORCHE(M.-L.)**

Note sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 7 mai 2008 D. 2009, p. 440.

**MAZARS (M.-F.), LAULOM (S.) et DEJOURS (C.)**

Note sous Cass. soc., 29 juin 2011, RTD 2011, p. 481.

**MAZEAUD (A.)**

Obs. sous Cass. soc., 21 février 1990, Dr. soc. 1991, p. 16.  
 Obs. sous Cass. soc., 7 avril 1993, Dr. soc. 1993, p. 598.  
 Note sous Cass. soc., 16 juillet 1998, Dr. soc. 1998, p. 950.  
 Obs. sous Cass. soc., 2 février 1999, Dr. soc. 1999, p. 419.  
 Obs. sous Cass. soc., 10 mai 2001, Dr. soc. 2001, p. 888.  
 Obs. sous Cass. soc., 22 janvier 2002, Dr. soc. 2002, p. 463.  
 Obs. sous Cass. soc., 20 mars 2002, Dr. soc. 2002, p. 519.  
 Obs. sous Cass. soc., 11 mars 2003, Dr. soc. 2003, p. 482.  
 Obs. sous Cass. soc., 8 avril 2009, Dr. soc. 2009, p. 813.  
 Obs. sous Cass. soc., 26 janvier 2011, Dr. soc. 2011, p. 465.

**MAZEAUD (D.)**

Note sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 15 décembre 1993, JCP G. 1995, II, 22366.  
 Note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 31 janvier 1995, D. 1995, somm. comm. p. 230.  
 Obs. sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 26 juin 1996, D. 1997, somm. comm. p. 169.

**MAZEAUD (D.) [suite]**

Obs. sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 26 juin 1996, Rep. Defrénois 1996, p. 1371.  
 Obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 13 octobre 1998, Rep. Defrénois 1999, p. 374.  
 Obs. sous Cass. com., 30 octobre 2000, D. 2001, somm. comm. p. 3241.  
 Obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 février 2001, D. 2001, p. 3239.  
 Note sous Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 16 octobre 2001, D. 2002, p. 2839.  
 Note sous Cass. ch. mixte, 6 septembre 2002, D. 2002, p. 2963.  
 Note sous Cass. com., 2 juillet 2002, D. 2002, p. 93.  
 Obs. sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 15 janvier 2003, RDC 2003, p. 45.  
 Obs. sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 28 octobre 2003, RDC 2004, p. 270.  
 Obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 mai 2004, RDC 2004, p. 925.  
 Obs. sous Cass. com., 8 mars 2005, RDC 2005, p. 1015.  
 Note sous Cass. civ., 3<sup>ème</sup>, 14 septembre 2005, D. 2006, p. 761.  
 Obs. sous Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, RDC 2006, p. 1080.  
 Obs. sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 16 janvier 2007, RDC 2007, p. 719.  
 Obs. sous Cass. com., 10 juillet 2007, RDC 2007 p. 1110.  
 Obs. sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 27 mars 2008, RDC 2008, p. 734.  
 Obs. sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 18 mars 2009, RDC 2009, p. 1358.  
 Obs. sous Cass. civ., 3<sup>ème</sup>, 9 décembre 2009, RDC 2010, p. 564  
 Note sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 11 mai 2011, D. 2011, p. 1457.

#### **MAZUYER (E.)**

Note sous Cass. soc., 25 juin 2003, JCP G. 2003, II , 10138.

#### **MEKKI (M.)**

Note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 janvier 2005, JCP G. 2005, II, 10159.  
 Note sous Cass. soc., 11 mai 2005, JCP G. 2005, II, 10177.  
 Note sous Cass. Civ., 3<sup>ème</sup>, 22 octobre 2015, JCP N. 2016, 1090.

#### **MERCAT-BRUNS (M.)**

Obs. sous Cass. soc.. 11 mai 2010, RDT 2010, p. 587.

#### **MESTRE (J.)**

Obs. sous Cass. soc., 2 juillet 1984, RTD civ. 1985, p. 372.  
 Obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 janvier 1985, RTD civ. 1986, p. 103.  
 Obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 5 février 1985, RTD civ. 1986, p. 105.  
 Obs. sous Cass. com., 27 mai 1986, RTD civ. 1987, p. 89.  
 Obs. sous CA Aix-en-Provence, 15 juin 1988, RTD civ. 1988, p. 542.  
 Obs. sous Cass. com., 3 janvier 1989, RTD civ. 1989, 534 et 535.  
 Obs. sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 7 juin 1990, RTD civ. 1991, p. 334.  
 Obs. sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 15 décembre 1993, RTD civ. 1994, p. 584.  
 Obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 novembre 1994, RTD civ. 1995, p. 358.  
 Obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 31 janvier 1995, RTD civ. 1995, p. 623.  
 Obs. sous Cass. Ass. plén., 1<sup>er</sup> décembre 1995, RTD civ. 1996, p. 153.  
 Obs. sous Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 6 mars 1996, RDT civ. 1996, p. 897.  
 Obs. sous Cass. com., 22 octobre 1996, RTD civ. 1997, p. 123.  
 Obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 13 octobre 1998, RTD civ. 1999, p. 394.  
 Obs. sous Cass. soc., 12 janvier 1999, RTD civ. 1999 p. 395.  
 Obs. sous Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 6 juin 2001, RTD civ. 2002, p. 88.

#### **MESTRE (J.) et FAGES (B.)**

Obs. sous Cons. const., 9 novembre 1999, n°99-419 DC, RTD civ. 2000, p. 109.  
 Obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 février 2001, RTD civ. 2001, p. 363.  
 Obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 mai 2001, RTD civ. 2001, p. 590.  
 Obs. sous Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 16 octobre 2001, RTD civ. 2002, p. 97.

#### **MESTRE (J.) et FAGES (B.) [suite]**

Obs. sous Cass. com., 9 avril 2002, RTD civ. 2002, p. 811.  
 Obs. sous Cass. com., 2 juillet 2002, RTD civ. 2002, p. 810.  
 Obs. sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 2 octobre 2002, RTD civ. 2003, p. 284.  
 Obs. sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 30 avril 2003, RTD civ. 2003, p. 501.  
 Obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 28 octobre 2003, RTD civ. 2004, p. 89.  
 Obs. sous Cass. soc., 14 janvier 2004, RTD civ. 2004, p. 278.  
 Obs. sous Cass. ch. mixte, 9 juillet 2004, RTD civ. 2005, p. 125.  
 Obs. sous Cass. com., 5 octobre 2004, RTD civ. 2005, p. 127.  
 Obs. sous Cass. com., 7 décembre 2004, RTD civ. 2005, p. 782.  
 Obs. sous Cass. soc., 23 février 2005, RTD civ. 2005, p. 395.  
 Obs. sous Cass. com., 8 mars 2005, RTD civ. 2005, p. 391.  
 Obs. sous Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 7 mars 2006, RTD civ. 2006, p. 762.  
 Obs. sous Cons. const., 30 mars 2006, RTD civ. 2006, p. 314.  
 Obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 mai 2006, RTD civ. 2006, p. 556.  
 Obs. sous Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, RTD civ. 2006, p. 550.  
 Obs. sous Cass. soc., 21 septembre 2006, RTD civ. 2007, p. 114.  
 Obs. sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 16 janvier 2007, RTD civ. 2005, p. 596.

#### **MILET (L.)**

Obs. sous Cass. soc., Dr. ouvr. 1996, p. 94.

#### **MILLET (F.)**

Obs. sous Cass. soc., 19 mai 1998, Dr. soc. 1998, p. 885.  
 Note sous Cass. soc., 20 octobre 1998, JCP G. 1999, II, 10206.  
 Note sous Cass. soc., 4 juillet 2007, SSL, 15 octobre 2007, n°1324, p. 13.

#### **MINÉ (M.)**

Note sous Cass. soc., 9 avril 2015, RDT 2015, p. 405.

#### **MINJOZ (J.)**

Note sous Ass. plén., 18 juin 1963, D. 1963, p. 643.

#### **MONGE (A.-C.) et NÉSI (F.)**

Note sous Cass. civ., 3<sup>ème</sup>, 9 décembre 2009, D. 2009, p. 1103.

#### **MONTECLER (M.-C. de)**

Note sous CE, réf., 4 octobre 2012, n°362948, D. 2012, p. 2526.

#### **MONTREDON (J.-F.) et PANSIER (F.-J.)**

Note sous Cass. soc., 2 février 1983, JCP G. 1994, II, 20176.

#### **MORIN (M.-L.)**

Obs sous Cass. soc., 11 janvier 2006, SSL, 2 octobre 2006, n°1276, p. 21.

#### **MORVAN (P.)**

Note sous Cass. soc., 11 janvier 2006, JPC E. 2006, 1310.  
 Note sous Cass. soc., 2 février 2006, JCP S. 2006, 1475.  
 Note sous Cass. soc., 15 février 2006, JCP S. 2006, 1180.  
 Note sous Cass. soc., 28 février 2006, JCP S. 2006, 1474.  
 Note sous Cass. soc., 2 mars 2011 (deux arrêts), JCP S. 2011, 1196.

#### **MOUBSIT (H.)**

Note sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 23 sept. 2009, LPA, 30 décembre 2009, n°260, p. 7.

#### **MOULY (J.)**

Note sous Cass. soc., 2 juin 1981, D. 1982, p. 206.  
 Note sous Cass. soc., 13 mars 1985, D. 1985, jur. p. 442.  
 Note sous Cass. soc., 19 avril 1989, JCP G. 1990, II, 21499.  
 Obs. sous Cass. soc., 16 mai 1991, Dr. soc. 1994, p. 856.  
 Note sous Cass. soc., 18 mars 1992, JCP G. 1992, II, 21953.  
 Note sous CA. Versailles, 15<sup>ème</sup> ch., 3 novembre 1992, D. 1994, p. 284.  
 Note sous Cass. soc., 5 juillet 1995, D. 1996, p. 281.  
 Note sous Cass. soc., 16 décembre 1998 JCP E. 1999, 1298.  
 Obs. sous Cass. soc., 22 février 2000, Dr. soc. 2000, p. 441.  
 Note sous Cass. soc., 30 mai 2000, D. 2000, jur. p. 805.  
 Obs. sous Cass. soc., 23 février 2005, Dr. soc. 2005, p. 576.  
 Obs. sous Cass. soc., 16 mars 2005, Dr. soc. 2005, p. 861/p. 1613.  
 Note sous Cass. soc., 5 juillet 2005, JCP G. 2005, II, 10155.  
 Note sous Cass. soc., 12 juillet 2005, D. 2006, p. 344.  
 Note sous Cass. soc., 28 mars 2006, JCP G. 2006, II, 10209.  
 Note sous Cass. soc., 18 octobre 2006, D. 2007, p. 695.  
 Note sous Cass. soc., 24 janvier 2007, JCP G. 2007, II, 10110.  
 Obs. sous Cass. soc., 7 mars 2007, Dr. soc. 2007, p. 657.  
 Obs. sous Cass. soc., 13 juin 2007, Dr. soc. 2007, p. 1052.  
 Note sous Cass. soc., 20 novembre 2007, D. 2008, p. 196.  
 Note sous Cass. soc., 13 novembre 2008, D. 2009, p. 528.  
 Obs. sous Cass. soc., 16 décembre 2008, Dr. soc. 2009, p. 236.  
 Note sous Cass. soc., 11 février 2009, D. 2009, p. 1738.  
 Obs. sous Cass. soc., 14 avril 2010, Dr. soc. 2010, p. 815.  
 Obs. sous Cass. soc., 13 juillet 2010, Dr. soc. 2010, p. 1118.  
 Obs. sous Cass. soc., 12 janvier 2011, Dr. soc. 2011, p. 468.  
 Obs. sous Cass. soc., 12 octobre 2011, Dr. soc. 2012, p. 198.  
 Obs. sous Cass. soc., 7 février 2012, Dr. soc. 2012, p. 524.  
 Obs. sous Cass. soc., 23 janvier 2013, Dr. soc. 2013, p. 275.  
 Obs. sous Cass. soc., 6 février 2013, Dr. soc. 2013, p. 415.  
 Obs. sous Cass. soc., 13 mars 2013, Dr. soc. 2013, p. 455.  
 Obs. sous Cass. soc., 19 mars 2013, D. 2013, p. 963.  
 Obs. sous Cass. soc., 10 avril 2013, Dr. soc. 2013, p. 551.  
 Obs. sous Cass. soc., 29 mai 2013, Dr. soc. 2013, p. 647.  
 Note sous Cass. soc., 29 mai 2013, JCP S. 2013, 1336.  
 Obs. sous Cass. soc., 5 mars 2014, Dr. soc. 2014, p. 481.  
 Obs. sous Cass. soc., 26 mars 2014, Dr. soc. 2014, p. 821.  
 Note sous Cass. Ass. plén., 25 juin 2014, Dr. soc. 2014, p. 811.  
 Obs. sous Cass. soc., 9 juillet 2014, Dr. soc. 2014, p. 857.  
 Note sous Cass. soc., 9 avril 2015, D. 2015, p. 1132.

#### **MOURALIS (J.-L.)**

Note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 28 mars 1995, D. 1996, jur. p. 180.

#### **MOURGEON (J.)**

Note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 avril 1970, JCP G. 1971, II, 16674.

#### **MOUSSERON (P.)**

Note sous Cass. com., 20 septembre 2011, JCP E. 2012, 1027.

#### **MUIR-WATT (H.)**

Note sous CA Paris, 24 avril 1990, JCP G. 1991, II, 21659.

#### **NADAL (S.)**

Obs. sous Cass. soc., 5 janvier 2011, RDT 2011, p. 254.

**NÉAU-LEDUC (Ch.)**

Obs. sous Cass. soc., 14 octobre 2008, et 13 janvier 2009, RDC 2009, p. 642.

Obs. sous Cass. soc., 13 janvier 2009, RDC 2009, p. 1116.

Obs. sous Cass. soc., 30 avril 2009, RDC 2009, p. 1504.

Obs. sous Cass. soc., 23 septembre 2009, RDC 2010, p. 151.

Obs. sous Cass. soc., 18 janvier 2011, RDC 2011, p. 901.

**NEVO (M.)**

Note sous Cass. soc., 23 janvier 1990, JCP E. 1990, II, 15755.

**NICOD (C.)**

Note sous Cass. soc., 8 juin 2011, RDT 2011, p. 652.

**ODOUL-ASOREY (I.)**

Note sous Cass. soc., 22 octobre 2014, RDT 2015, p. 128.

**OLIVIER (J.-M.)**

Note sous Cass. civ., 3<sup>ème</sup>, 5 décembre 1984, Rep. Defrénois 1986, art. 33653.

Note sous Cass. Ass. plén., 8 décembre 2000, TPS, février 2001, n° 56.

Note sous Cass. soc., 2 février 2006, JCP S. 2006, 1700.

**OURLIAC (P.) et JUGLART (M. de)**

Note sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 21 janvier 1971, JCP G. 1971, II, 16885.

**PAILLET (M.)**

Note sous Cons. const., 25 juillet 1979, D. 1980, jur. p. 101.

**PAISANT (G.)**

Note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 janvier 1985, JCP G. 1986, II, 20661.

Obs. sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 13 octobre 1993, D. 1994, somm. comm. p. 231.

**PANSIER (F.-J.)**

Note sous Cass. soc., 14 janvier 2004, Cah. soc., 1<sup>er</sup> avril 2004, n°159, p. 159.

Note sous Cass. soc., 10 mars 2004, Cah. soc., 1<sup>er</sup> juin 2004, n°161, p. 259.

Obs. sous Cass. soc., 28 octobre 2009, RJS 1/10, n°10, CSBP 2010, n°217, p. 53.

Obs. sous Cass. soc., 15 décembre 2010, Cah. soc., 1<sup>er</sup> février 2011, n°227, p. 40.

**PASQUIER (Th.)**

Note sous Cass. soc., 13 janvier 2009, D. 2009, p. 1931.

**PAULIN (A.)**

Note sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 8 sept. 2010, Revue Lamy dr. civ., 1<sup>er</sup> novembre 2010, n°76, p. 12.

**PÉLISSIER (J.)**

Note sous Cass. soc., 29 novembre 1991, D. 1991, p. 190.

Note sous Cass. Ass. plén., 8 décembre 2000, D. 2001, p. 1125.

Note sous Cass. soc., 18 septembre 2002, D. 2002, p. 3111.

Note sous Cass. soc., 25 juin 2003, D. 2003, p. 2396.

Note sous Cass. soc., 11 janvier 2006, D. 2006, p. 1013/113.

Note sous Cass. soc., 7 juin 2006, RDT 2006, p. 313.

Obs. sous Cass. soc., 11 janvier 2007, RDT 2007, p. 237.

Note sous Cass. soc., 13 juin 2007, RDT 2007, p. 579.

Note sous Cass. soc., 20 novembre 2007, RDT 2008, p. 29.

Note sous Cass. soc., 14 octobre 2009, RDT 2009, p. 712.

Note sous Cass. soc., 26 janvier 2011, RDT 2011, p. 175.

**PÉLISSIER (J.) [suite]**

Note sous Cass. soc., 18 janvier 2011, RDC 2011, p. 901.

**PENNEAU (A.)**

Obs. sous Cass. soc., 25 février 1988, Dr. soc. 1988, p. 82.

Note sous Cass. soc., 15 décembre 1988, D. 1990, jur. p. 87.

**PERRIN (L.)**

Note sous Cass. soc., 29 mars 2006, D. 2006, p. 2228.

Note sous Cass. soc., 14 octobre 2008, D. 2008, p. 2672.

Note sous Cass. soc., 8 avril 2010, D. 2010, p. 1085.

Note sous Cass. soc., 13 juillet 2010, D. 2010, p. 1885.

Obs. sous Cass. soc., 23 janvier 2013, D. 2013, p. 313.

**PERRUCHOT-TRIBOULET (V.)**

Obs. sous Cass. civ., 3<sup>ème</sup>, 13 mars 2012, Rev. Lamy dr. civ., 2012, n°94, p. 66.

**PESKINE (E.)**

Obs. sous Cass. soc., 16 octobre 2001, D. 2002, p. 770.

**PETIT (F.)**

Note sous Cass. soc., 14 novembre 2000, JCP E. 2001, n°13, p. 574.

Note sous Cass. soc., 10 juillet 2002, JCP G. 2002, II, 10162.

**PHILBERT (A.)**

Obs. sous Cass. soc., 13 février 1996, CSBP 1996, n°79, act. 27.

**PIC (P.)**

Note sous Cass. civ., 6 juillet 1931, DP 1931, 1, 131.

Note sous Cass. soc., 22 juin 1932, 30 juin 1932 et 1<sup>er</sup> août 1932, DP 1933, 1, 145.

**PICCA (G.)**

Note sous Cass. soc., 23 janvier 1996, JCP E. 1996, II, 802.

Obs. sous Cass. soc., 13 février 1997, LPA, 12 mars 1997, n°31, p. 18.

**PICOD (Y.)**

Note sous Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 8 avril 1987, JCP 1988, II, 21037.

Note sous Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 4 juillet 2003, D. 2004.

**PIGNARRE (G.)**

Note sous CA Paris, 23 novembre 1990, D. 1992, p. 101.

Note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 octobre 1995, D. 1997, jur. p. 155.

Note sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 8 septembre 2010, Gaz. Pal., 2010, n°335-336, p. 15.

**PILLET (G.)**

Note sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 27 mars 2008, JCP G. 2008, II, 10147.

Note sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 23 septembre 2009, JCP G. 2009, 479.

Note sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 8 septembre 2010, JCP E. 2010, 1962.

**PIMONT (S.)**

Obs. sous Cass. ch. mixte, 9 juillet 2004, LPA, 16 mai 2005.

Obs. sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 25 mars 2009, RDC 2009 p. 1089.

Obs. sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 23 sept. 2009, RDC 2010, p. 660.

**POCHARD (M.)**

Concl. sur CE, 8 janvier 1992, « arrêt Ciejska », Dr. soc. 1992, p. 469.

**POCHET (P.)**

Note sous Cass. soc., 9 mai 2007, JCP S. 2007, 1577.

**POLLAUD-DULLIAN (F.)**

Note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 mai 1991, JCP G. 1991, 21760.

**POUGET (J.)**

Note sous Cass. soc., 7 octobre 1998, JCP E. 1999, p. 229.

**POUSSON (A.)**

Note sous Cass. soc., 28 mai 2003, D. 2004, p. 176.

**PRÉTOT (X.)**

Obs. sous Cons. const. 20 juillet 1988, n°88-244 DC, Dr. soc. 1988, p. 755.

Obs. sous Cons. const., 30 mars 2006, n°2006-535 DC, Dr. soc. 2006, p. 494

**PRIGENT (J.)**

Obs. sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 30 novembre 2005, la Revue des Loyers, 2006, n° 864.

**PRONIER**

Rapp. sur Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 26 juin 1996, RJDA 1996, p. 636.

**PRZEMYSKI-ZAJAC (P.)**

Note sous Cass. soc., 2 février 1994, n°90-43.836, D. 1995, p. 550.

**PUIGELIER C.**

Note sous Cass. soc., 19 avril 1989 D. 1990, p. 8.

Note sous Cass. soc., 24 juin 1998, JCP E. 1998, p. 1887.

Note sous Cass. soc., 18 mai 1999, JCP E, 2000, p. 40.

Note sous Cass. soc. 13 mars 2001, JCP E. 2001, p. 1286.

Note sous Cass. soc., 3 décembre 2002, JCP E, 202, 1076.

Note sous Cass. soc., 12 juillet 2006, JCP S. 2006, 1725.

Note sous Cass. soc., 15 décembre 2010, JCP S. 2011, 1104.

**QUENAUDON (R. de)**

Note sous Cass. soc., 16 décembre 2008, RDT 2009, p. 239.

**QUENTIN (B.) et ROBERT (V.)**

Note sous Cass. soc., 18 octobre 2006, LPA, 28 février 2007, n°43, p. 10.

**RADÉ (Ch.)**

Obs. sous Cass. soc., 7 juin 1995, Dr. soc. 1996, p. 37.

Note sous Cass. soc., 15 juin 1999, D. 1999, p. 623.

Obs. sous Cass. soc., 22 février 2000, Dr. soc. 2001, p. 624.

Obs. sous Cass. soc., 11 juillet 2000, Dr. soc. 2000, p. 1027.

Obs. sous Cass. soc., 2 juillet 2002, Dr. soc. 2002, p. 998.

Obs. sous Cass. soc., 10 juillet 2002, RDC 2003, p. 148.

Obs. sous Cass. soc., 18 septembre 2002, RDC 2003, p. 150.

Note sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 30 avril 2003, JCP G. 2004, II, 10031.

Note sous Cass. soc., 16 mars 2005, RDC 2005, p. 763.

Obs. sous Cass. soc., 1<sup>er</sup> décembre 2005, Dr. soc. 2005, p. 452.

Obs. sous Cass. soc., 15 février 2006, Dr. soc. 2006, p. 577.

#### **RADÉ (Ch.) [suite]**

Obs. sous Cass. soc., 15 mars 2006, Lexbase hebdo éd. soc., 30/03/2006, n°208.

Note sous Cass. soc., 28 mars 2006, RDC 2006, p. 1163.

Note sous Cass. soc., 24 janvier 2007, RDC 2007, p. 1220.

Note sous Cass. soc., 7 février 2007, Hebdo éd. soc., 15/02/2007, n°248.

Obs. sous Cass. soc., 14 octobre 2008, RDC 2009, p. 175.

Obs. sous Cass. soc., 13 janvier 2009, Dr. soc. 2009, p. 614.

Obs. sous Cass. soc., 10 novembre 2009, Dr. soc. 2010, p. 111.

Obs. sous Cass. soc., 30 mars 2010, Lexbase Hebdo éd. soc., 15/04/2010, n°391.

Obs. sous Cass. soc., 13 avril 2010, Lexbase hebdo éd. soc. 6/05/2010, n°393.

Obs. sous Cass. soc., 3 novembre 2010, Dr. soc. 2011, p. 95.

Obs. sous Cass. soc., 12 juin 2014, Lexbase hebdo éd. soc., 26/06/2014, n°576.

Obs. sous Cass. soc., 22 octobre 2014, Lexbase hebdo, éd. soc., 13/11/2014, n°590.

#### **RAY (J.-E.)**

Obs. sous CA Paris, 27 janvier 1988, Dr. soc. 1988, p. 242.

Obs. sous Cass. soc., 30 septembre 1997, Dr. soc. 1997, p. 1094.

Obs. sous Cass. soc., 12 janvier 1999, Dr. soc. 1999, p. 287.

Obs. sous Cass. soc., 2 juin 1992, Dr. soc. 1992, p. 700.

Obs. sous Cass. soc., 30 septembre 1997, Dr. soc. 1997, p. 1094.

Obs. sous Cass. soc., 12 janvier 1999, Dr. soc. 1999, p. 287.

Obs. sous Cass. soc., 4 mai 1999, Dr. soc. 1999, p. 737.

Obs. sous Cass. soc., 2 octobre 2001, Dr. soc. 2002, p. 37.

Obs. sous Cass. soc., 11 janvier 2006, Dr. soc. 2006, p. 138.

Obs. sous Cass. soc., 5 juillet 2006, Dr. soc. 2006, p. 815.

Obs. sous Cass. soc., 26 mars 2014, Dr. soc. 2014, p. 397.

#### **RAYMOND (G.)**

Comm. sous Cass. ch. mixte, 6 septembre 2002, CCC, octobre 2002, n°151.

#### **RAYNARD (J.)**

Obs. sous Cass. civ., 1<sup>ère</sup> civ., 13 octobre 1998, RTD civ. 1999, p. 506.

#### **RIZZO (F.)**

Note sous CA Lyon 21 mai 2008, LPA, 10 avril 2009, n°72, p. 10.

#### **REIFEGERSTE (S.)**

Note Cass. ch. mixte, 6 septembre 2002, JCP G. 2002, II, 10173.

#### **RENAUX-PERSONNIC (V.)**

Note sous Cass. soc., 22 mai 2001, JCP G. 2002, II, 10066.

#### **RÉROLLE (N.)**

Note sous Cass. soc., 2 juillet 2002, JSL, 24 octobre 2002, n°110, p. 12.

#### **REYNÈS (B.)**

Note sous Cass. soc., 3 juillet 2003, D. 2004, p. 180.

Note sous Cass. soc., 13 janvier 2009, D. 2009, p. 2128.

#### **ROCHFELD (J.)**

Note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 octobre 2001, JCP G. 2002, I, 134.

#### **RODIÈRE (P.)**

Note sous CJUE, « Association de médiation sociale », SSL, 17 février 2014, n°1618, p. 116.

**ROUAST (A.)**

Obs. sous Cass. civ., 18 mars 1930, DP 1930, p. 71.  
 Note sous Cass. civ., 15 juin 1937, D. 1938, 1, p. 23.  
 Note sous CA Paris, 30 avril 1963, D. 1963, p. 428.

**ROULET (V.)**

Note sous Cass. soc., 3 février 2010, JCP S. 2010, 1148.

**ROUSPIDE- KATCHADOURIAN (M.-N.)**

Note sous Cass. soc., 12 juin 2014, JCP E., 2014, 1432.

**ROY LOUSTAUNAU (C.)**

Note sous Cass. soc., 22 juin 1993, D. 1993, jur. p. 592.  
 Note sous Cass. soc., 12 avril 1995, D. 1995, p. 461.  
 Obs. sous Cass. soc., 16 décembre 1998, Dr. soc. 1999, p. 285.  
 Obs. sous Cass. soc., 15 juin 1999, Dr. soc. 1999, p. 836.  
 Obs. sous Cass. soc., 9 avril 2008, Dr. soc. 2008, p. 601.

**ROZIER (J.)**

Note sous Cass. soc., 11 juin 1969, Gaz. Pal. 1970, 1, p. 116.

**RZEPECKI (N.)**

Note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 13 octobre 1998, JCP G. 1999, II, 10133.

**SAINT-ALARY-HOUIN (C.)**

Note sous CA Paris, 24 avril 1990, D. 1992, p. 254.

**SAINT-JOURS (Y.)**

Note sous Cass. soc., 8 octobre 1987, D. 1988, p. 57.

**SAINT-JOURS (Y.) et MOUSSY (P.)**

Note sous Cass. soc., 20 mars 2002, Dr. ouvr. 2002, p. 370.

**SAINTOURENS (B.)**

Note sous Cass. soc., 29 septembre 2004, Rev. des Soc. 2005, p. 396.

**SAVATIER (J.)**

Obs. sous Cass. soc., 27 mai 1970, Dr. soc. 1971, p. 132.  
 Note sous Cass. crim. 12 janvier 1971, D. 1971, p. 547.  
 Obs. sous Cass. soc., 14 juin 1972, Dr. soc. 1972, p. 765.  
 Obs. sous Cass. soc., 26 janvier 1978, Dr. soc. 1979, p. 287.  
 Obs. sous Cass. soc., 20 février 1986, Dr. soc. 1986, p. 236.  
 Obs. sous Cass. soc., 8 octobre 1987, Dr. soc. 1988, p. 135.  
 Obs. sous Cass. soc., 29 novembre 1990, Dr. soc. 1991, p. 99.  
 Obs. sous Cass. soc., 13 février 1991, Dr. soc. 1991, p. 413.  
 Obs. sous Cass. soc., 12 avril 1995, Dr. soc. 1995, p. 668.  
 Obs. sous Cass. soc., 23 janvier 1996, Dr. soc. 1996, p. 478.  
 Obs. sous Cass. soc., 14 janvier 1997, Dr. soc. 1997, p. 159.  
 Obs. sous Cass. soc., 2 décembre 1998, Dr. soc. 1998, p. 305.  
 Obs. sous Cass. soc., 26 janvier 1999, Dr. soc. 1999, p. 530.  
 Obs. sous Cass. soc., 23 mars 1999, Dr. soc. 1999, p. 634.  
 Obs. sous Cass. 1<sup>er</sup> décembre 1999, Dr. soc. 2000, p. 212.  
 Obs. sous Cass. soc., 18 avril 2000, Dr. soc. 2000, p. 790.

Obs. sous Cass. soc., 17 octobre 2000, Dr. soc. 2001, p. 90.

Obs. sous Cass. soc., 10 janvier 2001, Dr. soc. 2001, p. 55.

**SAVATIER (J.) [suite]**

Obs. sous Cass. soc., 16 janvier 2001, Dr. soc. 2001, p. 416.

Obs. sous Cass. soc., 2 mai 2001, Dr. soc. 2001, p. 774.

Obs. sous Cass. soc., 12 juin 2001, Dr. soc. 2001, p. 899.

Obs. sous Cass. soc., 6 novembre 2001, Dr. soc. 2002, p. 110.

Obs. sous Cass. soc., 21 mai 2002, Dr. soc. 2002, p. 902.

Obs. sous Cass. soc., 12 novembre 2002, Dr. soc. 2003, p. 231.

Obs. sous Cass. soc., 3 juin 2003, Dr. soc. 2003, p. 884.

Obs. sous Cass. soc., 25 novembre 2003, Dr. soc. 2004, p. 166.

Obs. sous Cass. soc., 30 juin 2004, Dr. soc. 2004, p. 1035.

Obs. sous Cass. soc., 13 avril 2005, Dr. soc. 2005, p. 909.

Obs. sous Cass. soc., 12 juillet 2005, Dr. soc. 2005, p. 1045.

Obs. sous Cass. soc., 19 octobre 2005, Dr. soc. 2006, p. 109.

Obs. sous Cass. soc., 10 mai 2006, Dr. soc. 2006, p. 803.

Obs. sous Cass. soc., 31 octobre 2006, Dr. soc. 2007, p. 113.

Obs. sous Cass. soc., 11 janvier 2007, Dr. soc. 2007, p. 498.

Obs. sous Cass. soc., 21 octobre 2008, Dr. soc. 2009, p. 119.

**SAVAUX (É.)**

Obs. sous Cass. com., 18 janvier 2001, RDC 2011, p. 812.

Obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 mars 2001, Rép. Defrénois 2001, p. 696.

Obs. sous Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, Rep. Defrénois 2006, p. 1206.

Obs. sous Cass. com., 10 juillet 2007, Rep. Defrénois 2007, p. 1454.

**SCHMITT (M.)**

Obs. sous CJUE, 19 janvier 2010, « Küçükdeveci », aff. C-555/07, RDT 2010, p. 237.

**SÉBILLE (L.)**

Note sous Cass. soc., 30 novembre 2010, JCP S. 2011, 1077.

**SERINET (Y.-M.)**

Note sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 7 mai 2008, JCP G. 2008, I, 179.

**SERRA (Y.)**

Note sous CA Versailles, 19 décembre 1988, D. 1990.

Note sous Cass. soc., 17 février 1993, D. 1993, p. 347.

Note sous Cass. soc., 18 septembre 2002, D. 2002, p. 3229.

**SERRET (J.-J.)**

Note sous Cass. soc., 23 septembre 1992, JCP E. 1992, II, 430.

**SERVERIN (E.) et GRUMBACH (Th.)**

Note sous Cass. soc., 30 mars 2011, RDT 2011, p. 390.

**SEUBE (J.-B.)**

Obs. sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 30 avril 2003, RDC 2004, p. 365.

Obs. sous Cass. civ., 3<sup>ème</sup>, 9 décembre 2009, RDC 2010 p. 666.

**SINAY (H.)**

Note sous Cass. ch. mixte, 21 juin 1974, D. 1974, p. 237.

**STEINLÉ-FEUERBACH (M.-F.)**

Note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 février 1996, LPA, 14 août 1996, n° 98, p. 32.

**STEMMER (B.)**

Note sous Cass. com., 22 novembre 1976, JCP, 1978, II, 18903.

**STOFFEL-MUNCK (Ph.)**

Obs. sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 5 novembre 2003, RDC 2004, p. 637.

Obs. sous Cass. com., 12 mai 2004, RDC 2004, p. 943.

Obs. sous Cass. ch. mixte, 9 juillet 2004, RDC 2005, p. 280.

Obs. sous Note sous Cass. com., 5 octobre 2004, RDC 2005, p. 288.

Obs. sous Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 7 mars 2006, Dr. et patr. 2006, n°152, p. 97.

Obs. sous Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, Dr. et patr., octobre 2006, p. 93.

Note sous Cass. com., 10 juillet 2007, D. 2007, p. 2839.

Note sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 13 février 2008, JCP E. 2008, n°37, p. 25.

Chron. sous Cass. Soc., 3<sup>ème</sup>, 22 octobre 2015, Dr. et patr., février 2016, n°255, p. 74.

**STOUFFLET (J.)**

Note sous Cass. com., 9 juillet 1996, JCP G. 1996, II, 2271.

**SURREL (H.)**

Note sous CEDH, 25 mai 1993, « Kokkinakis c./ Grèce », n°14307/88, RFDA 1995, p. 573.

Note sous CJUE, « Association de médiation sociale », 15 janvier 2014, JCP G. 2014, p. 319.

**TAQUET (F.)**

Note sous Cass. soc., 9 mai 1990, JCP E. 1991, II, 126.

Note sous Cass. soc., Ass. plén., 13 décembre 2002, JCP E. 2003, p. 252.

**TAURAN (Th.)**

Note sous Cass. soc., 21 décembre 2006, JCP S. 2007, 1270.

**TERRASSON de FOUGÈRES (A.)**

Note sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 15 décembre 1993, JCP N. 1995, I, 194.

**TEYSSIÉ (B.)**

Note sous Cass. Ass. plén. 4 juillet 1986, JCP G. 1986, II, 14796.

Note sous Cass. soc., 19 octobre 1994, JCP E. 1995, I, 499.

Note sous Cass. soc., 25 février 1988, JCP E. 1988, II, 15228.

Note sous Cass. soc., 3 décembre 1996, février TPS 1997, n°53.

Note sous Cass. soc., 11 janvier 2000, TPS, mars 2000, n°93.

**THULLIER (B.)**

Note sous Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, JCP N. 2006, 1256.

**TILLOY (C.)**

Note sous Cass. soc., 7 février 2012, LPA 11 mai 2012, n°95, p. 7.

**TOUFFAIT (A.)**

Concl. sur Cass. ch. mixte, 21 juin 1974, D. 1974, p. 593.

**TOURNAFOND (O.)**

Obs. sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 15 décembre 1993, D. 1994, somm. comm. p. 230.

**TOURNAUX (S.)**

Obs. sous Cass. soc., 14 avril 2010, Lexbase Hebdo, éd. soc. 6/05/2010, n°393

Obs. sous Cass. soc., 26 janvier 2011, Lexbase Hebdo éd. soc., 10/02/2011, n°427.

Obs. sous Cass. soc., 28 février 2012, Lexbase hebdo éd. soc., 15/03/2012, n°477.  
 Note sous Cass. soc., 3 novembre 2011, RDT 2012, p. 31.

**TOURNAUX (S.) [suite]**

Obs. sous Cass. soc., 9 janvier 2013, Lexbase hebdo, éd. soc., 24/01/2013, n°513.  
 Obs. sous Cass. soc., 27 mars 2013, Dr. soc. 2013, p. 460.  
 Note sous Cass. soc., 10 avril 2013, RDT 2013, p. 401.  
 Obs. sous Cass. soc., 5 novembre 2014, Lexbase Hebdo éd. soc., 20/11/2014, n°591,  
 Obs. sous Cass. soc., 31 mars 2015, Lexbase Hebdo éd. soc., 16/04/2015, n°609.  
 Obs. sous Cass. soc., 15 avril 2015, Lexbase hebdo, éd. soc., 14/05/2015, n°612.

**TOURREIL (J.-E.)**

Note sous Cass. soc., 11 juillet 2001, JSL, 20 novembre 2001, n°90, p. 9.  
 obs. sous Cass. soc., 25 juin 2003, JSL, 7 octobre 2003, n°131, p. 21.  
 Note sous Cass. soc., 7 juin 2006, JSL, 12 juillet 2006, n°193, p. 14.  
 Cass. soc., 21 décembre 2006, JSL, 30 janvier 2007, n°204, p. 22.

**TUAILLON (Ch.)**

Note sous Cass. ch. mixte, 9 juillet 2004, D. 2004, p. 2175.

**TURPIN D.**

Obs. sous Cons. const., 22 juillet 1980, n°80-117 DC, Dr. soc. 1980, p. 452.

**VALORY (S.)**

Note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 juin 2001, Dr. et patr., décembre 2001, n°99, p. 38.

**VARIN (Ch.)**

Note sous Cass. soc., 28 février 2012, RDT 2012, p. 225.

**VATINET (R.)**

Note sous Cass. soc., 23 janvier 1990, Rev. soc. 1990, p. 144.  
 Obs. sous Cass. soc., 20 janvier 1998, Dr. soc. 1998, p. 297.  
 Obs. sous Cass. soc., 10 juillet 2002, Dr. soc. 2002, p. 949.  
 Obs. sous Cass. soc., 18 septembre 2002, Dr. soc. 2002, p. 997.  
 Obs. sous Cass. soc., 10 novembre 2002, Dr. soc. 2002, p. 1007.  
 Note sous Cass. soc., 29 mars 2006, JCP S. 2006, 1427.  
 Note sous Cass. soc., 10 avril 2013, Rev. des Soc. 2013, p. 684.  
 Note sous Cass. soc., 17 décembre 2013, JCP S. 2014, 1117.

**VERDIER (J.-M.)**

Note Cass. soc., 28 janvier 1988, D. 1988, p. 457.  
 Obs. sous Cass. soc., 10 juillet 2001, Dr. soc. 2001, p. 1035.

**VÉRICEL (M.)**

Note sous Cass. soc., 3 juin 2003, JCP G. 2003 G, II, 10165.  
 Note sous Cass. soc., 15 mars 2006, RDT 2006, p. 96.

**VERKINDT (P.-Y.)**

Note sous Cass. soc., 23 janvier 1996, D. 1996, jur. p. 250,  
 Note sous sous Cass. soc., 15 janvier 1997, TPS, 1997, n°73.  
 Note sous sous Cass. soc., 25 février 1997, TPS, 1997, n°146.  
 Note sous Cass. soc., 12 février 2003, TPS, avril 2003, n°136  
 Obs. sous Cass. soc., 28 octobre 2003, Dr. soc. 2004, p. 117.  
 Note sous Cass. soc., 28 juin 2005, JCP S. 2005, 1177.  
 Note sous Cass. soc., 5 juillet 2005, JCP S. 2005, 1176.  
 Note sous Cass. soc., 19 octobre 2005 JCP S. 2005, 1441.

Note sous Cass. soc., 15 mars 2006, JCP S. 2006, 1356.

Note sous Cass. soc., 28 mars 2006, JCP S. 2006, 1381.

Note sous Cass. soc., 31 octobre 2006, JCP S. 2006, 1948.

Note sous Cass. soc., 11 janvier 2007, JCP S. 2007, 1172.

Note sous Cass. soc., 23 octobre 2007, JCP S. 2008, 1033.

Note sous Cass. soc., 4 décembre 2007, JCP S. 2008, 1186.

Note sous Cass. soc., 28 janvier 2009, JCP S. 2009, 1226.

Note sous Cass. Ass. plén., 22 avril 2011, JCP S. 2011, 1285.

#### **VIANDIER (A.)**

Note sous Cass. com., 9 mars 1993, JCP E. 1993, II, 148.

#### **VINEY (G.)**

Note sous Cass. soc., 4 juin 2002, JCP G. 2003, I, 152.

#### **WAGNER (E.)**

Note sous CA Riom, 2 mars 1987, D. 1987, p. 97.

#### **WAHL (A.)**

Note sous Cass. civ., 2 mai 1900, S. 1901, 1, 217.

#### **WAQUET (Ph.)**

Rapp. sur Cass. soc., 24 janvier 1990, Dr. soc. 1990, p. 328.

Rapp. sur Cass. soc., 15 mai 1991, Dr. soc. 1991, p. 619.

Rapp. sur Cass. soc., 18 janvier 1995, Dr. soc. 1995, p. 183

Obs. sous Cass. soc., 5 avril 1995, Dr. soc. 1995, p. 482.

Obs. sous Cass. soc., 5 février 1997, Dr. soc. 1997, p. 318.

Rapp. sur Cass. soc., 16 juin 1998, « Hôtel Le Berry », Dr. soc. 1998, p. 803.

Obs. sous Cass. soc., 14 novembre 2000, Dr. soc. 2001, p. 99.

Obs. sous Cass. soc., 28 mai 2003, Dr. soc. 2003, p. 808.

Note sous Cass. Ass. plén., 8 décembre 2000, RJS 1/01, p. 95p. 576.

Obs. sous Cass. soc., 7 juin 2006 et 4 juillet 2006, RDT 2006, p. 241.

Note sous Cass. soc., 10 octobre 2006, RDT 2006, p. 391.

Obs. sous Cass. soc., 23 mai 2007, RDT 2007, p. 456.

Note sous Cass. soc., 23 octobre 2007, D. 2007, p. 3107.

#### **WILLMANN (Ch.)**

Obs. sous Cass. soc., 8 juillet 2009, Lexbase hebdo éd. soc., 30/07/2009, n°361.

Obs. sous Cass. soc., 15 février 2006, Lexbase hebdo éd. soc., 2/03/2006, n°204

#### **WOLMARK (C.)**

Note sous Cass. Ass. plén., 25 juin 2014, Dr. ouvr. 2014, p. 797.

# Index

---

## Abus de droit

- demande d'indemnités, 658, 678
- et bonne foi, 494

*V° Bonne foi, Démission*

## Acte irrégulier au fond, 424, 433

- et abus de droit, 428
- sanction, 425

## Accord de maintien de l'emploi, de mobilité interne et de préservation et de développement de l'emploi

- et vie privée et personnelle, 620
- licenciement, 291
- suspension des clauses contraires, 119

## Activité partielle, 117

## Allocation chômage

- remboursement, 653, 656, 658, 660
- 

## Arbitraire

- lutte contre -, 20, 208

## Arrêts

- Baby Loup, 591, 594
- Brinon, 192
- Clavaud, 626
- Fruehauf, 171
- Guermomppez
- La Samaritaine, 69
- Labbane, 187
- Le Berre, 192, 390
- Le Berry, 192
- Nikon, 596
- Poliet et Chausson, 192
- Pages jaunes, 314, 405
- Painsesq, 590
- Ponsolle, 125
- Raquin, 192
- Revet-Sol, 433, 644
- Rogié, 411
- SAT, 402 *et s.*, 568
- Société Générale, 192
- Sortais, 433, 643
- Spileers, 605, 615
- Talbot, 643
- Vidéocolor, 405
- Viking et Laval, 368

- Vivéo, 404, 419

## Bonne foi

- ajout au contrat, 548, 563
- contractuelle, 517
- manquement à -, 496, 497
  - o sanction, 518 *et s.*
- nature, 485 *et s.*
- norme de comportement, 481
- et équité, 547, 560 *et s.*

## Cause justificative de licenciement

- et reclassement, 404, 417
- et plan de sauvegarde de l'emploi, 404, 419
- et ordre des licenciements, 404, 599, 600
- et procédure de licenciement, 414 *et s.*

## Cause réelle et sérieuse

- fondement, 284, 285, 286
- sources supra nationales, 287 à 290
- indemnisation, *V° Indemnités de licenciement*
- absence de -
  - o indemnisation, 449 *et s.*, 454 à 456
  - o réintégration, 444, 445, 446, 452, 453

## Cessation d'activité, 309 à 311

## Changement des conditions de travail, 194 *et s.*

- contrôle, 379
- intérêt de l'entreprise, 371
- détournement de finalité, 375

*V° Préavis, Vie personnelle et familiale*

## Compétitivité, 312

- sauvegarde de -, 313

## Contrat déséquilibré, 36, 140

- contrat d'adhésion, 143

## Clause

- abusive, 142

- accessoire, 105, 227, *V° Clause de variation*
- changement d'employeur (de), 150
- conscience (de), 339 *et s.*
- dédit (de), 217 *et s.*
- dédit-formation (de), *V° Clause de dédit-formation*
- domiciliation (de), 605
- essai (de), *V° Période d'essai*
- garantie d'emploi (de), 317, 318, 460, 461
- informative, 101
- mobilité (de), 144, 154
- non-concurrence (de) *V° Clause en sommeil*
- non écrite, 21, 143, 156, 157
- nulle, 156
- pénale, *V° Clause de dédit-formation, Clause de rachat*
- potestative, 135 *et s.*
- présence (de) *V° Condition de présence*
- rachat (de), *Voir Clause de rachat*
- résolutoire, 337
- rupture anticipée (de), 243
- variation (de), *V° Clause de variation*

#### **Clause de dédit-formation (de), 233 à 237**

- et clause de dédit, 235
- et clause pénale, 236

#### **Clause de non-concurrence, 152**

- en « sommeil », 107, 230
- nullité de -, 231
- renonciation (à), 107, 229, 231

#### **Clause de rachat, 244 *et s.***

- et clause de dédit, 245 *et s.*
- et clause pénale, 250 *et s.*

#### **Clause de variation, 135 *et s.***

- ampleur, 145, 148
- rémunération (de), 88, 146, 155
- horaire (d'), 148, 149, 154
- portée de clause accessoire (de), 151, 152

#### **Condition**

- classification, 18, 21
- potestative *V° Condition potestative*
- présence (de), 469
- modalité, 16, 50
- *si voluero*, 17, 207, 221

#### **Conditions de travail, 124 *et s.*, 189, 191**

#### *V° Changement des conditions de travail*

#### **Condition potestative**

- concept (de), 15, 53
- purement 19, 207
  - o résolutoire, 24
  - o suspensive, 23
- simplement, 19

#### **Confiance**

- légitime, 507
- perte de -, 125, 257, 306, 410, 470

#### **Congés**

- divers, 116, 118
- payés, 114

#### **Contrôle de proportionnalité**

- licenciement (du)
  - o Pour motif disciplinaire, 393
  - o Pour motif personnel, 398
  - o Pour motif économique, 399 *et s.*
- atteintes aux droits et libertés fondamentaux (des), 610, 613

#### **Conventions internationales**

- Charte sociale européenne, 289
- Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 290, 583
- Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, 572, 573, 583
- Convention OIT n°158, 288, 294, 637
- Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques, 583
- Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (article 6. 1), 570

#### **Délai**

- prévenance (de), 557, 558
- raisonnable, 48, 215, 224, 231
- réflexion (de), 220, 231
- rétractation (de), 215, 221

#### **Démission, 213**

- abusive, 503

#### **Dénonciation, 226**

- statut collectif (du), 134, 226

#### **Déséquilibre significatif, 143**

#### **Droit à l'emploi**

- et plan de sauvegarde de l'emploi, 568
- et reclassement, 564
- nature, 568, 629
- sources supra nationales, 570 à 573

### **Droit à la défense, 634**

### **Droit au repos, 608**

#### **Droit potestatif**

- adjoint, 42, 348
- altéré, 37, 118, 262, 305 et s., 360.
- certain, 54 et s.
- charge de la preuve, 422, 423
- classification, 41
- concept, 26, 39, 226
- et pouvoir juridique, 33, 35
- éventuel, 71, 75
- finalisé, 193, 360
- nature, 27 et s.
- objet, 42, 348
- option (d'), 28, 43, 237, *V° Stock-options*
- pur, 359

#### **Droit subjectif**

- et droit potestatif, 30, 165
- et pouvoir, 32, 163, 164
- origine, 30

#### **Droit de grève**

- valeur/portée, 298

#### *V° Grève*

### **Droits et libertés fondamentaux, 576 et s.**

*V° Contrôle de proportionnalité, Licenciement nul*

### **Déséquilibre significatif, 142, 143**

#### **Détermination**

- rémunération (de) *V° Rémunération*
- prestation de travail (de), 96 et s.

### **Droit de retrait, 545**

### **Droit de rétractation, 26, 62, 220**

### **DIRECCTE, 268**

#### **Discrimination**

- charge de la preuve, 586
- sanction, 585

*V° Principe de non-discrimination, Droits et libertés fondamentaux*

**Éléments essentiels (du contrat de travail), 57, 80 et s.**

#### **Engagement de stabilité**

- employeur (de), *V° Indemnités de licenciement (contractuelles), Clause (de garantie d'emploi), Accord de maintien de l'emploi*
- salarié (du), 234

### **Engagements perpétuels, 211 à 213**

### **Engagement unilatéral de volonté, 48**

#### **Entreprise, 14, 167 et s.**

- et Société, 170, 173 et s.
- transfert de -, 441
- tendance (de), 342, 590, 591, 594

#### **Équité, *V° Bonne foi***

#### **Faute disciplinaire**

- qualification, 386, 387, 394
- contrôle, 392 à 396

### **Forfait-plafond, 467**

**Forfait-plancher, *V° Indemnités de licenciement injustifié***

#### **Finalité, 355**

- détournement, 363, 430

*V° Changement des conditions de travail, Période d'essai*

#### **Force obligatoire, 44 et s.**

- exécution forcée, 434 à 436, 438, 439
- atteinte, 221

#### **Force de travail**

- objet de l'obligation du salarié, 97, 98

### **Fourniture du travail, 95**

#### **Grève, 364 et s.**

- abusive, 367
- finalité de -, 364
- préavis, 544, 545
- protection renforcée du salarié, 298
- suspension du contrat, 116
- nullité du licenciement, 644

### **Heures supplémentaires, 132, 608**

**Indemnités de licenciement justifié**

- contractuelles, 277 à 280
- conventionnelles, 280
- légales, 272 à 276

**Indemnités de licenciement injustifié, 449 et s.****Inexistence, 440****Inefficacité, 519****Inopposabilité, 470, 474****Intention de nuire, 489, 500 à 553****Intérêt de l'entreprise**

- charge de la preuve, 196
- et intérêt social, 171
- intérêt commun, 178
- intérêt supérieur, 176
- intérêt de l'employeur, 183
- intérêt légitime, 612
- théorie institutionnelle, 176

**Liberté**

- d'entreprendre, 213
- du travail, 107, 110

**Domicile**

- atteinte *V° Clause de domiciliation*
- travail à –, 126

**Liberté contractuelle,**

- limites, 139

**Licenciement**

- abusif, 284, 427
- indemnité de – *V° Indemnités de licenciement*
- irrégulier (fond), 427 et s.
- irrégulier (forme), 420
- motivation, 411
- nul, *V° Licenciement nul*
- procédure, *V° Procédure de licenciement*
- sans cause réelle et sérieuse, *V° Cause réelle et sérieuse*
- pour motif personnel, 306
- pour motif économique, 307 et s.
- pour motif disciplinaire, 387
- vexatoire, 502

*V° Cause justificative de licenciement, Contrôle de proportionnalité, Indemnités de licenciement*

**Licenciement nul, 623 et s.**

- indemnisation, 649 et s., 675
  - o cumul, 672 et s.
- réintégration, *V° Réintégration*

**Lock-out, 117, 118****Maladie**

- suspension du contrat, 116
- professionnelle, 302, 303

*V° Trouble objectif*

**Manquement grave, 331, 389, 390, 394**

- contrôle jurisprudentiel, 391 et s.

**Mise en demeure, 523, 688****Mobilité géographique**

- accord de mobilité, *V° ce mot*
- clause de mobilité, *V° Clause*
- secteur géographique, 101
- occasionnelle, 128
- zone géographique d'emploi, 101, 119, 621

*V° Accords de mobilité*

**Modification du contrat de travail, 109, 120, 121**

- indirecte, 131 et s.
- substantielle/non substantielle, 125, 390
- refus du salarié, 141 *V° Accords de maintien de l'emploi, de mobilité interne et de préservation et de développement de l'emploi*

**Motivation, 407 et s.****Mutation technologique, 314****Nullité**

- restitution, 648, 653, 654
- V° Licenciement nul*

**Non écrit, *V° Clause***

**Objet, *V° Détermination, Éléments essentiels, Fourniture du travail, Rémunération***

**Obligation**

- accessoire, 80, 105

- essentialisée, 104
- essentielle, 80
- faire (de), 65, 98, 436 *V° Force obligatoire*
- fournir du travail (de), 93, 95
- maintien de l'emploi, *V° Accord de maintien de l'emploi, Clause de garantie d'emploi*
- motivation (de) *V° Motivation*
- *praestare* (de), 95, 98, 437
- reclassement (de), *V° Reclassement*
- réintégration (de), *V° Réintégration*

### **Ordre des licenciements**

- critère d-, 598
- défaut, 599
- défaut d'énonciation des critères, 601, 602
- contrôle, 599

*V° Cause justificative de licenciement*

### **Ordre public**

- licenciement, 223, 392
- rupture anticipée des contrats à durée déterminée, 241
- social, 243

### **Pacte de préférence, 71 et s.**

- sanction, 77
- durée indéterminée (à), 216

### **Peine privée, 462, 463, 660**

### **Période d'essai, 252, 372**

- contrôle, 380, 381
- qualification 254, 255
- détournement, 259, 373, 376, 431
- préavis de -, 528
  - o non-respect, 555, 556, 557

### **Perte de chance, 472, 473**

### **Plan de sauvegarde de l'emploi, 267, 268, 308**

- insuffisance, 630, 641

*V° Cause justificative de licenciement, Droit à l'emploi*

### **Pouvoir**

- employeur (de) *V° Pouvoir de l'employeur*
- étatique, 9, 11
- *pater familias* (du), 12

*V° Droit potestatif*

### **Pouvoir de l'employeur, 13**

- détournement, 194, 363, 371
- direction (de), 103
- et droit subjectif. *V° ce mot*
- fondement, 192

### **Potestativité,**

- étymologie, 1
- grief de pure -, 153, 249

### **Préavis, 523 et s.**

- changement des conditions de travail (du), 541, 558
- dispense, 534 à 538
- grève (de), *V° ce mot*
- licenciement (de), 552 à 555
- période d'essai, *V° ce mot*
- prise d'acte (de), 539
- 

### **Préjudice, 451 et s.**

*V° Cause réelle et sérieuse*

### **Prêt de l'employeur, 471**

### **Principe de non-discrimination**

- sources, 583
- atteintes autorisées, 592
- atteintes indirectes, 633, *V° Trouble objectif*

### **Priorité d'embauche, 72 et s.**

- sanction, 78

### **Procédure de licenciement**

- conventionnelle, 269
- irrégulière, 420
- légale, 267 et s.
- portée, 415

*V° Cause justificative de licenciement*

### **Promesse**

- unilatérale, 46
  - o rétractation, 65 et s.
- embauche (d'), 56 et s.
  - o rétractation, 68 et s.
  - o durée indéterminée (à), 215

### **Prime, 90, 134, 472**

### **Prise d'acte**

- qualification, 327, 328
- et licenciement pour faute grave, 334, 335

- et résolution pour manquement grave, 330 à 333
- effets

### Prix

- fixation unilatérale, 83
- et droit potestatif, 221 *in fine*, 246, 248
- et arbitraire, 247

*V° Rémunération*

**Proportionnalité**, *V° Contrôle de proportionnalité*

### Reclassement

- Obligation, 559, 562
- Périmètre de -, 417

*V° Droit à l'emploi*

### Réintégration du salarié

- Facultative, 671
- Imposée, 668
- Impossible, 447, 666 *et s.*
- Périmètre de -, 665, 667

### Rémunération

- clause de variation de -, *V° Clause*
- détermination de -, 86 *et s.*
- indétermination de -, 90 *et s.*
- modification en cours d'exécution
  - o refus, 82
  - o exception, 133, 134
- variable, 90, 133

### Renonciation

- à un droit, 226
- à une clause de non-concurrence, *V° clause de non-concurrence*
- au droit du licenciement, 315

### Résiliation

- unilatérale, 209
- judiciaire, 263

*V° Engagement perpétuel*

**Résolution unilatérale pour manquement grave**, *V° Prise d'acte*

**Risque de l'entreprise**, 155, 275, 302

### Rupture anticipée

- sanction, 459
- clause de -, *V° Clause*

**Salarié protégé**, 130, 294, 295

- statut protecteur
  - o autorisation de licenciement, 268, 297
  - o nullité du licenciement, 657, 658, *V° Licenciement nul*

### Subordination

- et lien de sujétion, 186, 187
- juridique, 187
- sphère de -, 99
  - o géographique, 101
  - o temporelle, 102
  - o fonctionnelle, 102

**Suspension du contrat de travail**, 114, 299

- et droit subjectif, 116, 117
- fondement, 115

**Solidarisme contractuel**, 407, 489, 563

**Stock-options**, 106, 473

**Statut-collectif**, 87, 92, 134

*V° dénonciation*

**Suspension du contrat**, 114 *et s.*

**Trouble objectif**, 588, 632

**Vie personnelle et familiale**, 595, 596

- atteinte disproportionnée, 614, *V° Contrôle de proportionnalité*
  - o charge de la preuve, 609
- et changement des conditions de travail, 129, 510, 603 *et s.*
- et modification du contrat, 616
- trouble objectif, *V° ce mot*

*V° Accord de maintien de l'emploi, de mobilité interne et de préservation et de développement de l'emploi*

## **Table des matières**

<b><i>Introduction</i></b>	<b><i>1</i></b>
I. Le pouvoir légitime : de la toute-puissance au pouvoir contrôlé	6
II. La potestas dans le contrat	13
A. La condition potestative	14
B. De la condition potestative au droit potestatif	24
C. Le concept de droit potestatif	27
III. Les droits potestatifs dans le contrat de travail	34
<b><i>Partie I. La réception limitée des droits potestatifs dans le contrat de travail</i></b>	<b><i>37</i></b>
<b><i>Titre I. Les droits potestatifs de création</i></b>	<b><i>39</i></b>
Chapitre I. Le droit potestatif de création comme objet d'un engagement	40
Prolégomènes : La nécessité d'un engagement doté de force obligatoire	40
I. Recensement des engagements porteurs de droit potestatif de création	40
II. Les modalités accessoires de l'engagement	45
Section I. L'octroi d'un droit potestatif de création certain	49
I. Les critères de l'engagement porteur d'un droit potestatif de création certain	49
A. La détermination du bénéficiaire du droit potestatif de création	50
B. La détermination des éléments nécessaires au contrat définitif	51
II. L'inviolabilité du droit potestatif mise à mal	54
A. Pour une inefficacité des « rétractations » de l'engagement	54
B. L'hostilité de la jurisprudence à l'exécution forcée du contrat projeté	55
1. En matière civile	56
2. En matière sociale	59
Section II. L'octroi d'un droit potestatif de création éventuel	62
I. Les droits de priorité	63
II. La sanction de la violation du pacte de préférence	67
Chapitre II. Le droit potestatif de création comme droit adjoint au contrat de travail	72
Section I. La détermination des éléments essentiels du contrat de travail	72
I. La rémunération	73
A. L'adéquation incertaine du concept de droit potestatif à la fixation unilatérale du prix	74
B. Le refus de principe de la fixation unilatérale de la rémunération par l'employeur	76
1. Le principe d'une « déterminabilité » ab initio de la rémunération	76
2. Des hypothèses d'indétermination de la rémunération	80
II. Le travail à fournir	84
A. La détermination du contour de l'obligation à l'abri de la volonté unilatérale de l'employeur	84
1. La fourniture du travail par l'employeur	84

2. La prestation de travail du salarié _____	85
a. Le contenu de l'obligation du salarié : la force de travail _____	85
b. Le contour de l'obligation du salarié : la détermination de la sphère de subordination _____	89
B. Le contenu de l'obligation soumis à la volonté unilatérale de l'employeur _____	92
Section II. La création d'obligations accessoires au contrat de travail _____	96
I. L'inadéquation de l'application de l'article 1174 du Code civil _____	97
II. L'attraction du régime de la modification du contrat _____	100
<b>Titre II. Les droits potestatifs de modification _____</b>	<b>105</b>
Chapitre I. Les limites matérielles de la volonté unilatérale de l'employeur _____	115
Section I. Les conditions de travail, cadre limité de la volonté unilatérale de l'employeur ____	118
I. L'existence d'un cadre _____	118
II. Les imperfections du cadre _____	121
A. L'influence de la situation du salarié sur le régime applicable _____	121
B. L'admission de modifications unilatérales indirectes _____	125
Section II. Les clauses potestatives de variation, cadre refusé de la volonté unilatérale de l'employeur _____	128
I. Les conditions de licéité des clauses de variation _____	128
A. L'incohérence du droit positif _____	128
1. Le refus de principe des clauses potestatives de variation _____	129
2. L'admission problématique de la clause de mobilité _____	136
B. Vers une cohérence retrouvée _____	137
1. Le refus de la maîtrise unilatérale de l'engagement : la détermination à l'avance de l'ampleur de la variation _____	138
a. Les clauses de variation portant sur un élément du contrat de travail _____	138
b. Les clauses de variation portant sur les modalités des clauses accessoires ____	143
2. Le refus de la potestativité « pure » : l'exigence d'éléments objectifs déclencheurs	147
II. La sanction des clauses illicites _____	150
Chapitre II. Les limites conceptuelles de la volonté unilatérale de l'employeur _____	155
Section I. L'intérêt de l'entreprise à l'épreuve du concept de droit subjectif _____	156
I. Le concept d'entreprise _____	160
A. La difficulté d'appréhension du concept d'entreprise _____	161
B. Entreprise et société _____	162
1. Les conflits d'intérêts dans la société _____	162
2. La distinction entre la société et l'entreprise _____	164
II. Les diverses approches de l'intérêt de l'entreprise _____	165
A. L'intérêt de l'entreprise, un intérêt supérieur ? _____	166
B. L'intérêt de l'entreprise, un intérêt commun ? _____	168
C. L'intérêt de l'entreprise, une part de l'intérêt de l'employeur _____	169

1. La relation employeur-détenteur de pouvoir _____	169
2. La relation employeur-salarié _____	171
Section II. L'intérêt de l'entreprise à l'épreuve du concept de droit potestatif _____	173
I. Le lien de sujétion _____	173
II. La modification unilatérale d'une situation juridique _____	175
A. L'exclusion des conditions de travail _____	175
B. L'inclusion des conditions de travail _____	177
III. La volonté unilatérale _____	181
A. Le contrôle de l'intention de l'employeur _____	181
B. Vers l'exigence d'un motif objectif ? _____	183
1. Le changement des conditions de travail comme instrument de gestion _____	183
2. Le changement des conditions de travail comme instrument de sanction _____	185
<b>Titre III. Les droits potestatifs d'extinction _____</b>	<b>189</b>
Chapitre I. Les droits purement potestatifs d'extinction _____	190
Section I. La faculté de résiliation unilatérale inhérente aux engagements à durée indéterminée _____	190
I. La qualification de la faculté unilatérale de résiliation dans les contrats à durée indéterminée _____	190
A. L'oxymore de la condition purement potestative _____	191
B. La faculté de résiliation unilatérale dans les contrats à durée indéterminée _____	193
II. La licéité de la faculté de résiliation unilatérale _____	194
A. Le fondement _____	194
B. L'absence de remise en cause du consentement initial _____	200
Section II. Les clauses purement potestatives d'extinction _____	203
I. L'admission discutée des clauses de dédit dans le contrat de travail _____	204
A. Le dédit portant sur l'engagement _____	204
1. Arguments du droit commun _____	204
2. Arguments du droit du travail _____	210
a. Le dédit portant sur le contrat de travail _____	210
b. Le dédit portant sur une clause accessoire du contrat de travail _____	211
i. Définition _____	212
ii. Licéité _____	213
B. Le dédit portant sur la durée de l'engagement _____	218
1. La clause de dédit-formation _____	218
2. Les clauses de rupture anticipée _____	224
a. Les obstacles à la reconnaissance de clauses de rupture anticipée _____	224
b. Vers une admission des clauses de rupture anticipée ? _____	228
i. Les facultés gratuites _____	228
ii. Les facultés onéreuses _____	231
α. La clause de rachat comme clause de dédit : potestativité pure ou altérée ? _____	232

β. La clause de rachat comme clause pénale : l'appréciation de l'indemnité contractuelle prévue _____	236
II. L'admission justifiée de la rupture potestative de la période d'essai _____	237
A. La qualification de la rupture de l'essai _____	238
B. L'altération limitée de la potestativité _____	241
1. La rupture de l'essai à l'initiative de l'employeur _____	241
2. La rupture de l'essai à l'initiative du salarié _____	245
Chapitre II. Les droits potestatifs altérés d'extinction _____	248
Section I. Les droits de rupture altérés de l'employeur _____	249
I. Les modalités du licenciement : l'amoindrissement en question de la potestativité ____	251
A. La procédure de licenciement _____	251
1. La procédure légale _____	251
2. La procédure conventionnelle _____	254
B. L'indemnité de licenciement _____	255
1. L'indemnité légale de licenciement _____	255
2. L'indemnité contractuelle de licenciement _____	260
a. L'indemnité contractuelle comme simple contrepartie financière du droit de rompre _____	260
b. L'indemnité contractuelle révélatrice d'une obligation de maintien de l'emploi à la charge de l'employeur. _____	261
II. L'exigence d'un motif légitime : l'amoindrissement consacré de la potestativité ____	264
A. La justification de l'amoindrissement de la potestativité _____	265
1. L'amoindrissement a minima _____	265
a. La nécessité d'un amoindrissement _____	265
b. La portée de l'exigence d'une cause réelle et sérieuse _____	268
2. L'amoindrissement accentué _____	274
a. Le « salarié-travailleur » _____	274
i. Le salarié protégé _____	274
ii. Le salarié gréviste _____	277
b. Le « salarié personne » _____	278
i. La salariée enceinte _____	278
ii. Le salarié victime d'accident ou de maladie professionnelle _____	280
B. L'élément extérieur à la volonté de l'employeur _____	281
1. Les règles légales _____	281
a. Le licenciement pour motif personnel : l'existence d'éléments indépendants de la volonté de l'employeur _____	281
b. Le licenciement pour motif propre à l'entreprise : la cause justificative indépendante de la volonté de l'employeur ? _____	283
i. Les difficultés économiques _____	284
ii. La cessation complète d'activité de l'entreprise. _____	285

iii. La sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise	291
iv. Les mutations technologiques	292
2. L'aménagement contractuel des règles légales	293
a. La licéité des clauses de renonciation au droit du licenciement	293
b. Les sanctions du non respect	295
Section II. Les droits de rupture altérés du salarié	296
I. La prise d'acte pour manquement grave	297
A. La prise d'acte, acte unilatéral de rupture	297
1. Evolution de la prise d'acte de l'employeur	298
2. Evolution de la prise d'acte du salarié	299
B. La prise d'acte, mode de rupture autonome	303
1. Prise d'acte et résolution unilatérale du droit commun	303
2. Prise d'acte et licenciement disciplinaire	307
II. Les clauses imputant la rupture au cocontractant	310
A. Les clauses résolutoires	310
B. Les « clauses de conscience »	311
1. La qualification de la rupture	311
2. Les conditions de validité de la rupture	313
<b>Partie 2. L'exercice limité des droits potestatifs dans le contrat de travail</b>	<b>322</b>
<b>Titre I. Les limites tirées de la nature du droit</b>	<b>323</b>
Chapitre I. Le contrôle de la régularité au fond de l'acte	324
Section I. Le contenu du contrôle jurisprudentiel	324
I. Le contrôle des droits finalisés	328
A. Droits finalisés du salarié : l'exemple de la grève	328
1. Les revendications non professionnelles	329
2. Les revendications excessives	330
B. Droits finalisés de l'employeur	333
1. L'absence de détournement de la finalité du droit	333
a. Utilisation du droit à titre de gestion	333
b. Utilisation du droit à titre de sanction	336
2. Vers un contrôle de conformité ?	340
a. Le changement des conditions de travail	340
b. L'essai	342
II. Le contrôle des droits justifiés	343
A. Le contrôle des mesures de sanction	345
1. L'appréciation de la gravité du manquement reproché	345
a. L'approche factuelle de la gravité du manquement reproché	345
b. L'approche objective de la nature du manquement reproché	346
2. Le contrôle jurisprudentiel de la qualification du manquement	349

a. La marge de manœuvre de l'auteur de la rupture sur la qualification du manquement _____	349
b. La marge de manœuvre des juges du fond sur la qualification du manquement _____	353
B. Le contrôle des mesures de gestion _____	355
1. Le licenciement pour motif personnel non disciplinaire _____	355
2. Le licenciement pour motif économique _____	356
a. Le modèle de l'article L. 1333-1 du Code du travail : disproportion par rapport à l'importance des difficultés économiques ou des mutations technologiques de l'entreprise _____	357
b. Le modèle de l'article L. 1121-1 du Code du travail : disproportion par rapport au but poursuivi _____	358
i. Les effets de la mesure sur l'entreprise _____	358
ii. Les effets de la mesure sur les salariés _____	361
Section II. Les moyens du contrôle _____	363
I. L'exigence d'une motivation antérieure ou concomitante à l'exercice d'un droit potestatif. _____	364
A. Vers une obligation générale de motivation dans l'exercice de droits potestatifs finalisés et justifiés? _____	365
1. L'extension de l'obligation de motivation _____	366
2. La motivation, garantie formelle ou garantie de fond ? _____	368
B. La procédure de licenciement comme prémices de justification ? _____	371
1. L'incidence de l'instauration d'un dialogue _____	372
2. La procédure du licenciement pour motif économique _____	373
II. La charge de la preuve _____	376
Chapitre II. La sanction des actes irréguliers au fond _____	380
Section I. Le maintien refusé du contrat initial _____	381
I. La remise en cause envisageable de la rupture irrégulière du contrat de travail _____	381
A. La remise en cause de l'acte injustifié _____	382
B. La remise en cause du droit détourné de sa finalité _____	383
II. Les obstacles à la remise en cause de la rupture irrégulière du contrat _____	386
A. Les obstacles écartés _____	386
1. La rupture irrégulière traitée comme un fait d'inexécution _____	387
a. Le contournement de l'article 1142 du Code civil _____	388
b. Un droit à l'exécution forcée ? _____	390
2. La rupture ou la modification irrégulière traitée comme un acte juridique « illicite » _____	392
B. Les obstacles dirimants _____	395
1. L'hypothèse de la rupture du contrat _____	395
a. La rupture par l'employeur : un choix de politique législative. _____	395
b. La rupture par le salarié : l'impossibilité de la contrainte physique _____	397

2. L'hypothèse du changement des conditions de travail _____	398
Section II. Les conséquences de l'efficacité de la rupture irrégulière du contrat _____	398
I. Les conséquences indemnitaires des ruptures irrégulières _____	398
A. L'indemnisation, réparation des conséquences de l'acte irrégulier : le recours au préjudice subi _____	399
1. Le licenciement _____	399
a. La réintégration _____	399
b. L'indemnisation _____	400
2. La rupture anticipée injustifiée d'un engagement à durée déterminée _____	402
a. Le cas du contrat à durée déterminée _____	402
b. Le cas de la garantie d'emploi _____	404
B. L'indemnisation, sanction de l'auteur de l'acte irrégulier : le recours à la peine privée. _____	405
C. L'indemnisation, « compensation » de l'illicéité de l'acte : le recours à une sanction autonome _____	407
D. L'indemnisation, compensation financière du « droit » de violer la loi ? _____	408
II. Les conséquences de l'irrégularité au fond de la rupture sur les droits du salarié sous condition de présence _____	410
A. L'« inopposabilité » des clauses de présence _____	410
B. La perte de chance _____	413
<b>Titre II Les limites tirées de la considération du destinataire de l'acte _____</b>	<b>419</b>
Chapitre I. Le contrôle du comportement du bénéficiaire du droit _____	421
Section I L'exigence de bonne foi, norme comportementale _____	423
I. La nature de l'exigence de bonne foi _____	423
A. La bonne foi, entre morale et utilité _____	424
1. Un choix axiologique _____	424
2. L'objet de l'exigence de loyauté _____	427
a. Le contenu de l'exigence de bonne foi, fonction de l'effet du droit potestatif _____	427
b. L'articulation des notions d'abus de droit et de manquement à la bonne foi _____	429
B. La bonne foi, entre devoir et obligation _____	431
II. La faute de comportement _____	433
A. Le contrôle tiré du manquement à la bonne foi _____	434
1. La frontière tenue entre l'abus de comportement et l'abus par détournement de finalité _____	435
a. L'intention de nuire _____	435
b. La brusquerie _____	437
i. La précipitation _____	437
ii. L'incohérence _____	438
2. Du manquement à la bonne foi au contrôle des droits et libertés fondamentaux _____	440
B. La sanction du manquement à la bonne foi _____	444

1. Le choix de la responsabilité	444
a. L'inconstance de la jurisprudence	444
b. Le débat doctrinal	445
2. Le choix des sanctions	446
a. La sanction de l'inefficacité du droit	447
b. Les sanctions indépendantes de l'efficacité du droit	449
Section II Le « forçage » de l'exigence de bonne foi, l'ajout au contrat	450
I. L'exigence d'un préavis	451
A. L'étendue de l'exigence du préavis	452
1. En cas d'acte unilatéral extinctif du contrat de travail	452
a. Le principe de l'exigence d'un préavis	453
i. Une exigence réciproque ?	453
ii. La problématique de la durée excessive du préavis	456
b. Les exceptions à l'exigence d'un préavis	458
i. La rupture à l'initiative de l'employeur	459
ii. La rupture à l'initiative du salarié	461
2. En cas d'acte unilatéral modificatif du contrat de travail	463
3. En cas d'acte suspensif du contrat de travail	465
B. Le préavis, obligation ajoutée ou moyen d'éviter le manquement à la bonne foi ?	468
1. Le fondement de l'exigence d'un préavis	468
2. La sanction du préavis non respecté	471
a. Le préavis de rupture	471
i. Le cas du licenciement, de la mise à la retraite ou de la démission	472
ii. En cas de rupture pendant la période d'essai	475
b. Le préavis du changement des conditions de travail	477
II. L'obligation de reclassement individuel	478
A. Le reclassement comme expression d'une conception renouvelée du contrat	479
1. De l'article 1134, alinéa 3, du Code civil...	480
2. ... à l'article 1135 du Code civil	482
B. Le reclassement comme expression d'un « droit à l'emploi » du salarié.	483
1. Le « droit à l'emploi » tiré du bloc de constitutionnalité	484
a. Le rattachement incertain du reclassement au « droit à l'emploi » institué par le Préambule de la Constitution de 1946.	484
b. La nature du « droit à l'emploi » institué par le Préambule de la Constitution de 1946.	486
2. Le « droit à l'emploi » tiré des conventions internationales	488
a. Le « droit au travail » du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.	489
b. Le « droit de gagner sa vie par le travail » de l'Europe des droits de l'homme.	490
Chapitre II. La protection des libertés et droits fondamentaux du salarié	495

Section I. Les libertés et droits fondamentaux du salarié comme limite à l'exercice des droits potestatifs de l'employeur	498
I. Le principe de non-discrimination	499
A. L'interdiction des décisions unilatérales de l'employeur fondées sur un motif discriminatoire	500
1. La portée du principe de non-discrimination	500
2. Le régime du principe de non-discrimination	503
B. Les tempéraments	504
1. Atteinte indirecte : le trouble objectif dans l'entreprise	505
a. La maladie	506
b. Les libertés fondamentales, envers d'un motif discriminatoire	506
2. Dérogations directes : les différences de traitement autorisées	510
II. La vie personnelle et familiale du salarié	513
A. Le licenciement pour motif économique	515
1. Le non-respect de l'ordre des licenciements	516
2. La sanction du défaut d'énonciation des critères de l'ordre des licenciements.	519
B. Le changement des conditions de travail	521
1. L'objet du contrôle	522
a. Le lieu de travail	522
b. Le temps de travail	524
2. Les modalités du contrôle	527
a. L'exigence de justification	529
b. L'exigence de proportionnalité	531
3. Le résultat du contrôle	535
a. L'atteinte injustifiée et/ou disproportionnée	535
b. L'atteinte justifiée et proportionnée	538
Section II. La sanction de l'exercice d'un droit potestatif portant atteinte aux libertés et droits fondamentaux du salarié	538
I. La nullité, corollaire de la violation d'une liberté ou d'un droit fondamental ?	539
A. Les limites tirées du caractère médiateur du droit en cause : le droit à l'emploi	542
B. Les limites tirées du caractère médiateur des atteintes considérées	544
1. Les atteintes indirectes	544
2. La problématique des droits de la défense au stade de la procédure de licenciement disciplinaire	546
a. De lege lata : la difficile reconnaissance d'une atteinte au droit de la défense	547
i. Sur l'absence des griefs allégués dans la lettre de convocation à un entretien préalable	547
ii. Sur l'absence du respect du contradictoire lors de l'entretien préalable	548
b. De lege ferenda : la nullité des licenciements ?	550
II. La remise en l'état, corollaire de la nullité ?	551

A. La logique de la remise en l'état	551
1. La réintégration	552
2. Les « restitutions » dues	553
a. La problématique de la restitution unilatérale	553
b. La logique malmenée de la restitution	556
i. La nullité opposée à la responsabilité	556
α. Les conséquences d'une restitution	557
β. Les conséquences d'une réparation	558
ii. La position de la jurisprudence	559
α. Le cas des salariés protégés : des hésitations	559
β. Le cas des salariés ordinaires : le choix du mécanisme de la responsabilité	561
B. Le refus de la remise en l'état	562
1. Les limites à la réintégration	562
a. L'impossibilité de la réintégration	562
i. L'impossibilité matérielle	562
ii. La résistance de l'employeur	566
b. Le choix du salarié	568
2. Les conséquences pécuniaires	570
a. Les indemnités versées à l'occasion de la rupture illicite	571
b. L'incidence de l'existence d'une période de protection supplémentaire	571
i. Le cumul des indemnités de rupture et de l'indemnité pour violation du statut protecteur	571
ii. Le cumul des indemnités de rupture et de l'indemnité pour violation du statut protecteur	574
<b>Conclusion générale</b>	<b>580</b>
<b>Bibliographie</b>	<b>585</b>
<b>Index</b>	<b>670</b>