

Année 2024

N° d'ordre : (attribué par le SCD)

UNIVERSITÉ DE HAUTE-ALSACE
UNIVERSITÉ DE STRASBOURG

THÈSE

Pour l'obtention du grade de
DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE HAUTE-ALSACE
ÉCOLE DOCTORALE DE SCIENCES JURIDIQUES (ED 101)

Discipline : Droit privé et sciences criminelles

Présentée et soutenue publiquement

Par

Vincent SCHOEPPER

Le 26 novembre 2024

L'INFLUENCE DE LA RÉFORME DU DROIT DES CONTRATS EN DROIT DU TRAVAIL

Sous la direction du Prof. Yann LEROY

Jury : Prof. Sarah BROS, Université de Paris-Dauphine (rapporteuse)
Prof. Julien ICARD, Université de Paris 2 – Panthéon-Assas (rapporteur)
Prof. Xavier HENRY, Université de Lorraine (examineur)
Prof. Christophe RADÉ, Université de Bordeaux (examineur)
Prof. Philippe SCHULTZ, Université de Haute-Alsace (examineur)
Prof. Yann LEROY, Université de Lorraine (Directeur de Thèse)

REMERCIEMENTS

Mes plus sincères remerciements s'adressent au professeur Yann Leroy, dont la disponibilité, les conseils, remarques et encouragements ont su me guider sur le chemin tortueux du travail de thèse.

Ils vont également à Madame Anne-Laure Mazaud, Monsieur Philippe Casson et aux professeurs Morane Keim-Bagot, François Duquesne et Xavier Henry, avec lesquels les échanges ont toujours été éclairants.

À ma famille et à mes amis, pour leur soutien et leur confiance de tous les instants.

À Samuel Barber, dont l'*Adagio* pour cordes a rythmé mes longues journées de travail.

TABLES DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

Aff. : Affaire
AJDA : Actualités juridiques de droit administratif
AJDI : Actualités juridiques de droit immobilier
AJ contrat : Actualités juridiques contrat
AJ fam. : Actualités juridiques famille
APE : Activité principale exercée
Art. : Article
Ass. plén. : Assemblée plénière
BGB : *Bürgerliches Gesetzbuch*
BJT : Bulletin Joly travail
BOI : Bulletin officiel des impôts
Bull. Joly : Bulletin Joly de droit des sociétés
Bull. civ. : Bulletin des chambres civiles de la Cour de cassation
Cah. cons. const. : Cahiers du Conseil constitutionnel
Cah. soc. : Cahiers sociaux
C. cass. belge : Cour de cassation belge
CCC : Revue Contrats, Concurrence, Consommation
CCE : Communication commerce électronique
Ch. : Chambre
Chron. : Chronique
CE : Conseil d'État
CEDH : Cour Européenne des Droits de l'Homme
Cie : Compagnie
Civ. : Chambre civile
CJCE : Cour de Justice des Communautés Européennes
Coll. : Collection
Com. : Chambre commerciale
Concl. : Conclusion
Cons. const. : Conseil constitutionnel
Crim. : Chambre criminelle
CTTJ : Centre de traduction et de terminologie juridique
CV : *Curriculum vitae*
D. : Recueil Dalloz
D. actu. : Dalloz actualités
DARES : Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques
DC : Contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires, lois organiques, des traités, des règlements des Assemblées
Defrénois : Répertoire du notariat Defrénois
DH : Recueil Dalloz (avant 1941)
Dir. : Direction
DP : Revue périodique et critique mensuel Dalloz (avant 1941)
Dr. et patr. : Revue Droit et patrimoine
Dr. et proc. : Revue de droit et procédure
Dr. ouvr. : Le Droit ouvrier
Dr. soc. : Droit social

Dr. sociétés : Droit des sociétés
éd. : Édition
ég. : Également
ERCL : European Review of Contract Law
Gal. Pal. : Gazette du Palais
HCJP : Haut comité juridique de la place de Paris
Ibid : Au même endroit
In : Dans
Infra : Ci-dessous
Instr. min. : Instruction ministérielle
JCP : La semaine juridique, édition générale
JCP A : La semaine juridique, édition administrative
JCP CI : La semaine juridique, édition commerce et industrie
JCP E : La semaine juridique, édition entreprise
JCP G : La semaine juridique, édition générale
JCP N : La semaine juridique, édition notariale
JCP S : La semaine juridique, édition sociale
JOCE : Journal officiel de la communauté européenne
Journ. des trib. : Journal des tribunaux belge
JSL : Jurisprudence sociale Lamy
JT : Journal des tribunaux France
Just. & cass. : Revue annuelle des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation
LEDC : L'essentiel de droit des contrats
LEDEN : L'essentiel de droit des entreprises en difficulté
LEDICO : L'essentiel de droit de l'immobilier et de l'urbanisme
LGDJ : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
Lexbase Hebdo : Revue Lexbase hebdomadaire
LPA : Les Petites Affiches
NDLR : Note de la rédaction
Not. : Notamment
N° : Numéro
Obs. : Observation
OCDE : Organisation de coopération et de développement économiques
Op. cit. : Cité ci-dessus
p. : Page
Préc. : Précédent
Prud'h : Prud'hommes
PU : Presses Universitaires
Rapp. : Rapport
RCA : Responsabilité civile et assurances
RCC : Revue de la concurrence et de la consommation
RD banc. fin. : Revue de droit bancaire et financier
RDC : Revue de droit des contrats
RDI : Revue de droit immobilier
RDL : Revue droit et littérature
RDLA : Revue des droits et libertés fondamentaux
RDLC : Revue de droit de la concurrence
RDSS : Revue de droit sanitaire et social
RDT : Revue de droit du travail

Rep. civ. : Répertoire de droit civil
Rep. trav. : Répertoire de droit du travail
Req. : Chambre des requêtes
Rev. crit. DIP : Revue critique de droit international privé
Rev. fr. dr. aérien : Revue française de droit aérien
Rev. Lamy dr. contrats : Revue de droit des contrats Lamy
Rev. lég. et jur. : Revue de législation et de jurisprudence
Rev. prat. rec. : Revue pratique du recouvrement
Rev. proc. coll. : Revue des procédures collectives
Rev. soc. : Revue des sociétés
RFDA : Revue française de droit administratif
RFFP : Revue française des finances publiques
RGAT : Revue générale des assurances terrestres
RGDA : Revue général du droit des assurances
RHD : Revue historique de droit français
RIDC : Revue internationale de droit comparé
RIEJ : Revue interdisciplinaire d'études juridiques
RJDA : Revue de jurisprudence de droit des affaires
RJES : Revue juridique des étudiants de la Sorbonne
RJS : Revue de jurisprudence sociale
RLDC : Revue Lamy de droit civil
RRJ : Revue de la recherche juridique
RSC : Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
RTD civ. : Revue trimestrielle de droit civil
RTD com. : Revue trimestrielle de droit commercial
RTD eur. : Revue trimestrielle de droit européen
RTDH : Revue trimestrielle des droits de l'homme
s. : Suivants
S. : Sirey
Sect. : Section
Soc. : Chambre sociale
Spé. : Spécialement à la / au
SSL : Semaine sociale Lamy
Supra : Ci-dessus
T. : Tome
TA : Tribunal administratif
T. com. : Tribunal de commerce
TGI : Tribunal de Grande Instance
TPS : Revue du travail et protection sociale
Trad. : Traduction
V. : Voir

SOMMAIRE

(Une table des matières détaillée figure à la fin de l'ouvrage)

Première partie : L'influence minimale de la réforme

Titre 1 : Une influence minimale contrainte

Chapitre 1 : La soumission de principe des règles spéciales travaillistes aux règles générales civilistes

Chapitre 2 : La limite du conflit de normes

Titre 2 : Une influence minimale accueillie

Chapitre 1 : Le rééquilibrage de puissance informationnelle

Chapitre 2 : Le rééquilibrage de puissance contractuelle

Seconde partie : L'influence fluctuante de la réforme

Titre 1 : Une influence altérée

Chapitre 1 : L'action altérante de la réforme

Chapitre 2 : L'action altérante du droit du travail

Titre 2 : Une influence amplifiée

Chapitre 1 : La recherche de l'équilibre contractuel

Chapitre 2 : La réglementation de l'inexécution contractuelle

INTRODUCTION

1. Le droit commun des contrats et le droit du travail ont souvent été considérés comme des branches antagonistes¹ et leur relation comme celle opposant une mère à son enfant animé par une inépuisable soif d'émancipation². Plus qu'une opposition entre deux branches de droit³, ce sont leurs logiques et finalités respectives qui paraissent, de prime abord, être difficilement conciliables⁴.

2. D'un côté, le droit commun des contrats, parfois présenté comme étant au service des propriétaires⁵ et capitalistes⁶, s'est élaboré en faisant de la liberté contractuelle et de l'égalité des contractants des principes directeurs. Sous l'impulsion de la pensée d'E. Kant et de la libéralisation des échanges économiques, la conception prédominante du contrat au XIX^e siècle était individualiste et volontariste, quand bien même il semblerait que ce n'était pas là l'exacte volonté des codificateurs de 1804⁷. Le principe de l'autonomie de la volonté⁸ avait alors

¹ V. not. F. KHODRI-BENAMROUCHE, *Le Code civil dans les relations de travail*, Thèse, Saint-Étienne, 2002 ; C. SAINT-DIDIER, *Droit du travail et droit des obligations : étude d'une opposition*, Thèse, Aix-Marseille 3, 1996.

² Par exemple, Ch. RADÉ, *Droit du travail et responsabilité civile*, Thèse, Paris 1, p. 1 estime que « le droit du travail est né est à la fin du dix-neuvième siècle des amours tumultueux du droit civil et du droit administratif », et le qualifie d' « enfant terrible ».

³ A. JEAMMAUD, « La part de la recherche dans l'enseignement du droit », *Jurisprudence, revue critique*, 2010, p. 181 définit la branche du droit comme un « segment d'un ordre juridique déterminé ».

⁴ V. not. B. MATHIEU, *Les sources du droit du travail*, Paris, PUF, 1992, p. 87. V. ég. la métaphore utilisée par A. SUPLOT, « Pourquoi un droit du travail ? », *Dr. soc.* 1990. 485, qui estimait que les relations entretenues entre le droit du travail et le droit civil ressemblent à celles que partagent une voiture et un bateau : « leur raison d'être est finalement la même (se déplacer), mais ils répondent à des impératifs différents (s'adapter à une surface solide dans un cas, liquide dans l'autre), si bien qu'on observe entre eux à la fois certaines similitudes et d'énormes différences. De même, le droit civil et le droit du travail ont finalement la même raison d'être, qui est de « civiliser » les relations sociales, c'est-à-dire d'y substituer des rapports de droit aux rapports de force. Mais tandis que le droit civil des obligations évolue sur un terrain solide – celui du sujet de droit, maître de son corps et de sa volonté – celui-ci fait défaut en matière de travail salarié ». On perçoit là une différence de logique entre ces deux branches de droit privé.

⁵ R. SAVATIER, « Destin du Code civil français : 1804 – 1954 », *RIDC* 1954, p. 637.

⁶ A. SUPLOT, *op. cit.*, reprenant la formule de G. SCHELLE, *Le droit ouvrier*, Malakoff, Armand Colin, 2^e éd., 1928, p. 12 et s., qui évoquait « la classe bourgeoise, capitaliste et salariale ».

⁷ Ch. JAMIN, « Quelle nouvelle crise du contrat ? », in Ch. JAMIN, D. MAZEAUD, (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 8.

⁸ Selon Ch. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil*, Paris, Economica, t. 3, 10^e éd., 2021, p. 66 et s., le principe de l'autonomie de la volonté est composé de deux volets : la souveraineté de la volonté, qui signifie que celle-ci « a seule le pouvoir d'engager les individus » et la force obligatoire de la volonté, illustrée par l'ancien article 1134, alinéa 1, du Code civil, dont la portée est aujourd'hui reprise au sein du nouvel article 1103 dudit Code, selon lequel « les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ».

vocation, seul ou presque, à régir la formation, l'exécution et la rupture du contrat⁹. Il en résulte l'inévitable objectivation des parties contractantes, qui, sans regard pour leur situation concrète, se trouvent soumises aux mêmes obligations et jouissent des mêmes droits¹⁰. Ce constat a fait dire à un auteur que, perçu par le droit commun des contrats, le contractant est un « standard désincarné »¹¹, dont la situation personnelle n'est guère appréhendée par la loi.

3. D'un autre, le droit du travail, issu des premières lois ouvrières¹², est depuis toujours viscéralement marqué par un déséquilibre contractuel qui résulte, selon la théorie contractuelle du pouvoir¹³, de la conclusion du contrat de travail. Par la signature de celui-ci, le salarié intègre non seulement une communauté de travailleurs, mais il se place également sous la subordination de l'employeur¹⁴. Le contrat de travail confère alors à ce dernier un pouvoir de direction, de contrôle et de sanction, mis en exergue par la chambre sociale de la Cour de cassation¹⁵, tout en le bornant¹⁶.

⁹ V. not. F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, Paris, LGDJ, t. 1, 2^e éd., 1919, p. 170, selon lequel « dans le vaste domaine des actes juridiques, règne, en maître souverain, le principe de l'autonomie de la volonté individuelle, qui, sous la réserve d'un petit nombre de restrictions impératives, laisse un libre champ à la détermination des droits et à la modification de leur contenu ».

¹⁰ P. LOKIEC, S. ROBIN-OLIVIER, S. DEAKIN, Ch. RADÉ, « Droit du travail et responsabilité civile (1^{re} partie) », *RDT* 2007. 748.

¹¹ G. LOISEAU, « La puissance du contractant en droit commun des contrats », *AJ contrat* 2015. 496. Du même auteur, V. ég. « Droit civil et droit du travail : une relation instable », *Dr. soc.* 2019. 477.

¹² Le Code du travail a été promulgué par la loi du 28 déc. 1910, portant codification des lois ouvrières.

¹³ La source du pouvoir de l'employeur fait l'objet d'une controverse. Certains auteurs estiment, en faisant application de la notion de puissance publique propre au droit public, que le pouvoir de l'employeur trouve son origine dans « l'institution » : V. not. M. HAURIOU, « L'Institution et le droit statutaire », *Recueil de Législation de Toulouse*, 2^e série, t. 11, 1906, p. 134 et s. Selon cette conception, l'employeur dirige parce qu'il détient le pouvoir et détient le pouvoir parce qu'il dirige, ce que certains auteurs appellent l'« auto-juridification du pouvoir » : E. DOCKÈS, G. AUZERO, D. BAUGARD, *Droit du travail*, Paris, Dalloz, 35^e éd., 2022, p. 861. La théorie a su séduire doctrine et jurisprudence (V. not. P. DURAND, « À la frontière du contrat et de l'institution : la relation de travail », *JCP* 1944. I. 337 ; Soc., 15 janv. 1960, *Bull. civ.* V, n° 49, notamment) mais n'est plus appliquée depuis la fin des années 1970 et le contrôle de l'abus de droit de licencier résultant des lois du 13 juillet 1973 et 3 janvier 1975, respectivement relatives à la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée et aux licenciements pour cause économique. Ainsi, selon la théorie contractuelle du pouvoir, l'employeur détient le pouvoir car le salarié y consent par la conclusion du contrat de travail.

¹⁴ La jurisprudence énonce qu'il existe un « lien de subordination inhérent au contrat de travail » : Civ., 1^{re}, 28 mai 2009, n° 08-15.687 ; Civ., 1^{re}, 11 févr. 2010, n° 09-11.324. V. ég. E. DOCKÈS, « Notion de contrat de travail », *Dr. soc.* 2011. 546.

¹⁵ Soc., 13 nov. 1996, n° 94-13.187, *Dr. soc.* 1996. 1067, note J.-J. DUPEYROUX ; *JCP E* 1997. II. 911, note J. BARTHÉLÉMY ; *RDSS* 1997. 847, note J.-C. DOSDAT.

¹⁶ Par exemple, en application du principe civiliste de l'intangibilité contractuelle, l'employeur ne dispose pas de la faculté de procéder unilatéralement à la modification du contrat de travail : Soc., 8 oct. 1987, n° 84-40.902, n° 84-41.903, *Dr. soc.* 1988. 135, note R. SAVATIER ; *D.* 1988. 57, note Y. SAINT-JOURS ; J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD, E. DOCKÈS, G. LYON-CAEN, *Les Grands Arrêts du droit du travail*, Paris, Dalloz, 3^e éd., 2004, spé., n° 48. Toutefois, l'intangibilité du contrat de travail n'est pas la même que celle du contrat de droit commun et connaît certaines déformations, puisqu'il convient de distinguer, au sein même du contrat de travail, les clauses qui appartiennent au socle contractuel, qui ne peuvent faire l'objet d'une modification unilatérale, et celles qui appartiennent au socle informatif, laissées au pouvoir de direction de l'employeur : Soc., 10 juill. 1996, n° 93-41.137, *Dr. soc.* 1996. 976, obs. H. BLAISE ; *JCP* 1997. II. 22768, note Y. SAINT-JOURS ;

La réalité de l'exécution de la relation de travail, en raison du lien de subordination qui lui est inhérent et des pouvoirs détenus par l'employeur¹⁷, s'oppose donc fermement à la fiction civiliste classique selon laquelle chaque contractant est l'égal de l'autre. L'application de ce postulat intangible d'égalité, dont l'absoluité est remise en cause au sein même de la doctrine civiliste¹⁸, s'avère donc peu propice en droit du travail, car la relation individuelle de travail est, à plusieurs égards, pyramidale, hiérarchique¹⁹. Cette inégalité entre les parties au contrat de travail constitue d'ailleurs pour certains le « cœur de la matière »²⁰.

4. Il est rapidement apparu que le droit commun des contrats était insuffisant, voire incapable, de régir opportunément une situation contractuelle déséquilibrée. En effet, tandis que le contractant de droit civil est un sujet de droit qui manifeste librement son consentement en vue de donner naissance à un contrat, la volonté du salarié est quant à elle soumise. Naît alors une contradiction entre le dogme de l'autonomie de la volonté et la subordination²¹, qui contribue à expliquer les difficultés d'application du droit commun des contrats aux relations entretenues entre employeurs et travailleurs subordonnés. Il n'en demeure pas moins qu'en 1804, la relation de travail se voyait appliquer les règles et l'esprit du Code civil²². En effet,

Dr. ouvr. 1996. 457, note P. MOUSSY. Sur ce sujet, V. ég. Ch. RADÉ, « La figure du contrat dans le rapport de travail », *Dr. soc.* 2001. 802 ; J.-Y. FROUIN, « Le contrat de travail et les dérogations au droit commun des contrats », *Dr. soc.* 2017. 697.

¹⁷ La subordination du salarié constitue alors une « clause implicite » automatiquement insérée dans le contrat de travail : G. LYON-CAEN, « L'obligation implicite », *APD*, Paris, Dalloz, t. 44, 2000, p. 109.

¹⁸ Sous l'influence du *Bürgerliches Gesetzbuch* allemand, la notion de contrat d'adhésion a été mise au jour par R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté : Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, Pichon, 1901, p. 229. Il s'agissait pour lui des « conventions où il y a prédominance exclusive d'une volonté, agissant comme volonté unilatérale, qui dicte sa loi [...] ». V. ég. les travaux menés sur le sujet par F. CHÉNÉDÉ, « Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil », *JCP G*, 2016. 766 ; « Raymond Saleilles, le contrat d'adhésion », *RDC* 2012, p. 1017 ; « Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme », *D.* 2015. 1226.

¹⁹ Au-delà même du pouvoir conféré à l'employeur, le déséquilibre contractuel entre les parties au contrat peut également être caractérisé, dans certains cas, par la dépendance dans laquelle se trouve l'(aspirant) salarié. V. not. E. CLAUDEL, « L'abus de dépendance économique : un sphinx renaissant de ses cendres ? (commentaire de l'article 1143 nouveau du Code civil et de la proposition de loi visant à mieux définir l'abus de dépendance économique) », *RTD com.* 2016. 460 ; J.-P. GRIDEL, « Le consentement n'est pas vicié de violence par la seule dépendance économique inhérente au statut salarial », *D.* 2002. 1860 ; O. RIVOAL, « La dépendance économique en droit du travail », *D.* 2006. 891. Pour de plus amples développements sur ce sujet, V. *infra*, n° 465 et s.

²⁰ E. DOCKÈS, G. AUZERO, D. BAUGARD, *Droit du travail*, préc., p. 2.

²¹ A. SUPIOT, « Pourquoi un droit du travail ? », préc.

²² Notamment les articles 1780 et 1781 du Code civil, relatifs au louage de service. Le premier posait l'interdiction de l'engagement perpétuel, en autorisant la résiliation du contrat de louage de service à durée indéterminée à tout moment, par la volonté d'une des parties. Le second, abrogé par une loi du 2 août 1868, disposait que « le maître est cru sur son affirmation, pour la quotité des gages ; pour le paiement du salaire de l'année échue ; et pour les à-comptes donnés pour l'année courante ». Il instaurait ainsi une « impunité des employeurs » (P. BAILLY, D. BOULMIER, « La fin du préjudice nécessaire met-elle en danger l'efficacité des sanctions du droit du travail ? », *RDT* 2017. 374), « une sorte de jugement moral » (A. CASTALDO, « L'histoire juridique de l'article 1781 du Code civil : « le maître est cru sur son affirmation », *RHD* 1977. 211) qui sous-entend qu'en cas de litige, « les ouvriers [pourraient] se servir de témoins entre eux » (Procès-verbal de la séance du 14 nivôse an XII, in P.-A.

l'article 1107, alinéa 1, dudit Code prévoyait la soumission de l'ensemble des contrats aux règles dites « générales », à savoir celles contenues au sein du titre III du livre III du Code civil²³. Puisque le contrat de travail n'avait alors pas « d'identité propre »²⁴, il se trouvait assujéti aux règles et principes généraux de droit commun des contrats. Dans l'esprit des magistrats, le salarié était considéré comme tout autre contractant. Par exemple, travailleurs et marchands se voyaient appliquer les mêmes règles, alors même que la volonté des premiers était subordonnée, à l'inverse de celle des seconds. Cette appréciation objective des parties au contrat de travail faisait fi de l'essence même de la relation de travail, à savoir le lien de subordination.

Inévitablement, l'application des règles générales à la situation très particulière du salariat a accouché de certaines décisions controversées. Par exemple, en se fondant sur les libertés contractuelle et de l'industrie dont profite le chef d'entreprise, la Cour de cassation a censuré un arrêt d'appel qui avait annulé un contrat de travail conclu par un salarié dans une situation de détresse économique avancée²⁵. De même, c'est en application du Code civil que l'inexécution de l'obligation de réintégrer le salarié protégé injustement licencié a longtemps été sanctionnée par le seul octroi de dommages et intérêts, en application de l'ancien article 1142 du Code civil, selon lequel l'inexécution d'une obligation de faire ne pouvait se résoudre que par le paiement d'une somme d'argent²⁶.

5. C'est sur la base du constat de l'inadaptation des règles du droit commun des contrats pour régir opportunément les relations de travail que la législation travailliste s'est petit à petit élaborée. Placé dans l'obligation de fournir une prestation de travail, le salarié doit, pour cela, mobiliser sa « force de travail »²⁷. Cette exploitation du corps humain au cours de la relation de

FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, Videcoq, 1827, p. 255). De surcroît, la jurisprudence faisait également application des articles 1787 à 1799, insérés dans une section portant sur les « Devis et marchés » : V. not. A. COTTEREAU, « Droit et bon droit », *Dr. soc.* 2019. 830.

²³ L'ancien article 1107 du Code civil disposait que « les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales qui sont l'objet du présent titre ».

²⁴ G. LOISEAU, « Droit civil et droit du travail : une relation instable », préc. L'alinéa 2 de l'article 1107 du Code civil prévoyait en effet que « les règles particulières à certains contrats sont établies sous les titres relatifs à chacun d'eux ». Toutefois, en 1804, la relation de travail n'était pas encore régie par des règles particulières et se trouvait donc intégralement soumises aux règles générales civilistes.

²⁵ Civ., 12 déc. 1853, *DP* 1854, 1. 20.

²⁶ Soc., 27 nov. 1952, n° 52-01.718 ; 15 févr. 1961, *Bull. civ.* V, n° 202. V. not. G. LYON-CAEN, « Le refus de réintégrer et l'article 1142 du Code civil », *Dr. soc.* n° 301, mai-juin 1970.

²⁷ Th. REVET, « L'objet du contrat de travail », *Dr. soc.* 1992. 859.

travail²⁸, surtout au XIX^e siècle, alors que le travail était encore essentiellement manuel et physique, a poussé le législateur à protéger les travailleurs considérés comme étant les plus fragiles²⁹. Pour édicter sa première réglementation, le droit du travail, au contraire du droit commun des contrats, s'est forgé sur la prise en compte concrète de la personne du salarié, de son âge ou, *a fortiori*, de sa force de travail. Par-là, il crée une dichotomie entre les travailleurs, qui ne sont pas tous soumis aux mêmes règles³⁰. Ensuite, la législation du travail a quitté les rivages de la protection des salariés jugés comme étant les plus faibles, pour élargir le domaine de ses règles à l'ensemble d'entre eux, par la création d'institutions³¹ mais aussi l'octroi de droits individuels³² et collectifs. En effet, le droit du travail s'est petit à petit déparé de son aspect purement individualiste, pour consacrer la représentation collective des travailleurs

²⁸ Pour J. CARBONNIER, *Droit civil. Les personnes*, Paris, PUF, 14^e éd., 1982, p. 234, le contrat de travail s'analyse en une « aliénation de l'énergie musculaire », qui « répond à la nécessité, pour le salarié, d'engager sa force de travail pour vivre ». V. ég. Th. REVET, *ibid.*

²⁹ Plusieurs lois successives promulguées au cours du XIX^e siècle sont venues réglementer le travail des enfants, voire celui des femmes : loi du 22 mars 1841 relative au travail des enfants employés dans les manufactures, usines ou ateliers (fixation d'un âge minimal de 8 ans et d'une durée maximale journalière du travail en fonction de tranches d'âge), loi du 22 févr. 1851, qui interdit le travail de nuit pour les enfants de moins de 16 ans, loi du 19 mai 1874 sur le travail des enfants et des filles mineurs employés dans l'industrie, dont l'article 9 de la section III interdit également aux femmes de travailler dans les mines, minières et carrières.

³⁰ C'était déjà le cas au sein de la loi du 22 mars 1841 *ibid.*, qui fixe à 8 heures la limite maximale quotidienne de travail pour les enfants âgés de 8 à 12 ans et à 12 heures pour ceux ayant entre 12 et 16 ans. Le Code du travail, aujourd'hui, continue de développer des règles distinctes sur le fondement de l'âge du salarié. Par exemple, tandis que l'article L. 3122-6 du Code du travail énonce que la durée quotidienne de travail d'un travailleur de nuit ne peut, sauf exception, excéder une durée de 8 heures, l'article L. 3163-2 du Code du travail interdit formellement le travail de nuit aux « jeunes travailleurs », c'est-à-dire pour les mineurs de moins de dix-huit ans. Par ailleurs, la définition même du travail de nuit varie avec l'âge du travailleur subordonné. Lorsque celui-ci est âgé de plus de seize ans et de moins de dix-huit ans, le travail de nuit concerne celui effectué entre 22 heures et 6 heures (article L. 3163-1, 1^o, du Code du travail). Lorsqu'il a moins de seize ans, ce travail correspond à toutes les heures effectuées entre 20 heures et 6 heures (article L. 3163-1, 2^o, du Code du travail).

³¹ Comme celle, par exemple, de l'inspection du travail : loi du 19 mai 1874, préc. V. not. J.-L. ROBERT, « Centenaire de l'Inspection du travail. Approches historiques », *Dr. ouvr.* 1993. 77.

³² Par la mise en place d'un régime d'indemnisation des victimes d'accident du travail (loi du 9 avr. 1898 concernant les responsabilités des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail.), le rétablissement du repos dominical (loi du 13 juill. 1906, qui accorde un repos de 24 heures à tous les travailleurs après six jours de travail). Ce repos hebdomadaire minimal se trouve aujourd'hui aux articles L. 3132-1 et s. du Code du travail. Ainsi, il est toujours interdit de « faire travailler un même salarié plus de six jours par semaine » (article L. 3132-1 du Code du travail). De la même manière, deux semaines de travail doivent impérativement être séparées d'un repos minimal d'une durée de 24 heures, auxquelles s'ajoutent « les heures consécutives de repos quotidien » (article L. 3132-2 du Code du travail). Enfin, l'article L. 3132-3 du Code du travail prévoit que « dans l'intérêt des salariés, le repos hebdomadaire est donné le dimanche ». Citons encore la mise en place de la journée de travail de huit heures (loi du 23 avr. 1919. À cet égard, V. not. M. COINTEPAS, « La mise en œuvre de la loi des huit heures de 1919 », *Cahier du Chatefp*, 2000, n^o 4) ou encore la création du billet de congé annuel (loi du 20 juin 1936, instaurant quinze jours de congés payés annuels pour tous les salariés).

subordonnés, qui s'est élaborée dans³³ et en dehors³⁴ du carcan de l'action syndicale. Cette réunion des salariés en collectivité jette un voile sur la subordination individuelle à laquelle chacun d'entre eux est soumis, pour leur permettre de négocier avec l'employeur sur un certain pied d'égalité³⁵. Son développement a contribué à la résorption partielle du déséquilibre de puissance contractuelle³⁶ qui résulte de la soumission de la volonté des travailleurs.

6. L'émergence naissante de la législation travailliste a naturellement modifié les rapports qu'entretenaient le droit commun des contrats et le droit du travail. Jusqu'alors, en l'absence de ce dernier, les relations de travail étaient nécessairement régies par le Code civil. Avec la promulgation des lois sociales puis, en 1910, de la première version du Code du travail, deux corps différents de règles légales pouvaient désormais s'y appliquer. De nouvelles interrogations ont alors point, notamment au sortir de la seconde guerre mondiale. À cette époque, la relation entre les deux branches de droit a commencé à être analysée à travers le prisme de l'autonomie – supposée ou avérée – du droit du travail³⁷. La question était alors de déterminer si ce dernier pouvait, voire devait, opérer une rupture franche et définitive avec le Code civil. Il s'agit en effet là du sens premier du terme « autonomie », qui renvoie à « la faculté

³³ La loi du 21 mars 1884 accorde la liberté aux syndicats professionnels. Par la suite, la loi du 25 mars 1919 relative aux conventions collectives de travail dote lesdites conventions d'un régime propre (V. not. C. DIDRY, *Naissance de la convention collective*, éd. EHESS, 2002), avant que la conclusion des accords de Matignon (signés le 8 juin 1936 entre la confédération générale de la production française, la confédération générale du travail et l'État) ne vienne exclure le principe civiliste de l'effet relatif des contrats de leur domaine d'application. L'article 1165 du Code civil de 1804 prévoyait que « les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121 ». L'application stricte de cet article à l'hypothèse spécifique de la convention collective empêchait que celle-ci produise ses effets à l'égard de tous les salariés. En effet, avec la loi du 25 mars 1919 préc., et jusqu'aux accords de Matignon susmentionnés, la convention collective conclue entre l'employeur ou son représentant et les organisations syndicales représentatives ne produisait d'effets que vis-à-vis des salariés adhérents auxdites organisations.

³⁴ Par la création du corps des délégués du personnel (loi du 24 juin 1936. V. not. J.-L. COSTA, « Les délégués d'ouvriers d'après la loi du 24 juin 1936 », *Revue d'économie politique*, 1937, p. 1394), du comité d'entreprise (ordonnance n° 45-280 du 22 févr. 1945, instituant des comités d'entreprises) et du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (loi n° 82-1097 du 23 déc. 1982, relative aux comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail).

³⁵ Interrogé sur la réunion des salariés en une véritable collectivité, l'homme politique A. RIBOT énonçait en 1901 que « la théorie du contrat collectif qu'on prétend invoquer est en contradiction avec les faits ; elle reste une subtilité métaphysique. Vous me dites que les syndicats pourront bientôt réaliser effectivement le contrat collectif ; c'est possible. Et ce sera peut-être – qui sait ? – un progrès. Car alors les ouvriers représenteraient une organisation réelle, avec une surface financière et des responsabilités qui les mettraient sur un pied d'égalité avec les patrons » : propos rapportés par A. CHATRIOT, « La loi du 25 mars 1919 sur les conventions collectives », *Fondation Jean Jaurès*, 2019.

³⁶ Pour de plus amples développements sur ce sujet, V. *infra*, n° 277 et s.

³⁷ V. not. M. DUVERGER, « Essai sur l'autonomie du droit professionnel », *Dr. soc.* 1944. 276 ; P. DURAND, « Le particularisme du droit du travail », *Dr. soc.* 1945. 298.

de se déterminer soi-même, par ses propres lois »³⁸. Autonome, une branche du droit fonctionnerait en totale autarcie, avec des règles et des principes qui lui sont propres, sans procéder à un quelconque recours à des concepts qui lui sont étrangers. En somme, elle est autosuffisante³⁹. Selon le Professeur Ch. Radé, « toutes les branches du droit se posent la question de leur autonomie »⁴⁰. En cela, le débat autour de l'autonomie du droit du travail fait suite aux discussions relatives à celle du droit commercial⁴¹ ou encore du droit fiscal⁴². Néanmoins, c'est au sujet du droit du travail que la flamme du débat autonomiste s'est avérée la plus vive⁴³. Nombreuses étaient les plumes qui estimaient que la relation de travail devait rompre, au moins partiellement, le cordon ombilical qui la reliait aux règles générales portées par le droit commun des contrats. Ainsi, les reproches adressés à la chambre sociale de la Cour de cassation, dont l'application du Code civil « méconnaît la finalité sociale et l'autonomie

³⁸ G. DE TERSSAC, « Autonomie et travail », in A. BEVORT, A. JOBERT, M. LALLEMENT, A. MIAS (dir.), *Dictionnaire du travail*, Paris, PUF, 2012, p. 47. Pour l'Académie Française, une personne autonome « est capable d'agir par elle-même, de répondre à ses propres besoins sans être influencée » : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9A3281>.

³⁹ V. not. P. DURAND, « Le particularisme du droit du travail », préc., qui définit l'autonomie comme la formation d'une discipline nouvelle et distincte, qui se détache de manière complète pour « s'ériger en un système juridique indépendant », assimilant par-là la notion à celle d'indépendance. Cette conception a ensuite été reprise par G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Paris, Dalloz, 33^e éd., 2020, p. 40, selon lesquels il n'y a guère autonomie sans « sécession » avec la règle générale. Cette assimilation entre l'autonomie et l'indépendance a ensuite été rejetée par B. TEYSSIÉ, J.-F. CÉSARO, A. MARTINON, *Droit du travail : Relations individuelles*, Paris, LexisNexis, 2014, p. 40, qui estiment qu'une branche du droit devient autonome lorsqu'elle développe un « corps de principes généraux qui lui sont propres », sans qu'elle n'en vienne forcément à rompre définitivement tout son « capital génétique hérité de la discipline mère » : L. BENTO DE CARVALHO, *L'apport du droit du travail à la théorie générale de l'acte juridique*, Thèse, Bordeaux, 2015, p. 16. Un auteur semble avoir donné de l'autonomie une définition médiane, qui reprend l'esprit des travaux susmentionnés : « exclusion ou au moins filtrage de règles venues d'ailleurs en fonction de la logique interne de la discipline considérée » : F. GRUA, « Les divisions du droit », *RTD civ.* 1993. 59, repris par Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, Thèse, Paris 2, 2006, p. 114. Pour de plus amples développements à ce sujet, V. *infra*, n° 8.

⁴⁰ Ch. RADÉ, « L'autonomie du droit du travail », in J.-F. CÉSARO, A. MARTINON (dir.), *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, Paris, LexisNexis, 2019, p. 400.

⁴¹ La question de l'autonomie du droit commercial a donné lieu à une passe d'arme entre, d'un côté, E. DELAMARRE, *Traité théorique et pratique de droit commercial*, Paris, t. 4, 1861 et, de l'autre, R.-T. TROPLONG, *Rev. lég. et jur.*, t. 16, p. 47, tous cités par P. et Ph. DIDIER, *Droit commercial. Introduction générale. L'entreprise commerciale*, Paris, Economica, t. 1, 2005, p. 112 et 127. Le premier estimait que le Code civil ne pouvait pénétrer le droit commercial que s'il était en adéquation avec l'intérêt du commerce, tandis que le dernier affirme que « borner le Code civil au simple rôle de raison écrite et lui ôter son caractère de loi des lois c'est rompre la liaison de nos codes pour se jeter dans le vague et l'arbitraire ».

⁴² Une vive discussion doctrinale a opposé L. TROTABAS et F. GÉNY au sujet de l'autonomie du droit fiscal. Pour le premier, le droit fiscal s'est « autonomisé » par rapport au droit privé en raison de son rapprochement avec le droit public : L. TROTABAS, « Les rapports du droit fiscal et du droit privé », *DH* 1926, chron. 29, tandis que pour le second, « l'autonomie du droit fiscal » est une « formule séduisante qui [...] déforme les réalités » : F. GÉNY, « Le particularisme du droit fiscal », *RTD civ.* 1931. 797. Ainsi, F. GÉNY estimait que le droit fiscal possédait son propre « particularisme », sans pour autant être autonome. En droit du travail, ce raisonnement a été repris, quinze années plus tard, par P. DURAND, *op. cit.*

⁴³ Ch. GOLDIE-GENICON, *op. cit.*, p. 111 énonce ainsi que « c'est en droit du travail que les revendications autonomistes ont trouvé la résonance la plus forte ».

fondamentale du droit du travail »⁴⁴ font échos aux critiques exprimées par le procureur général A. Touffait, pour lequel l'utilisation des règles générales en droit du travail mène inévitablement à une impasse, en raison d'un « vice civiliste originel »⁴⁵. Plus encore, dans un article passé à la postérité, le professeur G. Lyon-Caen dénonçait avec vigueur ce « langage du Droit civil [qui] dans les conflits du travail, véhicule un parti-pris favorable à l'une des parties, et est donc un facteur de déséquilibre »⁴⁶. Le droit commun des contrats et le juge qui en faisait application en droit du travail étaient accusés de creuser plus encore le déséquilibre de puissance dont le salarié était victime, au profit de la partie patronale. En conséquence, afin de rééquilibrer lesdites puissances, il conviendrait pour le droit du travail d'abandonner le « langage civiliste » et de ne faire application que de ses propres règles, imprégnées de l'esprit travailliste. Dans une réponse tout aussi connue, le professeur G. Couturier a démontré que ce langage ne véhicule aucun parti-pris⁴⁷ ; en réalité, il serait totalement neutre et pourrait parfaitement être employé par le salarié au soutien de ses demandes⁴⁸. Intrinsèquement, le droit commun des contrats ne serait donc pas particulièrement favorable à l'employeur ; c'est sa mise en œuvre qui le serait.

Appelée de leurs vœux par certains auteurs⁴⁹, voire même proclamée⁵⁰, l'autonomie du droit du travail ne s'est jamais véritablement traduite concrètement et est restée cantonnée au stade de la controverse doctrinale. Aujourd'hui, les auteurs excluent unanimement l'éventualité d'un droit du travail fonctionnant en autarcie et rejetant en bloc l'ensemble des règles générales⁵¹. La Cour de cassation ne s'est d'ailleurs jamais aventurée à consacrer

⁴⁴ G.-H. CAMERLYNCK, « L'autonomie du droit du travail », *D.* 1956, chron. XI, p. 24, qui énonce : « nous voudrions démontrer qu'une telle construction [relative aux courtes prescriptions en vigueur en droit du travail], devenue *inexacte dans son fondement* même (présomption de paiement), *injustifiée quant au but* qu'elle prétend poursuivre (protection de l'employeur vis-à-vis d'un salarié de mauvaise foi), méconnaît enfin la *finalité sociale et l'autonomie fondamentale* du droit du travail ».

⁴⁵ Conclusions du procureur général à l'occasion des arrêts dits « Perrier » rendus par la chambre mixte de la Cour de cassation : Ch. mixte, 21 juin 1974, n° 71-91.225, *Dr. soc.* 1974. 454, concl. A. TOUFFAIT.

⁴⁶ G. LYON-CAEN, « Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail », *RTD civ.* 1974. 229.

⁴⁷ G. COUTURIER, « Les techniques civilistes et le droit du travail », *D.* 1975. 151.

⁴⁸ V. ég. F. KHODRI-BENAMROUCHE, *Le Code civil dans les relations du travail*, préc., p. 189, qui s'aperçoit qu'au sein des litiges du travail, les dispositions du Code civil sont souvent invoquées par les salariés, signe qu'elles peuvent être protectrices de leurs intérêts.

⁴⁹ G.-H. CAMERLYNCK, « L'autonomie du droit du travail », préc. ; G. LYON-CAEN, *op. cit.*

⁵⁰ Pour J.-J. DUPEYROUX, « Droit civil et droit du travail : l'impasse », *Dr. soc.* 1988. 371, « le droit du travail a acquis une ampleur et une autonomie suffisantes pour que l'on ne puisse plus considérer ses dispositions comme autant de dérogations d'interprétation étroite : dans son domaine, il est largement devenu droit commun ».

⁵¹ Selon sa conception stricte, l'autonomie renvoie à l'autarcie. Une branche du droit autonome fonctionnerait alors en vase clos et n'entretiendrait plus aucune relation avec ce qui lui est extérieur. Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préc., p. 135, considère que « le droit autonome [est] alors un ensemble hermétiquement isolé, aux frontières étanches, rebelle à toute intrusion extérieure ». Cette définition fait échos à celle donnée au sujet du droit maritime par R. RODIÈRE, « Le particularisme du droit maritime », *Le droit maritime français*, 1974, p. 195 et s. J.-P. CHAZAL, « Réflexions

l'indépendance totale des règles travaillistes. Il lui serait en effet risqué de se priver définitivement des mécanismes du Code civil ; puisqu'il a l'obligation de trancher le conflit, en dépit de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi⁵², le juge peut devoir faire appel au droit commun des contrats lorsque les règles spéciales travaillistes s'avèrent insuffisantes ou inexistantes⁵³. Par une scission totale avec les règles générales, il abandonnerait des ressources pourtant primordiales en vue de la réalisation de son office.

7. De surcroît, l'autarcie du droit du travail se heurte à un double obstacle, légal et conceptuel. Tout d'abord, en son ancien article 1107, le Code civil soumettait l'ensemble des contrats, qu'ils soient nommés ou non⁵⁴, aux règles de droit commun. Une telle soumission était également prévue à l'article 19, alinéa 1, du Code du travail de 1910, selon lequel « le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun et peut être constaté dans les formes qu'il convient aux parties contractantes d'adopter »⁵⁵. Il ne suffit donc pas au droit du travail de brandir une logique qui lui est propre et éloignée de celle qui innerve le droit commun des contrats pour prétendre à rompre les liens légaux qui les rattachent. En outre, la seule inopportunité des solutions civilistes en droit du travail ne suffit pas à écarter le Code civil du contentieux des relations de travail. Partant, pour qu'une branche de droit privé acquière l'autonomie, il est nécessaire qu'elle démontre que telle était l'intention d'un législateur

épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », *Études du droit de la consommation*, Liber amicorum Jean Calais-Auloy, Paris, Dalloz, 2004, p. 289 estime de son côté qu'un droit autonome « s'auto-institue, s'auto-réglemente et s'auto-alimente ». Cette « autonomie-autarcie » est loin d'emporter l'adhésion unanime de la doctrine. L. BENTO DE CARVALHO, « L'incidence de la réforme du droit des contrats sur le régime du contrat de travail : renouvellement ou *statu quo* ? », *RDT* 2016. 258 affirme que « l'autonomie du droit du travail n'est en effet pas synonyme d'autarcie », là où G. LOISEAU, « Le contrat de travail dans la réforme du droit des contrats », *JCP G*, 2016. 602 écrit que le droit du contrat de travail n'est pas devenu autarcique et continue d'appliquer des règles du droit généraliste, idée que l'on retrouve également chez Ch. GOLDIE-GENICON, « Droit commun des contrats et contrat de travail, 100 ans après », *Dr. ouvr.* 2019. 553. Le rejet de « l'autonomie-autarcie » n'est d'ailleurs pas propre au droit du travail. Il a été démontré qu'une branche spéciale du droit ne peut fonctionner isolément, puisqu'elle rencontre forcément des problèmes de frontières avec d'autres. Par conséquent, une branche ne peut se couper totalement du droit commun des contrats : F. GRUA, « La fée et l'horloge », *RTD civ.* 2001. 319 ; F. POLLAUD-DULIAN, « Du droit commun au droit spécial – et retour », in *Aspects actuels du droit des affaires*, mélanges en l'honneur de Y. GUYON, Paris, Dalloz, 2003, p. 938.

⁵² L'article 4 du Code civil prohibe le déni de justice. Il dispose que « le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ».

⁵³ V. not. Ch. RADÉ, « L'autonomie du droit du travail », *préc.*, p. 403.

⁵⁴ Article 1107 du Code civil.

⁵⁵ Cette disposition se trouve aujourd'hui à l'article L. 1221-1 du Code du travail. Elle suscite toutefois le débat ; en 1910, l'article 19 du Code du travail était inséré dans un chapitre intitulé « dispositions générales » et avait donc vocation à s'appliquer à l'ensemble des phases du contrat de travail, de sa négociation à sa rupture. Malgré la renumérotation du Code, la disposition possédait un caractère général jusqu'au 1^{er} mars 2008, date à laquelle elle a été déplacée dans un chapitre relatif à la « formation du contrat de travail ». Se pose donc aujourd'hui une question sur la portée exacte qu'il convient de donner à l'actuel article L. 1221-1 du Code du travail, d'autant plus que la Cour de cassation ne le vise que rarement : V. not. S. TOURNAUX, « L'autonomie de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail », *Dr. soc.* 2019. 552.

soucieux d'écarter les dispositions de droit général d'un domaine spécial. Dès lors, sauf à rendre une décision manifestement *contra legem*, le juge social n'a d'autre choix que d'appliquer le droit commun des contrats lorsque cela s'avère nécessaire.

Ensuite, dans l'hypothèse uchronique dans laquelle aucun texte légal – spécial ou général – ne viendrait soumettre le contrat de travail aux règles de droit commun, l'autonomie du droit du travail se confronterait à un achoppement plus concret. En effet, elle le guiderait dans « le dénuement et la misère »⁵⁶, selon les termes du professeur G. Lyon-Caen, qui, bien que défavorable à l'utilisation du langage civiliste par la chambre sociale de la Cour de cassation, admet qu'il est absolument inenvisageable de l'exclure définitivement de la sphère travailliste. L'analyse empirique de la jurisprudence de ladite chambre confirme d'ailleurs que le droit commun des contrats a été appliqué en plusieurs domaines des relations de travail⁵⁷, signe que ces dernières ne pouvaient raisonnablement s'en priver.

8. Il apparaît donc que la question n'est pas tant celle de l'autonomie de la matière que celle du degré de cette autonomie. Plusieurs auteurs ont en effet nuancé le terme, pour en alléger la portée. Par-là, ils véhiculent l'idée selon laquelle le droit du travail est peut-être parvenu à créer une certaine distance vis-à-vis du droit commun des contrats. Il en va ainsi du professeur P. Durand, pour qui le droit du travail possède son propre « particularisme », qui renvoie au fait que « ce droit est animé d'un esprit différent de celui du droit privé, il a ses règles, ses catégories juridiques ; il forme, dans l'ordre du travail, un nouveau droit commun, qui a ses propres rameaux pour les diverses activités professionnelles. Il a ses fins, qu'il doit pouvoir atteindre en se créant une technique particulière »⁵⁸. Ce serait donc « l'esprit »⁵⁹ et les « catégories

⁵⁶ G. LYON-CAEN, « Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail », préc.

⁵⁷ C'est le constat qui a été mis en exergue par A. MAZEAUD, « Droit du travail et bicentenaire du Code civil : autour des articles 1134 et 9 du Code civil, ou, du contrat à la personne », in *1804-2004, le Code civil, Un passé, un présent, un avenir*, Université Panthéon-Assas, Paris, Dalloz, 2004, p. 576. Ph. RÉMY, « La jurisprudence des contrats spéciaux. Quarante ans de chroniques à la *Revue Trimestrielle de Droit civil* », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Paris, PUF, 1986, p. 110 constate quant à lui que le contrat de travail « fuit » la catégorie des contrats spéciaux lorsqu'il s'agit de détailler sa réglementation, mais y demeure pour les questions relatives au droit commun des contrats.

⁵⁸ P. DURAND, « Le particularisme du droit du travail », préc.

⁵⁹ On vise ici aussi bien « l'esprit » de la matière que ses « finalités ». Par exemple, A. BRUN, H. GALLAND, *Traité de droit du travail*, Sirey, t. 1, 2^e éd., 1958, p. 9 estiment que le droit du travail est spécifique car « le spirituel doit l'emporter sur le matériel, l'inspiration humanitaire doit primer la réglementation étroite et technique, car la finalité de ce droit réside dans l'Homme ». A. SUPIOT, « Pourquoi un droit du travail ? », préc., fait écho à ce constat, en considérant que le droit du travail présente deux spécificités structurales que le Code civil est incapable de régir : l'objectivation du corps humain et la subordination de la volonté. Dès lors, si l'on considère la législation travailliste comme celle exprimant un « droit de classe » (à l'instar de G. SCHELLE, *Le droit ouvrier*, préc.), il est possible de considérer que la finalité première du droit du travail est la protection de la personne du salarié.

juridiques » du droit du travail qui le distinguerait fondamentalement du droit commun des contrats. Ces aspects, qui lui sont propres et qui lui permettent de développer son propre particularisme⁶⁰, doivent le pousser, selon le même auteur, à s'éloigner le plus possible des règles générales, sans pour autant couper l'ensemble des liens qui l'y rattachent. En somme, il y a une distinction à opérer entre le particularisme juridique, qui représente ce qu'une branche du droit possède comme caractéristiques spécifiques, et ce qui pourrait être nommé sous l'appellation de « communautarisme juridique », dont le sens péjoratif désigne l'action de repli sur soi, de rejet de tout ce qui est extérieur⁶¹. Parce qu'il est particulier, le droit du travail devrait se développer à la marge du Code civil. Parce qu'il ne cède pas au communautarisme, il doit poursuivre à tirer des règles générales ce qui pourrait lui être profitable. En cela, le particularisme d'une branche possède donc une coloration moins vive que son autonomie.

Il en va de même pour les autres termes employés pour qualifier la prise de distance des règles spéciales travaillistes vis-à-vis des règles générales civilistes. Est ainsi parfois évoquée la « spécificité » du droit du travail⁶², dans un sens proche à celui donné au particularisme. Plus récemment, le terme « autonomie » a été associé à plusieurs adjectifs tendant à en atténuer le sens autarcique. La doctrine a ainsi évoqué l'existence d'une autonomie relative⁶³, partielle⁶⁴, voire tempérée et fonctionnelle⁶⁵ du droit du travail. Toutefois, l'ensemble de ces formules a

Toutefois, il a depuis longtemps été démontré qu'en réalité, les finalités poursuivies par la matière sont multiples. Ainsi, un auteur a qualifié le droit du travail de « technique réversible » (G. LYON-CAEN, *Le droit du travail : une technique réversible*, Paris, Dalloz, 1995), tandis qu'A. JEAMMAUD, « Les fonctions du droit du travail », in F. COLLIN et al., *Le Droit capitaliste du travail*, PU Grenoble, coll. Critique du droit, 5, 1980, p. 149 met en exergue « l'ambivalence trop systématiquement méconnue ou cachée d'un droit du travail réputé bienfaisant pour la classe ouvrière et pour elle seule ».

⁶⁰ V. not. F. KHODRI-BENAMROUCHE, *Le Code civil dans les relations de travail*, préc., p. 375 et s. L'auteure scinde le particularisme du droit du travail en deux catégories : les arguments subjectifs, composés de l'esprit et de la finalité du droit du travail et les authentiques singularités, parmi lesquelles elle classe les critères de qualification du contrat de travail, sa structure ou encore la création d'un lien de subordination.

⁶¹ Le dictionnaire Larousse définit le communautarisme comme la « tendance d'une minorité à s'isoler du reste de la société et à revendiquer des droits particuliers » : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/communautarisme/17550>.

⁶² A. BRUN, H. GALLAND, *Traité de droit du travail*, préc., p. 9 ; G. LYON-CAEN, « Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail », préc.

⁶³ V. not. F. GRUA, « Les divisions du droit », *RTD civ.* 1993. 59 ; B. TEYSSIÉ, J.-F. CÉSARO, A. MARTINON, *Droit du travail : Relations individuelles*, préc., p. 39 ; Ch. RADÉ, « L'autonomie du droit du travail », préc., p. 400 et Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préc., p. 146, qui parlent également parfois, en guise de synonyme, d'une « autonomie souple » du droit du travail.

⁶⁴ V. not. G. LOISEAU, « La tentation de l'autonomie », *RJS* 2019. 419. Pour l'auteur, le mot « autonomie » n'a pas qu'un sens autarcique. Ainsi, l'autonomie du droit du travail ne serait pas incompatible avec le maintien des liens qui existent avec le droit commun des contrats. Puisque le droit du travail ne peut pas vivre isolément, son autonomie n'est que relative et partielle.

⁶⁵ J. MOULY, note sous Soc., 13 mars 2001, n° 98-46.411, *JCP* 2001. II. 10562. V. not. Dr. soc. 2001. 624, note Ch. RADÉ ; *JCP E* 2001. 1286, note C. PUIGELIER ; *Cah. soc.* 2001, p. 260, obs. C. CHARBONNEAU.

fait l'objet d'une remise en cause. Tout d'abord, le particularisme et la spécificité ont été critiqués pour leur côté quasi-pléonastique. En effet, comme l'a indiqué le professeur F. GénY, chaque branche du droit possède un certain particularisme⁶⁶, inhérent à l'existence même de ladite branche spéciale ; à défaut, sa réalité et son utilité même pourraient être remises en question. Par conséquent, mettre en avant le particularisme ou les spécificités du droit du travail ne permettrait pas d'opérer pertinemment une quelconque démarcation avec les autres branches du droit et ne parviendrait pas à justifier le rejet au moins partiel du droit commun des contrats dans les frontières travaillistes. De surcroît, les versions édulcorées de l'autonomie du droit du travail, qu'elle soit relative, partielle, souple ou tempérée, ont subi les critiques – rares au demeurant – de ceux pour qui le terme ne possède qu'une seule acception, à savoir la rupture totale et franche avec le droit commun des contrats⁶⁷.

9. Il résulte de ces développements historiques qu'il est concrètement impossible et légalement interdit au droit du travail de proclamer sa totale indépendance. Il s'est toutefois développé en marge des principes généraux du Code civil et possède, à cet égard, un certain degré d'autonomie, qu'il ne nous appartient pas ici de fixer avec exactitude. La relation entre le droit commun des contrats et le droit du travail n'a donc jamais été entièrement rompue. En tout temps, et malgré la promulgation et le développement d'un code qui lui est propre, la matière a connu l'emprise du Code civil. Par exemple, une décennie durant⁶⁸, la chambre sociale de la Cour de cassation a rendu autant d'arrêtés au visa de l'ancien article 1142 du Code civil que les trois chambres civiles réunies⁶⁹, sur l'appui duquel elle a considéré que « l'obligation de réintégrer [un salarié dans l'entreprise] constitue une obligation de faire dont l'inexécution ne peut donner lieu qu'à l'octroi de dommages et intérêts aux termes de l'article 1142 du Code civil⁷⁰ »⁷¹. Partant, lorsqu'un employeur refusait de réintégrer dans l'effectif de son entreprise un salarié dont le licenciement avait été frappé de nullité, le juge refusait de l'y contraindre ; jusqu'en 1972 et l'arrêt dit « Revêt-Sol »⁷², la violation de l'obligation de réintégration ne pouvait donner lieu, pour ledit salarié, qu'à l'octroi de dommages et intérêts.

⁶⁶ F. GÉNY, « Le particularisme du droit fiscal », préc.

⁶⁷ G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, préc., p. 40

⁶⁸ Entre 1985 et 1995,

⁶⁹ V. F. KHODRI-BENAMROUCHE, *Le Code civil dans les relations de travail*, préc., p. 112.

⁷⁰ L'ancien article 1142 du Code civil disposait 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 ».

⁷¹ En premier lieu, V. Soc., 27 nov. 1952, n° 52-01.718, préc.

⁷² Le revirement de jurisprudence résulte de Soc., 14 juin 1972, n° 71-12.508, *Dr. soc.* 1972. 465, note J. SAVATIER ; *D.* 1973. 114, note W. CATALA ; *JCP* 1972. II. 17275, note G. LYON-CAEN.

De même, c'est sur le fondement de l'ancien article 1134, alinéa 3, du Code civil⁷³ que le juge social a découvert l'obligation d'adaptabilité qui pèse sur l'employeur⁷⁴, mais également, peu de temps après, l'obligation de reclassement à mettre en œuvre en cas de licenciement prononcé pour motif économique⁷⁵. Plus encore, la jurisprudence relative à la vie personnelle du salarié, qui s'est développée à cheval entre les XX et XXI^e siècles, repose avant tout sur les dispositions de l'article 9 du Code civil⁷⁶, tandis que l'ancien article 1184 du Code civil, qui avait trait à la résolution judiciaire du contrat, a été le théâtre de discussions animées autour de l'autonomie du droit du travail⁷⁷. Ces exemples, qui pourraient être multipliés, montrent qu'en dépit de sa

⁷³ V. not. F. KHODRI-BENAMROUCHE, *Le Code civil dans les relations de travail*, préc., p. 101 et s. ; A.-L. MAZAUD, *Contrat de travail et droit commun. Essai de mesure*, Thèse, Lyon 2, p. 92 et s. Au-delà de son troisième alinéa, dont la substance se trouve aujourd'hui à l'article 1104 du Code civil et qui est toujours mobilisée (V. not. Soc., 11 mai 2023, n° 21-25.136), l'ancien article 1134 du Code civil se trouve au visa de nombreux arrêts importants de la jurisprudence sociale. Son alinéa 1 disposait que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Repris à l'actuel article 1103 dudit Code, il consacrait le principe de force obligatoire du contrat. Plusieurs arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation, notamment liés à la thématique de la modification du contrat de travail, ont été rendus à son visa : V. not. Soc., 8 oct. 1987, n° 84-40.902, n° 84-41.902, préc. ; Soc., 16 juin 1998, n° 95-45.033, *Dr. soc.* 1998. 803, rapp. Ph. WAQUET ; *Dr. soc.* 1999. 3, note Ch. RADÉ ; *D.* 1999. 125, note C. PUIGELIER ; *D.* 1999. 171, obs. M.-C. AMAUGER-LATTES ; *D.* 1999. 359, chron. J. MOULY ; *JCP* 1998, II, 10161, note D. CORRIGNAN-CARSIN. Son alinéa 2 prévoyait que « [les conventions] ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise », ce que dispose, depuis le 1^{er} oct. 2016, le Code civil en son article 1193. Rares sont les arrêts rendus par la chambre sociale qui visent expressément ce deuxième alinéa ; on en dénombre trois : Soc., 29 mai 1996, n° 92-45.115, *Dr. soc.* 1996. 687, note J. SAVATIER ; *D.* 1997. 49, note J.-P. CHAZAL ; *JCP* 1996. 22711, note F. TAQUET ; Soc., 19 nov. 1996, n° 93-41.745, *Dr. soc.* 1997. 419, obs. J. PELISSIER ; Soc., 16 juill. 1997, n° 94-42.283, *Dr. soc.* 1997. 977, obs. G. COUTURIER ; *JCP* 1997. I. 4064, obs. L. CADIET

⁷⁴ Soc., 25 févr. 1992, n° 89-41.634, *Dr. soc.* 1992. 573, note A. LYON-CAEN ; *Dr. soc.* 1992. 581, note F. FAVENNEC-HÉRY ; *D.* 1992. 390, note M. DÉFOSSEZ ; *RTD civ.* 1992. 760, obs. J. MESTRE ; *JCP E* 1993. II. 430, note J.-J. SERRET.

⁷⁵ Soc., 1^{er} avr. 1992, n° 89-43.494, *JCP E* 1992. I. 162, obs. D. GATUMEL.

⁷⁶ La Cour de cassation a consacré le respect de l'intimité de la vie privée du salarié « même au temps et au lieu de travail ». Cela implique notamment le secret des correspondances : Soc., 2 oct. 2001, n° 99-42.942, *Dr. soc.* 2001. 915, note J.-E. RAY ; *D.* 2001. 3148, note P.-Y. GAUTHIER ; *D.* 2002. 2296, obs. Ch. CARON ; *RTD civ.* 2002. 71, obs. J. HAUSER ; *JCP E* 2001. 1918, note C. PUIGELIER ; *RJS* 2001. 940, note F. FAVENNEC-HÉRY ; *SSL* 2001, n° 1045, p. 6, concl. S. KERHIG. Dans ce sillage et plus récemment, la jurisprudence a également mobilisé l'article 9 du Code civil au sujet du contentieux de l'utilisation des réseaux sociaux dans l'entreprise. Ainsi, Soc., 30 sept. 2020, n° 19-12.058, *Dr. soc.* 2021. 14, étude P. ADAM ; *RDT* 2021. 199, obs. S. MRAOUAHI ; *D.* 2020. 2312, obs. S. VERNAC, Y. FERKANE ; *D.* 2020. 2383, note C. GOLHEN ; *JA* 2021. 38, étude M. JULIEN, J.-F. PAULIN ; nuance l'application stricte des règles de protection de la vie personnelle au sujet des réseaux sociaux (V. ég. Soc., 20 déc. 2017, n° 16-19.609, *JA* 2018. 573, obs. D. CASTEL ; *Dalloz IP/IT* 2018. 315, obs. G. PÉRONNE, E. DAOUD qui énonce que le fait de faire dresser un procès-verbal par un huissier de justice à partir d'un téléphone portable à usage professionnel pour apporter la preuve de la publication de certaines informations sensibles par un salarié sur son compte Facebook « porte une atteinte disproportionnée et déloyale à la vie privée de la salariée ») en considérant que ne porte pas atteinte à la vie personnelle d'une salariée l'employeur qui, sur délation d'un autre salarié qui y avait accès, produit une photographie extraite du compte Facebook privé de ladite salariée, sur lequel elle avait publié des photos de la future collection.

⁷⁷ Ch. mixte, 21 juin 1974, n° 71-91.225, préc., interdit à l'employeur de solliciter la résiliation judiciaire du contrat de travail à l'encontre d'un salarié protégé, solution généralisée à l'ensemble des travailleurs subordonnés par Soc., 9 mars 1999, n° 96-41.734, *Dr. soc.* 1999. 526, obs. A. MAZEAUD ; *D.* 1999. 365, note Ch. RADÉ ; *JCP E* 1999. 1200, note J. MOULY ; *Cah. soc.* 1999, p. 283, obs. P. MUNIER ; *JSL* 20 avr. 1999, n° 34-13, note F. LEFRANCOIS et Soc., 13 mars 2001, n° 98-46.411, préc. En fermant la voie de la résiliation judiciaire à une partie au contrat de travail pour éviter le contournement des règles du licenciement, la jurisprudence sociale

construction éloignée du droit commun des contrats et de ses préceptes fondateurs, le droit du travail n'est jamais parvenu à se défaire entièrement, en son propre territoire, de l'influence des règles générales civilistes⁷⁸.

10. Telle était donc la situation entre les deux branches du droit lorsqu'est intervenue la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, qui s'avère être le résultat d'une longue gestation dont le point de départ peut être fixé en 2004, année du bicentenaire du Code civil⁷⁹. Il s'agit également de l'aboutissement d'une procédure législative scindée en trois étapes distinctes, conformément à l'article 38 de la Constitution⁸⁰ : une loi

s'écarte largement des règles du droit commun des contrats, qui ouvrent la voie de ce mécanisme à l'ensemble des contractants (article 1227 du Code civil).

⁷⁸ Certains auteurs estiment tout de même que le droit du travail a atteint un certain degré de complétude : V. not. G.-H. CAMERLYNCK, « L'autonomie du droit du travail », préc ; P.-H. ANTONMATTEI, « Droit des contrats – droit du travail : les dangers du match retour », *Dr. soc.* 2017. 381, étant précisé que pour le second, la complétude d'une matière ne renvoie pas à son autonomie. V. également ses observations sous Soc., 5 mai 1993, n° 90-41.639, *JCP E* 1994. 527. Pour autant, la doctrine s'accorde majoritairement pour remettre en cause la viabilité, du point de vue travailliste, du « séparatisme absolu du droit du travail » (Ch. RADÉ, « La figure du contrat dans le rapport de travail », préc) avec le droit civil. Par exemple, P. DURAND, « Le particularisme du droit du travail », préc., estimait qu'« aucune branche du droit ne peut se construire isolément ». J.-J. DUPEYROUX, « Droit civil et droit du travail : l'impasse », préc., faisait le constat que « le droit du travail doit utiliser largement des concepts et des catégories du droit civil ». Sur cet aspect, V. ég. Ch. RADÉ, « L'autonomie du droit du travail », préc., p. 406.

⁷⁹ Si l'opportunité d'une réforme d'ampleur du droit des contrats et des obligations était discutée depuis longtemps, le discours prononcé par M. le Président de la République Jacques Chirac le 11 mars 2004 lors du colloque sur le bicentenaire du Code civil constitue une avancée remarquable dans le lancement du projet. L'impulsion de la réforme a aussi été européenne, avec non seulement le développement du droit européen des contrats (travaux de la « commission Lando » sur les principes du droit européen des contrats, mais aussi la volonté de la Commission européenne d'aboutir à une unification du droit des contrats en Europe : communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, JOCE du 13 sept. 2001), mais résulte également du fait que certains pays voisins, tels que l'Allemagne par exemple, aient procédé à la réforme de leur droit des contrats dès le début du XXI^e siècle. Sur ces sujets, V. not. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorie et pratique dans l'ordre du Code civil*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 2018, p. 9 ; Y. LEQUETTE, « Vers un Code civil européen ? », *Pouvoirs*, 2003. 197. Enfin, il est fait état d'une perte de « rayonnement » du Code civil français, car de nombreux pays qui s'en étaient initialement inspirés pour forger leur propre droit des contrats et des obligations s'en sont ensuite détournés petit à petit. À ce sujet. V. not. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations ; O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Paris, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 9.

⁸⁰ L'article 38 de la Constitution dispose que « le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi. Les ordonnances sont prises en Conseil des ministres après avis du Conseil d'État. Elles entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation. Elles ne peuvent être ratifiées que de manière expresse [...] ».

d'habilitation⁸¹, une ordonnance⁸² et une loi de ratification⁸³. Cette première réforme d'ampleur de ce pan du Code civil mène à questionner à nouveau les interactions qu'entretiennent entre eux droit du travail et droit commun des contrats et pousse à apprécier une nouvelle fois l'influence que peut exercer le premier sur le second.

11. Dans cette optique, il convient de commencer par définir le terme « influence ». Cette étape, cruciale, nous permettra ensuite de déterminer si – et dans l'affirmative, comment et pourquoi – la réforme du droit des contrats⁸⁴ produit une influence en droit du travail ou est susceptible, à l'avenir, d'y parvenir. Étymologiquement, le mot « influence » provient du latin *influentia*, qui signifie à la fois « s'écouler » et « influencer »⁸⁵. Il évoque ainsi l'action, qu'elle soit perceptible ou non, volontaire ou irréfléchie, qu'un élément premier exerce sur un second. Au milieu du XIII^e siècle, l'influence renvoyait à « l'action attribuée aux astres sur la destinée des hommes »⁸⁶. Le terme est donc entré dans le vocabulaire français courant par la porte du microcosme de l'astrologie du Moyen-Âge. Rapidement toutefois, il a été employé dans le sens qu'on lui donne aujourd'hui encore, pour désigner « l'action d'un phénomène, d'un agent physique, d'un milieu naturel sur une personne ou une chose »⁸⁷. Enfin, au XVIII^e siècle,

⁸¹ Loi n° 2015-177 du 16 févr. 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, qui habilite le Gouvernement à réformer le droit des contrats et des obligations par voie d'ordonnance.

⁸² Ordonnance n° 2016-131 du 10 févr. 2016, préc.

⁸³ Loi n° 2018-287 du 20 avr. 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Malgré l'appel d'une fraction de la doctrine, la ratification opérée par cette loi n'a pas été « minimaliste » et plusieurs mécanismes codifiés par l'ordonnance du 10 févr. 2016 ont été modifiés. V. not. M. MEKKI, « Pour une ratification minimaliste de l'ordonnance du 10 février 2016 », *AJ contrat* 2017. 462 ; D. MAZEAUD, « Quelques mots sur la réforme de la réforme du droit des contrats », *D.* 2018. 912 ; D. HOUTCIEFF, « Loi de ratification de l'ordonnance de la réforme du droit des contrats, de la preuve et du régime général des obligations : le droit schizophrène », *Gaz. Pal.* 2018, p. 14 ; N. DISSAUX, « La réforme du droit des contrats : de l'ordonnance du 10 février 2016 à la loi de ratification du 20 avril 2018 », *AJDI* 2019. 336. Ces modifications font cohabiter dans le temps trois droits des contrats distincts.

⁸⁴ Notre analyse se cantonne effectivement à la réforme du droit des contrats et non à celle du régime général et de la preuve des obligations. De la même manière, sont exclues du présent travail toutes les considérations liées à la réforme du droit des contrats spéciaux ou de la responsabilité civile.

⁸⁵ Comme l'indique le dictionnaire de l'Académie Française : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9I1207>.

⁸⁶ Le premier sens donné au mot est une « sorte d'écoulement matériel que l'ancienne physique supposait provenir du ciel et des astres et agir sur les hommes et sur les choses » : *Trésor de la langue française*, t. 10, 1983, p. 202. Cette acception du terme se retrouve dans de nombreux écrits, jusqu'en 1730 : F. ROUSTANG, *Influence*, Paris, Les Éditions de Minuit, 2014, p. 67. V. d'AUDIGUIER, *Histoire tragi-comique de notre temps*, 1615 fait dire à l'un de ses personnages ; « Adieu, puisque l'influence de nos étoiles nous condamne à ce départ », tandis que T. DE VIAU, *Œuvres poétiques*, 2^e partie, 1623 écrit : « cela tient d'un esprit où le ciel n'a point mis ce que son influence inspire à ses amis ».

⁸⁷ Définition donnée au terme « influence » par le dictionnaire de l'Académie Française, préc. Cela se retrouve dès 1283 chez le philosophe et poète R. LULLE, *Evast et Blaquerne*, éd. A. Llinares, 1283, p. 146, qui parle de l'*influence de devoción* (que l'on peut traduire littéralement par « l'influence de la dévotion ») non plus dans un sens astral ou divin, mais dans la relation entre deux protagonistes.

l'influence est devenue synonyme d'autorité et de prestige exercé par les personnes disposant du pouvoir⁸⁸.

Dans le cadre de nos recherches, l'emploi du terme « influence » nous paraît plus précis que celui d'autres mots au sens quasi-synonymique. Il en va ainsi, premièrement, de l'« impact » qui, en son sens figuré, renvoie à « un effet violent, une vive répercussion »⁸⁹. Sans même évoquer les débats qui secouent l'utilisation du mot⁹⁰, il apparaît que cette acception de l'« impact » puisse être assimilée au sens qui est communément celui du mot « effet »⁹¹. Apprécier l'impact que produit la réforme du droit des contrats en droit du travail reviendrait alors à analyser l'effet concret de son application dans les relations individuelles et collectives de travail. Cela mènerait néanmoins à exclure plusieurs pans entiers de la réflexion, pourtant primordiaux : le renouvellement de l'analyse théorique de la relation qu'entretiennent aujourd'hui les deux branches du droit suite à leur(s) réforme(s) respective(s)⁹² tout d'abord, l'appréciation de la manière dont le droit du travail reçoit ou exclut les nouveaux mécanismes civilistes, ensuite. En effet, puisque l'impact renvoie à l'effet, aux conséquences, il délaisse les cheminements techniques et intellectuels qui le précèdent⁹³. C'est ce que met en exergue l'Encyclopédie Universelle qui, lorsqu'elle évoque l'« influence », précise que le terme permet également de mettre l'accent sur « la manière dont le résultat est acquis »⁹⁴.

⁸⁸ F. ROUSTANG, *Influence*, préc., p. 66, qui vise l'influence d'un prince, du gouvernement ou de la religion. V. ég. F.-M. AROUET, *Dictionnaire philosophique portatif*, 1764 ; *Lettre à Mme du Deffant*, mars 1765.

⁸⁹ Selon la définition qu'en donne le dictionnaire de l'Académie Française : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9I0302>.

⁹⁰ Ch. REY, « Les recommandations normatives de la neuvième édition du Dictionnaire de l'Académie française : une lexicographie institutionnelle assumée », *Carnets d'Atelier de Sociolinguistique*, 2012, n° 5, qui parle d'une « extension abusive lorsqu'on emploie « impact » en parlant d'une influence diffuse ou générale ».

⁹¹ Selon le dictionnaire de l'Académie Française, le mot « effet » renvoie à « la conséquence d'un acte, d'un phénomène » : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9E0467>.

⁹² Le droit du travail a, lui aussi, été réformé en profondeur au cours de la décennie passée : accord national interprofessionnel du 11 janv. 2013, repris par la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, ordonnances du 22 sept. 2017 relatives au renforcement de la négociation collective, à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise, à la prévisibilité et à la sécurisation des relations de travail.

⁹³ En appréciant « l'impact » de la réforme sur le droit du travail, à l'instar d'Y. PAGNERRE, « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », *Dr. soc.* 2016. 727 ; Ch. RADÉ, « L'impact de la réforme du droit des contrats en droit du travail », *Lexbase Hebdo* n° 645, 2016, nous pourrions constater l'(in)application de certains de ses mécanismes et les conséquences de cela emporte. Par contre, le terme ne permet pas d'expliquer les raisons pour lesquelles certaines règles trouvent application en droit du travail tandis que d'autres en sont rejetées.

⁹⁴ https://encycopedie_universelle.fr-academic.com/10298/INFLUENCE.

En outre, il est selon nous impératif d'écarter le terme « apport » de notre sujet. Il se distingue de l'« influence » par son caractère conscient⁹⁵. Or, nos recherches démontreront que l'influence de la réforme du droit des contrats en droit du travail pourrait nettement différer de la conscience qu'en avaient le Gouvernement en 2016 et le Parlement en 2018. Aussi, sans tomber dans le champ de la divination⁹⁶, il nous incombera d'apprécier cette influence de manière exhaustive, que celle-ci ait été consciemment envisagée ou non. Seule l'utilisation du mot « influence », dont le champ sémantique est plus étendu que celui des autres termes qui lui sont proches, nous l'autorise.

12. Notre droit privé fait un usage pluriel du mot « influence ». En certaines occasions, il est employé pour évoquer l'effet que produit une personne ou une chose sur une autre. Il en est ainsi du chapitre IV du titre III du livre II de la partie législative du Code de la route, consacré à la « conduite sous l'influence de l'alcool ». L'« influence », dans cette hypothèse, renvoie aux conséquences de la substance sur l'automobiliste⁹⁷. Le terme est mobilisé dans un sens identique au sein de l'article 1844-12, alinéa 2, du Code civil⁹⁸, relatif à la nullité d'une société, des actes ou des délibérations de celle-ci, et qui dispose que « la société ou un associé peut soumettre au tribunal saisi dans le délai prévu à l'alinéa précédent, toute mesure susceptible de supprimer l'intérêt du demandeur notamment par le rachat de ses droits sociaux. En ce cas, le tribunal peut, soit prononcer la nullité, soit rendre obligatoires les mesures proposées si celles-ci ont été préalablement adoptées par la société aux conditions prévues pour les modifications statutaires. Le vote de l'associé dont le rachat des droits est demandé est sans influence sur la décision de la société ». Ainsi, lorsqu'un associé est incapable de contracter ou victime d'un vice du consentement, la société ou les autres associés peuvent proposer toute mesure – comme le rachat de ses droits – visant à supprimer son intérêt à demander la nullité de la constitution de la société ou d'un acte postérieur. Dans cette circonstance, le vote de l'associé concerné est dénué de toute influence, de tout effet⁹⁹.

⁹⁵ Il s'agit de la distinction opérée entre les deux termes par L. BENTO DE CARVALHO, *L'apport du droit du travail à la théorie générale de l'acte juridique*, préc., p. 29.

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ Dans cette hypothèse, le terme « impact » semblerait donc plus approprié.

⁹⁸ Cet article, inséré dans le chapitre I (intitulé « dispositions générales ») du titre IX (intitulé « de la société ») du livre III (intitulé « des différentes manières dont on acquiert la propriété ») du Code civil, est le seul, au sein dudit Code, à faire utilisation du mot « influence ».

⁹⁹ À nouveau, l'utilisation du terme « impact » serait ici plus opportune.

Il est d'autres occasions où le vocable est utilisé dans son acception première, et plus particulièrement comme l'action d'une personne – physique ou morale – sur une autre. Ainsi, le trafic d'influence, visé en une dizaine d'occurrences par le Code pénal, renvoie au fait « pour une personne de se laisser rémunérer (sur sa sollicitation ou à la demande d'un tiers) pour user de son influence »¹⁰⁰. Qu'il soit actif¹⁰¹ ou passif¹⁰², le délit s'entend comme le fait d'utiliser volontairement son pouvoir dans l'optique d'obtenir, pour soi ou autrui, un résultat escompté, moyennant rémunération. L'« influence », en l'espèce, concerne donc l'action d'un agent et son effet sur une tierce personne. Comme nous le détaillerons ci-dessous¹⁰³, nous avons retenu une signification identique pour nos recherches. Le même sens est d'ailleurs ponctuellement donné au mot par le Code du travail¹⁰⁴. L'« influence » est surtout mentionnée dans le domaine de la représentativité des organisations syndicales de salariés, à l'article L. 2121-1, 6°, dudit Code, selon lequel « l'influence, prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience » constitue l'avant-dernier critère¹⁰⁵. En amont de la refonte de ces critères, opérée par la loi du 20 août 2008¹⁰⁶, « l'influence constituait [...] un des deux axes à partir desquels la Cour de cassation invitait les juges du fond à apprécier la représentativité du syndicat »¹⁰⁷, ce qui se constate tout particulièrement dans un arrêt rendu le 3 décembre 2002. Dans une espèce où un établissement alsacien de la Caisse d'épargne contestait la représentativité d'un syndicat et,

¹⁰⁰ « Trafic d'influence », Dalloz, fiche d'orientation, 2022.

¹⁰¹ V. les articles 435-3, 435-4, mais aussi 435-5 à 435-6-2 et 435-9 à 435-10 du Code pénal. Le trafic d'influence actif est défini par « le fait pour une personne de rémunérer la mise en œuvre de son influence par l'agent concerné » : W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », *Rep. pénal et procédure pénale*, Dalloz, 2019, spé., n° 711.

¹⁰² V. les articles 435-1, 435-2, mais aussi 435-5 à 435-8 du Code pénal. Le trafic d'influence passif renvoie au fait « pour un agent de se laisser acheter pour user de son influence » : *ibid.*

¹⁰³ V. *infra*, n° 13.

¹⁰⁴ Le terme « influence » est utilisé dans de nombreux autres codes, à savoir les Code de justice administrative, Code des postes et des communications électroniques, Code des juridictions financières, Code général de la fonction publique, Code pénitentiaire, Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, Code minier, Code électoral, Code de l'énergie, Code de la commande publique, Code général des collectivités territoriales, Code des transports, Code de la construction et de l'habitation, Code du cinéma et de l'image animée, Code du sport, Code général des impôts, Code rural et de la pêche maritime, du Code de procédure, Code du patrimoine, Code de l'éducation, Code des douanes, Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique, Code monétaire et financier, Code de la défense, Code de la consommation, Code de la sécurité sociale, Code des assurances, Code de l'environnement, Code de la mutualité, Code de commerce, Code de l'action sociale et des familles et le Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre. Nous avons cependant fait le choix de ne pas en détailler l'usage.

¹⁰⁵ Ce même critère est visé à l'article L. 2151-1, 5°, du Code du travail, au sujet de la représentativité des organisations professionnelles d'employeurs, mais aussi à l'article L. 7343-3, 6°, du Code du travail, relatif à la représentativité des organisations syndicales propres aux travailleurs de plateforme.

¹⁰⁶ Loi n° 2008-789 du 10 août 2008 portant sur la rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

¹⁰⁷ Y. FERKANE, « Syndicats professionnels : prérogatives et action », *Rep. trav.*, Dalloz, 2020, spé., n° 282.

partant, la nomination d'un délégué syndical¹⁰⁸, la chambre sociale a jugé « que, dès lors qu'il constate l'indépendance et caractérise l'influence du syndicat au regard des critères énumérés par l'article L. 133-2 du Code du travail, le tribunal d'instance apprécie souverainement la représentativité. Et attendu que le jugement, qui a fait ressortir que l'indépendance du syndicat n'était pas contestée et que son influence était réelle, échappe aux critiques du moyen [...] »¹⁰⁹. Le juge social a ensuite précisé que cette influence se distingue notamment derrière les actions menées par le syndicat et leurs résultats¹¹⁰. Derechef, transparaît ici l'idée d'un agissement, celui du syndicat, qui génère des effets sur autrui, à savoir l'entreprise et la communauté des salariés. La conjugaison de ces deux éléments¹¹¹ permet de qualifier l'influence du syndicat dans l'entreprise.

13. Sur cette base, l'influence telle que nous l'entendrons dans ce travail de recherche se définit par l'action continue et les effets produits par une branche du droit, le droit commun des contrats¹¹², par le biais de sa réforme, au sein d'une autre, le droit du travail¹¹³.

14. Pour tenter d'apprécier avec précision quel est le degré d'influence de la réforme du droit des contrats sur le droit du travail, il paraît aussi nécessaire qu'impératif de revenir plus largement sur sa genèse, son contenu et le contexte dans lequel elle a été mise en œuvre.

15. C'est peu de chose que de dire qu'en l'espace de deux cent ans¹¹⁴, la pratique du droit des contrats a connu de profondes transformations. Néanmoins, donnant corps à « l'étrange longévité » mentionnée par le Président J. Chirac lors de son discours prononcé en 2004 pour célébrer le bicentenaire du Code civil, le titre III du livre III de celui-ci, consacré aux « sources

¹⁰⁸ L'article L. 2143-3 du Code du travail précise que seule une « organisation syndicale représentative dans l'entreprise ou l'établissement d'au moins cinquante salariés, qui constitue une section syndicale [...] » peut y désigner un délégué syndical.

¹⁰⁹ Soc., 3 déc. 2002, n° 01-60.729, *Dr. soc.* 2003. 298, obs. J.-M. VERDIER ; *Dr. soc.* 2006. 235, obs. P.-Y. VERKINDT ; *JCP S* 2005. 1378, note Th. LAHALLE.

¹¹⁰ Et ce même si elles le sont conjointement avec une autre organisation : Soc., 29 févr. 2012, n° 11-13.748, *Dr. soc.* 2012. 528, obs. L. PECAULT-RIVOLIER ; *RDT* 2012. 299, note I. ODOUL-ASOREY ; *D.* 2012. 2622, obs. P. LOKIEC, J. PORTA ; *JCP S* 2012. 1168, note B. GAURIAU.

¹¹¹ Auxquels s'ajoute l'expérience du syndicat.

¹¹² Entendu comme le sous-titre I du titre III du livre III du Code civil, là où, par exemple, le travail de recherche de C. DUCHEMIN, *L'application du régime général des obligations en droit du travail*, Thèse, Paris 2, 2023, est cantonné aux relations entretenues par le droit du travail avec le titre IV du livre III dudit Code civil, que l'auteur nomme sous le vocable de « régime général des obligations ».

¹¹³ Sans étendre les recherches à l'autre matière qui compose habituellement le droit social, à savoir le droit de la sécurité sociale.

¹¹⁴ Depuis la promulgation du Code civil en 1804.

d'obligations », n'a guère subi de modification au cours de ces deux siècles¹¹⁵. Par exemple, jusqu'en 2016, les définitions du contrat¹¹⁶ et de ses différentes catégories¹¹⁷ étaient celles imaginées par les rédacteurs de 1804¹¹⁸. Il en va de même pour les conditions de validité du contrat¹¹⁹, les dispositions relatives à son inexécution¹²⁰ ou celles inhérentes aux effets des obligations¹²¹.

Pourtant, depuis la loi du 30 ventôse de l'an XII qui l'a promulgué, le Code civil a été témoin des bouleversements provoqués par les révolutions industrielle et numérique. De manière inexorable, la pratique s'est éloignée de la lettre du droit commun des contrats, en s'adaptant aux évolutions techniques, technologiques et sociétales. Par ce biais, elle a entraîné, en quelque sorte, l'obsolescence des règles du Code civil, opérant lentement la bascule d'un droit d'origine légale vers un droit largement jurisprudentiel. C'est le constat que faisait M. G. Cornu en 1976, qui énonçait que « la pérennité formelle du titre III du livre III du Code civil constitue une apparence trompeuse. La lettre de la loi n'a pas changé [...] mais c'est un support creux [...]. Le titre des contrats ne contient plus le vrai droit des obligations. Il est devenu un mauvais témoin, un faux témoin de son évolution réelle. La loi écrite est dépassée par le droit vivant »¹²². Ainsi, les règles applicables aux contrats n'étaient plus seulement fixées par le Code

¹¹⁵ L'immense majorité des règles du titre III du livre III du Code civil n'a pas été modifiée entre 1804 et 2016. Le titre a par contre été complété par touches successives. La loi du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs apporte ainsi des nouveautés relatives à la capacité, tandis que celle du 11 octobre 1985 relative à la clause pénale et au règlement des dettes modifie les articles 1152 du Code civil (révision de la clause pénale excessive ou dérisoire) et 1244 et suivants du Code civil (échelonnement des dettes). De surcroît, la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique a intégré deux articles abrogés par l'ordonnance du 10 février 2016 au sujet de la formation électronique du contrat.

¹¹⁶ L'ancien article 1101 du Code civil définissait le contrat comme « 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 ». V. not. Y. LEQUETTE, F. TERRÉ, Ph. SIMLER, F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil, Les obligations*, Paris, Dalloz, 12^e éd., 2018, p. 32 et s.

¹¹⁷ La définition des contrats synallagmatique, unilatéral, onéreux, gratuit (appelé contrat de bienfaisance), commutatif et aléatoire n'a pas évolué entre 1804 et 2016.

¹¹⁸ À savoir F.-D. TRONCHET, F.-J.-J. BIGOT de PREAMENEU, J.-É.-M. PORTALIS et J. de MALEVILLE, sous la direction de J.-J.-R. de CAMBACÉRÈS.

¹¹⁹ Anciens articles 1108 à 1133 du Code civil.

¹²⁰ Anciens articles 1146 à 1155 du Code civil.

¹²¹ Anciens articles 1134 à 1145 du Code civil.

¹²² G. CORNU, « Regards sur le Titre III du Livre III du Code civil », in *La rénovation du Code civil*, éd. Panthéons-Assas, 2017, p. 271, cité par Y. LEQUETTE, « Y aura-t-il encore en France, l'an prochain, un droit commun des contrats ? », *RDC* 2015, p. 616.

civil, mais de plus en plus consacrées par la jurisprudence¹²³. Cette « décivilisation »¹²⁴ du droit des contrats est certes l'œuvre des pratiques contractuelles et judiciaires, mais résulte aussi naturellement du seul écoulement du temps. Aussi complet et avant-gardiste était-il, le Code civil imaginé en 1804 par ses rédacteurs s'est finalement avéré, comme tout écrit, incapable d'anticiper l'ensemble des profondes mutations que la société s'apprêtait à connaître¹²⁵. On songe à la désormais récurrente conclusion numérique du contrat, qui impacte son mode de formation, à certains régimes de responsabilité civile délictuelle¹²⁶, mais également aux règles qui régissaient l'activité des travailleurs¹²⁷.

16. La réforme du droit des contrats¹²⁸ avait alors notamment pour objectif de refaire du Code civil un texte de référence, propre à régir l'ensemble des relations contractuelles contemporaines¹²⁹, ce qui laissait imaginer une refonte de fond du droit des contrats, présage que l'on retrouve implicitement dans la lettre de la loi d'habilitation du 16 février 2015¹³⁰. Autorisé par le Parlement à réformer le droit des contrats et des obligations par voie d'ordonnance en dépit de l'opposition sénatoriale initiale¹³¹, le Gouvernement s'est vu fixer un

¹²³ V. not. Y. LEQUETTE, F. TERRÉ, Ph. SIMLER, F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil, Les obligations*, préc., p. 30 : « il ne faut cependant pas croire que le droit commun des contrats était resté figé. Derrière cette lettre inchangée se dissimulaient de profondes mutations qui étaient principalement l'œuvre de la jurisprudence ».

¹²⁴ *Ibid.* On pourrait également parler de « décodification », car si le droit demeurait civil, sa source principale n'était plus le Code civil, mais la jurisprudence de la Cour de cassation. V. not. X. HENRY, « Brèves observations sur le projet de réforme de droit des contrats... et ses commentaires », *D.* 2009. 28.

¹²⁵ Les rédacteurs du Code civil en avaient d'ailleurs conscience. C'est ainsi que J.-E.-M. PORTALIS, dans son discours préliminaire sur le projet de Code civil du 1^{er} pluviôse de l'an IX, déclarait : « un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé, que mille questions inattendues viennent s'offrir au magistrat. Car les lois, une fois rédigées, demeurent telles quelles ont été écrites ; les hommes, au contrat, ne se reposent jamais ; ils agissent toujours ».

¹²⁶ Il était effectivement difficile pour les rédacteurs du Code civil de 1804 de prévoir, par exemple, un régime spécifique de responsabilité pour les victimes d'accidents de la circulation, la voiture n'ayant été inventée qu'à la fin du XIX^e siècle.

¹²⁷ Au début du XIX^e siècle, le salariat libre ne s'était pas encore imposé en France, ni en Europe. Le travail des enfants n'était guère réglementé. Les secteurs de l'agriculture et de l'artisanat étaient encore largement dominants. On estime qu'en 1820, les secteurs industriel et commercial n'employaient que 25 % de la main d'œuvre. V. not. A. KOMLOSY, « Les conditions de travail de 1800 à 2000 : configurations globales et développement inégal dans le textile », in *Le mouvement social*, Presses de Sciences Po, 2012, p. 167 ; A. MADDISON, *L'économie mondiale : une perspective millénaire*, Paris, OCDE, 2001, p. 95 ; A. DEWERPE, *Le monde du travail en France, 1800 – 1950*, Malakoff, Armand Colin, 2^e éd., 2020.

¹²⁸ Par cette formule et sauf précision, nous visons les deux étapes successives de ladite réforme, à savoir l'ordonnance du 10 févr. 2016 et la loi du 20 avr. 2018 qui en procède à la ratification.

¹²⁹ V. *infra*, n° 17, n° 20. C'est ce qu'appelait de ses vœux P. CATALA, « Il est temps de rendre au Code civil son rôle de droit commun des contrats », *JCP* 2005. 170.

¹³⁰ Loi n° 2015-177 du 16 févr. 2015, préc. V. not. S. ROSALA, « Projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations : véritable révolution ou simple cartographie du livre III du Code civil ? », *Lexbase Hebdo*, 2015, n° 606.

¹³¹ Loi n° 2015-177, *ibid.* Cette habilitation est le fruit d'un long processus législatif, qui a démarré le 27 nov. 2013 par le dépôt devant le Sénat d'un projet de loi tendant, notamment, à autoriser le Gouvernement à légiférer par voie d'ordonnance (article 3 du projet de loi), ce à quoi le Sénat s'est opposé, énonçant que « la réforme du droit

cap précis à suivre, car l'article 8 de la loi d'habilitation énonce clairement les objectifs que la réforme devait atteindre : « le Gouvernement est autorisé à prendre par voie d'ordonnance les mesures relevant du domaine de la loi nécessaires pour modifier la structure et le contenu du livre III du Code civil, afin de moderniser, de simplifier, d'améliorer la lisibilité, de renforcer l'accessibilité du droit commun des contrats, du régime des obligations et du droit de la preuve, de garantir la sécurité juridique et l'efficacité de la norme [...] ». Suivent ensuite treize points par le biais desquels le Parlement dessine concrètement les contours de la réforme. Les termes employés par le législateur au cours de cette énumération révèlent les objectifs principaux confiés au Gouvernement ; il est question de « clarifier »¹³² non seulement les dispositions applicables en matière de négociation, mais encore celles relatives à la nullité ou la caducité, d'« expliciter »¹³³ les règles concernant les formes d'extinction de l'obligation ou de « préciser »¹³⁴ celles relatives au processus de conclusion du contrat ou ayant trait aux effets de celui-ci. Par l'utilisation du champ lexical de l'explication, on décèle le premier objectif de l'ordonnance du 10 février 2016, à savoir le renforcement de l'accessibilité du droit commun des contrats¹³⁵. Ce pan de la réforme ne suggère néanmoins pas de modifier le fond du droit, puisqu'il s'agit moins de bouleverser les dispositions contenues par le Code civil depuis 1804 que de les rendre compréhensibles pour le plus grand nombre. Cela est confirmé par l'emploi des mots « définir »¹³⁶, « simplifier »¹³⁷ et « indiquer »¹³⁸, qui réaffirment tous la volonté d'accroître le degré d'intelligibilité des règles générales.

des obligations et des contrats, réforme majeure du Code civil, est trop importante pour être conduite par ordonnance » : communiqué du Sénat du 15 janv. 2014. C'est toutefois l'Assemblée Nationale qui a eu le dernier mot, autorisant la réforme par voie d'ordonnance en seconde lecture, le 22 janv. 2015. V. not. C. CAPDEVIELLE, *Rapport fait au nom de la commission des lois*, 28 janv. 2015, n° 2525 : « votre commission estime, en particulier, s'agissant de l'article 3, que le recours à l'ordonnance est indispensable, compte tenu de la technicité de cette réforme urgente, de son volume et de l'encombrement de l'ordre du jour parlementaire ».

¹³² Le terme est employé à six reprises dans l'article 8 de la loi n° 2015-177 préc., aux points 1°, 4°, 5°, 7°, 10° et 12°.

¹³³ Point 10° de l'article 8 susmentionné.

¹³⁴ Le terme est utilisé à cinq reprises dans l'article 8 susmentionné, aux points 1°, 6°, 10°, 11° et 12°.

¹³⁵ F. COLLY, « Présentation », in S. BROS (dir.), *Les innovations de la réforme du droit des contrats*, Institut Universitaire de Varenne, 2018, p. 10 indique qu'« il apparaît que la jurisprudence est d'une accessibilité et d'une interprétation délicates et la seule lecture du code par les citoyens et les acteurs économiques ne donne plus une connaissance suffisante de l'état de notre droit ». V. ég., D. HOUTCIEFF, « Le nouvel équilibre contractuel », in S. BROS (dir.), *Les innovations de la réforme du droit des contrats*, préc., p. 56.

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ Points n° 2 et 12°, au sujet des conditions de validité du contrat et des règles relatives à la preuve des obligations.

¹³⁸ Point n°3, au sujet des principales règles de forme du contrat.

17. On trouve également dans les directives imposées au Gouvernement le souci de procéder à la rénovation du droit commun des contrats. Il lui est ainsi demandé de « consacrer »¹³⁹ ou d'« introduire »¹⁴⁰ dans le Code civil des mécanismes qui lui étaient jusqu'alors étrangers¹⁴¹. Derrière ces deux mots se perçoit le second objectif de la réforme : la modernisation du droit commun des contrats. Cette volonté fait écho à la pensée susmentionnée du professeur G. Cornu, afin que le Code civil ne soit plus qu'un simple « support creux »¹⁴². Ladite modernisation va, semble-t-il, de pair avec une aspiration implicite qui dicte la majorité des points de l'article 8 de la loi d'habilitation, à savoir la réaffirmation de l'attractivité du droit des contrats français sur la scène internationale¹⁴³. Il n'a en effet échappé à personne que notre système juridique n'a pas su convaincre la Banque Mondiale, qui, annuellement, publie un classement des pays au sein desquels il est le plus aisé de « faire des affaires »¹⁴⁴. L'influence de ce classement sur la volonté réformatrice française est expressément mentionnée par le rapport remis au Président de la République suite à la promulgation de l'ordonnance du 10 février 2016, qui énonce que « l'enjeu au niveau international d'une telle réforme du droit français est économique : les rapports « *Doing business* » [...] ont contribué à développer l'image d'un droit français complexe, imprévisible et peu attractif »¹⁴⁵. Dès lors, la restauration de l'attractivité française sur la place internationale des affaires constitue, pour certains, l'ambition principale de la réforme¹⁴⁶. La modernisation du droit commun des contrats serait alors un moyen de redorer sa propre attractivité, dans l'espoir que la législation française soit plus fréquemment mobilisée dans l'optique de régir les contrats internationaux.

18. Il est encore un dernier objectif, qui ne dit toutefois pas son nom et qui semble d'ailleurs aller à rebours de cette (re)conquête d'attractivité : la protection de la « partie faible » du contrat. Omniprésente en droit de la consommation, mais également en droit du travail, cette considération jure avec la conception française du contrat. Pourtant, l'article 8, 2° de la loi d'habilitation impose la codification d'un « devoir d'information », celle de la « notion de

¹³⁹ Le terme est utilisé à cinq reprises dans l'article 8 susmentionné, aux points 2°, 6°, 9° et 11°.

¹⁴⁰ Le terme est utilisé à trois reprises dans l'article 8 susmentionné, aux points 2°, 8° et 10°.

¹⁴¹ Le point n° 2 évoque la « consécration d'un devoir d'information », tandis que le point 10° évoque l'introduction d'un « régime général des obligations ».

¹⁴² G. CORNU, « Regards sur le Titre III du Livre III du Code civil », préc.

¹⁴³ Motivation déjà mise en avant par X. HENRY, « Brèves observations sur le projet de réforme de droit des contrats... et ses commentaires », préc.

¹⁴⁴ Classement *Doing Business*, Banque Mondiale. V. not. F. COLLY, « Présentation », préc., p. 11.

¹⁴⁵ Rapport remis au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131, préc.

¹⁴⁶ G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorie et pratique dans l'ordre du Code civil*, préc., p. 19 et s.

clause abusive » et de « dispositions permettant de sanctionner le comportement d'une partie qui abuse de la situation de faiblesse de l'autre ». Par ces biais, la réforme entend promouvoir la justice contractuelle dans le Code civil¹⁴⁷ et affiche la résolution de rompre avec la toute-puissance du dogme de l'autonomie de la volonté. Si la protection de la partie faible présente évidemment un attrait pour le travailleur subordonné ou le consommateur, plusieurs voix se sont élevées pour questionner la compatibilité de la traque des clauses abusives et de la sanction de l'abus de faiblesse avec l'attractivité du droit des contrats français¹⁴⁸. En effet, ces mécanismes octroient au juge de nouveaux pouvoirs d'intervention au sein de l'acte juridique, alors même qu'il est récurrentement considéré comme étant la première menace qui plane au-dessus de la prévisibilité des contrats et la sécurité juridique¹⁴⁹.

19. Par conséquent, la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations poursuivait quatre objectifs principaux : sécuriser les transactions, accroître l'attractivité du droit commun des contrats français, accentuer l'accessibilité de la règle juridique et renforcer la protection de la partie faible à un contrat¹⁵⁰. Le Gouvernement était ainsi scrupuleusement tenu de suivre ce sentier tracé par le Parlement au sein de la loi d'habilitation. Pour ce faire, il pouvait prendre appui sur des travaux préparatoires, notamment doctrinaux, ce qu'il n'a d'ailleurs pas manqué de faire. Au niveau interne, trois travaux majeurs ont servi de boussole pour guider l'exécutif dans sa tâche : un premier avant-projet, porté par

¹⁴⁷ V. *infra*, n° 34, n° 495. Ch. LARROUMET, « Observations conclusives », in S. BROS (dir.), *Les innovations de la réforme du droit des contrats*, préc., p. 148 évoque un « protectionnisme contractuel ». V. ég. Ch. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil*, préc., p. 356.

¹⁴⁸ V. not. Y. LEROY, « Paradoxe(s) sur ordonnances », *Dr. soc.* 2018. 784 ; H. BARBIER, « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », *RTD civ.* 2016. 247 ; L. VOGEL, « Le nouveau droit des contrats : obsolète et contre-productif », *AJ contrat* 2016. 309 ; O. TOURNAFOND, « Les mauvais penchants de la réforme du droit des contrats », *Dr. et patr.* 2015. 247.

¹⁴⁹ C'est notamment en raison de cette défiance vis-à-vis du juge social que les délais de prescription applicables en droit du travail ont été réduits à plusieurs reprises depuis 2008. La loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile acte le retour des prescriptions courtes en droit du travail. Celle du 14 juin 2013 (n° 2013-504 relative à la sécurisation de l'emploi) fixe à trois années le délai de prescription du rappel de salaire et à deux celui relatif aux actions liées à l'exécution ou à la rupture du contrat de travail. Enfin, l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 sept. 2017 fixe à 12 mois le délai de prescription pour les actions dont l'objet est la rupture du contrat de travail. V. not. Ch. RADÉ, « L'autonomie du droit du travail (la prescription abrégée de la créance de salaire) : cent fois sur le métier... », *Dr. soc.* 2018. 830. Le rapport remis au Président de la République, de manière plus globale, énonce que « la codification à droit constant de la jurisprudence [permettra] de mettre fin à certaines hésitations jurisprudentielles nuisibles à la sécurité juridique ». Y. LEROY, *ibid*, estime que « la jurisprudence étant, par nature, progressive, elle est nécessairement factrice d'une certaine insécurité juridique ». V. ég. Ch. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil*, préc., p. 83 et s., qui rappellent que « la volonté [des parties] ne serait pas souveraine si le juge pouvait modifier le contrat [...] ». Rares, en effet, sont les hypothèses où il avait été admis, en jurisprudence, que le juge pouvait refaire ou modifier un contrat dont les stipulations étaient précises ».

¹⁵⁰ Pour une synthèse, V. not. N. RONTCHEVSKY, « Les objectifs de la réforme : accessibilité et attractivité du droit français des contrats », *AJ contrat* 2016. 112.

M. P. Catala et remis au Garde des Sceaux en septembre 2005¹⁵¹, un second rédigé sous la direction du professeur F. Terré et scindé en trois ouvrages¹⁵², ainsi que plusieurs projets de réforme pensés par la Chancellerie¹⁵³. Chaque texte affiche sa propre conception de ce à quoi devait ressembler la réforme du droit commun des contrats. Par exemple, selon les propres dires de M. P. Catala, l'avant-projet réalisé sous sa direction et celle du professeur G. Viney ne propose pas « un code de rupture, mais d'ajustement »¹⁵⁴. Cette première proposition doctrinale demeure ainsi classique dans son approche du droit des contrats et des obligations, en s'inscrivant dans la lignée de la pensée des codificateurs de 1804 et ne modernisant finalement que très peu la matière¹⁵⁵. À l'inverse, l'avant-projet dit « Terré » rompt plus largement avec la tradition contractualiste française, avec l'objectif affiché de rapprocher notre droit interne des standards du droit des contrats européens¹⁵⁶.

Les projets de la Chancellerie ont globalement fait le pont entre ces deux avant-projets doctrinaux, s'inspirant alternativement de l'un et de l'autre afin d'opérer une sorte de synthèse. Le traitement du mécanisme de la cause l'illustre avec pertinence. L'article 85 du premier projet de la Chancellerie, daté de 2008, proposait de supprimer du Code civil le terme « cause » et de le remplacer par le mot « intérêt »¹⁵⁷. Ce faisant, le texte s'est inspiré des deux travaux doctrinaux et ne prend parti pour aucun d'entre eux, en s'arrêtant en réalité au milieu du gué,

¹⁵¹ P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, 2005.

¹⁵² F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2009 ; *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 2011 ; *Pour une réforme du régime général des obligations*, Paris, Dalloz, 2013.

¹⁵³ La première version du projet de la Chancellerie sur le droit des contrats date de 2008, tandis que celle sur le régime général et la preuve des obligations a été publiée en 2011. Le second projet n'a jamais été publié, tandis que le troisième – et dernier – l'a été dans la presse en janv. 2014. Ces travaux préparatoires ont mené à un projet d'ordonnance publié le 25 févr. 2015, qui a servi de fondement pour la rédaction de l'ordonnance du 10 févr. 2016.

¹⁵⁴ P. CATALA, « Présentation générale de l'avant-projet », in *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, 2005.

¹⁵⁵ C'est ce que mettent en exergue G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorie et pratique dans l'ordre du Code civil*, préc., p. 11 et s., qui constatent que l'avant-projet dit « CATALA » confie au juge « un rôle modeste, conformément à la tradition française », mais également que la théorie de l'imprévision n'y est pas consacrée, tandis que la notion de cause y est réaffirmée.

¹⁵⁶ C'est ainsi que la cause disparaissait du Code civil (articles 61 et s., de l'avant-projet TERRÉ relatif au contrat, préc.) et que le juge se voyait octroyer le pouvoir de réviser le contrat en cas d'imprévision ou encore d'abus de faiblesse (articles 92 et 66 de l'avant-projet susmentionné). D. HOUTCIEFF, « Le contenu du contrat », in F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, préc., p. 201 écrit que l'abandon de la cause « constituerait du reste une preuve de l'effort du Législateur français, dans la perspective d'un « droit européen des contrats ». V. ég. B. FAUVARQUE-COSSON, « La réforme du droit français des contrats : perspective comparative », *RDC* 2006, p. 147.

¹⁵⁷ C'est d'ailleurs peu ou prou le résultat auquel est arrivé le Gouvernement au sein de l'ordonnance du 10 févr. 2016, puisque le mot « cause » n'est plus employé par le Code civil et y a été remplacé par plusieurs formules, tel que le « but » que l'on peut aujourd'hui trouver au nouvel article 1162 du Code civil. Pour de plus amples développements à ce sujet, V. *infra*, n° 795 et s.

ce qui lui a d'ailleurs été reproché¹⁵⁸. Cette inspiration duale n'a pas empêché la Chancellerie d'apporter des idées inédites, qui n'étaient guères exploitées ailleurs. Il en est par exemple ainsi de l'érection de la liberté contractuelle, de la bonne foi et de la force obligatoire du contrat en principes directeurs du droit des contrats au sein du premier projet¹⁵⁹, proposition qui a fait couler beaucoup d'encre au sein d'une doctrine inquiète de voir le juge se saisir de ces principes pour s'immiscer plus largement dans le contrat¹⁶⁰.

20. Au final, la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations ne bouleverse ni ne transfigure la matière¹⁶¹. Son résultat fait écho aux propos du professeur J. Carbonnier, pour qui défaire intégralement ce qui a d'ores et déjà été fait « n'aurait de sens que s'il y avait une nouveauté énorme autour de laquelle reconstruire »¹⁶². Puisque tel n'était pas le cas, l'ordonnance du 10 février 2016 ne doit pas être perçue comme une œuvre de rupture¹⁶³, mais plutôt d'une « rénovation »¹⁶⁴ du droit des contrats, d'une action « consistant à [le] faire renaître »¹⁶⁵. Ce constat s'illustre doublement par la manière dont la réforme a été mise en œuvre.

21. En premier lieu et fort logiquement, tant ils répondent à l'objectif susmentionné du renforcement de l'intelligibilité des règles, certains apports de la réforme ne sont que formels. Il en va ainsi de la reformulation de plusieurs textes, du remplacement de certains termes et de l'importance tout particulière accordée au style de rédaction¹⁶⁶. Ce travail de reformulation se perçoit nettement à travers le prisme de l'ancien article 1147 du Code civil, chantre de la responsabilité civile contractuelle, dont la rédaction a été simplifiée au sein du nouvel article

¹⁵⁸ V. not. M. MEKKI, « La réforme au milieu du gué. Les notions absentes ? Les principes généraux du droit des contrats – aspects substantiels », *RDC* 2015, p. 651.

¹⁵⁹ V. not. Ch. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil*, préc., p. 59.

¹⁶⁰ V. not. M. FABRE-MAGNAN, « Réforme du droit des contrats : « un très bon projet », *JCP* 2008. 199 ; C. PÉRÈS, « La liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats de la chancellerie. À propos de l'article 16, alinéa 2, du projet », *D.* 2009. 381 ; R. CABRILLAC, « Le projet de réforme du droit des contrats. Premières impressions », *JCP* 2008. 190.

¹⁶¹ V. not. J. VOGEL, « Faut-il réformer la réforme du droit des contrats ? », *AJ contrat* 2017. 470 ; L. VOGEL, « Le nouveau droit des contrats : obsolète et contre-productif », préc.

¹⁶² J. CARBONNIER, « Le Code civil », in P. NORA (dir.), *Les lieux de mémoire*, Paris, Gallimard, t. 1, 1997, p. 1341.

¹⁶³ P. CATALA, « Présentation générale de l'avant-projet », préc., mais aussi O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, préc., p. 4.

¹⁶⁴ Expression de Th. REVET, « Le nouveau discours contractuel. Rapport de synthèse », *RDC* 2016, p. 571.

¹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶ V. not. Th. GENICON, « La grammaire dans la réforme du droit des contrats », *RDC* 2016, p. 751 ; F. COLLY, « Présentation », préc., p. 12.

1231-1. Tandis qu'il était disposé, dans un langage quelque peu daté, que « le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part », il est aujourd'hui prévu que « le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, s'il ne justifie pas que l'exécution a été empêchée par la force majeure ». De la même manière, le nouvel article 1103 du Code civil dispose désormais que « les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits », abandonnant la mention au mot « convention » qui était faite par l'ancien article 1134, alinéa 1, du Code civil¹⁶⁷.

Le renforcement de l'accessibilité de la règle juridique est également marqué par la restructuration du titre III du livre III du Code civil¹⁶⁸, qui peinait à « refléter le droit des obligations du 21^e siècle, ni même du 20^e »¹⁶⁹. Les réformateurs ont abandonné le plan historique, composé de sept chapitres qui peinaient parfois à s'imbriquer avec pertinence¹⁷⁰ pour retenir, en lieu et place, un plan plus didactique. Celui-ci se scinde en trois sous-titres, chacun consacré à une source d'obligations¹⁷¹. Le premier, qui nous intéresse tout particulièrement, se divise en quatre chapitres, qui retracent l'ensemble de la vie d'un contrat.

¹⁶⁷ Qui énonçait, donc, « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

¹⁶⁸ À l'instar, d'ailleurs, des titres suivants, qui ne nous intéressent toutefois pas dans le cadre du présent travail.

¹⁶⁹ R. BOFFA, « Juste cause (et injuste clause). Brèves remarques sur le projet de réforme du droit des contrats », *D.* 2015. 335. J. GHESTIN, « Le futur : exemples étrangers. Le Code civil en France aujourd'hui », *RDC* 2004, p. 1152 illustre cette forme de désuétude du titre III du livre III du Code civil de 1804 en utilisant l'exemple des conditions et effets de la résolution judiciaire, où l'article 1184, alinéa 3, prévoyait que ladite résolution devait être demandée en justice. Toutefois, ce principe connaissait de nombreuses exceptions et la résolution du contrat pouvait parfaitement être extrajudiciaire en droit commercial par le jeu des réfections et remplacement, mais également en droit des contrats, en raison de la gravité du comportement du cocontractant ou de l'urgence : *Civ.*, 1^{re}, 28 avr. 1987, n° 85-13.674, *Dr. soc.* 1988. 1, note Ph. DELEBECQUE ; *Civ.*, 1^{re}, 13 oct. 1998, n° 96-21.485, *D.* 1999. 115, obs. Ph. DELEBECQUE ; *D.* 1999. 197, note Ch. JAMIN ; *D.* 2001. 3239, obs. D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 2001. 363, obs. J. MESTE, B. FAGES ; *JCP* 1999. II. 10133, note N. RZEPECKI ; *Defrénois* 2001. 705, obs. E. SAVAUX. Ces solutions jurisprudentielles s'appliquent aussi bien aux contrats à durée indéterminée, qui peuvent être rompus à tout moment moyennant le respect d'un délai-congé (ancien article 1780, alinéa 2, du Code civil) qu'aux contrats à durée déterminée, devaient toutefois, en principe, être exécutés jusqu'au terme prévu. Ainsi, la pratique française de la résolution judiciaire entraînait en discordance avec la lettre du Code civil, lequel n'y voyait aucune exception.

¹⁷⁰ Exemple du chapitre 7, « Des contrats sous forme électronique », dont on peine à comprendre pourquoi il faisait suite aux règles applicables à la preuve des obligations et du paiement. V. not. P. RÉMY-CORLAY, « Le contrat hors du Code », *LPA* 2005, n° 178, p. 4.

¹⁷¹ Le sous-titre I concerne le contrat, le sous-titre II la responsabilité extracontractuelle et le sous-titre III les autres sources d'obligations. V. not. le rapport remis au Président de la République suite à la promulgation de l'ordonnance du 10 février 2016.

Sur le fondement de l'ancien Code civil¹⁷² et du premier projet de la Chancellerie¹⁷³, le sous-titre est d'abord consacré aux dispositions liminaires et communes à l'ensemble des contrats¹⁷⁴, avant de se poursuivre sur des chapitres relatifs à la formation du contrat¹⁷⁵, son interprétation¹⁷⁶ et ses effets¹⁷⁷. Cette restructuration, à l'instar des modifications terminologiques précitées, n'a pas pour effet de modifier en profondeur le droit commun des contrats.

22. En second lieu, si l'on s'intéresse cette fois-ci aux mécanismes qui ont été introduits dans le Code civil, on s'aperçoit rapidement que la source première d'inspiration de la réforme – au-delà des avant-projets et projets du Ministère de la justice – s'avère être le travail pluriséculaire de la Cour de cassation. À l'examen, au sein du seul sous-titre relatif au contrat en tant que source d'obligations, on dénombre pas moins d'une quarantaine de dispositions qui consacrent légalement des solutions qui n'étaient jusqu'alors que jurisprudentielles¹⁷⁸. On trouve d'ailleurs trace, au sein des débats législatifs qui ont précédé la promulgation de l'ordonnance du 10 février 2016, de cette volonté de légiférer principalement à jurisprudence constante. Par exemple, dans le rapport rendu au nom de la commission de l'Assemblée nationale, il est indiqué, au sein de l'article 3 relatif à l'« habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnance à une réforme complète des dispositions du Code civil relatives au droit des contrats et des obligations », que celle-ci se ferait « quasiment à droit constant, puisqu' [elle] reprend l'essentiel de la jurisprudence sur le droit des contrats, qui est une matière technique et complexe »¹⁷⁹. La codification massive de la jurisprudence antérieure répond avant tout à l'impératif de protection de la sécurité juridique, car tandis que la jurisprudence est fluctuante par essence, la reprise de ses solutions dans un droit écrit à valeur légale les protège d'un potentiel revirement¹⁸⁰.

¹⁷² Le chapitre I du titre III du livre III du Code civil de 1804 était en effet relatif aux « dispositions préliminaires ».

¹⁷³ Le premier projet de réforme du droit des contrats de la Chancellerie, publié en 2008, dédiait un chapitre aux « principes directeurs » des contrats. V. *supra*, n° 19.

¹⁷⁴ Articles 1101 à 1111-1 du Code civil. V. not. M. MEKKI, « Les dispositions liminaires », in S. BROS (dir.), *Les innovations de la réforme du droit des contrats*, préc., p. 15.

¹⁷⁵ Articles 1112 à 1187 du Code civil. Il couvre aussi bien la conclusion du contrat (section 1), c'est-à-dire la période de négociation, que la validité de celui-ci (section 2). On y trouve également les règles relatives à la forme du contrat (section 3) et celles qui sanctionnent sa formation (section 4).

¹⁷⁶ Articles 1188 à 1182 du Code civil.

¹⁷⁷ Articles 1193 à 1231-7 du Code civil. Il concerne les effets du contrat entre les parties (section 1), ceux à l'égard des tiers (section 2), la durée du contrat (section 3), sa cession (section 4) et son inexécution (section 5).

¹⁷⁸ V. *infra*, n° 34.

¹⁷⁹ C. CAPDEVIELLE, *Rapport n° 2525*, préc., 28 janv. 2015.

¹⁸⁰ C'est ce qu'énonce en filigrane le rapport remis au Président de la République : « la jurisprudence [...] ne permet pas d'assurer la sécurité juridique que seul peut offrir un droit écrit ».

23. Deux remarques peuvent être formulées au sujet de cette codification à jurisprudence constante¹⁸¹. Tout d'abord, elle démontre que l'ambition de la réforme était moins de moderniser le droit commun des contrats que le Code civil lui-même¹⁸². L'absorption de la jurisprudence par la loi n'opère en effet que peu de transformations de fond, si ce n'est le changement de nature de la règle considérée. Par contre, par ce biais, le Code civil autrefois menacé de désuétude est indéniablement remis à neuf, en faisant sien des avancées initiées par la pratique contractuelle. Le but premier ne paraissait donc pas être la modernisation de cette branche du droit, mais de refaire du Code civil un texte applicable à l'ensemble des contrats¹⁸³.

Ensuite, il semblerait que l'introduction de la jurisprudence dans le Code civil ne soit pas toujours heureuse et vienne, par un malencontreux effet retour, affaiblir le droit commun des contrats. Effectivement, en raison de la supplétivité de principe des règles du Code civil¹⁸⁴, les parties à un contrat sont, comme hier, en mesure d'écarter les dispositions légales. Cependant, elles peuvent également aujourd'hui déroger à la jurisprudence antérieure¹⁸⁵, puisque loi et jurisprudence partagent désormais des contours communs.

24. Bien qu'elle se soit principalement effectuée à jurisprudence constante, la réforme du droit des contrats n'est tout de même pas dénuée de nouveautés. Deux d'entre elles, d'ailleurs, peuvent être considérées comme des innovations majeures¹⁸⁶ : la disparition de la cause du vocable du Code civil et l'admission de la révision du contrat pour imprévision.

¹⁸¹ Étant précisé que nous avons déjà mis en exergue le fait que la réforme n'avait pas pour objectif d'emporter une modification profonde du droit commun des contrats : V. *supra*, n° 17.

¹⁸² Ch. RADÉ, « Entre espoir et désespoir », *Dr. soc.* 2019. 475 met en exergue le fait que c'est le Code civil qui s'est modernisé.

¹⁸³ V. *supra*, n° 17. V. ég. G. LOISEAU, « Le rôle matriciel du droit commun des contrats en droit du travail », *JCP S* 2017. 1356.

¹⁸⁴ L'article 6 du Code civil énonce : « on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». Cela signifie *a contrario* qu'il est permis aux parties contractantes de déroger aux règles du Code civil dans toutes les autres hypothèses. De plus, le rapport remis au Président de la République énonce que « la présente ordonnance étant supplétive de volonté sauf disposition contraire, le deuxième alinéa [de l'article 1104 du Code civil] précise que le devoir de bonne foi est une disposition d'ordre public », mais également que « dans la tradition du Code civil, l'ordonnance n'affirme pas expressément dans un article spécifique le caractère supplétif de volonté de ses disposition. En effet, leur caractère supplétif s'infère directement de l'article 6 du Code civil et des nouveaux articles 1102 et 1103, sauf mention contraire explicite de la nature impérative du texte concerné. Il n'y a donc pas lieu de préciser pour chaque article son caractère supplétif, qui constitue le principe, le caractère impératif étant l'exception ». V. ég. C. PÉRÈS, « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des obligations », *JCP G* 2016. 454.

¹⁸⁵ V. not. A. LECOURT, « L'impact de la réforme du droit des contrats sur le droit des sociétés : aspects théoriques et pratiques », *RTD com.* 2016. 767.

¹⁸⁶ V. not. G. LOISEAU, « Le contrat de travail dans la réforme du droit des contrats », préc, qui présente ces deux éléments comme « les principales innovations » de l'ordonnance du 10 févr. 2016.

25. Pour le professeur R. Boffa, la suppression de la cause – formellement à tout le moins¹⁸⁷ – constitue une « révolution »¹⁸⁸ pour notre droit des contrats. Le mécanisme¹⁸⁹, bien souvent ignoré par les systèmes juridiques de nos voisins¹⁹⁰ et des projets européens¹⁹¹, faisait depuis longtemps l'objet de controverses. Sous l'influence de l'avant-projet rédigé sous la houlette du professeur F. Terré¹⁹², mais également dans le souci de renforcer l'attractivité internationale du droit commun des contrats¹⁹³ en évinçant de notre droit interne une notion propre à la tradition

¹⁸⁷ Le rapport remis au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131, préc., évoque « l'abandon formel de la notion de cause ». V. ég. G. WICKER, « La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ? », *D.* 2015. 1557 ; D. MAZEAUD, « Pour que vive la cause, en dépit de la réforme ! », *Dr. et patr.* 2014, p. 38 ; D. HOUTCIEFF, « Le nouvel équilibre contractuel », préc., p. 58 ; déclaration de Mme N. BELLOUBET, Ministre de la Justice, devant l'Assemblée Nationale, 11 déc. 2017.

¹⁸⁸ R. BOFFA, « Juste cause (et injuste clause). Brèves remarques sur le projet de réforme du droit des contrats », préc.

¹⁸⁹ Selon la théorie dualiste, la cause, telle que visée par les anciens articles 1131 et s. du Code civil, connaissait une double déclinaison : objective et subjective. La première, aussi appelée « cause de l'obligation », a trouvé son origine dans les travaux de J. DOMAT au XVII^e siècle (J. DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, 1^{re} partie, titre I, sect. V et VI, 1644). Dans un contrat synallagmatique, elle renvoie à la contrepartie promise par le cocontractant (V. not. Y. LEQUETTE, F. TERRÉ, Ph. SIMLER, F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil, Les obligations*, préc., p. 442 et s. V. ég. Com., 9 juin 2009, n° 08-11.420, *RTD civ.* 2009. 719, obs. B. FAGES ; *RDC* 2009, p. 1345, obs. D. MAZEAUD). Ainsi, la validité du contrat était conditionnée à l'existence de la cause de l'obligation, qui ne devait être ni illusoire (la contrepartie illusoire est celle qui s'avère être inexistante ou sans intérêt. V. not. Civ., 1^{re}, 6 oct. 1981, *Bull. civ. I*, n° 273, *Defrénois* 1982, p. 1311, obs. J.-L. AUBERT ; Civ., 3^e, 4 mai 1983, *Bull. civ. III*, n° 103, *RTD civ.* 1984. 113, obs. F. CHABAS ; Com., 23 oct. 2012, n° 11-23.376, *D.* 2013. 686, note D. MAZEAUD ; *Bull. Joly* 2013, p. 108, note N. FERRIER. Le caractère illusoire de la contrepartie a également été, dans un arrêt inédit et largement commenté, appréhendé par le biais d'une « subjectivation de la cause » : Civ., 1^{re}, 3 juill. 1996, n° 94-14.800, *D.* 1997. 500, note P. REIGNÉ ; *RTD civ.* 1996. 901, obs. J. MESTRE ; *RTD com.* 1997. 308, obs. B. BOULOC ; *JCP* 1997. I. 4015, obs. F. LABARTHE. V. ég. D. BAKOUCHE, « Le contrôle de l'existence de la cause dans la jurisprudence de la Cour de cassation : l'abandon d'une subjectivisation ? », *Lexbase Hebdo*, 2014, n° 588. Désormais, cette solution se trouve à l'article 1169 du Code civil), ni dérisoire (la contrepartie dérisoire est celle qui est insuffisante, voire insignifiante. V. not. Com., 14 oct. 1997, n° 95-14.285, *D.* 1998. 333, obs. D. FERRIER ; *Defrénois* 1998. 105, obs. D. MAZEAUD ; Civ., 3^e, 21 sept. 2011, n° 10-21.900, *D.* 2011. 2711, note D. MAZEAUD ; *JCP N* 2012. 1001. 34, obs. B. WALTZ ; *Gaz. Pal.* 2011, p. 6, obs. C. BERLAUD ; *RDI* 2011. 632, obs. M. POUMARÈDE). La seconde, aussi appelée « cause du contrat », s'est révélée au siècle dernier dans les travaux de H. CAPITANT (H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, Paris, Dalloz, 1933) et de J. MAURY (J. MAURY, *Essai sur la notion d'équivalence en droit civil français*, Thèse, Toulouse, 1920). Elle s'attache aux mobiles concrets qui ont poussé les parties à s'engager, qui doivent être licites (V. not. Req., 15 mars 1911, *D.P.* 1911, 1, 382 ; Civ., 1^{re}, 12 juill. 1989, n° 88-11.443, *JCP* 1990. II. 21546, note Y. DAGORNE-LABBE ; *Defrénois* 1990, p. 358, obs. J.-L. AUBERT ; Civ., 1^{re}, 7 oct. 1998, n° 96-14.359, *D.* 1998. 563, concl. J. SAINTE-ROSE ; *D.* 1999. 110, obs. Ph. DELEBECQUE ; *D.* 1999. 237, chron. O. TOURNAFOND ; Civ., 1^{re}, 4 nov. 2011, n° 10-20.114, *D.* 2012. 59, note R. LIBCHABER ; *RTD civ.* 2012. 93, obs. J. HAUSER ; *RTD civ.* 2012. 113, obs. B. FAGES ; *AJ fam.* 2011. 613, obs. F. CHÉNÉDÉ. V. ég. C. GRIMALDI, « Les maux de la cause ne sont pas qu'une affaire de mots », *D.* 2015. 814 ; Y. LEQUETTE, F. TERRÉ, Ph. SIMLER, F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil, Les obligations*, préc., p. 442 et s.).

¹⁹⁰ Les droits allemand et suisse, par exemple, ignorent la théorie de la cause, à l'instar de la *common law* britannique. G. WICKER, « La réforme du droit français du contrat : de la cause à la causalité juridique », *European Review of Contract Law*, 2009, estime toutefois que la loi du 26 nov. 2001, relative à la modernisation du droit des obligations, a introduit dans le BGB allemand une notion similaire à la cause.

¹⁹¹ Les projets européens préfèrent la notion de « contenu du contrat » à celle de cause. Il en va ainsi au sein du projet Gandolfi, dont les articles 25 à 33 consacrent le contenu du contrat, tandis que le Projet Lando évoque les « contenu et effet » du contrat à ses articles 6 :101 et 6 :111. V. not. R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, Paris, Dalloz, 14^e éd., 2020, p. 51.

¹⁹² F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, préc., articles 61 et s. V. *supra*, n° 19.

¹⁹³ V. *supra*, n° 17.

contractuelle française¹⁹⁴, l'ordonnance du 10 février 2016 a supprimé toute mention à la cause dans le Code civil, ce qui a fait couler beaucoup d'encre au sein de la doctrine causaliste¹⁹⁵ et anti-causaliste¹⁹⁶. Néanmoins, bien que le terme ait disparu, il y a lieu de constater que le droit français postérieur à la réforme demeure éminemment causaliste, car les différentes fonctions de la cause ont été maintenues par le législateur. Ce dernier a d'ailleurs été accusé d'employer des « voies détournées »¹⁹⁷ et de recourir à une « boîte à outils »¹⁹⁸ causaliste pour tenter de conformer notre droit interne aux souhaits européens. En lieu et place de la cause, le Code civil codifie les éléments constitutifs de celle-ci : le but du contrat¹⁹⁹, la contrepartie²⁰⁰ mais aussi l'obligation essentielle²⁰¹. De prime abord, il semblerait donc que seul le vocable ait disparu et que le droit applicable soit inchangé. « Sommet de la facticité »²⁰² pour les uns, véritable « comble »²⁰³ pour d'autres, la suppression formelle de la cause et son remplacement par de multiples avatars partiels aura tout de même des conséquences sur notre droit des contrats. Un auteur pointe ainsi du doigt le risque « d'assèchement du droit commun des contrats »²⁰⁴, tandis

¹⁹⁴ C'est ironiquement dans les mélanges rédigés en hommage au professeur F. TERRÉ que J. CARBONNIER fustigeait les « juristes-esclaves » prêts à rompre avec leur tradition afin de rapprocher le droit interne des exigences et souhaits européens : J. CARBONNIER, « L'avenir d'un passé », in *L'avenir du droit*, Mélanges François Terré, Paris, Dalloz, 1999, p. 10.

¹⁹⁵ V. not. R. BOFFA, « Juste cause (et injuste clause). Brèves remarques sur le projet de réforme du droit des contrats », préc. ; Th. GENICON, « Défense et illustration de la cause en droit des contrats », *D.* 2015. 1551 ; Y. LEQUETTE, « Y-aura-t-il encore en France, l'an prochain, un droit commun des contrats ? », préc. ; D. MAZEAUD, « Pour que vive la cause, en dépit de la réforme ! », préc. ; O. TOURNAFOND, « Pourquoi il faut conserver la théorie de la cause en droit civil français », *D.* 2008. 2607 ; « Les mauvais penchants de la réforme du droit des contrats », préc. ; F. CHÉNÉDÉ, « L'utilité de la cause de l'obligation en droit contemporain des contrats : l'apport du droit administratif », *CCC* 2008. 11 ; A. GHOZI, Y. LEQUETTE, « La réforme du droit des contrats », *D.* 2008. 2609 ; R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, préc., p. 51 ; Y. LEQUETTE, F. TERRÉ, Ph. SIMLER, F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil, Les obligations*, préc., p. 447 et s.

¹⁹⁶ V. not. A.-N.-J. ERNST, *La cause est-elle une condition essentielle pour la validité des conventions ?*, Liège, Lemarié, t. 1, 1826 ; M. PLANIOL, *Traité élémentaire*, Paris, LGDJ, 1923, p. 345 et s. ; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, Bruxelles, Bruylant, 1875, p. 150 ; Th. HUC, *Commentaire du Code civil*, Paris, Librairie Cotillon, t. 6, 1894, spé., n° 39 considèrent que la cause est à la fois une notion inutile et fautive. L'inutilité de la cause est également brandie par Ph. RÉMY, « Réviser le titre III du livre troisième du Code civil ? », *RDC* 2004, p. 1169, qui décrit la notion comme un « hippogriffe impossible à maîtriser ». À cet égard, V. ég. X. LAGARDE, « Sur l'utilité de la théorie de la cause », *D.* 2007. 740 ; B. FAGES, « Autour de l'objet de la cause », *RDC* 2006, p. 37 et C. GRIMALDI, « Les maux de la cause ne sont pas qu'une affaire de mots », préc. Pour une critique plus dure encore du mécanisme : L. AYNÈS, « La cause, inutile et dangereuse », *Dr. et patr.* 2014. 40.

¹⁹⁷ R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, préc., p. 52.

¹⁹⁸ Y. LEQUETTE, « Y-aura-t-il encore en France, l'an prochain, un droit commun des contrats ? », préc.

¹⁹⁹ Article 1162 du Code civil. H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, préc., p. 21 estimait que le terme de « but » devait être substituer à celui de « cause ».

²⁰⁰ Article 1169 du Code civil.

²⁰¹ Article 1170 du Code civil.

²⁰² O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, préc., p. 302.

²⁰³ R. CABRILLAC, *op. cit.*, p. 51.

²⁰⁴ R. BOFFA, « Juste cause (et injuste clause). Brèves remarques sur le projet de réforme du droit des contrats », préc.

qu'un autre regrette son remplacement par plusieurs « mécanismes flous »²⁰⁵. Alors que le débat législatif n'évoquait qu'un changement sémantique²⁰⁶, il semblerait que la suppression du Code civil du terme « cause » puisse conduire le droit commun des contrats français à certaines difficultés pratiques, sans pour autant d'ailleurs accroître son attractivité, en raison de la persistance de ses solutions²⁰⁷, qui devraient d'ailleurs trouver en droit du travail une certaine utilité²⁰⁸.

26. Une seconde véritable innovation, à savoir la reconnaissance de la révision judiciaire pour imprévision, peut être mise en lumière. En cette occasion, le Gouvernement est revenu sur le très ancien arrêt dit « Canal de Craponne »²⁰⁹, qui interdisait au juge depuis 1876 de modifier les prévisions d'un contrat qui ont été bouleversées par un événement imprévu au moment de sa conclusion²¹⁰. Le nouvel article 1195 du Code civil, qui régit l'intervention judiciaire dans le contrat en raison de la survenance d'un événement imprévisible qui rend l'exécution du contrat excessivement onéreuse pour l'une des parties²¹¹, prend appui sur certains (avant)-projets de réforme²¹², mais aussi sur la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation, qui était venue nuancer la position qui était la sienne depuis plus de cent ans²¹³. À l'instar du

²⁰⁵ Th. GENICON, « Défense et illustration de la cause en droit des contrats », préc.

²⁰⁶ V. not. F. PILLET, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 11 oct. 2017, p. 7 et 17 ; déclaration de Mme N. BELLOUBET, Ministre de la Justice, devant l'Assemblée Nationale, 11 déc. 2017.

²⁰⁷ R. BOFFA, « Juste cause (et injuste clause). Brèves remarques sur le projet de réforme du droit des contrats », préc.

²⁰⁸ V. *infra*, n° 795 et s.

²⁰⁹ Civ., 6 mars 1876, *DP* 1876, 1. 183. V. not. Ch. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil*, préc., p. 350.

²¹⁰ L'arrêt énonce que « dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse apparaître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants ».

²¹¹ En cela, la disposition rompt largement avec le classicisme contractuel français : V. not. M. FABRE-MAGNAN, « La réforme du droit des contrats : quelques contre-feux civilistes à la déréglementation du droit du travail », *SSL* 2016. 1715 ; F. CHÉNÉDÉ, « La réforme du droit des contrats et le dialogue des chambres », *AJ contrat* 2018. 25 ; « Interprétation et amélioration du nouveau droit des contrats », *D.* 2017. 2214. Le rejet de la théorie de l'imprévision en France détonne d'ailleurs au sein du paysage juridique européen, puisque le mécanisme se retrouvait au sein des législations allemande, suisse, italienne, hollandaise et grecque. V. ég. J.-P. CHAZAL, *De la puissance économique en droit des obligations*, Thèse, Grenoble 2, 1996, p. 46 et, pour un retour historique des philosophes et juristes sur l'imprévision : A. BRUZIN, *Essai sur la notion d'imprévision et sur son rôle en matière contractuelle*, Thèse, Bordeaux, 1922, p. 91 et s.

²¹² Si l'avant-projet dit « CATALA » ne consacre expressément aucune disposition à la théorie de l'imprévision, celle-ci étant « éludée » dans d'autres articles, l'article 92 de l'avant-projet dit « TERRÉ » et l'article 1196 du projet d'ordonnance ont tous deux proposé d'intégrer ladite théorie au sein du Code civil.

²¹³ Plusieurs auteurs ont interprété certaines décisions de justice des années 1990 comme ouvrant la voie à la théorie de l'imprévision en France. V. not. Soc., 25 févr. 1992, n° 89-41.634, préc. ; *Dr. soc.* 1992. 573, note A. LYON-CAEN ; *Dr. soc.* 1992. 581, note F. FAVENNEC-HÉRY ; Com., 3 nov. 1992, n° 90-18.547, *D.* 1995. 85, obs. D. FERRIER ; *RTD civ.* 1993. 124, obs. J. MESTRE ; *JCP* 1993. II. 22164, note G. VIRASSAMY ; Y. PICOD,

mécanisme de la cause, la théorie civiliste de l'imprévision présente un attrait en droit du travail, malgré une procédure particulièrement lourde mise à la charge du débiteur²¹⁴.

27. Au rang des principaux apports de la réforme au droit des contrats, il y a également lieu de relever l'insertion, dans le Code civil, d'un devoir précontractuel d'information²¹⁵, d'une réglementation générale des clauses abusives²¹⁶, d'une subdivision du vice général de violence liée à l'abus de l'état de dépendance d'un contractant²¹⁷ voire encore de la faculté de céder conventionnellement un contrat²¹⁸ ou de le rompre unilatéralement en raison de son inexécution par le cocontractant²¹⁹.

28. En raison d'un malencontreux oubli de la Chancellerie, ces différentes nouveautés ont cependant failli ne jamais pouvoir être appliquées au sein des branches spéciales du droit, parmi lesquelles figure le droit du travail. En effet, à l'instar de la loi d'habilitation, le projet d'ordonnance de la Chancellerie, publié le 25 février 2015, a totalement omis d'évoquer la thématique de l'articulation entre le droit commun des contrats et lesdites branches. Jusqu'alors, comme nous l'avons mentionné, celle-ci était régie par l'ancien article 1107 du Code civil²²⁰. Ce silence, conjugué à la suppression projetée de l'article 1107 précité, était de nature à provoquer un gigantesque chamboulement au sein de notre système juridique²²¹. Et pour cause ; aucune disposition, au sein du Code civil, n'aurait alors raccroché les contrats spéciaux aux règles générales civilistes. Il aurait même été envisageable que ce pan du Code civil vienne à

« L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat », in *Le juge et l'exécution du contrat*, colloque IDA, Aix-en-Provence, 28 mai 1993 ; Com., 24 nov. 1998, n° 96-18.357, *RTD civ.* 1999. 98, obs. J. MESTRE ; *RTD civ.* 1999. 646, obs. P.-Y. GAUTHIER ; *JCP* 1999. II. 10210, note Y. PICOD ; *JCP E* 1999. 1242, note Ch. JAMIN ; *CCC* 1999. 56, obs. M. MALAURIE-VIGNAL ; *Defrénois* 1999, p. 371, obs. D. MAZEAUD.

²¹⁴ V. *infra*, n° 822 et s.

²¹⁵ Article 1112-1 du Code civil. Pour de plus amples développements, V. *infra*, n° 277 et s., n° 568 et s.

²¹⁶ Article 1171 du Code civil. Pour de plus amples développements, V. *infra*, n° 433 et s., n° 603 et s. Le mécanisme des clauses abusives a été présenté comme étant « la clé de voûte du projet de réforme du droit des contrats » : S. BROS, « Article 1169 », *RDC* 2015, p. 761.

²¹⁷ Article 1143 du Code civil. Pour de plus amples développements, V. *infra*, n° 465 et s., n° 619 et s., n° 853 et s.

²¹⁸ Article 1216 du Code civil. Pour de plus amples développements, V. *infra*, n° 70 et s.

²¹⁹ Article 1226 du Code civil. Pour de plus amples développements, V. *infra*, n° 887 et s.

²²⁰ V. not. N. BLANC, « Contrats nommés et innomés, un article disparu ? », *RDC* 2015, p. 810 ; N. BALAT, « Réforme du droit des contrats : et les conflits entre droit commun et droit spécial ? », *D.* 2015. 699 ; M. MEKKI, « Pour une ratification minimaliste de l'ordonnance du 10 février 2016 », préc. ; « Les dispositions liminaires », préc., p. 18 ; « L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *D.* 2016. 494 ; N. RONTCHEVSKY, « Les objectifs de la réforme : accessibilité et attractivité du droit français des contrats », préc.

²²¹ Et, de surcroît, porté un coup certainement fatal aux objectifs de cohérence et d'accessibilité de la règle pourtant poursuivis par le législateur : V. not. M. MEKKI, *ibid.*

perdre sa valeur de « droit commun des contrats », car il n'aurait plus eu vocation à être appliqué à l'ensemble d'entre eux, peu importe leur(s) objet(s)²²². Alerté par une doctrine vigilante²²³, le Gouvernement a intégré, au sein de l'ordonnance du 10 février 2016, une disposition relative à la soumission de tous les contrats de droit privé aux règles des articles 1100 et suivants du Code civil. Dès lors, aujourd'hui comme hier, « les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet [du sous-titre I du titre III du livre III du Code civil] »²²⁴. La réforme n'a donc pas rompu la passerelle entre les droits privés spéciaux et le droit commun des contrats ; ce dernier demeure donc susceptible de produire une influence en leur sein et notamment en droit du travail.

29. À cet égard, l'étendue de l'influence de la réforme en droit du travail a donné lieu, lors de la promulgation de l'ordonnance précitée et, après elle, de la loi du 20 avril 2018, à un scepticisme partagé par la majorité des auteurs²²⁵, alimenté par plusieurs arguments.

30. Tout d'abord, force est de constater que la réforme est avant tout civiliste²²⁶. Elle ne pourrait, dès lors, influencer les droits spéciaux que par ricochet. À la lecture de la loi d'habilitation et du projet d'ordonnance publié au début de l'année 2015²²⁷, l'absence de toute mention aux relations entretenues par le droit commun des contrats et les branches spéciales du droit privé est flagrante. Les instructions données par le Parlement ne portaient ainsi que sur les droits des contrats et des obligations ; « l'impact direct »²²⁸ de la réforme sur le droit du travail est donc quasi-nul²²⁹. Certes, il n'y a là rien de véritablement surprenant, puisque le texte tend

²²² V. not. N. BLANC, « Contrats nommés et innomés, un article disparu ? », préc., au sein duquel l'auteure se questionne sur la valeur de droit commun des contrats des dispositions du Code civil si son ancien article 1107 venait effectivement à disparaître.

²²³ V. not. M. MEKKI, « Pour une ratification minimaliste de l'ordonnance du 10 février 2016 », préc. ; N. BLANC, *ibid* ; Y. LEQUETTE, « Y aura-t-il encore en France, l'an prochain, un droit commun des contrats ? », préc.

²²⁴ Article 1105, alinéa 1, du Code civil.

²²⁵ V. not. Y. PAGNERRE, « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », préc. ; L. BENTO DE CARVALHO, « L'incidence de la réforme du droit des contrats sur le régime du contrat de travail : renouvellement ou *statu quo* ? », préc. ; Ch. RADÉ, « L'impact de la réforme du droit des contrats en droit du travail », préc. ; Ch. GOLDIE-GENICON, « Droit commun des contrats et contrat de travail, 100 ans après », préc. ; G. LOISEAU, « Le contrat de travail dans la réforme du droit des contrats », préc.

²²⁶ V. not. X. HENRY, « Brèves observations sur le projet de réforme de droit des contrats... et ses commentaires », préc.

²²⁷ Projet d'ordonnance du 25 févr. 2015 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

²²⁸ Selon la formule de Ch. RADÉ, *op. cit.*

²²⁹ *Ibid*. L'ordonnance du 10 févr. 2016 ne modifie que deux articles du Code du travail, afin d'actualiser les renvois opérés à des articles du Code civil dont la numérotation a évolué. Ainsi, dorénavant, l'article L. 3251-4 du Code du travail vise le nouvel article 1240 du Code civil (et non plus l'ancien article 1382 dudit Code), tandis que

à porter réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Pour autant, cela signifie que son influence en droit du travail ne sera qu'indirecte²³⁰.

31. Ensuite, en raison de ce caractère civiliste, il est admis que certaines innovations portées par ladite ordonnance²³¹ ne concernent absolument pas le droit du travail. Il convient ici d'en dresser une liste exhaustive, afin d'évincer ces textes du champ de nos recherches. Au titre des dispositions liminaires, applicables à l'ensemble des contrats²³², les relations individuelles et collectives de travail devraient demeurer indifférentes à la définition du contrat cadre²³³. Au sein de la section consacrée à la conclusion du contrat²³⁴, il en ira de même de la définition et du régime du pacte de préférence²³⁵, mais également des dispositions relatives à la conclusion électronique d'un contrat de prestation de service²³⁶ ou spécifiquement par un professionnel²³⁷. Au-delà, parmi les règles propres à régir la validité du contrat²³⁸, le droit du travail n'est guère concerné par la réglementation des actes accomplis par les personnes protégées²³⁹. Enfin, dans le chapitre ayant trait aux effets du contrat²⁴⁰, les textes liés à l'effet translatif du contrat²⁴¹, la contre-lettre²⁴², le porte-fort²⁴³ et la stipulation pour autrui²⁴⁴ ne produiront aucune influence en droit du travail.

l'article L. 5125-2 du Code du travail renvoie au nouvel article 1231-5 du Code civil (et non plus à l'ancien article 1226 dudit Code).

²³⁰ Ce qui, selon nous, ne signifie pas que celle-ci sera automatiquement mince.

²³¹ En se cantonnant, comme nous le ferons dans l'ensemble de notre travail, aux seules dispositions de droit des contrats, à l'exclusion de celle portant réforme du régime général et de la preuve des obligations.

²³² Chapitre I (intitulé « dispositions liminaires ») du sous-titre I (intitulé « le contrat ») du titre III (intitulé « des sources d'obligations ») du livre III (intitulé « des différentes manières dont on acquiert la propriété ») du Code civil.

²³³ Article 1111 du Code civil. Il convient d'ajouter l'article 1164 dudit Code, qui concerne la fixation unilatérale du prix dans le contrat cadre.

²³⁴ Section 1 du chapitre I précité.

²³⁵ Article 1123 du Code civil. À cet égard, V. le travail de thèse de B.-M. HAMADA, *Les avant-contrats en droit du travail*, sous la direction de P.-H. ANTONMATTEI, Montpellier, à paraître.

²³⁶ Article 1127-3 du Code civil. Il convient d'ajouter l'article 1165 dudit Code, relatif à la fixation du prix par le créancier dans les contrats de prestation de service, à défaut d'accord des parties.

²³⁷ Articles 1127 et 1127-1 du Code civil.

²³⁸ Section 2 du chapitre I précité.

²³⁹ Articles 1149, 1150, 1151 et 1152 du Code civil.

²⁴⁰ Chapitre IV du sous-titre I précité.

²⁴¹ Articles 1196, 1197 et 1198 du Code civil.

²⁴² Articles 1201 et 1202 du Code civil.

²⁴³ Article 1204 du CC

²⁴⁴ Articles 1205, 1206, 1207, 1208 et 1209 du Code civil.

32. De surcroît, il a été remarqué que le droit du travail connaissait d'ores et déjà certaines nouveautés promulguées au sein du Code civil²⁴⁵. Il en va ainsi, par exemple, du nouvel article 1169 du Code civil, qui prévoit la nullité de l'acte à titre onéreux dont la contrepartie, au moment de sa formation, s'avère dérisoire ou illusoire²⁴⁶. La solution est connue des travailistes, puisqu'elle régit la nullité d'une clause de non-concurrence en l'absence de contrepartie financière²⁴⁷ ou lorsque celle-ci est dérisoire²⁴⁸. Par conséquent, en raison de l'application de sa solution en droit du travail, le nouvel article 1169 du Code civil ne devrait avoir qu'une influence légère sur les relations individuelles du travail²⁴⁹. De la même manière, la teneur du nouvel article 1226 du Code civil, relatif à la résolution unilatérale d'un contrat aux risques et périls d'un créancier qui doit la motiver, fait nettement écho à la prise d'acte de la rupture du contrat de travail, connue en droit du travail depuis 2003²⁵⁰. Le fait que le droit du travail faisait, avant le 1^{er} octobre 2016, application de certaines dispositions nouvellement codifiées emporte deux conséquences majeures. En premier lieu, l'influence que la réforme y produit devrait, à certains égards, être nulle, car, sur le fond, les règles sont demeurées inchangées en raison de la codification majoritairement effectuée à jurisprudence constante²⁵¹. En second lieu, il apparaît que, d'un pur point de vue quantitatif, l'ordonnance du 10 février

²⁴⁵ V. not. L. BENTO DE CARVALHO, « L'incidence de la réforme du droit des contrats sur le régime du contrat de travail : renouvellement ou *statu quo* ? », préc.

²⁴⁶ Solution consacrée dans le domaine de la vente par Req., 3 mai 1922, S. 1922, 1, p. 310 ; Civ., 3^e, 26 mars 1989, *Bull. civ. III*, n° 265 et dans celui du bail par Civ., 3^e, 20 déc. 1971, *Bull. civ. III*, n° 63, p. 56. V. not. M. ÉRIMÉE-CHANTEUR, *L'entrée payante dans le contrat*, Thèse, Antilles, 2017, p. 37. V. ég. G. LOISEAU, « Le contrat de travail dans la réforme du droit des contrats », préc. ; Ch. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil*, préc., p. 124.

²⁴⁷ Soc., 10 juill. 2002, n° 99-43.334, n° 99-43.336, n° 00-45.135, *Dr. soc.* 2002. 949, note R. VATINET ; *D.* 2002. 2491, note Y. SERRA ; *JCP* 2002. I. 10162, note F. PETIT ; *JCP E* 2002. 1511, note D. CORRIGNAN-CARSIN ; *RDC* 2003, p. 148, obs. Ch. RADÉ ; *Cah. soc.* 2002, p. 447, obs. F.-J. PANSIER ; *JSL* 2002, n° 108, p. 7, note M.-C. HALLER ; J. PELISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD, E. DOCKÈS, *Les Grands Arrêts du droit du travail*, Paris, Dalloz, 4^e éd., 2008, spé., n° 46, fait de la contrepartie financière une condition de validité de la clause de non-concurrence, dont l'absence est sanctionnée par la nullité de la clause.

²⁴⁸ Le caractère dérisoire de la clause de non-concurrence au sein d'un contrat de travail renvoie à deux réalités différentes en fonction du lieu de travail du salarié. En Alsace et en Moselle, territoires au sein desquels s'applique le « droit local », le montant de la clause de non-concurrence est considéré comme dérisoire lorsqu'il est inférieur à la moitié du salaire que percevait mensuellement le salarié débiteur de la clause de non-concurrence. En Vieille-France, ce caractère dérisoire est laissé à l'appréciation souveraine des juges du fond : Soc., 11 mai 1994, n° 90-40.312. Par exemple, Montpellier, 25 mars 2009, n° 08-7428 estime comme dérisoire la contrepartie correspondant à 15 % du salaire antérieur du salarié.

²⁴⁹ V. not. G. LOISEAU, *op. cit.* V. *infra*, n° 125, n° 805.

²⁵⁰ Soc., 25 juin 2003, n° 01-42.335, n° 01-42.679, n° 01-43.578, *Dr. soc.* 2003. 817, note G. COUTURIER, J.-E. RAY ; *D.* 2003. 2396, note J. PELISSIER ; *RJS* 2003. 647, note J.-Y. FROUIN. V. not. L. BENTO DE CARVALHO, « L'incidence de la réforme du droit des contrats sur le régime du contrat de travail : renouvellement ou *statu quo* ? », préc.

²⁵¹ N. DISSAUX, « La réforme du droit des contrats : de l'ordonnance du 10 février 2016 à la loi de ratification du 20 avril 2018 », préc., évoque la « transmutation normative » des règles en raison de la transformation d'une ordonnance en une loi. Il en va toutefois de même pour le passage de la nature jurisprudentielle à la nature légale.

2016 n'a inséré dans le Code civil que peu de nouvelles dispositions susceptibles d'intéresser, de près ou de loin, le droit du travail et ses différents acteurs²⁵².

33. Enfin, il a été fait état de l'autonomie du droit du travail, qui « joue en quelque sorte [...] le rôle d'un filtre au travers duquel doit être envisagée la réception du droit commun au sein de la matière »²⁵³ et serait de nature à nuire à l'influence que la réforme pourrait produire en droit du travail²⁵⁴. En effet, et comme nous le détaillerons ci-dessous, il y a fort à parier que, malgré certains signaux annonciateurs de changement de paradigme²⁵⁵, la chambre sociale de la Cour de cassation continue, comme en amont de la réforme, à évincer des frontières travaillistes les règles civilistes dont la mise en œuvre est jugée inopportune²⁵⁶.

Par conséquent, en raison de son objet, de la manière dont elle a été mise en œuvre et dont le droit du travail – notamment par le truchement de son juge – pourrait l'accueillir, la réforme du droit des contrats risquerait de ne produire en droit du travail, selon la doctrine majoritaire, qu'une influence modérée, au mieux.

34. À notre sens, ce scepticisme, bien que fondé, doit être dépassé. En effet, les arguments précités ne sont pas de nature à priver définitivement la réforme du droit des contrats de toute influence en droit du travail, ni même d'y constituer un véritable obstacle. Certes, cette réforme n'a pour objet premier que de concerner le droit commun des contrats. Toutefois, celui-ci, en raison de son caractère « commun », innervé toutes les branches spéciales de droit privé tel que le droit du travail, en ayant vocation d'y combler les lacunes²⁵⁷. C'est ce que rappelle aujourd'hui le nouvel article 1105 du Code civil, qui soumet tous les contrats aux règles des

²⁵² V. not. L. BENTO DE CARVALHO, *op. cit.* ; Ch. RADÉ, « L'impact de la réforme du droit des contrats en droit du travail », préc.

²⁵³ *Ibid.* V. ég. Y. PAGNERRE, « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », préc.

²⁵⁴ Pour de plus amples développements, V. *infra*, n° 703 et s.

²⁵⁵ V. not. Soc., 21 sept. 2017, n° 16-20.103, n° 16-20.104, *Dr. soc.* 2017. 2007, note D. MAZEAUD ; *RDT* 2017. 715, obs. L. BENTO DE CARVALHO ; *D.* 2017. 2289, note B. BAUDOUIN, J. DUBARRY ; *RTD civ.* 2017. 837, obs. H. BARBIER ; *AJ contrat* 2017. 480, obs. C.-E. BUCHER ; *JCP S* 2017. 1090, obs. G. DEDESSUS-LE-MOUSTIER ; *JCP G* 2017. 1238, note N. MOLFESSIS ; *JCP G* 2017. 1409, note F. BOUSEZ ; *RDC* 2017, p. 619, obs. Ph. CHAUVIRÉ ; *Gaz. Pal.* 10 oct. 2017, p. 13, note M. LATINA ; *Cah. soc.* 2017, p. 527, note J. ICARD ; *Lexbase Hebdo* 2017, n° 714, note Ch. RADÉ ; *RJDA* 2017. 899, chron. D. MAINGUY, par lequel la chambre sociale de la Cour de cassation opère une application conforme et anticipée du nouveau droit commun des contrats, ce qui pourrait être perçu comme étant l'expression de sa volonté d'en faire une mise en œuvre conforme de manière plus récurrente. Cela semble toutefois n'être qu'illusoire : V. not. Ch. GOLDIE-GENICON, « Droit commun des contrats et contrat de travail, 100 ans après », préc.

²⁵⁶ V. not. Ch. GOLDIE-GENICON, *ibid.*

²⁵⁷ Pour de plus amples développements sur la notion de « lacune », V. *infra*, n° 43.

articles 1100 et suivants dudit Code, avant d'énoncer – et c'est là une nouveauté – que « les règles générales s'appliquent sous réserve [des] règles particulières »²⁵⁸, ce qui sous-entend que les dispositions spéciales travailistes ne pourront valablement évincer les règles générales civilistes que lorsqu'un conflit entre les normes est caractérisé²⁵⁹. Cette disposition, à condition d'être appliquée de façon orthodoxe²⁶⁰, constitue la porte d'entrée du nouveau droit commun des contrats vers les branches spéciales.

Plus encore, en étant principalement fondée sur les décisions de justice qui l'ont précédé, l'ordonnance du 10 février 2016 a emporté la transmutation normative d'une multitude de règles²⁶¹, autrefois jurisprudentielles et désormais légales. Ce passage renforce l'obligatorité

²⁵⁸ Article 1105, alinéa 3, du Code civil. Il s'agit de la transcription de l'adage *specialia generalibus derogant*, susceptible de plusieurs interprétations (V. not. M. MEKKI, « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 – Une réforme de la réforme ? », *D.* 2018. 900 ; F. CHÉNÉDÉ, « Interprétation et amélioration du nouveau droit des contrats », préc. ; F. POLLAUD-DULIAN, « Du droit commun au droit spécial – et retour », préc., p. 947 et s. ; A. LECOURT, « L'impact de la réforme du droit des contrats sur le droit des sociétés : aspects théoriques et pratiques », préc. ; N. BLANC, « Contrats nommés et innommés, un article disparu ? », préc. ; M. CHAGNY, « Droit commun et droits spéciaux », *RDLA* 2016, n° 117, p. 9 ; L. BENTO DE CARVALHO, « La rupture du contrat de travail à durée déterminée en raison de la faute grave de l'employeur : l'ombre du Code civil », *Dr. ouvr.* 2021. 201 ; Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préc., p. 267 et s., 467 et s. ; O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, préc., p. 350 et s.), sur lequel nous reviendrons ci-dessous : V. *infra*, n° 210 et s., n° 227 et s.

²⁵⁹ Pour de plus amples développements, V. *infra*, n° 148 et s.

²⁶⁰ Il n'est effectivement pas certain que le juge social fasse une application stricte et conforme des dispositions de l'article 1105 du Code civil. À ce sujet, V. *infra*, n° 703 et s.

²⁶¹ Sans exhaustivité, c'est notamment le cas des nouveaux articles 1104 (qui reprend Civ., 1^{re}, 21 janv. 1981, n° 79-15.443), 1112 (qui reprend Com., 26 nov. 2003, n° 00-10.243, n° 00-10.949, *D.* 2004. 869, note A.-S. DUPRE-DALLEMAGNE ; *RTD civ.* 2004. 80, obs. J. MOULY, B. FAGES ; *JCP* 2004. I.163, obs. G. VINEY ; *JCP E* 2004. 738, note P. STOFFEL-MUNCK ; *RDC* 2004, p. 257, note D. MAZEAUD ; *Dr. et patr.* n° 124, p. 102, obs. D. PORRACHIA), 1112-2 (qui reprend Com., 3 oct. 1978, n° 77-10.915, *D.* 1980. 55, note J. SCHMIDT-SZALEWSKI), 1113 à 1117 (qui reprennent Civ., 3^e 7 mai 2008, n° 07-11.690, *RTD civ.* 2008. 474, obs. B. FAGES ; *JCP* 2008. I. 179, obs. Y.-M. SERINET ; *RDC* 2008, p. 1109, obs. Th. GENICON ; *RDC* 2008, p. 1239, obs. F. COLLARD-DUTILLEUL ; *RDLC* 2008/51, n° 3045, obs. V. MAUGERI ; *Dr. et patr.* 2008. 122, obs. L. AYNÈS, P. STOFFEL-MUCK et Civ., 3^e, 20 mai 2009, n° 08-13.230, *RTD civ.* 2009. 524, obs. B. FAGES ; *AJDI* 2009. 898, obs. F. COHET-CORDEY ; *CCC* 2009. 214, obs. L. LEVENEUR), 1139 (qui reprend Civ., 3^e, 21 févr. 2001, n° 98-20.817, *D.* 2001. 2704, note D. MAZEAUD ; *D.* 2001. 3236, obs. L. AYNÈS ; *JCP* 2002. II. 10027, note Ch. JAMIN), 1153 à 1161 (qui reprennent Ass. plén., 13 déc. 1962, n° 57-11.569, *D.* 1963. 277, note J. CALAIS-AULOY ; *RTD civ.* 1963. 572, obs. G. CORNU ; *JCP* 1963. II. 13105, note P. ESMEIN), 1170 (qui reprend Com., 22 oct. 1996, n° 93-18.632, *D.* 1997. 131, note A. SÉRIAUX ; *D.* 1997. 147, obs. L. LARROUMET ; *D.* 1997. 175, obs. Ph. DELEBECQUE ; *JCP* 1997. I. 4002, note M. FABRE-MAGNAN ; *JCP* 1997. I. 4025, obs. G. VINEY ; *RTD civ.* 1997. 419, obs. J. MESTRE ; *Defrénois* 1997, p. 333, obs. D. MAZEAUD et Com., 29 juin 2010, n° 09-11.841, *D.* 2010. 1832, obs. D. MAZEAUD ; *D.* 2011. 35, obs. Ph. BRUN, O. GOUT ; *D.* 2011. 472, S. AMRANI-MEKKI, B. FAUVARQUE-COSSON ; *RTD civ.* 2010. 555, obs. B. FAGES ; *JCP* 2010. 787, note D. HOUTCIEFF ; *JCP E* 2010. 1790, note Ph. STOFFEL-MUCK ; *CCC* 2010. 220, obs. L. LEVENEUR ; *RDC* 2010, p. 1220, obs. Y.-M. LAITHIER ; *RDC* 2010, p. 1253, obs. O. DESHAYES), 1186 (qui reprend Civ., 1^{re}, 30 oct. 2008, n° 07-17.646, *D.* 2009. 2937, note P. CHAUVIN, C. CRETON ; *RTD civ.* 2009. 118, obs. B. FAGES ; *JCP* 2009. II. 10000, note D. HOUTCIEFF ; *RDC* 2009, p. 49, obs. D. MAZEAUD ; *LPA* 2009, p. 11, note N. DISSAUX ; *Defrénois* 2009. 11, obs. R. LIBCHABER ; *RDLC* 2008/57, n° 3283, note A. CERMOLACCE ; Ch. mixte 17 mai 2013, n° 11-22.768, n° 11-22.927, *D.* 2013. 1658, note D. MAZEAUD ; *D.* 2013. 2487, obs. J. LARRIEU, C. LE STANC, P. TRÉFIGNY ; *RTD com.* 2013. 569, obs. D. LEGEAIS ; *Dr. et*

de ces solutions. En effet, lorsqu'elles étaient seulement consacrées par les autres formations de la Cour de cassation, la chambre sociale pouvait valablement déroger aux différentes règles édictées, comme cela a par exemple été le cas en matière de dol commis par l'aspirant salarié²⁶². Il en va différemment lorsque la règle civile est dotée de la force d'une loi ; le juge social, par ses décisions, ne peut plus y déroger, au risque de rendre un arrêt en violation de la législation générale en vigueur²⁶³.

Au-delà, l'argument selon lequel de nombreuses règles insérées dans le Code civil ne présentent aucun intérêt en droit du travail doit selon-nous être largement relativisé. Il apparaît que l'influence qu'exerce une branche de droit sur une autre ne dépend pas exclusivement d'une variable quantitative. En la matière, le nombre ne fait guère nécessairement la force, comme le démontreront nos développements ultérieurs. Partant, l'analyse doit être menée à travers un prisme qualitatif ; s'il paraît acquis qu'une fraction certaine de la réforme ne devrait pas concerner le droit du travail et ses acteurs²⁶⁴, il en est une autre, plus mince, qui devrait y produire *a minima* une influence sérieuse. Il en va évidemment ainsi de l'ensemble des règles qui viennent assouplir le principe d'autonomie de la volonté en faisant souffler sur le droit commun des contrats un vent de justice contractuelle, telles que celles relatives au contrat

patr. 2014. 234, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK et *Civ.*, 1^{re}, 10 sept. 2015, n° 14-13.658, n° 14-17.772, *D.* 2015. 1837, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *D.* 2016. 566, obs. M. MEKKI ; *RTD civ.* 2016. 111, obs. H. BARBIER ; *AJ contrat* 2015. 439, obs. D. MAZEAUD ; *Gaz. Pal.* 5 janv. 2016, p. 37, obs. D. HOUTCIEFF), 1218 (qui reprend *Ass. plén.*, 14 avr. 2006, n° 02-11.168, *D.* 2006. 1577, note P. JOURDAIN ; *D.* 2006. 2638, obs. S. AMRANI MEKKI, B. FAUVARQUE COSSON ; *RTD civ.* 2006. 775, obs. P. JOURDAIN ; *RTD com.* 2006. 904, obs. B. BOULOC ; *JCP* 2006. II. 10087, note Ph. GROSSER ; *CCC* 2006. 152, obs. L. LEVENEUR ; *Gaz. Pal.* 11 juill. 2006, p. 2496, concl. R. DE GOUTTES ; *Defrénois* 2006. 1212, obs. É. SAVAUX) ou 1226 du Code civil (qui reprend *Civ.*, 1^{re}, 13 oct. 1998, n° 96-21.485, préc.).

²⁶² En amont de la réforme, la chambre sociale de la Cour de cassation a décidé que l'erreur qui résulte d'une réticence dolosive n'était pas automatiquement excusable (*V. not. Soc.*, 5 oct. 1994, n° 93-43.615, *D.* 1995. 282, note P. MOZAS ; *RTD civ.* 1995. 93, note J. MESTRE ; *Soc.*, 30 mars 1999, n° 96-42.912, *D.* 2000. 97, note Th. AUBERT-MONPEYSEN ; *RTD civ.* 1999. 419, note P.-Y. GAUTHIER. *V. ég. K. ADOM*, « Le dol dans la formation du contrat de travail », *LPA* 1995, n° 101, p. 16 ; I. OMARJEE « Le dol à l'épreuve du contrat de travail », *D.* 2000. 13 ; G. LARDEUX, « La réticence dolosive n'est pas un dol comme les autres », *D.* 2012. 2986 ; J. MOULY, « Des rapports entre la réticence dolosive et l'erreur inexcusable », *D.* 2003. 2023 ; J. MOULY, « Une règle de nature à induire en erreur : « la réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée », *D.* 2012. 1346 ; J. GHESTIN, « La réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée », *JCP* 2011. 703), à l'inverse de la position retenue par la 3^e chambre civile de la Cour de cassation : *Civ.*, 3^e, 21 févr. 2001, n° 98-20.817, *ibid.* La position de la chambre sociale était parfaitement valable tant qu'elle était discordante avec une norme de même nature. Toutefois, l'ordonnance du 10 février 2016 a modifié l'ancien article 1139 du Code civil, lequel prévoyait désormais que « l'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable [...] ». Par conséquent, en raison de la transmutation normative de la règle autrefois jurisprudentielle et devenue légale, la position de la chambre sociale de la Cour de cassation est désormais *contra legem*.

²⁶³ Pour de plus amples développements, *V. infra*, n° 178 et s.

²⁶⁴ *V. supra*, n° 29 et s.

d'adhésion²⁶⁵, devoir précontractuel d'information²⁶⁶ ou vice de violence pour abus de l'état de dépendance²⁶⁷. Leur utilisation en droit du travail permettrait d'accroître la protection des salariés, voire de leurs représentants, et pourrait jouer le rôle d'un « contre-feu »²⁶⁸ à la déréglementation croissante du droit du travail, qui s'est accélérée au cours de la décennie passée²⁶⁹. L'employeur, lui aussi, pourrait avoir intérêt à mobiliser certaines nouvelles dispositions du Code civil, telle que la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier²⁷⁰ ou, plus rarement, la théorie de l'imprévision²⁷¹.

Dans une moindre mesure – qui n'est cependant pas à négliger – l'influence qui nous occupe sera agrémentée par d'autres textes, dont l'utilité au sein des relations de travail est plus timide. Sans exhaustivité, il n'est pas à exclure que la théorie du mandat apparent puisse trouver

²⁶⁵ Articles 1110, 1171 et 1190 du Code civil.

²⁶⁶ Article 1112-1 du Code civil.

²⁶⁷ Article 1143 du Code civil.

²⁶⁸ M. FABRE-MAGNAN, « La réforme du droit des contrats : quelques contre-feux civilistes à la déréglementation du droit du travail », préc.

²⁶⁹ Au sujet des relations individuelles du travail, on songe notamment à l'instauration du plafond des dommages et intérêts octroyés au salarié en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse (parmi une littérature particulièrement abondante, V. not. É. SERVERIN, « Forfaits, minima, maxima, référentiels : les outils de maîtrise des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse », *RDT* 2015. 364 ; Ch. RADÉ, « Le nouveau « barème » d'indemnisation des salariés licenciés sans cause réelle et sérieuse », *Dr. soc.* 2019. 280 ; A. LYON-CAEN, « Complexité du barème », *RDT* 2016. 65 ; C. WOLMARK, « L'encadrement de l'indemnisation du licenciement injustifié », *Dr. ouvr.* 2017. 733), à l'élargissement de la définition des difficultés financières ouvrant droit au prononcé d'un licenciement pour motif économique (V. not. J.-P. POLLEUX, « La sécurisation des licenciements économiques », *JA* 2017. 27 ; F. GÉA, « Un nouveau droit du licenciement économique », *RDT* 2017. 636) ou au rétrécissement de l'obligation patronale de reclassement en matière de licenciement pour motif économique (V. not. F. GÉA, « Un nouveau droit du licenciement économique », préc. ; P. LOKIEC, « Vers un nouveau droit du travail ? » *D.* 2017. 2109 ; M. GADRAT, « Les périmètres du groupe en droit du licenciement pour motif économique », *Dr. soc.* 2017. 221). Au sujet des relations collectives du travail, on pense entre autre au développement croissant des accords dits « donnant-donnant » (V. not. G. AUZERO, « La convention collective comme technique d'organisation de l'employeur », *BJT* 2019, p. 76 ; J. ICARD, « Les accords donnant-perdant », *Cah. soc.* 2016, p. 89 ; P. LOKIEC, « Qui dit conventionnel dit juste », in J.-F. CÉSARO, A. MARTINON (dir.), *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, préc., p. 243), à la quasi-suppression du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail dans les entreprises employant moins de 300 salariés (V. not. P.-Y. VERKINDT, « ... À celui qui n'a pas, même ce qu'il a lui sera retiré », *Dr. soc.* 2018. 708 ; M. BONNECHÈRE, « Où va le droit du travail ? », *Dr. ouvr.* 2016. 315 ; F. GÉA, « À quoi sert le droit du travail ? », *D.* 2020. 444 ; T. SACHS, C. WOLMARK, « Les réformes 2017 : quels principes de composition ? », *Dr. soc.* 2017. 1008) ou encore à la primauté largement conférée à l'accord d'entreprise, même moins favorable, par rapport aux accords ayant un champ géographique ou professionnel plus étendu (V. not. F. FAVENNEC-HÉRY, R. WEISSMANN, « Les dérogations en droit du travail. Le recours à l'accord dérogatoire », *Dr. soc.* 2017. 715 ; P. LOKIEC, *op. cit.* ; P.-H. ANTONMATTEI, « L'irrésistible ascension de l'accord d'entreprise », *Dr. soc.* 2017. 1027 ; G. AUZERO, « Conventions d'entreprise et conventions de branche », *Dr. soc.* 2017. 1018 ; L. MARQUET DE VASSELON, A. MARTINON, « Conventions et accords collectif – L'articulation croisée des accords collectifs », *JCP S*, 2016. 1150).

²⁷⁰ Article 1226 du Code civil.

²⁷¹ Article 1195 du Code civil.

application dans les relations individuelles de travail²⁷², à l'instar de la cession conventionnelle de contrat qui pourrait opportunément régir l'hypothèse spécifique de la mobilité intra-groupe d'un salarié²⁷³ ou de la caducité, applicable à la fois aux clauses du contrat de travail²⁷⁴ qu'à celles d'une convention collective²⁷⁵. Plus encore, il est déjà patent que la chambre sociale de la Cour de cassation fait une application stricte et conforme des règles relatives à la conclusion du contrat²⁷⁶, qui sont globalement ignorées par le Code du travail.

²⁷² Notamment lorsqu'une sanction disciplinaire, voire un licenciement, est prononcé par une personne qui n'en a pas le pouvoir. V. not. Y. PAGNERRE, « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », préc. ; A. LYON-CAEN, F. LOYSEAU DE GRANDMAISON, « Impact de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 en droit du travail : Principes et philosophie de la réforme, formation et vie du contrat, cessation du contrat, conventions collectives », Travaux commissions ouvertes du Barreau de Paris, mars 2018. Pour de plus amples développements, V. *infra*, n° 74 et s.

²⁷³ L'article 1216 du Code civil prévoit la faculté de céder conventionnellement un contrat. Si la cession de contrat de travail est régie par l'article L. 1224-1 du Code du travail, celui-ci s'avère particulièrement mal adapté à la mobilité intra-groupe, ce qui a donné lieu à une jurisprudence critiquée : Soc., 3 mars 2010, n° 08-41.600, n° 08-40.895, *Dr. soc.* 2010. 606, obs. Y. STRUILLLOU ; D. 2010. 703, obs. L. PERRIN. V. ég. Ch. GOLDIE-GENICON, « Droit commun des contrats et contrat de travail : 100 ans après », préc. ; G. COUTURIER, « Droit du travail : le renouvellement des techniques », *Dr. soc.* 2019. 471 ; A.-L. MAZAUD, *Contrat de travail et droit commun. Essai de mesure*, préc., p. 479 et s. Pour de plus amples développements, V. *infra*, n° 70 et s.

²⁷⁴ Par exemple, à la clause de renonciation unilatérale à la clause de non-concurrence. Pour de plus amples développements, V. *infra*, n° 79 et s., n° 772 et s.

²⁷⁵ Tout particulièrement à l'égard des accords de performance collective, seulement réglementés par l'article L. 2254-2 du Code du travail. Celui-ci laisse aux partenaires sociaux un pouvoir bien plus large que celui qui était le leur en application des accords qui l'ont précédé, à savoir les accords de mobilité, de développement et de préservation de l'emploi. Ainsi, tandis que ces derniers avaient un objet légalement déterminé, à savoir la création ou la sauvegarde de l'emploi, l'accord de performance collective est susceptible d'être conclu pour répondre aux « nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise », permettant à l'employeur de procéder à l'aménagement de la durée du travail, de ses modalités d'organisation et de répartition ou de la rémunération, mais aussi en déterminant les conditions des mobilités professionnelle et géographique dans les limites de l'entreprise. De surcroît, l'absence de préambule de l'accord, qui doit contenir la cause de l'engagement de l'employeur, n'est plus sanctionnée par la nullité de celui-ci. Enfin, il est expressément prévu que les dispositions de l'accord de performance collective s'imposent et se substituent à celles contraires ou incompatibles du contrat de travail. Le salarié qui refuse l'application à son contrat de travail des stipulations l'accord de performance collective peut être librement licencié, la cause réelle et sérieuse étant préconstituée par l'article L. 2254-2 du Code du travail. Dès lors, plusieurs mécanismes issus de la réforme du droit des contrats, tels que les substrats de la cause ou encore la caducité pourraient être employés par le juge pour contrôler la validité d'un accord de performance collective. À ce sujet, V. not. G. AUZERO, « Brèves remarques sur les accords de performance collective », in *Le droit des affaires, instrument de gestion et de sortie de la crise*, Paris, LGDJ, 2021, p. 291 ; P. LOKIEC, « L'accord de performance collective ou le champ infini des possibles », *SSL* 2020, p. 3 ; G. MEYER, « L'exigence de loyauté dans la négociation des accords de performance collective », *SSL* 2020, p. 9 ; B. GAURIAU, « L'accord de performance collective depuis la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 », *Dr. soc.* 2018. 505 ; Y. PAGNERRE, « L'accord de performance collective », *Dr. soc.* 2018. 654 ; H. CAVAT, « Les accords de performance collective. Étude empirique », *RDT* 2020. 165 ; « La caducité en droit du travail », *RDT* 2021. 164. V. *infra*, n° 772 et s.

²⁷⁶ Articles 1113 et s. du Code civil au sujet de l'offre de contrat de travail et son acceptation et 1124 du Code civil en ce qui concerne la promesse unilatérale d'embauche. À ces égards, V. not. Soc., 21 sept. 2017, n° 16-20.103, préc. V. ég. la note explicative de la Cour de cassation ; J. MOULY, « Promesse d'embauche et contrat de travail : quelle frontière ? », *Dr. soc.* 2016. 288 ; D. ARLIE, « Reconnaissance de la formation d'un contrat de travail à partir d'une promesse unilatérale de contrat », *LPA* 2019, n° 114, p. 14 ; Y. PAGNERRE, « Libres propos prospectifs sur la formation du contrat de travail », *Dr. soc.* 2018. 175.

Partant, malgré les éléments exposés par une partie importante de la doctrine, il nous semble que la réforme du droit des contrats puisse être de nature à véritablement influencer le droit du travail et la manière dont il est aujourd'hui pratiqué. Par ailleurs, cette influence théorique, résultant principalement du nouvel article 1105 du Code civil et de l'attrait qu'ont les acteurs travaillistes pour certains mécanismes, devrait immanquablement être renforcée par l'utilisation que le juge social fera de la réforme. Émerge ici l'idée selon laquelle le degré véritable de cette influence – qu'il nous appartiendra de déterminer au cours de nos recherches – est encore à bâtir.

35. Notre étude fait suite à plusieurs travaux qui, depuis le début du siècle, ont brillamment traité de la mise en œuvre du Code civil en droit du travail²⁷⁷. Elle s'en démarque toutefois à plusieurs titres. Son étendue diffère tout d'abord des analyses les plus récentes, en se limitant au seul droit commun des contrats et non pas à l'ensemble du Code civil²⁷⁸, mais aussi en incluant les relations collectives du travail dans son champ d'analyse²⁷⁹. Plus encore – et c'est là une distinction fondamentale – son point de départ chronologique diverge. Tandis que les travaux précédents abordaient la mise en œuvre du droit commun des contrats issu du Code civil de 1804 en droit du travail, le nôtre prend appui sur le droit résultant de l'ordonnance du 10 février 2016. Or, les modifications apportées par cette dernière rendent inévitable le renouvellement et le dépassement des recherches qui ont été menées jusqu'alors.

36. Il ne sera toutefois pas question d'analyser l'ensemble des relations réciproques qu'entretiennent ces deux branches du droit privé²⁸⁰. Notre objet s'avère en effet plus pointu ; il s'agit d'apprécier l'influence que produit la réforme de droit des contrats dans les relations de travail. Cette recherche ne peut résulter que d'une étude menée en deux temps.

²⁷⁷ Dans l'ordre chronologique, V. F. KHODRI-BENAMROUCHE, *Le Code civil dans les relations de travail*, préc. ; A.-L. MAZAUD, *Contrat de travail et droit commun. Essai de mesure*, préc. Sur des sujets connexes, V. L. BENTO DE CARVALHO, *L'apport du droit du travail à la théorie générale de l'acte juridique*, préc. ; Ch. RADÉ, *Droit du travail et responsabilité civile*, préc. ; C. SAINT-DIDIER, *Droit du travail et droit des obligations : étude d'une opposition*, préc. ; C. DUCHEMIN, *L'application du régime général des obligations en droit du travail*, préc.

²⁷⁸ Contrairement à F. KHODRI-BENAMROUCHE, *ibid*, dont le travail de thèse porte sur la mise en œuvre du Code civil en son entier en droit du travail.

²⁷⁹ Contrairement à A.-L. MAZAUD, *op. cit.*, dont le travail de thèse porte sur les relations entre le droit commun des contrats et le contrat de travail.

²⁸⁰ Comme cela a été le cas, par exemple, de Ch. GERMAIN, *Droit du travail et théorie de l'acte juridique*, Thèse, Bordeaux 4, 2000 ou, dans une moindre mesure, puisque le travail ne s'y cantonnait pas : Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préc. ; N. DELEGOVE, *Le droit commun et le droit spécial*, Thèse, Paris 2, 2011.

Elle passe, tout d'abord, par la détermination du degré d'influence que ladite réforme produit nécessairement dans les relations de travail. Dans la mesure où la notion d'influence doit se comprendre comme un tout résultant de la somme des multiples éléments qui la composent, parvenir à en déterminer le niveau minimal s'analyse en une étape inévitable. Dans cette optique, la viabilité d'un postulat théorique a été éprouvée : celui selon lequel les règles générales civilistes sont appliquées en droit du travail conformément à leur lettre et à chaque fois que le nouvel article 1105 du Code civil le commande. De la sorte, le seuil minimal de l'influence se révèle derrière la mise en œuvre impérative du nouveau droit commun des contrats, voire de son attrait pour les acteurs des relations de travail (**partie 1**).

Ce résultat doit, ensuite, se défaire de son attribut purement abstrait pour être confronté avec la réalité de l'action législative, mais aussi la pratique contractuelle et judiciaire travailliste. Cette opposition met en exergue l'existence de plusieurs forces, qui attirent cette influence dans des directions contraires. Les premières, d'ores et déjà visibles, dépassent notre postulat initial et, partant, guident ladite influence en-deçà de son niveau théorique le plus bas. Les secondes, seulement hypothétiques, sont à l'inverse de nature à la mener au-delà et pourraient produire, de ce fait, un effet amplificateur (**partie 2**). En raison de l'attraction antinomique de ces différentes forces, l'influence que produit concrètement le nouveau droit commun des contrats en terre travailliste oscille des deux côtés de son seuil minimal, ce qui traduit son caractère particulièrement fluctuant.

Partie 1 : L'INFLUENCE MINIMALE DE LA RÉFORME

37. Étudiée dans sa globalité, l'influence que produit la réforme du droit des contrats en droit du travail prend l'apparence d'un bloc massif qu'il est impératif de dégrossir. Pour ce faire, la première étape a été de procéder à l'analyse de son degré minimal. Défini comme « le plus petit ensemble d'un élément »²⁸¹, le mot « minimum » renvoie, en l'espèce, au seuil le plus bas, sous lequel l'influence de la réforme en droit du travail ne peut passer²⁸². Formulé de manière positive, il s'agit du degré d'influence que ladite réforme produira inévitablement au sein des relations individuelles et collectives de travail, si tant est – évidemment – que les textes qu'elle codifie soient appliqués de manière stricte et conforme²⁸³.

Sans empiéter sur nos développements à venir, il convient ici d'affirmer que l'influence minimale exercée en droit du travail par la réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016 et la loi de ratification du 20 avril 2018 se fonde sur une double base. La première possède une source positive contraignante, à savoir le nouvel article 1105 du Code civil, dont les trois alinéas régissent désormais l'ensemble des hypothèses d'articulation des règles spéciales et générales. La seconde, par contre, procède d'une source subjective et susceptible d'évolution, puisqu'il s'agit de l'attrait que présentent certaines nouvelles dispositions du titre III du livre III du Code civil pour le droit du travail.

38. À l'égard de ces deux sources, l'activité du droit du travail diffère largement. Vis-à-vis de la première, il n'est que simple spectateur, car il ne peut valablement s'opposer à ce qu'une influence soit exercée en ses frontières. C'est là l'expression d'une « influence minimale contrainte » produite par la réforme (**titre 1**). Par rapport à la seconde, il est un acteur majeur, car il recourt volontairement aux mécanismes civilistes qui peuvent servir l'un de ses multiples

²⁸¹ Selon la définition que donne l'Académie Française du mot « minimum » : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9M2256#:~:text=Emprunt%C3%A9%20du%20latin%20minimum%2C%20%C2%AB%20le,la%20plus%20petite%20quantit%C3%A9%20possible.>

²⁸² Tout comme, par exemple, le salaire minimum interprofessionnel de croissance renvoie à la plus basse rémunération qu'un salarié est susceptible de percevoir lorsqu'il travaille à temps plein : V. les articles L. 3231-1 et s. du Code du travail.

²⁸³ Nous apprécierons, au sein de la seconde partie de ce travail, les fluctuations que cette influence minimale peut être amenée à connaître, en raison de facteurs qui sont extérieurs à la règle de droit elle-même. Parmi ceux-ci se trouve justement le fait que la chambre sociale de la Cour de cassation ne procède pas toujours à une application stricte des textes civilistes, souvent dans l'optique de protéger le salarié ou de sauvegarder le particularisme du droit du travail : V. *infra*, n° 703 et s.

intérêts – et notamment à ceux susceptibles d’accroître la protection du salarié, considéré comme étant la partie faible de la relation de travail. L’influence, ici, n’est donc plus subie, elle est recherchée, ce qui traduit l’existence d’une « influence minimale accueillie » (**titre 2**). L’addition de ces deux facettes – contrainte et accueillie – forme un tout : l’influence que la réforme du droit des contrats produira, *a minima*, en droit du travail.

Titre 1. Une influence minimale contrainte

Titre 2. Une influence minimale accueillie

Titre 1 : UNE INFLUENCE MINIMALE CONTRAINTE

39. L'étude des liens entretenus par le droit du travail avec le droit commun des contrats ne peut faire l'économie d'une analyse approfondie des règles qui régissent l'articulation entre deux branches du droit. Qualifiée de « grand défi lancé au droit des contrats »²⁸⁴, cette articulation ne faisait, depuis 1804, que l'objet d'une réglementation parcellaire. En effet, la liaison entre le droit du travail et le droit commun des contrats²⁸⁵ n'était perçue qu'à travers le prisme de la soumission du premier par rapport au second, expressément mentionnée en des termes semblables aux articles L. 1221-1 du Code du travail et 1105 du Code civil, qui emploient tous deux les mots « contrat » et « soumission »²⁸⁶. Cette soumission de l'ensemble des contrats de droit privé – parmi lesquels, le contrat de travail – s'effectue vis-à-vis « des règles du droit commun »²⁸⁷, « des règles générales »²⁸⁸, entendues, hier, comme étant celles du titre III du livre III du Code civil²⁸⁹ et, aujourd'hui, du sous-titre I desdits titre et livre²⁹⁰. Elle est composée de deux éléments – le principe de comblement des lacunes et celui de cohabitation des règles – qui endossent le rôle de « pôle positif » de l'influence, car leur caractérisation tend à accroître l'influence du nouveau droit des contrats dans les branches spéciales (**chapitre 1**).

40. Le principe selon lequel les règles travaillistes sont soumises aux règles générales est aujourd'hui assorti d'une exception. Il est en effet une hypothèse – plus rare²⁹¹ – dans laquelle

²⁸⁴ H. BARBIER, « L'essor des règles d'identification des conflits de normes en droit des contrats », *RTD civ.* 2016. 837.

²⁸⁵ Le terme « articulation », s'il possède plusieurs sens, peut se définir comme « la liaison entre deux éléments » : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9A2701>. Que l'on parle de corps humain ou de branches du droit, le mot évoque la « jointure naturelle entre deux parties de corps mobiles l'une sur l'autre » : G. DE CHAULIAC, *Anatomie des nerfs*, trad. N. PANIS, 1478.

²⁸⁶ Le texte travailliste énonce que « le contrat de travail est soumis [...] », tandis que le texte civiliste dispose que « les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis [...] ».

²⁸⁷ Selon l'article L. 1221-1 du Code du travail.

²⁸⁸ Selon l'ancien article 1107, alinéa 1, du Code civil, repris par le nouvel article 1105, alinéa 1, du Code civil.

²⁸⁹ En effet, l'ancien article 1107, alinéa 1, du Code civil, énonçait que « les règles générales » étaient celles « du présent titre », à savoir le titre III du livre III du Code civil, intitulé « des contrats ou des obligations conventionnelles en général » (articles 1101 à 1316 du Code civil).

²⁹⁰ Désormais, les règles générales sont, selon l'article 1105, alinéa 1 du Code civil, celles qui « sont l'objet du présent sous-titre ». Le droit commun des contrats renvoie donc aux articles 1101 à 1231-7 du Code civil.

²⁹¹ La rareté évoquée concerne l'articulation du droit du travail avec le droit commun des contrats. Suite à la réforme du droit des contrats, d'autres branches spéciales du droit, comme le droit de la consommation ou le droit commercial par exemple, paraissent connaître une recrudescence potentielle du nombre de conflits de normes avec le droit commun des contrats. V. not. D. FENOUILLET, « Le juge et les clauses abusives », *RDC* 2016, p. 358 ; A. HONTEBEYRIE, « 1171 contre L. 442-6, I, 2° : la prescription dans la balance », *D.* 2016. 2180 ; M. LEVENEUR-AZÉMAR, « Éclairage de droit comparé sur l'interprétation de la réforme du droit des contrats », *D.* 2002. 165 ; M. CHAGNY, « Droit commun et droits spéciaux », préc. ; F. CHÉNÉDÉ, « Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil », préc. ; A. LECOURT, « L'impact de la réforme du droit des contrats sur le droit

la coexistence paisible des deux corps de règles²⁹² s'avère impossible. Cette situation, appelée « conflit de normes », borne la soumission du droit spécial en lui permettant, depuis le 1^{er} octobre 2016 et l'entrée en vigueur de la réforme du droit des contrats, de déroger aux dispositions générales. En cela, le conflit de normes occupe la place de « pôle négatif » de l'influence, puisque la récurrence de sa caractérisation entraîne la réduction automatique de cette dernière (**chapitre 2**).

41. Ces trois principes – comblement des lacunes, cohabitation des règles et conflit de normes – sont expressément imposés à l'ensemble des branches spéciales du droit par le nouvel article 1105 du Code civil. L'influence qu'ils y produisent est donc contrainte, car lesdites branches – et plus particulièrement le droit du travail, en ce qui nous concerne – ne peuvent valablement y faire obstacle. Ils forment, à eux trois, la notion d'« influence minimale contrainte », qui englobe toutes les sources d'influence qui résultent de l'articulation des règles spéciales et générales et sur laquelle le droit du travail n'a aucune emprise véritable²⁹³.

Cette influence minimale contrainte est d'une importance capitale pour l'ensemble de notre étude ; elle constitue non seulement les fondations de l'édifice qu'est l'influence de la réforme en droit du travail, mais elle contribue également à en déterminer la surface « au sol »²⁹⁴, conjointement avec l'influence minimale accueillie²⁹⁵. Elle s'avère donc être la base solide et stable qui autorise à ladite réforme de produire une influence au sein des relations individuelles et collectives de travail²⁹⁶.

des sociétés : aspects théoriques et pratiques », préc. ; H. BARBIER, « L'essor des règles d'identification des conflits de normes en droit des contrats », préc.

²⁹² À savoir la règle spéciale et la règle générale.

²⁹³ C'est là le sens du terme « contrainte », selon l'Académie Française, qui le définit comme la « violence qu'on exerce contre quelqu'un, pour l'obliger à faire quelque chose malgré lui ou pour l'empêcher de faire ce qu'il voudrait » :

<https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A8C2717#:~:text=n.%20f.,faire%20ce%20qu'il%20voudrait>.

²⁹⁴ Si l'influence de la réforme du droit des contrats en droit du travail est un édifice, sa surface totale renvoie à l'intensité exacte de cette influence. Cependant, comme toute construction, cette surface doit faire l'objet d'une distinction. Par exemple, une maison avec une surface au sol de 10 mètres sur 10 mètres peut aussi bien avoir une surface habitable de 100 mètres carrés que de 600 mètres carrés, en fonction de son nombre d'étages. En ce qui nous concerne, la surface au sol – l'influence minimale globale de la réforme en droit du travail – est calculée grâce à l'addition des deux termes qui la compose : l'influence minimale contrainte et l'influence minimale accueillie. La surface habitable – l'intensité totale et exacte de ladite influence – dépend d'éléments extérieurs, notamment l'utilisation que les acteurs du droit du travail feront de la réforme.

²⁹⁵ Dont la forte variabilité l'empêche de constituer la base de l'influence de la réforme en droit du travail. V. *infra*, n° 274 et s.

²⁹⁶ En effet, en l'absence de l'article 1105 du Code civil, l'influence de la réforme du droit des contrats en droit du travail risquerait d'être réduite à néant, en raison du refus du juge social d'en faire application aux relations de travail.

- Chapitre 1. La soumission de principe des règles spéciales travaillistes aux règles
générales civilistes
- Chapitre 2. La limite du conflit de normes

Chapitre 1 : LA SOUMISSION DE PRINCIPE DES RÈGLES SPÉCIALES TRAVAILLISTES AUX RÈGLES GÉNÉRALES CIVILISTES

42. La coexistence de plusieurs branches de droit fait inévitablement apparaître des questionnements relatifs aux frontières et à l'articulation des règles. Ces réflexions, bien connues du juriste travailliste, ont animé la matière au cours de la décennie passée²⁹⁷. Étaient notamment au centre de l'attention l'articulation entre deux conventions collectives²⁹⁸ de différents niveaux²⁹⁹, celle entre les stipulations d'une convention collective et les clauses d'un contrat de travail³⁰⁰, mais aussi celle entre une norme légale et une norme conventionnelle³⁰¹.

Aux interrogations sur l'articulation interne des normes en droit du travail ont succédé celles relatives à l'articulation des règles de branches distinctes. Absent des projets de réforme³⁰², le sujet a néanmoins refait surface avec l'ordonnance du 10 février 2016, dont la

²⁹⁷ P.-Y. VERKINDT, « Ankylose et inflammation. À propos de l'articulation des normes en droit du travail », *JCP S* 2016. 1159 se demande même si « la matière [le droit du travail] pourrait être autre chose « qu'articulations ».

²⁹⁸ Conformément au vocable employé par le Code du travail, notamment aux articles L. 2232-5 et L. 2232-11, la formule « convention collective » sera utilisée pour évoquer indifféremment les accords ou les conventions collectives.

²⁹⁹ V. not. Ch. RADÉ, « Droit du travail et conventions collectives », *RDC* 2004, p. 1001 ; P. ADAM, « L'accord de branche », *Dr. soc.* 2017. 1039 ; F. GÉA, « Contre l'autonomie de l'accord d'entreprise », *Dr. soc.* 2016. 516 ; P.-H. ANTONMATTEI, « La primauté de l'accord d'entreprise », *Dr. soc.* 2016. 513 ; « L'irrésistible ascension de l'accord d'entreprise », préc. ; G. AUZERO, « Conventions d'entreprise et conventions de branche », préc. ; L. MARQUET DE VASSELLOT, A. MARTINON, « L'articulation croisée des accords collectifs », préc. ; B. TEYSSIÉ (dir.), *L'articulation des normes en droit du travail*, Paris, Economica, 2000 ; V. ég. Soc., 12 janv. 2011, n° 09-40.692, *JCP S* 2011. 1350, obs. A. MARTINON.

³⁰⁰ V. not. R. VATINET, « L'articulation de la loi et des accords collectifs avec le contrat individuel de travail », *JCP S* 2016. 1151 ; P. LOKIEC, « Accord collectif et contrat de travail », *Dr. soc.* 2017. 1024 ; J. BARTHÉLÉMY, G. CETTE, « Contrat de travail et accord collectif : une bienheureuse nouvelle articulation », *Dr. soc.* 2018. 70. Pour l'articulation entre le contrat de travail et un accord de performance collective, V. *supra*, n° 33.

³⁰¹ V. not. B. TEYSSIÉ, « À propos de l'articulation des normes en droit du travail », *JCP S*, 2016. 1147 ; M.-N. ROUSPIDE-KATCHADOURIAN, « De la norme conventionnelle à la norme étatique : une articulation complexe », *JCP S* 2014. 1299 ; F. BERGERON-CANUT, « L'architecture « ordre public / champ de la négociation / dispositions supplétives » : facteur de conventionnalisation ? », *BJT* 2019, p. 51 ; « L'ordonnancement des normes étatiques et des normes conventionnelles. À propos du projet de loi Travail », *Dr. soc.* 2016. 519 ; Ph. ROZEC, « Indépendance, interaction ou imbrication de l'accord individuel, de l'accord collectif et de la loi ? Pour une contextualisation du contrat de travail ? », *JCP S* 2016. 1152 ; J. DANIEL, « L'articulation de la loi avec les accords collectifs. Point de vue », *JCP S* 2016. 1148. V. ég. B. TEYSSIÉ (dir.), *op. cit.*

³⁰² Les projets de la Chancellerie, tout comme le projet d'ordonnance du 25 févr. 2015, ne font aucune mention à l'articulation des règles générales et spéciales. Les avant-projets de réforme, quant à eux, se sont contentés de reproduire la substance de l'ancien article 1107 du Code civil. L'article 1103 de l'avant-projet dit « CATALA » prévoit ainsi : « les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales qui sont l'objet du présent titre. Des règles particulières à certains contrats sont établies, soit sous

promulgation du nouvel article 1105 du Code civil, certes attendue³⁰³, a entraîné le renouvellement des réflexions sur le sujet, en dotant le Code civil d'un instrument supplémentaire pour guider le juriste dans sa recherche de la règle applicable au litige qui le concerne³⁰⁴. Désormais, pour reprendre la fameuse formule du professeur J.-J. Dupeyroux³⁰⁵, l'articulation des règles spéciales et générales est une toupie ventrue qui repose toute entière sur la pointe de l'article 1105 du Code civil, qui en constitue l'unique pivot.

Novateur, cet ajout ne concerne cependant que l'hypothèse du conflit de normes et s'avère inutilisable pour trancher les difficultés d'articulation des règles en l'absence d'un tel conflit. Dans ce contexte, la réforme du droit des contrats fait sienne des propositions des avant-projets et opte pour le choix du classicisme³⁰⁶. Ainsi, aujourd'hui comme hier, la manière dont sont appliquées les règles générales du Code civil à la relation de travail est conditionnée par un élément qui leur est extérieur : l'absence (**section 1**) ou l'existence (**section 2**) de règles spéciales portant sur un objet au moins connexe.

Section 1. LA SOUMISSION DES RÈGLES TRAVAILLISTES AUX RÈGLES CIVILISTES EN L'ABSENCE DE RÈGLE SPÉCIALE

43. Quand bien même certains évoquent la complétude de la matière³⁰⁷, force est de constater qu'aujourd'hui encore, si le droit du travail prétendait ne fonctionner qu'avec ses

les titres du présent code relatifs à chacun d'eux, soit par d'autres codes et loi, notamment dans les matières touchant au corps humain, aux droits intellectuels, aux opérations commerciales, aux relations de travail et à la protection du consommateur ». La mention expresse des règles spéciales relatives aux relations de travail constituait cependant une nouveauté. L'avant-projet dit « TERRÉ », quant à lui, énonçait dans son article 11 : « les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales qui sont l'objet du présent titre. Les règles propres à certains contrats sont établies soit sous les titres relatifs à chacun d'eux soit par d'autres codes et lois ».

³⁰³ V. not. N. BLANC, « Contrats nommés et innomés, un article disparu ? », préc. ; N. BALAT, « Réforme du droit des contrats : et les conflits entre droit commun et droit spécial ? », préc.

³⁰⁴ L'article 1105, alinéa 3, du Code civil procède à la codification de l'adage *specialia generalibus derogant*, permettant par-là de résoudre les conflits de normes. V. *infra*, n° 227 et s.

³⁰⁵ J.-J. DUPEYROUX, propos rapporté par G. COUTURIER, *Droit du travail. Relations individuelles*, Paris, PUF, 3^e éd., 1996, p. 107.

³⁰⁶ L'article 1105 du Code civil, en ses deux premiers alinéas, ne diffère pas substantiellement de l'ancien article 1107 du Code civil, ni des dispositions des deux avant-projets susmentionnés.

³⁰⁷ V. not. G.-H. CAMERLYNCK, « L'autonomie du droit du travail », préc. Pour Ch. RADÉ, « L'autonomie du droit du travail », préc., p. 404 et s., c'est le discours doctrinal qui donne corps à la prétendue complétude du droit du travail. F. POLLAUD-DULIAN, « Du droit commun au droit spécial – et retour », préc., p. 930 estime que la codification massive à laquelle s'est adonnée le législateur au XX^e siècle contribue à l'illusion de la complétude en coupant les branches spéciales de leur racine, à savoir le Code civil. L'auteur énonce en effet que la codification d'une matière témoigne de son originalité et qu'en conséquence, « il devient plus tentant de rechercher des

propres règles, il tomberait dans « le dénuement et la misère »³⁰⁸ et seules certaines de ses ramifications peuvent légitimement prétendre s'auto-réguler³⁰⁹.

À plusieurs égards, le droit du travail se trouve confronté à son propre mutisme, en raison d'un Code du travail qui n'offre pas de couverture légale à l'ensemble des domaines des relations individuelle et collective du travail³¹⁰. Certains litiges ne peuvent donc être résolus par le seul appel aux règles travaillistes. C'est le constat qu'opère M. J.-Y. Frouin, selon lequel « même s'il est devenu très dense, et même très touffu, le droit du travail ne règle pas tous les problèmes qui peuvent naître de la relation de travail »³¹¹. La matière possède ainsi des lacunes en son propre sein, des pans qu'elle ne parvient pas à régir seule, de manière autonome³¹². Ces « lacunes » juridiques se caractérisent par l'absence de texte pour régir un litige, par le silence d'une législation sur un sujet donné³¹³. La notion doit être distinguée de ce que H. Kelsen évoquait sous le vocable de « l'autre droit »³¹⁴. L'auteur visait ici les hypothèses dans lesquelles l'application stricte d'une règle de droit menait à une solution inopportune et si injuste que le juge ne pouvait se résoudre à la prononcer, préférant, en lieu et place, rechercher une solution plus juste et équitable pour laquelle il ne parvenait cependant pas à trouver de fondement juridique adéquat. Cet « autre droit », aussi évoqué sous l'appellation de « fausse lacune »³¹⁵, peut ainsi être défini comme l'absence de texte pour atteindre le résultat désiré³¹⁶.

éléments de fécondation, d'explication ou de complétude dans les pages d'un même code, plutôt que de s'en extraire pour remonter au droit commun ».

³⁰⁸ G. LYON-CAEN, « Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail », préc.

³⁰⁹ P.-Y. VERKINDT, « Le contrat de travail. Modèle ou anti-modèle du droit civil des contrats ? », in Ch. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, préc., p. 197, spé. p. 208 évoque ainsi la complétude du droit du licenciement, qui fait de celui-ci le « droit commun de la rupture du contrat ». A.-L. MAZAUD, *Contrat de travail et droit commun. Essai de mesure*, préc., p. 637 ne dit pas autre chose, lorsqu'elle énonce que « de par sa complétude et son autonomie, le droit du licenciement rayonne sur l'ensemble du contentieux du droit de la rupture ». V. ég. Ph. WAQUET, « Les rupture du contrat de travail et le droit du licenciement », *RJS* 10/04, p. 675.

³¹⁰ Nous l'avons mentionné, la négociation et la formation du contrat de travail sont largement ignorées par le Code du travail.

³¹¹ J.-Y. FROUIN, « Raisons de la construction prétorienne du droit du travail », *JCP S* 2009. 1516.

³¹² Or, sous peine d'être sanctionné pour déni de justice, le juge se retrouve dans l'obligation de surpasser et de combler cette lacune.

³¹³ V. not. les travaux menés sur la notions par le centre de traduction et de terminologie juridique (CTTJ) de l'université de Moncton, qui définissent la lacune juridique comme « un vide, un manque, à la rigueur une insuffisance, mais non une obscurité » : https://www.btb.termiumplus.gc.ca/tpv2guides/guides/juridi/index-fra.html?lang=fra&lettr=indx_catlog_l&page=9MDTG3ihBK0w.html#zz9MDTG3ihBK0w_2

³¹⁴ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, La Baconnière-Neuchâtel, 1^{ère} éd., 1953, p. 156.

³¹⁵ Expression de Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préc., p. 406.

³¹⁶ *Ibid.*

Devant ses propres lacunes, le droit du travail fait face à une bifurcation. Pour la combler, il peut être tenté de mobiliser d'autres règles travaillistes³¹⁷. Ce serait pourtant nier la qualité de « droit commun » au sous-titre I^{er} du titre III du troisième livre du Code civil³¹⁸ ; en effet, il découle de celui-ci une fonction subsidiaire qui impose que les vides constatés dans les branches spéciales du droit soient colmatés par le recours au droit commun des contrats (§1). Ainsi, les dispositions insérées par la réforme du droit des contrats au sein du Code civil participent au comblement des lacunes travaillistes (§2) et, par-là, lui font produire une « influence minimale »³¹⁹, fondée sur le nouvel article 1105 du Code civil (§3).

§1. LA FONCTION SUBSIDIAIRE DU DROIT COMMUN DES CONTRATS

44. Parce qu'ils sont « communs » à l'ensemble des contrats, les articles 1101 à 1231-7 du Code civil doivent être mobilisés pour combler les lacunes constatées au sein des droits spéciaux. Le professeur Ph. Langlois ne dit pas autre chose lorsqu'il énonce, dans un rapport traitant de la simplification du droit du travail qu'« en l'absence de textes ou d'institutions propres au droit du travail, le droit civil reste le droit commun auquel il convient de se référer »³²⁰. L'auteur fait mention de la fonction subsidiaire du droit commun des contrats, laquelle possède un caractère obligatoire (A). Mise à mal par l'action du temps et celle des droits spéciaux, la subsidiarité des règles générales a connu un effacement progressif. Pour y pallier, la réforme du droit des contrats a tenté de procéder à son renforcement (B).

A. UNE SUBSIDIARITÉ OBLIGATOIRE

45. Conséquence directe de leur « généralité absolue »³²¹, les règles de droit commun des contrats présentent toutes un caractère subsidiaire. La subsidiarité, définie comme « une

³¹⁷ Il s'agissait de l'avis de G.-H. CAMERLYNCK, « L'autonomie du droit du travail », préc., selon lequel, en l'absence de texte spécial travailliste, le problème ne doit pas être résolu par l'appel au Code civil, mais par l'appel au droit du travail lui-même.

³¹⁸ Et plus particulièrement, en ce qui nous concerne, du sous-titre I de ce titre III.

³¹⁹ L'influence que produit la réforme du droit des contrats en droit du travail se trouve majoritairement fondée sur deux arguments : les règles d'articulation des normes entre elles (Partie 1, Titre 1) et la codification, au sein du Code civil, de mécanismes de « solidarisme contractuel » (Partie 1, Titre 2). Ces arguments sont, tous deux, susceptibles de faire produire à la réforme une influence minimale en droit du travail, dont l'intensité varie toutefois.

³²⁰ Ph. LANGLOIS, « La simplification du droit du travail », in *Réflexions sur la simplification du droit du travail*, Rapport de l'Institut de l'entreprise, 2004, p.9 et s., spé. p. 16.

³²¹ N. BALAT, *Essai sur le droit commun*, Thèse, Paris 2, 2014, p. 51.

technique de coordination d'éléments concurrents, subordonnant à la défaillance de l'élément qualifié de premier le déblocage de l'élément appelé subsidiaire »³²², renvoie en l'espèce à la faculté du droit commun des contrats de « s'appliquer à défaut d'autre règle, dans les silences, dans les vides laissés par les autres règles »³²³. Dès lors, chaque fois qu'une règle spéciale ne peut être mobilisée, que ce soit parce que le litige se situe en-dehors de son champ d'application³²⁴, ou en raison de son inexistence, la fonction subsidiaire du droit commun impose que l'on fasse application des règles générales du Code civil. Ceci se trouve confirmé par le nouvel article 1105 du Code civil, qui prévoit expressément la vocation du droit commun des contrats à s'appliquer à l'ensemble des contrats de droit privé, qu'ils soient nommés ou non.

Distincte de la notion de supplétivité³²⁵, la subsidiarité du droit commun des contrats est rendue aussi nécessaire qu'obligatoire par l'incapacité des droits spéciaux – et donc du droit du travail – à « former un système complet »³²⁶. En effet, pour le professeur D. Mazeaud, « le droit spécial ne [se] suffit pas toujours à lui-même ; il comporte des imprécisions, des lacunes, des failles, des imperfections qui l'empêchent de régir intégralement ou efficacement les situations qui entrent dans son champ d'application, d'où le recours nécessaire au droit commun »³²⁷. Le caractère obligatoire de la subsidiarité du droit commun résulterait donc de l'étendue infinie de son domaine d'application, qui lui permet d'intervenir au sein de chaque droit spécial pour y combler les silences. Ainsi, puisqu'il peut trouver une terre d'application dans l'ensemble du

³²² A. GOUËZEL, *La subsidiarité en droit privé*, Thèse, Paris 2, 2011, spé., n° 144.

³²³ N. BALAT, *Essai sur le droit commun*, préc., p. 52.

³²⁴ En vertu de l'adage *exceptio est strictissimae interpretationis*. Sur ce sujet, V. ég. J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 1, *Introduction – Les personnes – La famille*, Paris, PUF, 2004, spé., n° 107, qui dit du droit spécial qu'il est un « droit étroit » ; M. LEBEAU, *De l'interprétation stricte des lois – Essai de méthodologie*, Thèse, Paris 2, 2007 ; F. POLLAUD-DULIAN, « Du droit commun au droit spécial – et retour », préc., p. 935 ; R. GASSIN, « Lois spéciales et droit commun », *D.* 1961. 91.

³²⁵ Le caractère supplétif d'une règle renvoie à l'application d'une règle à défaut d'une volonté exprimée et s'entend, par conséquent, eut égard à la « défaillance de volontés individuelles » : C. PÉRÈS, *La règle supplétive*, Paris, LGDJ, 2004, spé., n° 436. La supplétivité est donc un état plus restreint que la subsidiarité, au sein de laquelle elle s'intègre. Elle se retrouve aujourd'hui fréquemment au sein du Code du travail, car l'ordonnancement de celui-ci s'effectue souvent en trois parties distinctes : ordre public, champ de la négociation collective, dispositions supplétives. Les règles légales insérées dans la partie « dispositions supplétives » ne trouvent dès lors application que si les partenaires sociaux ne se sont pas emparés du sujet. V. not. G. FRANCOIS, « La conventionnalisation du droit du travail », *BJT* 2019, p. 38 ; F. BERGERON-CANUT, « L'architecture « ordre public / champ de la négociation collective / dispositions supplétives » : facteur de conventionnalisation ? », préc.

³²⁶ Expression de G.-J. LOCRÉ, *Esprit du Code de commerce*, Garnery, 1811, p. 13, cité par V. LASSERRE-KIESOW, « L'esprit du Code de commerce », in *Le Code de commerce, Livre du bicentenaire*, Paris, Dalloz, 2007, p. 25.

³²⁷ D. MAZEAUD, « L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux », in G. PIGNARRE (dir.), *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations. Rétrospectives et perspectives à l'heure du Bicentenaire du Code civil*, Paris, Dalloz, 2005, p. 81.

droit privé, ses règles ont, *de facto*, un caractère subsidiaire³²⁸ et la caractérisation d'un « trou » dans la législation d'une branche spéciale doit donc en emporter l'application.

46. Le recours au droit commun des contrats dans l'hypothèse d'un silence du Code du travail ne constitue toutefois pas un principe absolu qui ne souffre d'aucune exception. Dans sa mission, imposée par le Code civil³²⁹, de pallier à l'absence de réglementation spéciale, le juge peut, en lieu et place des règles générales, mobiliser des dispositions supra-légales, qu'elles soient constitutionnelles ou communautaires³³⁰. L'ingérence de celles-ci demeure toutefois minime en pratique. Il a été démontré que « les textes à valeur constitutionnelle ne contiennent eux-mêmes aucune référence au contrat – à l'exception de l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 qui vise « les obligations civiles et commerciales » pour délimiter le domaine de la loi et du règlement »³³¹. De surcroît, rares sont les décisions du Conseil constitutionnel qui portent sur le droit des contrats³³², tant et si bien qu'un auteur estime que le Conseil constitutionnel ne contribue guère au renouvellement du droit des obligations³³³.

47. Le même constat peut de prime abord être dressé vis-à-vis de la participation des droits et libertés fondamentaux dans le comblement des lacunes de notre système juridique interne. Notions brumeuses, au contenu incertain et à la délimitation délicate³³⁴, ces droits et libertés sont de plus en plus fréquemment invoqué(e)s, notamment dans les relations contractuelles

³²⁸ V. not. M. POUMARÈDE, « Les régimes particuliers de responsabilité civile, ces oubliés de l'avant-projet Catala », *D.* 2006. 2420, qui affirme que la place subsidiaire du droit commun constitue une « réponse à l'amoncellement des régimes particuliers ». V. ég. N. BALAT, *Essai sur le droit commun*, préc., p. 54 ; Ch. GOLDIE-GENICON, « Droit commun et droit spécial, 100 ans après », préc.

³²⁹ En son article 4, qui interdit le déni de justice. Or c'est ce à quoi peut mener la lacune juridique. Le juge doit donc passer outre le silence de la législation spéciale, afin de rendre sa décision.

³³⁰ À savoir le droit de l'Union Européenne. L'article 55 de la Constitution française prévoit ainsi que « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ».

³³¹ Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préc., p. 25.

³³² Cons., const. 3 août 1994, n° 94-348 DC, *JCP* 1995. II. 22404, note Y. BROUSOLLE, tend à octroyer à la liberté contractuelle une valeur constitutionnelle, en interdisant au législateur d'y porter une atteinte excessive et injustifiée. V. ég. Cons., const. 10 juin 1998, n° 98-401 DC, *D.* 2000. 60, obs. L. FAVOREU ; *RTD civ.* 1998. 78, obs. J. MESTRE ; *AJDA* 1998. 495, note J.-E. SCHOETTL. Le droit de résiliation unilatérale au sein des contrats à durée indéterminée a, quant à lui, été intégré dans le bloc de constitutionnalité (Cons., const. 9 nov. 1999, n° 99-419 DC).

³³³ N. MOLFESSIS, « Les sources constitutionnelles du droit des contrats », in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Paris, LGDJ – Bibliothèque de droit privé, 1996, p. 98.

³³⁴ P. ADAM, « Droit fondamentaux et droit du travail : derrière le brouillard... », *Dr. soc.* 2019. 506. N. MOLFESSIS, « Droit fondamental – un label incontrôlé », *JCP* 2009. 32 appelle à la clarification de la notion : « la délimitation des droits fondamentaux, la compréhension de leur fonction comme la détermination de leur nature juridique sont indispensables. La doctrine doit s'y employer pour que le mot de la semaine ne soit pas le concept flou d'une génération de juristes ».

déséquilibrées³³⁵. Fort logiquement, ils se trouvent de plus en plus mobilisés par la chambre sociale de la Cour de cassation³³⁶, puisque le contrat de travail est, sans conteste, le théâtre d'une relation contractuelle déséquilibrée³³⁷. Le Code du travail ne qualifie pourtant pas expressément de fondamental tel ou tel droit³³⁸. Par contre, en son article L. 1121-1, il consacre leur existence dans la matière, en énonçant que « nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ». La reconnaissance du caractère fondamental, peu fréquente au demeurant³³⁹, de certains droits et libertés ressort donc des travaux jurisprudentiels menés par la chambre sociale de la Cour de cassation. On y trouve trace d'un droit fondamental à ester en justice³⁴⁰ et à l'égalité entre les sexes³⁴¹ ou encore d'une liberté d'exercer une activité professionnelle³⁴². D'autres se sont vus refuser ce caractère fondamental, que ce soit le droit à l'emploi³⁴³ ou la liberté vestimentaire³⁴⁴.

³³⁵ Constat effectué par J. ROCHFELD, obs. sous Soc., 10 juill. 2002, n° 00-45.135, préc., *RDC* 2003, p. 19, pour laquelle il est possible, dans les relations contractuelles déséquilibrées, de raisonner par analogie avec « le lien qui relie le citoyen à l'État », ce qui rend propice la mobilisation des droits et libertés fondamentaux.

³³⁶ V. not. Ch. RADÉ, « Entre espoir et désespoir », préc., pour lequel : « la Cour de cassation, depuis la fin des années 1980 et plus encore au début des années 1990, [a apporté] des réponses pérennes aux besoins de protection des salariés, soit en dégageant des « principes fondamentaux » déconnectés de toute référence textuelle, soit en se fondant sur les articles 1134 du Code civil et L. 120-2 du Code du travail [...] ».

³³⁷ V. not. E. DOCKÈS, « Notion de contrat de travail », préc., qui énonce que le contrat de travail est « un contrat entre inégaux ». Pour de plus amples développements quant à l'assimilation potentielle du contrat de travail comme contrat d'adhésion au sens de l'article 1110 du Code civil, V. *infra*, n° 414 et s.

³³⁸ P. ADAM, « Droit fondamentaux et droit du travail : derrière le brouillard... », préc., met toutefois en exergue le fait que l'article L. 1321-2-1 du Code du travail fasse implicitement de la liberté d'exprimer ses convictions une liberté individuelle.

³³⁹ Constat opéré par P. ADAM, *ibid*, selon lequel : « lorsqu'il [le juge social] fait usage de la catégorie « droit fondamental », c'est souvent pour en exclure telle ou telle prérogative ».

³⁴⁰ Soc., 3 févr. 2016, n° 14-18.600, *RDT* 2016. 433, obs. L. ENJOLRAS dispose : « mais attendu qu'ayant retenu, hors toute dénaturation, que l'employeur reprochait au salarié dans la lettre de licenciement d'avoir saisi la juridiction prud'homale d'une demande en résiliation de son contrat de travail, la Cour d'appel [...] en a exactement déduit que ce grief, constitutif d'une atteinte à une liberté fondamentale, entraînait à lui seul la nullité du licenciement ». La violation de droits et libertés fondamentaux par un employeur au moment de licencier entraîne ainsi des conséquences spécifiques, puisque le licenciement ne sera pas considéré comme étant dépourvu de cause réelle et sérieuse, mais comme étant nul. L'article L. 1235-3-1 du Code du travail fait explicitement de la violation d'une liberté fondamentale une cause de nullité du licenciement. Le salarié possède alors un droit à la réintégration dans l'entreprise ou, à défaut, percevra des dommages et intérêts pour licenciement nul d'un montant correspondant, *a minima*, à 6 mois de salaire. En effet, ces dommages et intérêts ne sont pas soumis aux plafonds fixés par l'article L. 1235-3 du Code du travail, en vertu de l'article L. 1235-3-1 dudit Code, qui prévoit : « [les plafonds d'indemnité ne sont] pas applicables lorsque le juge constate que le licenciement est entaché d'une des nullités prévues au deuxième alinéa du présent article ».

³⁴¹ Soc., 13 févr. 2019, n° 18-11.386, n° 18-14.862.

³⁴² Voire d'un « principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle » : Soc., 10 juill. 2002, n° 00-45.135, *op. cit*.

³⁴³ Soc., 21 sept. 2017, n° 16-20.270, *RDT* 2017. 717, note M. GALY ; *JCP S* 2017. 1090, obs. G. DEDESSUS-LE-MOUSTIER ; *JCP G*, 2017. 1409, note F. BOUSEZ, qui énonce : « attendu, cependant, que le droit à l'emploi ne constitue pas une liberté fondamentale ».

³⁴⁴ Soc., 28 mai 2003, n° 02-40.273, *Dr. soc.* 2003. 808, note Ph. WAQUET ; *D.* 2003. 2718, note F. GUIOMARD ; *D.* 2004. 176, obs. A. POUSSON ; *RTD civ.* 2003. 680, obs. J. HAUSER.

48. Dans cette tâche, il est une dernière source à caractère supra législatif susceptible de primer sur le droit commun des contrats : le droit de l'Union. Le professeur J. Huet a démontré que si de nombreux textes communautaires ont été transposés dans notre droit interne³⁴⁵, leur emprise sur notre droit des contrats est limitée non seulement par le fait que le droit communautaire « ne touche guère aux principes fondamentaux du droit des contrats »³⁴⁶, laissant totalement intacte la théorie générale, mais aussi parce qu'il « ne saisit en principe que ce qui présente un enjeu d'ordre européen parce qu'est en cause une politique de la communauté [...] ou le bon fonctionnement du marché intérieur »³⁴⁷. Enfin – et surtout –, si notre droit des contrats n'est que peu affecté par la réglementation communautaire, c'est aussi parce qu'il comporte en certaines occasions des dispositions plus protectrices encore³⁴⁸. Ainsi, face au silence des réglementations spéciales, rarissimes sont les recours effectués au droit communautaire en lieu et place du droit commun des contrats³⁴⁹.

³⁴⁵ J. HUET, « Les sources communautaires du droit des contrats », *LPA* 1997, p. 8 opère une liste non-exhaustive des textes communautaires applicables en droit interne. On y retrouve, entre autre, la directive européenne n° 84-450 du 10 sept. 1984, relative à la publicité trompeuse, la directive n° 93/13/CEE du Conseil du 5 avr. 1993 concernant les clauses abusives, la directive n° 94/47/CE du Parlement européen et du Conseil concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers ou encore la directive n° 91/250/CEE du Conseil concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur. On constate néanmoins que ces textes communautaires n'ont aucune portée générale et prévoient en réalité des dispositions protectrices qui profitent notamment aux consommateurs : G. ALPA, « Les nouvelles frontières du droit des contrats », in *Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, LGDJ, 2001, p. 1.

³⁴⁶ J. HUET, *ibid.*

³⁴⁷ *Ibid.*

³⁴⁸ Sur l'application de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, V. Ass., plén. 4 mars 2005, n° 03-11.725, *D.* 2005. 785, obs. B. SOUSI ; *RTD civ.* 2005. 388, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *JCP* 2005. II. 10062, concl. B. DES GOUTTES ; *RDC* 2005, p. 1197, note J.-S. BERGÉ ; *LPA* 2005, n° 113, p. 15, note M.-M. VEVERKA : « la seule méconnaissance par un établissement de crédit de l'exigence d'agrément au respect de laquelle est subordonné l'exercice de son activité n'est pas de nature à entraîner la nullité des contrats qu'il a conclus. La législation française alors applicable, faisant obligation aux établissements de crédit étrangers de détenir une succursale en France, allant au-delà de ce qui était objectivement nécessaire pour protéger les intérêts qu'elle avait pour but de sauvegarder, était incompatible avec les dispositions du droit communautaire en vigueur au moment de la délivrance des prêts ». Au sujet de l'application de la directive 85/577/CEE du Conseil du 20 déc. 1985, concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux : CJCE, 24 janv. 1991, aff. C-339/89, *D.* 1991. 273, note C. BERR, cité par J. HUET, *op. cit.*, spé., considérants 14 et s.

³⁴⁹ « La supériorité du droit communautaire ne perturbe d'ailleurs nullement la résolution des conflits éventuels qui peuvent surgir entre droit commun et droit spécial [...], les dispositions du droit communautaire qui relèvent du domaine contractuel touchent exclusivement au droit spécial des contrats, le droit commun étant aujourd'hui encore soustrait à son emprise » : Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préc., p. 33.

Qu'en est-il, cependant, des textes qui entendent procéder à la création d'un droit commun européen des contrats³⁵⁰ ? Ceux-ci ont en effet pour ambition de bâtir un droit « commun » applicable aux contrats au niveau européen. À l'inverse des textes communautaires susmentionnés, ils ne se contentent donc pas de « dispositions protectrices et parcellaires »³⁵¹, mais régissent le contrat de sa négociation à sa rupture. Ce ne sont pourtant là, pour l'heure, que des travaux doctrinaux, certes dotés d'une certaine force incitative, mais dénués de toute valeur normative ; ils ne peuvent donc pas être mobilisés par le juge en lieu et place de notre droit commun des contrats lorsqu'il s'agit de combler les lacunes du droit spécial.

49. Dans le comblement des lacunes des droits spéciaux, le principe, posé par le Code civil, s'avère donc être la mobilisation par le juge du droit commun des contrats, ce qui confère à celui-ci une subsidiarité dont le caractère obligatoire découle naturellement du champ d'application des règles générales. Ce principe connaît toutefois des exceptions, et l'utilisation de sources à valeur supra-légale est autorisée et, en droit du travail, a tendance à se développer avec l'usage des droits et libertés fondamentaux.

50. La reconnaissance du caractère subsidiaire obligatoire du droit commun des contrats emporte des conséquences dans la relation que celui-ci entretient avec le droit du travail, dont l'interprétation stricte de la règle spéciale³⁵². Il en résulte que les lacunes caractérisées en droit du travail se doivent d'être comblées par l'utilisation des règles générales³⁵³, car le silence du Code du travail emporte l'activation automatique du caractère subsidiaire du droit commun des contrats. Or, faire fi dudit caractère revient à violer la règle générale par refus d'application³⁵⁴. Selon cette logique, le juge ne peut donc disposer du pouvoir de refouler une règle générale au prétexte que la solution que commanderait son application ne serait pas opportune³⁵⁵. Par suite,

³⁵⁰ Il s'agit là non seulement des principes du droit européen des contrats, rédigés sous la direction de la commission Lando, mais aussi de l'avant-projet de code européen des contrats, pensé par l'Académie des privatistes européens de Pavie en 2001, voire des Principes « Unidroit », datés de 2016 et résultant des travaux menés par l'Institut international pour l'unification du droit privé.

³⁵¹ Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préc., p. 26.

³⁵² V. *infra*, n° 102 et s.

³⁵³ Ou, comme cela a été mentionné, par celui de règles supra-légales.

³⁵⁴ N. BALAT, *Essai sur le droit commun*, préc., p. 56.

³⁵⁵ Ch. GOLDIE-GENICON, *op. cit.*, p. 350. L'analyse de la jurisprudence sociale, nous y reviendrons, démontre tout de même le conditionnement de l'application du droit commun des contrats en droit du travail à l'utilité qu'il peut y présenter : V. *infra*, n° 660 et s.

sauf à prendre le risque de la cassation³⁵⁶, il doit mobiliser les ressources du droit commun des contrats pour combler le silence de la législation travailliste.

Pour permettre à la loi spéciale travailliste de s'appliquer intégralement dans son domaine, mais aussi dans l'optique de ne pas entraver le recours au droit commun des contrats dans les cas où la matière se révèle lacunaire, il conviendrait d'appréhender les rapports entretenus entre les deux branches comme ceux liant principal, le droit du travail, et subsidiaire, le droit commun des contrats³⁵⁷. De la sorte, l'utilisation qui est faite du premier dans son propre champ d'application est intégrale, tandis que le recours au second demeure imposé lorsque le silence de la législation spéciale lui interdit d'apporter une réponse à une problématique.

51. L'obligatorité de la subsidiarité des règles générales et la sanction de la cassation qui en découle n'ont pas empêché l'effritement du rôle matriciel du droit commun des contrats. Dans l'optique de refaire du Code civil le droit de tous les contrats dits « privés », la réforme de février 2016 a procédé au renforcement de cette subsidiarité.

B. UNE SUBSIDIARITÉ RENFORCÉE

52. L'existence d'exceptions et l'utilisation croissante qui en est faite en droit du travail ne porte pas atteinte au renforcement de la fonction subsidiaire du droit commun des contrats, initié par l'ordonnance du 10 février 2016. Ce renforcement constituait l'un des objectifs majeurs de la réforme³⁵⁸ et a été rendu nécessaire par des causes propres au droit commun des contrats, mais aussi par des raisons qui lui étaient extérieures.

³⁵⁶ V. not. Soc., 7 oct. 1998, n° 97-43.336, n° 97-43.463, *Dr. soc.* 1999. 87, note C. ROY-LOUSTAUNAU au sujet de l'application de l'article L. 1251-41 du Code du travail (ancien article L. 124-7-1 dudit Code). Cette disposition légale prévoit que lorsqu'un Conseil de Prud'hommes est saisi d'une demande de requalification d'un contrat de mission en contrat de travail à durée indéterminée, l'affaire doit être portée immédiatement devant le bureau de jugement, qui doit statuer dans un délai d'un mois à compter de la saisine. De surcroît, il y est prévu que si la requalification contractuelle est prononcée, la juridiction octroie au salarié une indemnité d'un montant au moins équivalent à un mois de salaire. En l'espèce, le Conseil de Prud'hommes avait requalifié le contrat de mission en contrat à durée indéterminée tout en refusant d'indemniser le salarié sur ce fondement, arguant du fait que le contrat de mission n'était plus en cours d'exécution, position ensuite reprise par la Cour d'appel. L'arrêt de cette dernière est censuré par la Cour de cassation, qui énonce « qu'en statuant ainsi, la Cour d'appel a ajouté au texte susvisé une condition qu'il ne comporte pas et l'a violé par refus d'application ». Une solution similaire a été rendue dans Soc., 25 nov. 1998, n° 96-44.636 au sujet du paiement d'une indemnité compensatrice de congés payés. Il s'agit-là, semble-t-il, des deux seules occurrences de cassation prononcée par la chambre sociale pour refus d'application.

³⁵⁷ J.-Y. FROUIN, « Raisons de la construction prétorienne du droit du travail », préc.

³⁵⁸ V. *supra*, n° 17.

Le coup porté à la fonction subsidiaire des règles générales trouve d'abord sa source dans l'écoulement du temps, dont l'œuvre a entraîné le vieillissement du Code civil et de ses dispositions. Celles-ci ont alors progressivement perdu contact avec la « factualité des relations contractuelles »³⁵⁹. L'obsolescence relative des règles du Code civil de 1804 a participé au développement massif de « règles satellites »³⁶⁰, pratiques, jurisprudentielles ou légales³⁶¹, qui ont pris la forme du droit des contrats spéciaux³⁶² ou des droits spéciaux des contrats³⁶³. En somme, le droit des contrats s'est, petit à petit, développé hors du Code civil, ce qui a conduit à la fragmentation des règles qui lui sont applicables. La perte de contact des règles générales avec la réalité de la pratique contractuelle a inévitablement porté atteinte à la fonction subsidiaire de ces dernières. Et pour cause, quand bien même les législations spéciales qui se sont développées demeuraient incomplètes, il était malaisé pour le juge de combler les lacunes qu'il y constatait en faisant appel à des règles générales anachroniques, qui n'auraient pas été en phase avec la pratique contractuelle. Dès lors, pour répondre aux attentes des acteurs, les silences des législations spéciales ont été comblés aux dépens du droit commun des contrats et de sa fonction subsidiaire³⁶⁴.

53. En plus de la progressive inadéquation entre les règles générales et la pratique contractuelle, le droit du travail a également joué un rôle dans l'affaiblissement de la fonction subsidiaire du droit commun des contrats. La législation travailliste s'est construite, au courant du XIX^e siècle, « contre » le droit civil alors en vigueur, car les logiques qui les sous-tendent respectivement divergent nettement³⁶⁵. C'est pourquoi, dans l'optique d'éviter d'imprégner la relation de travail d'un raisonnement qui lui est totalement « extérieur », le juge social a pu être tenté d'endosser le rôle de créateur de droit. C'est l'opinion que partageait le professeur B. Mathieu, lorsqu'il écrivait que « les contradictions entre la logique égalitaire du droit civil des contrats et la logique protectrice du droit du travail favorisent le rôle normatif du juge »³⁶⁶. M. J.-Y. Frouin abonde, en considérant que la logique protectrice du salarié, inhérente à l'essence même du droit du travail, favorise « l'autonomie normative » de la matière³⁶⁷. Par conséquent,

³⁵⁹ Expression de G. LOISEAU, « Le rôle matriciel du droit commun des contrats en droit du travail », préc.

³⁶⁰ G. LARDEUX, « Le droit des contrats spéciaux hors le Code civil », *LPA* 2005, n° 183, p. 3.

³⁶¹ *Ibid.*

³⁶² Parmi tant d'autres, le contrat de vente, le contrat de prêt, le contrat de mandat, le contrat de dépôt...

³⁶³ Tels que le droit du travail, le droit de la consommation, le droit de la concurrence, le droit fiscal...

³⁶⁴ V. ci-dessous.

³⁶⁵ J.-Y. FROUIN, « Raisons de la construction prétorienne du droit du travail », préc.

³⁶⁶ B. MATHIEU, *Les sources du droit du travail*, préc., p. 87.

³⁶⁷ J.-Y. FROUIN, *op. cit.*

face à une lacune caractérisée au sein du droit du travail, le juge n'est pas nécessairement allé, comme il l'aurait dû en vertu de l'article 1105 du Code civil, « chercher la réponse dans les règles ou principes de droit civil »³⁶⁸.

Il n'est cependant pas superflu de préciser que d'autres branches spéciales du droit opèrent également de la sorte. Dans sa thèse relative aux relations entretenues par le droit commun des contrats et les droits spéciaux, le professeur Ch. Goldie-Genicon évoque « l'empiètement » que réalise le droit de la consommation sur le territoire du droit commun des contrats³⁶⁹ suite à la loi du 1^{er} août 2003³⁷⁰. Cette loi codifie au sein du Code de la consommation plusieurs dispositions relatives au contrat de cautionnement, débordant même du cadre des seules cautions ayant la qualité de consommateurs³⁷¹. Pourtant, pour toute question portant sur la problématique du cautionnement, le droit de la consommation aurait pu et dû se référer au chapitre qui est consacré à cette sûreté dans le Code civil³⁷². Ainsi, là où le droit du travail a complété ses propres lacunes par l'action de son juge, le droit de la consommation l'a fait par son action législative.

C'est également par le truchement de la loi que le droit de la concurrence est venu étendre son domaine aux dépens de celui du droit commun des contrats. Destiné à lutter contre les pratiques anticoncurrentielles et, plus largement, à octroyer un cadre légal au marché et à la concurrence, ce droit ne semble pas avoir pour vocation d'alimenter le régime protecteur des intérêts particuliers des agents du marché³⁷³. Pourtant, l'insertion de l'article L. 442-6 du Code de commerce³⁷⁴, qui permet la correction de plusieurs déséquilibres contractuels, semble avoir de telles visées, car son application n'est guère subordonnée à la preuve d'une atteinte à la concurrence ou au marché³⁷⁵.

³⁶⁸ *Ibid.*

³⁶⁹ Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préc., p. 129 et s.

³⁷⁰ Loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique.

³⁷¹ Articles L. 341-1 et s. du Code de la consommation.

³⁷² Livre IV, titre I, chapitre I, intitulé « du cautionnement ».

³⁷³ V. not. Ch. GOLDIE-GENICON, *op. cit.*, p. 130.

³⁷⁴ Article 36 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} déc. 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, introduit dans le Code de commerce par la loi n° 96-588 du 1^{er} juill. 1996 sur la loyauté contractuelle et l'équilibre des relations contractuelles.

³⁷⁵ V. not. M. CHAGNY, « L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit des contrats », *RDC* 2004, p. 861. De la même auteure, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Thèse, Paris 1, 2002, p. 875 et s. V. ég. D. MAZEAUD, « L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux », préc., p. 93.

54. Qu'il soit d'origine légale, comme ce fut le cas des droits de la consommation et de la concurrence, ou d'origine jurisprudentielle, comme le droit du travail, l'empiètement des droits spéciaux dans les domaines du droit commun (du cautionnement ou des contrats) emporte le « gonflage artificiel » des droits spéciaux³⁷⁶, puisque ceux-ci font entrer dans leurs frontières des dispositions qui n'ont rien à y faire. C'est à cet artifice qu'aboutit par exemple le droit du travail lorsqu'il opte pour une résolution autonome des litiges dans le silence du Code du travail au lieu de faire application des règles générales. La matière s'enferme alors dans un cercle³⁷⁷ qui s'autoalimente ; plus le droit du travail comble seul ses lacunes, plus il gonfle son propre domaine et plus il est susceptible de prétendre à l'autonomie. Or, un droit spécial qui se veut autonome a tendance à ne chercher les réponses à ses problématiques qu'en son propre giron, ce qui incite d'autant plus le juge à ignorer le droit commun des contrats lorsqu'il fait face au silence de la loi spéciale travailliste. C'est ainsi que le discours autonomiste des droits spéciaux se nourrit sans discontinuer.

55. Face à ces constats – l'obsolescence des règles générales et l'auto-comblement des lacunes par les législations spéciales qui en découle – le Gouvernement a tenté de restaurer la fonction subsidiaire du droit commun des contrats. Pour pallier à la désuétude de certaines dispositions générales, l'ordonnance du 10 février 2016 et, après elle, la loi du 20 avril 2018, ont fait souffler un vent de modernité sur le Code civil. Parmi tant d'autres, trois exemples permettent d'illustrer la modernisation du titre III du livre III du Code civil.

D'abord, la réforme est venue remettre en cause une jurisprudence datée de 1876, en octroyant au juge le pouvoir de modifier le contenu d'un contrat devenu excessivement onéreux pour l'une des parties en raison de la survenance d'un événement imprévisible au moment de sa conclusion³⁷⁸.

Ensuite, elle a fait le choix d'insérer dans le Code civil des mécanismes d'ores et déjà présents dans certaines législations spéciales. L'exemple le plus pertinent semble être celui de la codification de la traque des clauses abusives au sein de l'article 1171 du Code civil. En effet,

³⁷⁶ Expression de Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préc., p. 131.

³⁷⁷ Qui, selon les opinions de chacun.e, peut alternativement être perçu comme étant vertueux ou vicieux.

³⁷⁸ Article 1195 du Code civil, qui consacre la théorie de l'imprévision, qui était jusqu'alors rejetée par Civ., 6 mars 1876, préc.

les clauses abusives font l'objet d'un chapitre dans le code de la consommation depuis 1993³⁷⁹ et certains estiment d'ailleurs que l'article 1171 du Code civil n'est que la transposition des textes consuméristes et que son application sera inspirée par le droit de la consommation³⁸⁰. En piochant au sein des droits spéciaux, le droit commun des contrats se modernise et prend à son compte certains domaines qu'il ignorait jusqu'alors. Si cela posera d'inévitables questions d'articulation vis-à-vis du droit de la consommation, voire du droit de la concurrence³⁸¹, il n'en demeure pas moins que désormais, confronté à une clause abusive présente dans un contrat de travail, le juge social est mis en mesure de combler la lacune du Code du travail par la mobilisation de l'article 1171 du Code civil³⁸², respectant alors strictement la fonction subsidiaire de celui-ci.

Enfin, se trouvent désormais dans le Code civil des notions bien connues mais qui n'avaient pour l'heure jamais été élevées au rang légal. C'est ainsi que le chapitre consacré aux dispositions liminaires³⁸³, qui existait déjà en amont de la réforme, a notamment été agrémenté d'un article 1110, inspiré des travaux de R. Saleilles³⁸⁴, qui définit le contrat de gré à gré³⁸⁵ et le contrat d'adhésion³⁸⁶. Le droit commun des contrats se trouve donc aujourd'hui muni d'un corps de règles³⁸⁷ qui lui permet de régir les contrats déséquilibrés.

56. Actualisé, le Code civil se trouve à nouveau en phase avec la pratique contractuelle, laquelle ne manquera toutefois certainement pas de poursuivre sa constante évolution. Par ce

³⁷⁹ Loi n° 93-949 du 26 juill. 1993 relative au code de la consommation (partie législative), qui a inséré un chapitre II dans le titre III du livre Ier de celui-ci, intitulé « clauses abusives ». Ce chapitre, abrogé par l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, se trouve désormais dans le titre Ier du livre II du Code de la consommation, aux articles L. 212-1 et suivants.

³⁸⁰ L. BENTO DE CARVALHO, « L'incidence de la réforme du droit des contrats sur le régime du contrat de travail : renouvellement ou *statu quo* ? », préc. ; A. LECOURT, « L'impact de la réforme du droit des contrats sur le droit des sociétés : aspects théoriques et pratiques », préc. Sur ce sujet, V. ég. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Observations sur le projet de réforme du droit des contrats et des obligations », *LPA* 2015, n° 177, p. 70. ; R. BOFFA, « Juste cause (et injuste clause) ». Brèves remarques sur le projet de réforme du droit des contrats », préc. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, préc., p. 387 et s. estiment toutefois que l'article 1171 du Code civil n'est pas qu'une synthèse du régime consumériste des clauses abusives.

³⁸¹ L. 442-6, I, 2° du Code de commerce. V. *infra*, n° 496.

³⁸² V. *infra*, n° 449 et s.

³⁸³ Articles 1101 à 1111-1 du Code civil. V. not. M. MEKKI, « Les dispositions liminaires », préc.

³⁸⁴ R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil Allemand*, préc.

³⁸⁵ Article 1110, alinéa 1, du Code civil, qui dispose : « le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont négociables entre les parties ».

³⁸⁶ Article 1110, alinéa 2, du Code civil, qui dispose : « le contrat d'adhésion est celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties ».

³⁸⁷ L'article 1110 du Code civil, donc, mais aussi les articles 1171 et 1190.

biais, il est, pour l'heure, à nouveau en mesure de répondre aux problématiques contractuelles contemporaines grâce à des outils que le droit du travail ignore souvent. Par-là, sa fonction subsidiaire s'avère renforcée et, dorénavant, il sera plus aisé pour le juge social de s'y référer dans l'optique de combler un silence du Code du travail, car plusieurs nouveaux mécanismes civilistes pourraient lui permettre de répondre à certains enjeux de la matière.

57. Plus encore que par la modernisation du Code civil et de ses règles, le rétablissement de la fonction subsidiaire du droit commun des contrats passe par l'affirmation, faite par le nouvel article 1105, alinéa 3, du Code civil, selon laquelle les règles générales ont, en principe, vocation à s'appliquer dans les frontières des droits spéciaux et ne s'y trouvent qu'exceptionnellement évincées³⁸⁸. Si, nous l'avons expliqué³⁸⁹, la fonction subsidiaire du droit commun des contrats découle de sa généralité et lui est totalement inhérente, elle se voit aujourd'hui reconnaître une portée légale. En effet, en disposant que « les règles générales s'appliquent [au sein des branches spéciales du droit] sous réserve [des] règles particulières », l'article 1105, alinéa 3, du Code civil, interprété *a contrario*, rend obligatoire la mobilisation du droit commun des contrats en l'absence de législation spéciale, dans l'optique de combler les lacunes des législations spéciales³⁹⁰.

58. Les dispositions portées par la réforme du droit des contrats, insérées dans le sous-titre I^{er} du titre III du livre III du Code civil et appartenant donc au droit commun des contrats, sont évidemment et également subsidiaires par nature. Parce qu'elle permet de pallier au « pointillisme des règles spéciales »³⁹¹, cette subsidiarité impose, en l'absence de législation particulière, le recours au droit commun des contrats. Dès lors, la possibilité de voir les dispositions de la réforme du droit des contrats participer au comblement des lacunes du droit du travail doit être envisagée.

³⁸⁸ L'article dispose que « les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières ».

³⁸⁹ V. *supra*, n° 45.

³⁹⁰ Sous réserve de la mobilisation de règles supra-légales.

³⁹¹ Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préc., p. 283.

§2. LE COMPLEMENT DES LACUNES TRAVAILLISTES PAR LA RÉFORME DU DROIT DES CONTRATS

59. La lacune juridique fait craindre l'existence d'un vide juridique dans un système donné. Les deux notions – lacune juridique et vide juridique – paraissent d'ailleurs synonymiques, car elles confrontent toutes deux le juge l'absence de règles textuelles pour trancher le litige qui lui est soumis. Il semblerait pourtant que les deux notions ne puissent être placées sur un même plan. Comme l'énonce le professeur Ch. Goldie-Genicon, le vide juridique constitue en réalité l'une des conséquences d'une lacune : « si l'existence de règles communes à tous les contrats s'impose, c'est avant tout pour combler les lacunes des dispositions spéciales, pour éloigner de notre système le spectre du vide juridique »³⁹². Le vide résulte donc du silence. L'existence d'un droit dit « commun » et applicable dans l'ensemble du droit privé emporte la remise en question du sens même de la notion de « vide juridique ». Pour être caractérisé, ce vide suppose en effet qu'aucune disposition ne permette de résoudre un litige. Or, par son transversalisme et sa généralité absolue, le droit commun des contrats offre au juge la réponse à n'importe quelle problématique ayant trait aux contrats de droit privé³⁹³. Jouant le rôle de « deuxième jambe », nécessaire à chaque branche spéciale pour « tenir debout »³⁹⁴, le droit commun des contrats est à même de venir boucher toute anfractuosité laissée vacante par les droits spéciaux. Aussi, face au silence ponctuel du Code du travail, la codification de nouveaux mécanismes légaux au sein du Code civil³⁹⁵ par l'ordonnance du 10 février 2016 et la loi de ratification du 20 avril 2018 doit emporter le renouvellement de l'analyse du comblement des lacunes travaillistes par le recours au droit commun des contrats, et cela à deux égards. Premièrement, il est évidemment impératif d'apprécier si la réforme du droit des contrats entraîne des conséquences sur la fonction subsidiaire du droit commun des contrats. À la lumière de ce qui précède, la réponse doit être positive, car ladite fonction a été renforcée par l'ordonnance du 10 février 2016. Le droit commun continue ainsi de « jouer son rôle de comblement des interstices »³⁹⁶. Deuxièmement, le nouveau droit des contrats contient plusieurs mécanismes qui sont

³⁹² *Ibid*, p. 366.

³⁹³ F. POLLAUD-DULIAN, « Du droit commun au droit spécial – et retour », préc., p. 940 : « aucun vide juridique ne saurait exister, précisément parce que, à défaut de règle spéciale pour répondre à telle question nouvelle dans un domaine particulier, le recours au droit commun, au besoin par une interprétation nouvelle, permet au juge d'apporter une réponse ».

³⁹⁴ F. GRUA, « Les divisions du droit », préc.

³⁹⁵ Et plus particulièrement au sein du sous-titre I (article 1101 à 1231-7 du Code civil).

³⁹⁶ F. POLLAUD-DULIAN, « Réforme du droit civil des contrats par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 », *RTD com.* 2016. 503.

susceptibles de pouvoir trouver application en droit du travail en raison de l'absence de règles légales spéciales. Dès lors, indiscutablement, l'obligation de faire appel au droit commun des contrats face au silence d'une législation spéciale constitue l'une des raisons pour laquelle la réforme du droit des contrats sera amenée à produire une certaine influence en droit du travail. Cet appel peut d'ailleurs être envisagé à de multiples égards³⁹⁷, pour compenser le silence du droit du travail au sujet de l'offre de contrat de travail et son acceptation (**A**), la promesse unilatérale de contrat de travail (**B**), la cession conventionnelle dudit contrat (**C**) l'acte passé sans pouvoir (**D**), la caducité de la clause de non-concurrence (**E**) ou la confirmation tacite de l'acte vicié par une nullité relative (**F**).

A. L'OFFRE ET L'ACCEPTATION DE CONTRAT DE TRAVAIL

60. Parce qu'il a pris le soin tout particulier de régir les domaines dans lesquels le salarié court les risques les plus importants, le Code du travail a largement délaissé la phase précontractuelle³⁹⁸. La réglementation de la période de formation du contrat de travail s'avère donc parcellaire, ce qui a poussé le législateur, selon le professeur Ch. Radé, à déplacer l'article L. 1221-1 du Code du travail dans un chapitre consacré à la « formation du contrat de travail »³⁹⁹. En amont de la réforme du droit des contrats, le Code civil était, lui aussi, peu disert au sujet de la conclusion des contrats. En effet, son titre III du livre III, consacré aux contrats et aux obligations conventionnelles⁴⁰⁰, s'ouvrait sur un premier chapitre, relatif aux différentes formes de contrat⁴⁰¹, et était suivi par la description des quatre conditions de validité du

³⁹⁷ Toutefois, afin de ne pas empiéter sur nos développements à venir, la présentation suivante ne prétend pas à l'exhaustivité. Ne seront ainsi pas immédiatement évoqués en détail les mécanismes de la résolution judiciaire, du dol et de la rupture unilatérale aux risques et périls du créancier, car leur analyse nécessite l'étude, en amont, de la notion d'antinomie (V. *infra*, n° 152 et s.). De surcroît, puisqu'elles seront traitées dans un titre à part (V. *infra*, n° 271 et s.), les dispositions relatives au devoir précontractuel d'information, de la violence pour abus de l'état de dépendance et des clauses abusives, ne seront pas immédiatement envisagées.

³⁹⁸ V. *supra*, n° 43.

³⁹⁹ Ch. RADÉ, « L'autonomie du droit du travail », préc., pour lequel l'article L. 1221-1 du Code du travail « a été repositionné lors de la dernière recodification réalisée en 2008 dans le chapitre consacré à la formation du contrat de travail à laquelle le contrat de travail s'est finalement assez peu intéressé ».

⁴⁰⁰ Intitulé « des contrats ou des obligations conventionnelles en général », qui contenait les articles 1101 à 1369-11 du Code civil.

⁴⁰¹ Chapitre I, intitulé « dispositions liminaires ». Parmi les différentes formes de contrat étaient mentionnés le contrat synallagmatique et bilatéral (ancien article 1102 du Code civil), unilatéral (ancien article 1103), commutatif et aléatoire (ancien article 1104), de bienfaisance (ancien article 1105) et à titre onéreux (ancien article 1106). V. not. Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil. Les obligations*, Paris, Sirey, 14^e éd., 2014, p. 231 et s.

contrat⁴⁰² puis par la présentation des effets des obligations⁴⁰³. La période précontractuelle était donc totalement absente du Code civil⁴⁰⁴ et rien n'était dit sur les négociations précontractuelles, l'offre de contrat ou son acceptation. Les règles applicables étaient alors à rechercher dans la jurisprudence. Ainsi, la chambre commerciale est venue préciser, par exemple, que « le simple fait de contracter, même en connaissance de cause, avec une personne ayant engagé des pourparlers avec un tiers ne constitue pas, en lui-même et sauf s'il est dicté par l'intention de nuire ou s'accompagne de manœuvres frauduleuses, une faute de nature à engager la responsabilité de son auteur »⁴⁰⁵. Cette même formation a estimé que la rupture non fautive des pourparlers ne peut être reprochée à son auteur, quand bien même aurait-elle causé un préjudice à son partenaire⁴⁰⁶. Il en allait de même au sujet de l'offre de contrat et de son acceptation par le bénéficiaire. Par exemple, la solution selon laquelle une offre n'est valable que si elle comprend les éléments essentiels du contrat envisagé a été consacrée par cette même chambre commerciale en 1990⁴⁰⁷. La libre rétractation de l'offre qui n'est pas encore parvenue à son destinataire, elle, résulte d'un arrêt rendu par la première chambre civile⁴⁰⁸, tandis que le régime de ladite rétractation dans l'hypothèse où l'offre est parvenue à son destinataire ressort d'une décision de la troisième chambre civile⁴⁰⁹.

61. La réforme du droit des contrats et notamment l'ordonnance du 10 février 2016 rompt avec l'ancien droit et intègre dans le Code civil un chapitre intégralement consacré à la formation du contrat⁴¹⁰, qui illustre d'ailleurs parfaitement la codification à jurisprudence constante menée par le Gouvernement⁴¹¹. Ainsi, par exemple, l'offre contractuelle et son

⁴⁰² Chapitre II, intitulé « des conditions essentielles pour la validité des conventions ». On y trouvait ainsi le consentement, la capacité des parties, l'objet et la cause du contrat.

⁴⁰³ Chapitre III, intitulé « de l'effet des obligations ».

⁴⁰⁴ V. not. D. GALLOIS-COCHET, « L'avant-contrat », in S. BROS (dir.), *Les innovations de la réforme du droit des contrats*, préc., p. 41.

⁴⁰⁵ Com., 26 nov. 2003, n° 00-10.243, n° 00-10.949, préc.

⁴⁰⁶ Com., 9 mars 1999, n° 96-16.559 ; Com., 20 nov. 2007, n° 06-20.332, *RTD civ.* 2008. 101, obs. B. FAGES.

⁴⁰⁷ Com., 6 mars 1990, n° 88-12.477, *D.* 1991. 317, obs. J.-L. AUBERT ; *RTD civ.* 1990. 463, obs. J. MESTRE ; *JCP* 1990. II. 21583, note B. GROSS.

⁴⁰⁸ Civ., 1^{re}, 16 janv. 2013, n° 11-28.235, *RDC* 2013, p. 516, obs. Th. GENICON.

⁴⁰⁹ Civ., 3^e, 7 mai 2008, n° 07-11.690, préc.

⁴¹⁰ Chapitre II du titre III du livre III du Code civil.

⁴¹¹ La réforme reprend, par exemple, la solution donnée par Com., 6 mars 1990, n° 88-12.477, *op. cit.*, selon lequel une offre n'est valable que si elle comprend les éléments essentiels du contrat envisagé. Plus encore, la libre rétractation de l'offre qui n'est pas encore parvenue à son destinataire, prévue par l'article 1115 du Code civil, renvoie à la solution donnée par Civ., 1^{re}, 16 janv. 2013, n° 11-28.235, *op. cit.* Toujours au sujet de la rétractation de l'offre, la réforme procède également à la codification de Civ., 3^e, 7 mai 2008, n° 07-11.690, *op. cit.* De même, l'article 1120 du Code civil, qui pose le principe selon lequel le silence ne vaut pas acceptation, sauf exception, consacre la solution de Civ., 25 mai 1870, *DP* 1870. 1. 257, réaffirmée plus récemment : Civ., 1^{re}, 5 avr. 1993, n° 91-15.602, *CCC* 1993. 145, note L. LEVENEUR ; Civ., 1^{re}, 16 avr. 1996, n° 94-16.528, *RTD civ.* 1996. 894, obs.

acceptation sont dorénavant régies par les articles 1113 à 1122 du Code civil. Devant le silence absolu du Code du travail sur l'ensemble de ces sujets, la fonction subsidiaire obligatoire du droit commun des contrats mène à l'application de l'ensemble de ces textes. En effet, seules les conditions de forme de la conclusion d'un contrat de travail sont visées par le Code du travail, qui dispose en son article L. 1221-1 que « le contrat de travail peut être établi selon les formes que les parties contractantes décident d'adopter », conformément au principe du consensualisme. Toutefois, seul un type de contrat peut valablement se passer de tout écrit, à savoir le contrat à durée indéterminée à temps plein⁴¹². La validité des autres contrats est soumise à la rédaction d'un contrat⁴¹³. Plus encore, le Code du travail impose que le contrat de travail qui est exécuté sur le territoire français soit rédigé en langue française⁴¹⁴. Rien n'est dit, par contre, des conditions de fond de la conclusion d'un contrat de travail ou d'une convention collective. Une nouvelle fois, c'est dans la jurisprudence qu'il convient d'en rechercher les règles. Celle-ci s'est parfois alignée sur la jurisprudence civile, en décidant par exemple que le retrait d'une offre d'emploi faite à une personne précise avant l'expiration du délai qui y était indiqué engage la responsabilité de son auteur⁴¹⁵. De même, lorsqu'elle est entachée d'un vice du consentement, la conclusion d'un contrat de travail n'est pas valable⁴¹⁶. En d'autres circonstances, la jurisprudence sociale est contraire à celle des chambres civiles de la Cour de cassation. Ainsi, tandis que conformément à la théorie de la réception, le contrat est conclu en droit civil lorsque l'acceptation parvient à l'offrant⁴¹⁷, la chambre sociale a fait application de la théorie de l'émission, en considérant le contrat de travail comme formé à compter du moment où l'acceptation est donnée par le salarié⁴¹⁸.

J. MESTRE ; *Defrénois* 1996. 1013, obs. D. MAZEAUD. La théorie de la réception, selon laquelle le contrat est formé lorsque l'acceptation parvient à l'offrant, se retrouve quant à elle dans Com., 21 févr. 2012, n° 11-11.693, D. 2012. 606, obs. A. LIENHARD ; *Rev. sociétés* 2012. 450, note B. GRELON.

⁴¹² V. not. G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Paris, Dalloz, 2020, p. 295 et s.

⁴¹³ Ce ne sont donc pas des contrats consensuels, mais des contrats solennels. V. not. l'article L. 1242-12 du Code du travail, qui prévoit que « 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 ». La validité des contrats de travail à temps partiel est également soumise à la forme écrite du contrat (article L. 3123-6 du Code du travail), à l'instar de celle du contrat d'apprentissage (article R. 6222-2 du Code du travail) ou des contrats de travail à domicile (article L. 7421-1 et s. du Code du travail). De même, pour être valable, la convention collective doit être écrite (article L. 2231-3 du Code du travail).

⁴¹⁴ Article L. 1221-3 du Code du travail. L'article L. 2231-4 du Code du travail dispose quant à lui que les conventions et accords doivent être rédigés en français.

⁴¹⁵ Soc., 12 déc. 1983, D. 1984. 111.

⁴¹⁶ V. not. G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, préc., p. 299.

⁴¹⁷ Com., 21 févr. 2012, n° 11-11.693, *op. cit.*

⁴¹⁸ Soc., 21 avr. 1966, *JCP* 1966, IV. 78.

62. En application de la fonction subsidiaire du droit commun des contrats, les textes nouvellement insérés dans le Code civil devraient trouver application en droit du travail, afin d'y combler les lacunes. Ainsi, la conclusion d'un contrat de travail, mais aussi celle d'une convention collective⁴¹⁹ doit se soumettre aux règles des articles 1113 à 1122 du Code civil. Dès lors, en application du nouvel article 1121 du Code civil, selon lequel « le contrat est conclu dès que l'acceptation parvient à l'offrant. Il est réputé l'être au lieu où l'acceptation est parvenue », c'est la théorie de la réception qui devrait s'appliquer à la conclusion du contrat de travail, contrairement à ce que prévoit la jurisprudence sociale depuis près de soixante ans⁴²⁰. Si la chambre sociale ne s'est pas encore prononcée sur la date et le lieu de formation du contrat à la lumière de la réforme du droit des contrats, elle a d'ores et déjà fait application de la définition de l'offre d'emploi et de son régime au contrat de travail⁴²¹. Il y a donc fort à parier que la chambre sociale de la Cour de cassation vienne intégralement calquer la formation du contrat de travail sur celle d'un contrat de droit civil et, par-là, faire une application stricte et conforme des dispositions de la réforme du droit des contrats pour combler les lacunes du droit du travail⁴²².

63. Sur la base de ces raisonnements, le même constat peut être dressé lorsque la conclusion du contrat de travail ne résulte pas de l'émission successive d'une offre et d'une acceptation, mais de la formulation d'une promesse unilatérale d'embauche.

B. LA PROMESSE UNILATÉRALE DE CONTRAT DE TRAVAIL

64. La promesse unilatérale, à l'instar du pacte de préférence, est considérée comme un avant-contrat⁴²³. Évoquée sous le vocable de « promesse d'embauche » en droit du travail, elle

⁴¹⁹ La conclusion d'une convention collective est contractuelle, comme cela découle de l'article L. 2232-12, alinéa 1, du Code du travail, selon lequel « la validité d'un accord d'entreprise ou d'établissement est subordonnée à sa signature par, d'une part, l'employeur ou son représentant et, d'autre part, une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives [...] ».

⁴²⁰ Soc., 21 avr. 1966, *JCP* 1966. IV. 78, préc. V. ég. Ch. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil*, préc., p. 188 et s., p. 210 et s.

⁴²¹ Soc., 21 sept. 2017, n° 16-20.103, préc, qui énonce : « attendu que l'acte par lequel un employeur propose un engagement précisant l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation, constitue une offre de contrat de travail, qui peut être librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire ; que la rétractation de l'offre avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, l'issue d'un délai raisonnable, fait obstacle à la conclusion du contrat de travail et engage la responsabilité extracontractuelle de son auteur ».

⁴²² V. not. G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, préc., p. 299.

⁴²³ V. not. F. COHET, « Promesse unilatérale de vente antérieure au 1^{er} octobre 2016 et rétractation du promettant », *AJDI* 2022. 226 ; H. BARBIER, « La jurisprudence « Consorts Cruz » est morte, vive la clause

peut être définie comme « le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire »⁴²⁴. Il s'agit, en d'autres termes, de l'acte par lequel un employeur s'engage à embaucher un salarié, aux conditions qu'il fixe, et pour la formation définitive duquel ne manque que l'accord dudit salarié.

65. Absente du Code civil de 1804, la promesse unilatérale de contrat s'est vue, elle aussi, doter d'un régime par la jurisprudence civile. Ainsi, dans un arrêt connu sous le nom de « Consorts Cruz », la troisième chambre civile de la Cour de cassation a décidé que la rétractation de la promesse de vente, réalisée avant la date butoir indiquée dans l'acte, empêche la formation du contrat projeté quand bien même la levée de l'option par le bénéficiaire était exécutée dans le temps qui lui était imparti⁴²⁵. Les faits qui ont mené à cet arrêt sont les suivants : une personne a consenti, le 22 mai 1987, une promesse de vente d'un immeuble, valable jusqu'au 1^{er} septembre 1987. Les bénéficiaires ont levé l'option, qui était laissée à leur discrétion, le 10 juin 1987. Toutefois, le 26 mai 1987, le promettant était revenu sur sa décision de vendre et avait rétracté sa promesse. La troisième chambre civile avait alors considéré que cette rétractation, bien que fautive, ne pouvait être sanctionnée par la conclusion forcée du contrat, faisant perdre au mécanisme de la promesse unilatérale « la majeure partie de son efficacité »⁴²⁶.

66. La jurisprudence dite « Consorts Cruz » n'a jamais été remise en cause par la Cour de cassation. Elle l'a été, par contre, par l'ordonnance du 10 février 2016, qui vient la briser, en prévoyant que la rétractation fautive d'une promesse unilatérale est sanctionnée par la faculté,

« Consorts Cruz » ! », *RTD civ.* 2021. 630 ; R. BOFFA, M. MEKKI, « Droit des contrats », *D.* 2022. 310 ; S. PELLET, « Négociations et avant-contrats », in M. LATINA (dir.), *La réforme du droit des contrats en pratique*, Paris, Dalloz, 2017, p. 32 ; F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations*, Paris, Dalloz, 12^e éd., 2018, p. 282 et s. ; E. LEDUC, *Des avant-contrats*, Thèse, Paris, 1909 ; P. FIESCHI-VIVET, *La promesse de contrat*, Thèse, Lyon, 1973 ; M. GÉNINET, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, Thèse, Paris 2, 1985.

⁴²⁴ F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *ibid*, p. 283 ; Ch. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil*, préc., p. 224.

⁴²⁵ Civ., 3^e, 15 déc. 1993, n° 91-10.199, *D.* 1994. 230, obs. O. TOURNAFOND ; *D.* 1994. 507, note F. BÉNAC-SCHMIDT ; *D.* 1995. 87, obs. L. AYNÈS ; *RTD civ.* 1994. 584, obs. J. MESTRE ; *AJDI* 1994. 351, étude M. AZENCOT ; *AJDI* 1996. 568, étude D. STAPYLTON-SMITH ; *JCP E* 1995. I. 439, obs. M.-L. IZORCHE ; *JCP N* 1995. II. 31, note D. MAZEAUD ; *Defrénois* 1994, p. 809, note Ph. DELEBECQUE.

⁴²⁶ F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations*, préc., p. 283.

laissée au bénéficiaire de la promesse, de demander l'exécution forcée du contrat promis⁴²⁷. L'article 1124 du Code civil s'inspire ici des avant-projets rédigés sous la direction de M. P. Catala et du professeur F. Terré, qui prévoyaient tous deux de revenir sur la jurisprudence de la troisième chambre civile de la Cour de cassation, en disposant, en des termes certes différents⁴²⁸, que la rétractation de la promesse au cours du temps laissé au bénéficiaire pour opter ne peut faire obstacle à la formation du contrat. D'ailleurs, le projet d'ordonnance publié en février 2015 optait, lui-aussi, pour cette solution⁴²⁹.

67. Dans le silence du Code du travail sur le sujet de la promesse d'embauche, la chambre sociale s'est emparée du sujet, dans un arrêt particulièrement critiqué du 15 décembre 2010 au terme duquel elle a décidé qu'une promesse d'embauche valait contrat de travail lorsque l'écrit « précise l'emploi proposé et la date d'entrée en fonction »⁴³⁰. Ainsi, la jurisprudence sociale, dans un souci de protection du salarié⁴³¹, a considéré que la promesse d'embauche qui contient certaines informations précises⁴³² valait contrat de travail, quand bien même le candidat / salarié n'a pas donné son consentement à la formation du contrat. Il s'agit donc là d'une hypothèse dans laquelle un contrat se forme par la volonté d'une seule partie, à savoir l'employeur.

68. Avec un opportunisme certain, la chambre sociale de la Cour de cassation a profité de la publication de l'ordonnance du 10 février 2016 pour revenir sur sa position dans les arrêts du 21 septembre 2017 susmentionnés. Faisant une application anticipée de la réforme, qui n'est entrée en vigueur que le 1^{er} octobre 2016, ce que la doctrine n'a pas manqué de critiquer⁴³³, les

⁴²⁷ Article 1124 du Code civil. V. not. D. GALLOIS-COCHET, « L'avant-contrat », préc., p. 52 et s.

⁴²⁸ L'article 1106, alinéa 2, de l'avant-projet dit « CATALA » énonce que « la rétractation du promettant pendant le temps laissé au bénéficiaire pour exprimer son consentement ne peut empêcher la formation du contrat promis », tandis que l'article 29, alinéa 1, de l'avant-projet dit « TERRÉ » dispose que « sous réserve des dispositions ci-dessous, la révocation par le promettant pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis ».

⁴²⁹ Article 1124 du projet d'ordonnance du 25 févr. 2015.

⁴³⁰ Soc., 15 déc. 2010, n° 08-42.951, *RDT* 2011. 108, obs. G. AUZERO ; *JCP G* 2011. 952, obs. G. LOISEAU ; *RDC* 2011, p. 804, note Th. GENICON ; *Cah. soc.* 2011, p. 40, obs. F.-J. PANSIER.

⁴³¹ V. not. Ch. ATTIAS, « L'inefficacité de la promesse unilatérale de contrat », *AJ contrat* 2020. 23 ; L. BENTO DE CARVALHO, « Offre de contrat et promesse unilatérale de contrat : la Cour de cassation marque enfin la différence ! », *RDT* 2017. 715 ; J. ICARD, « L'incidence du nouveau droit des obligations sur la conception travailliste de la période de négociation précontractuelle », *Cah. soc.* 2017, p. 527 ; Ch. RADÉ, « Promesse de contrat de travail ne vaut plus contrat de travail », *Lexbase Hebdo* 2017, n° 714 ; C.-E. BUCHER, « L'influence de la réforme du droit des contrats sur le droit spécial antérieur », *AJ contrat* 2017. 480.

⁴³² À savoir, la précision de l'emploi proposé et la date d'entrée en fonction

⁴³³ V. not. S. TOURNAUX, « Le contrat de travail et les dérogations au droit commun des contrats », *Dr. soc.* 2017. 688 ; C.-E. BUCHER, *op. cit.* ; D. ARLIE, « Reconnaissance de la formation d'un contrat de travail à partir d'une promesse unilatérale de contrat », préc.

deux décisions viennent, de manière bienvenue, aligner le régime de la promesse d'embauche sur les règles de l'article 1124 du Code civil. Ce faisant, la lacune travailliste a été comblée par la mise en œuvre stricte et conforme du droit commun des contrats, issu de la réforme du droit des contrats, laquelle a donc influencé le juge social et, par conséquent, le droit du travail tout entier.

69. Les lacunes de la législation du droit du travail ne se cantonnent pas uniquement à la phase de la formation du contrat. Ainsi, la réforme du droit des contrats pourrait opportunément être mobilisée au stade de son exécution, afin de régir l'hypothèse de la cession conventionnelle du contrat de travail.

C. LA CESSION CONVENTIONNELLE DU CONTRAT DE TRAVAIL

70. La conclusion d'un contrat de travail ne signifie pas automatiquement, pour le salarié, qu'il demeurera, jusqu'au terme, au service du même employeur. Il se peut, en effet, que ledit contrat fasse l'objet d'une cession. Le Code du travail, dans l'hypothèse très spécifique du transfert d'entreprise, envisage une telle situation⁴³⁴. Le Code civil également, depuis le 1^{er} octobre 2016, en son nouvel article 1216, qui dispose, en son premier alinéa, qu'« un contractant, le cédant, peut céder sa qualité de partie au contrat à un tiers, le cessionnaire, avec l'accord de son cocontractant, le cédé ». Ainsi, tandis que la mise en œuvre de l'article L. 1224-1 du Code du travail nécessite la réunion de plusieurs critères qui caractérisent le « transfert d'entreprise », celle de l'article 1216 du Code civil ne résulte que d'un accord de trois volontés ; celles du primo-employeur (le cédant) et du nouvel employeur (le cessionnaire), tout d'abord, dont la réunion emporte la naissance du contrat de cession ; celle du salarié (le cédé), enfin, puisque la cession n'est valable que s'il donne son accord⁴³⁵. À l'inverse de certains auteurs,

⁴³⁴ Article L. 1224-1 du Code du travail, selon lequel : « 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 ». Ainsi, en cas de transfert d'une entité économique (définie par Soc., 28 juin 2000, n° 98-43.692, comme un « ensemble organisé de personne et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre) et autonome (Soc., 18 juill. 2000, n° 98-18.037, *Dr. soc.* 2000. 845, note G. COUTURIER) dont l'activité est maintenue, l'ensemble des contrats de travail sont alors transmis au cessionnaire. V. not. G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, préc., p. 458 et s.

⁴³⁵ Le Code civil consacre ainsi une opération à trois personnes. Il n'est toutefois pas expressément précisé si le contrat qui emporte la cession est dual ou tripartite. En d'autres termes, ladite cession est-elle valable lorsque le contractant cédé l'autorise, ou faut-il qu'il y consente expressément au sein du contrat de cession ? À cet égard, V. not. B. MALLET-BRICOUT, « La cession de contrat dans l'ordonnance de réforme du droit des obligations »,

qui contestent la possibilité même de céder un contrat⁴³⁶, la réforme du droit des contrats codifie la faculté, pour une partie, de céder cette qualité à un tiers, qui lui succède dans le lien contractuel. Perçu de la sorte, le mécanisme civil possède un champ d'application bien plus vaste que celui de la règle spéciale travailliste, dont l'objet est par ailleurs nettement distinct⁴³⁷.

71. Sans y faire expressément mention, la chambre sociale de la Cour de cassation a d'ailleurs d'ores et déjà fait application du nouvel article 1216 du Code civil, alors même que celui-ci n'était pas encore entré en vigueur⁴³⁸. Une salariée avait été embauchée par un contrat de travail à durée indéterminée par une société, filiale d'un groupe. Quatre années plus tard, elle signe une convention par laquelle, d'une part, ledit contrat de travail est amiablement résolu et, d'autre part, un nouveau est conclu avec une seconde filiale du même groupe. En considérant que cette opération ne pouvait valablement s'effectuer par le biais de la rupture d'un commun

in S. BROS (dir.), *Les innovations de la réforme du droit des contrats*, préc., p. 134 et s. La doctrine est divisée. Certains auteurs se prononcent en faveur de la première hypothèse (V. not. L. AYNÈS, « La cession de contrat », *Dr. et patr.* 2016. 260 ; L. GRATTON, « La cession de contrat – Rapport français », in M. BÉHAR-TOUCHAIS (dir.), *Comparaison de la réforme du droit français des contrats et du régime de l'obligation avec le nouveau Code civil roumain*, Paris, éd. IRJS, t. 2, 2017 ; J. KLEIN, « Cession de contrats », in *La réforme du droit des contrats. Incidences sur la vie des affaires*, Paris, LexisNexis, 2017, p. 45), tandis que d'autres considèrent ledit contrat comme mettant impérativement aux prises trois parties (V. not. R. BOFFA, « Les opérations translatives », *JCP N* 2015. 1215 ; N. DISSAUX, Ch. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du Code civil*, Paris, Dalloz, 2016, p. 118 et s. ; J. FRANCOIS, « Les opérations sur la dette », *RDC* 2016, p. 16) ; Ch. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil*, préc., p. 152.

⁴³⁶ V. not. J. GHESTIN, Ch. JAMIN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, Paris, LGDJ, 3^e éd., 2001, qui estiment que la cession de contrat doit s'entendre d'une cession de créance complétée par une délégation, voire par une novation. Ch. LAPP, *Essai sur la cession de contrat synallagmatique à titre particulier*, Thèse, Strasbourg, 1950 ; C. VILAR, *La cession de contrat en droit français*, Thèse, Montpellier, 1968 ; Ch. LARROUMET, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, Thèse, Bordeaux, 1968, présentent tous l'opération comme le cumul d'une cession de créance et d'une cession de dette. La doctrine connaissait tout de même certains défenseurs de la théorie unitaire de la cession de contrat : C. LACHIÈZE, « L'autonomie de la cession conventionnelle de contrat », *D.* 2000. 184 ; L. AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Paris, Economica, 1984, qui apprécie la cession de contrat comme « la succession de personnes dans l'ensemble du rapport contractuel. Sur l'ensemble du sujet, V. not. G. PILLET, « La cession conventionnelle de contrat du Code civil : une consécration en demi-teinte », *RDC* 2017, p. 392 ; B. MALLET-BRICOUT, *ibid.*, p. 129 et s.

⁴³⁷ L'article L. 1224-1 du Code du travail a pour objet la transmission d'un contrat de travail entre deux employeurs successifs en cas de « modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise [...] ».

⁴³⁸ Soc., 8 juin 2016, n° 15-17.555, *Dr. soc.* 2016. 650, étude S. TOURNAUX ; *Dr. soc.* 2016. 779, obs. J. MOULY ; *D.* 2016. 840, obs. P. LOKIEC, J. PORTA ; *D.* 2016. 1588, chron. Ph. FLORÈS ; *JCP S* 2016. 1265, note G. LOISEAU ; *JCP E* 2016. 1439, note M.-N. ROUSPIDE-KATCHADOURIAN ; *JCP E* 2016. 1659, obs. J.-F. CÉSARO ; *RDC* 2017, p. 327, note J. ICARD ; *Gaz. Pal.* 11 oct. 2016, p. 40, note V. ROCHE ; *SSL* 2015, n° 1730, note F. FAVENNEC-HÉRY.

accord du premier contrat de travail⁴³⁹, sans pour autant évoquer le mécanisme de la novation⁴⁴⁰, la Cour de cassation semble implicitement considérer que le l'opération aurait dû être mise en œuvre par le truchement de la cession conventionnelle du contrat de travail entre les deux filiales⁴⁴¹. De surcroît, la note explicative annexée à l'arrêt énonce que la convention tripartite avait, en l'espèce, avait pour « objet d'organiser, non par la rupture du contrat, mais sa poursuite »⁴⁴². Ainsi, les parties n'avaient pas à rompre un contrat de travail et à en conclure un nouveau, elles devaient maintenir l'existence du premier et se contenter de le céder au second employeur. Plus récemment encore, cette convention tripartite a été érigée en tant que « voie unique aux entreprises qui souhaiteraient procéder au transfert volontaire de salariés »⁴⁴³. En effet, la chambre sociale impose désormais la conclusion d'une telle convention dans l'optique de procéder au transfert conventionnel d'un contrat de travail entre deux entreprises⁴⁴⁴. Or, à cet égard, le fondement du nouvel article 1216 du Code civil paraît adéquat.

72. La codification de la cession conventionnelle de contrat dans le Code civil, ajoutée au silence du Code du travail, emporte l'obligation, pour le juge social, de s'y référer aussi bien en matière de mobilité salariale intra-groupe qu'en dehors de cette seule situation spécifique. Il n'y a guère que dans l'hypothèse susmentionnée d'un transfert d'une entité économique et autonome dont l'activité est maintenue que l'article 1216 du Code civil doit être évincé, au

⁴³⁹ La rupture amiable d'un contrat de travail à durée indéterminée est interdite depuis Soc., 15 oct. 2014, n° 11-22.251, *Dr. soc.* 2014. 1066, obs. J. MOULY ; *Dr. soc.* 2015. 32, étude G. COUTURIER ; *RDT* 2014. 752, obs. L. BENTO DE CARVALHO ; *D.* 2015. 104, chron. E. WURTZ, F. DUCLOZ, S. MARIETTE, N. SABOTIER, Ph. FLORÈS ; *JCP S* 2014. 1436, note G. LOISEAU ; *JCP E* 2014. 1570, note M.-N. ROUSPIDE-KATCHADOURIAN ; *Cah. soc.* 2014, p. 615, note J. ICARD ; *SSL* 2015. 16, note F. FAVENNEC-HÉRY ; *SSL* 2015. 86, obs. Ph. FLORÈS, selon lequel « le contrat de travail à durée indéterminée peut être rompu à l'initiative de l'employeur ou du salarié ou d'un commun accord, dans les conditions prévues par [les articles L. 1231-1 et s.] ; que selon les dispositions de l'article L. 1237-11 du même code, la rupture d'un commun accord qualifiée de rupture conventionnelle résulte d'une convention signée par les parties au contrat qui est soumise aux dispositions réglementant ce mode de rupture destinées à garantir la liberté du consentement des parties [...] ; sauf dispositions légales contraires, la rupture du contrat de travail par accord des parties ne peut intervenir que dans les conditions prévues par le second relatif à la rupture conventionnelle ».

⁴⁴⁰ Soc., 3 mars 2010, n° 08-41.600, n° 08-40.895, préc., qui fait application du mécanisme de la novation en matière de mobilité intra-groupe d'un salarié. V. déjà Soc., 8 avr. 2009, n° 08-41.046, *Dr. soc.* 2009. 813, note A. MAZEAUD ; *D.* 2009. 1282, obs. B. INÈS ; *JCP S* 2009. 1339, note P. MORVAN. Pour la critique de cette décision et l'influence que pourrait avoir, à cet égard, la réforme du droit des contrats en droit du travail, V. *infra*, n° 687 et s.

⁴⁴¹ V. not. S. TOURNAUX, « Le contrat de travail et les dérogations au droit commun des contrats », préc.

⁴⁴² V. la notice explicative de la chambre sociale de la Cour de cassation, publiée au rapport annuel : <https://www.courdecassation.fr/getattache/5fd92fe9b0d7200fbeadc1ea/ed4f4a9dfe4dbb1e04ab33f98897617>

⁴⁴³ A. FABRE, « Sans convention tripartite, point de transfert volontaire », *RDT* 2024. 391.

⁴⁴⁴ Soc., 7 mai 2024, n° 22-22.641, obs. A. FABRE, *ibid*, qui juge qu'« en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses constatations qu'aucune convention tripartite n'avait été signée entre le salarié et ses employeurs successifs organisant la poursuite du même contrat de travail [...] ».

profit de l'article L. 1224-1 du Code du travail, qui demeure évidemment applicable lorsque ses conditions sont cumulativement réunies. L'influence que produit sa mobilisation en droit du travail demeure toutefois inférieure à celle du nouvel article 1124 du Code civil, par exemple. Là où cette dernière a conduit à la modification d'une jurisprudence aussi importante que critiquée⁴⁴⁵ et particulièrement protectrice des salariés, au point de violer la définition même du contrat⁴⁴⁶, la première ne semble en réalité qu'offrir un fondement pertinent à des opérations contractuelles qui existaient d'ores et déjà en amont de la réforme et que la Cour de cassation autorisait sans en indiquer le régime juridique. Dans la pratique, l'existence de l'article 1216 du Code civil n'emporte donc aucune véritable conséquence. Juridiquement, par contre, elle contraint la chambre sociale de la Cour de cassation à se réconcilier avec le droit commun des contrats, en fondant les opérations travaillistes à trois personnes tendant à un changement d'employeur sur la cession conventionnelle de contrat et non plus sur la novation.

73. La rupture du contrat de travail, dotée par le Code du travail d'une réglementation particulièrement riche, connaît, elle aussi, un vide que la mobilisation du nouveau Code civil est à même de combler ; il concerne la question du licenciement prononcé par une personne qui n'en avait pourtant par le pouvoir.

D. LE LICENCIEMENT PRONONCÉ SANS POUVOIR

74. Le sujet de la représentation revêt, en droit du travail, une importance relative. Jusqu'alors ignorée par le Code civil⁴⁴⁷, la représentation est un mécanisme juridique en vertu duquel une personne, le représentant, « investit d'un pouvoir, est habilitée à conclure un acte juridique dans l'intérêt du représenté »⁴⁴⁸. Se pose alors la question de l'avenir de l'acte passé

⁴⁴⁵ Soc., 15 déc. 2010, n° 08-42.951, préc.

⁴⁴⁶ Aujourd'hui donnée par l'article 1101 du Code civil : « accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ». Pour rappel, dans sa décision du 15 déc. 2010 *ibid*, la chambre sociale de la Cour de cassation considérait que la promesse unilatérale qui contenait certaines mentions spécifiques valait contrat de travail, quand bien même le candidat à l'embauche, lui, n'avait pas émis la volonté de conclure le contrat de travail.

⁴⁴⁷ Par contre, le mécanisme de la représentation se retrouvait dans le droit commun allemand, suisse, roumain ou québécois. On le retrouve également dans les Principes Unidroit de la commission Lando, mais aussi aux articles 1119 et 1120-2 de l'avant-projet Catala. V. not. G. WICKER, « Le nouveau droit commun de la représentation dans le Code civil », *D.* 2016. 1942 ; R. CABRILLAC, « La théorie générale de la représentation dans le projet de réforme du droit français des contrats », in *Mélanges en l'honneur du Professeur D. R. Martin*, Paris, LGDJ, 2015, p. 111.

⁴⁴⁸ G. WICKER, *ibid*. Le Code civil, lui, ne donne pas de définition du mécanisme de la représentation, ce qui est regretté par G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, préc., p. 321. La technique de la représentation se distingue ainsi du sens que lui

par un mandataire qui a agi sans ou en dépassement des pouvoirs qui lui ont été délégués. L'assemblée plénière de la Cour de cassation a donné un premier élément de réponse, en considérant que « le mandant peut être engagé sur le fondement d'un mandat apparent, même en l'absence de faute susceptible de lui être reprochée, si la croyance du tiers à l'étendue des pouvoirs du mandataire est légitime, ce caractère supposant que les circonstances autorisaient le tiers à ne pas vérifier les limites exactes de ces pouvoirs »⁴⁴⁹. En principe, le mandant n'est donc pas tenu de ce qui a été conclu au-delà du pouvoir qu'il a transmis au mandataire⁴⁵⁰. Ce n'est que lorsque le tiers, à savoir le salarié en ce qui nous concerne, a légitimement cru en la réalité des pouvoirs du mandataire que l'employeur mandant se trouve engagé par l'acte fautivement passé. Sur le fondement du régime propre au contrat de mandat, la première chambre civile a estimé, au visa de l'article 1984 du Code civil, que le contrat passé sans pouvoir ou en dépassement des pouvoirs est frappé de nullité relative, laquelle ne peut être demandée que par le représenté⁴⁵¹, solution qui a depuis été appliquée avec constance⁴⁵².

75. L'ensemble de la jurisprudence n'a pas été reprise par l'ordonnance du 10 février 2016. Si la théorie du mandat apparent, dégagée par l'assemblée plénière de la Cour de cassation en 1962 se trouve codifiée au sein du nouvel article 1156, alinéa 1, du Code civil⁴⁵³, la sanction de la nullité relative, qui ne peut être invoquée que par le représenté, est quant à elle totalement abandonnée. En effet, le second alinéa de cet article 1156 du Code civil précise que lorsqu'il ignorait que l'acte était accompli par une personne qui n'en possédait pas les pouvoirs, « le tiers contractant peut en invoquer la nullité »⁴⁵⁴, sous réserve de la ratification de l'acte par le mandant⁴⁵⁵. Le régime de la représentation semble alors conforme à une décision rendue par la

octroyait E. KANT, *Critique de la raison pure*, trad. A. TERNESAYGUES, B. PACAUD, Paris, PUF, 1980, cité par L. BENTO DE CARVALHO, *L'apport du droit du travail à la théorie générale de l'acte juridique*, préc., p. 50, pour lequel la représentation est un terme qui englobe plusieurs autres, parmi lesquels la « perception », la « sensation », la « connaissance ou encore « l'intuition ».

⁴⁴⁹ Ass., plén. 13 déc. 1962, préc.

⁴⁵⁰ Com., 26 mars 2008, n° 07-11.554, *RTD civ.* 2008. 689, obs. P.-Y GAUTIER ; *RDC* 2008, p. 1177, note S. CARVAL ; *LPA* 2009, p. 13, note L. EL BADAWI. V. ég. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *op. cit.*, p. 332.

⁴⁵¹ Civ., 1^{re}, 2 nov. 2005, n° 02-14.614, *RTD civ.* 2006. 138, obs. P.-Y. GAUTIER.

⁴⁵² Civ., 1^{re}, 17 juin 2015, n° 14-14.568 ; Civ., 1^{re}, 12 nov. 2015, n° 14-23.340, *RTD civ.* 2016. 105, obs. H. BARBIER ; *AJ contrat* 2016. 42, obs. Y. DAGORNE-LABBÉ ; Civ., 3^e, 26 janv. 2017, n° 15-26.814, *AJ contrat* 2017. 299, obs. Y. DAGORNE-LABBÉ ; *JCP G* 2017. 325, obs. Y.-M. SERINET. V. ég. J. FRANCOIS, « L'acte accompli par le mandataire en dehors de ses pouvoirs et le mécanisme du contrat de mandat », *D.* 2018. 1215.

⁴⁵³ Qui dispose que « l'acte accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs est inopposable au représenté, sauf si le tiers contractant a légitimement cru en la réalité des pouvoirs du représentant, notamment en raison du comportement ou des déclarations du représenté ».

⁴⁵⁴ Article 1156, alinéa 2, du Code civil. V. not. Ch. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil*, préc., p. 107 et s.

⁴⁵⁵ Article 1156, alinéa 3, du Code civil.

chambre mixte de la Cour de cassation en 2010⁴⁵⁶. Les faits étaient les suivants : les représentants statutaires d'une société par actions simplifiées avaient délégué à une tierce personne le pouvoir de licencier un salarié. Ce dernier a cependant contesté la rupture de son contrat de travail en justice, remettant en cause les pouvoirs du responsable des ressources humaines de la société, qui a signé la lettre de licenciement. La Cour d'appel de Versailles a fait droit à sa demande⁴⁵⁷, considérant que le signataire de la lettre de licenciement n'avait pas qualité pour agir. La chambre mixte a cassé l'arrêt, en rappelant qu'un acte conclu par un mandataire qui agit en dépassant les pouvoirs qui lui ont été conférés n'engage le mandant que si ce dernier le ratifie. Par contre, si le mandant ne ratifie pas l'acte passé sans ou en dépassement des pouvoirs, il n'est alors pas juridiquement lié⁴⁵⁸.

76. Peu avant que la chambre mixte ne se prononce, la chambre sociale de la Cour de cassation avait, elle, jugé qu'un licenciement devait automatiquement être considéré comme étant dépourvu de cause réelle et sérieuse lorsque le signataire de la lettre de licenciement avait outrepassé les pouvoirs qui lui avait été donnés⁴⁵⁹. L'on se trouve alors dans une situation ubuesque dans laquelle cohabitent deux solutions incompatibles ; d'un côté, la chambre sociale estime que l'absence de pouvoir rend, *de facto*, le licenciement sans cause réelle et sérieuse et, d'un autre, la chambre mixte admet que, dans une telle situation, la ratification du licenciement par l'employeur valide, *a posteriori*, le licenciement prononcé sans ou en dépassement des pouvoirs⁴⁶⁰.

77. Dans l'optique de mettre un terme définitif à cet embrouillamini, le recours au nouveau droit commun de la représentation, et notamment à l'article 1156 du Code civil, pourrait s'avérer pertinent – au-delà du fait qu'il soit rendu obligatoire par le nouvel article 1105 du Code civil. L'article 1156 susmentionné porte la codification de la théorie du mandat apparent

⁴⁵⁶ Ch. mixte, 19 nov. 2010, n° 10-10.095, n° 10-30.215, *Dr. soc.* 2011. 382, note A. COEURET, F. DUQUESNE ; *D.* 2011. 123, chron. V. VIGNEAU ; *D.* 2011. 314, obs. A. OUTIN-ADAM, M. CANAPLE ; *D.* 2011. 344, obs. A. LIENHARD, note F. MARMOZ ; *D.* 2011. 2758, obs. J.-C. HALLOUIN, E. LAMAZEROLLES, A. RABREAU ; *Rev. sociétés* 2011. 34, note P. LE CANNU ; *RTD com.* 2011. 130, obs. B. DONDERO, P. LE CANNU. L'arrêt précise également que la délégation de pouvoir n'a pas forcément à être faite par écrit.

⁴⁵⁷ Versailles, 5^e ch., 5 nov. 2009, n° 08/00416.

⁴⁵⁸ V. déjà Soc., 9 nov. 1971, *Bull. civ. IV*, n° 644.

⁴⁵⁹ Soc., 30 sept. 2010, n° 09-40.114. Par la suite, sans pour autant opérer de revirement, la chambre sociale a réaffirmé la position de la chambre mixte : Soc., 15 janv. 2014, n° 12-24.594.

⁴⁶⁰ Pour une explication plus détaillée de ce « contentieux consternant », V. not. Y. PAGNERRE, « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », préc.

dans le Code civil⁴⁶¹ et semble particulièrement adapté à l'hypothèse dans laquelle un licenciement est prononcé par une personne qui n'en avait pas le pouvoir. L'employeur ne serait alors en principe pas engagé par le licenciement prononcé par l'un de ses représentants qui n'en avait pas le pouvoir. Il le devient, par contre, si le salarié ignorait le dépassement de pouvoir commis par ledit représentant. C'est là la manifestation de la protection des tiers dans l'institution du mandat, selon les termes du professeur Ph. Delebecque⁴⁶². Cette ignorance, à condition d'être légitime⁴⁶³, lui permet de solliciter la nullité du licenciement⁴⁶⁴, si l'employeur n'a pas préalablement procédé à la ratification de l'acte en cause. Serait alors consacrée une nouvelle hypothèse de nullité de licenciement, laquelle sortirait du cadre étanche posé par l'article L. 1235-3-1 du Code du travail, qui réserve la sanction de la nullité aux licenciements qui s'accompagnent d'une violation d'une liberté fondamentale, de faits de harcèlement ou de discrimination, lorsqu'il est prononcé à la suite d'une action en justice, intentée par le salarié licencié, portant sur l'égalité professionnelle entre les sexes ou la dénonciation de crimes et délits, ou concerne un salarié protégé, que ce soit en raison d'un mandat de représentation⁴⁶⁵ ou de la situation personnelle du salarié au moment du licenciement⁴⁶⁶. La nullité du licenciement prononcé sans ou en dépassement des pouvoirs qui ont été conférés au mandataire s'écarte donc largement des hypothèses, visées par le Code du travail, dans lesquelles un licenciement encourt la nullité. Celles-ci sont, en effet, principalement centrées autour de la violation d'un droit ou d'une liberté fondamentale(e). Or, ces droits et libertés demeurent inviolé(e)s lorsque le représentant de l'employeur dépasse ses pouvoirs en procédant à un licenciement. La nullité prévue par le Code civil entre donc en opposition avec le cantonnement opéré par la législation travailliste. Dès lors, pour éviter d'étendre la nullité du licenciement à une situation qui ne

⁴⁶¹ Il dispose que « l'acte accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs est inopposable au représenté, sauf si le tiers contractant a légitimement cru en la réalité des pouvoirs du représentant, notamment en raison du comportement ou des déclarations du représenté. Lorsqu'il ignorait que l'acte était accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs, le tiers contractant peut en invoquer la nullité. L'inopposabilité comme la nullité de l'acte ne peuvent plus être invoquées dès lors que le représenté l'a ratifié ». V. not. F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations*, préc., p. 261 et s.

⁴⁶² Ph. DELEBECQUE, « Les limites de la théorie du mandat apparent », *D.* 1994. 208.

⁴⁶³ Com., 12 juill. 1993, n° 91-15.667, *RTD civ.* 1994. 381, obs. F. ZENATI ; *RTD com.* 1994. 86, obs. R. CABRILLAC, B. TEYSSIÉ ; *RTD com.* 1994. 353, obs. B. BOULOC ; *Defrénois* 1993. 1463, obs. H. HOVASSE. Selon cet arrêt, le caractère légitime de l'ignorance du tiers contractant suppose que « les circonstances autorisaient le tiers à ne pas vérifier lesdits pouvoirs ».

⁴⁶⁴ Car la sanction prévue par l'article 1156 du Code civil s'avère être la nullité de l'acte passé sans ou en dépassement des pouvoirs délégués. V. not. Ch. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil*, préc., p. 108 et s.

⁴⁶⁵ Les salariés protégés contre le licenciement sont ceux visés par l'article L. 2411-1 du Code du travail. L'article L. 2412-1 du Code du travail dresse quant à lui la liste des salariés qui bénéficient d'une telle protection contre la rupture d'un contrat à durée déterminée.

⁴⁶⁶ Que l'on songe à l'état de grossesse (L. 1225-1 du Code du travail) ou encore à la suspension du contrat de travail suite à un accident du travail ou une maladie professionnelle (L. 1226-7 et s. du Code du travail).

répond pas à l'article L. 1235-3-1 du Code du travail, la sanction appliquée à un licenciement prononcé sans ou en dépassement des pouvoirs qui ont été délégués pourrait être celle – classique – de l'absence de cause réelle et sérieuse.

La mobilisation de l'article 1156 du Code civil pour combler la lacune du Code du travail – qui n'évoque pas le cas spécifique dans lequel un délégataire dépasserait ses pouvoirs – viendrait ainsi mettre de l'ordre dans la jurisprudence de la Cour de cassation. À l'inverse de l'actuelle position de la jurisprudence sociale⁴⁶⁷, le licenciement prononcé sans pouvoir ne serait plus automatiquement privé de cause réelle et sérieuse. Il le serait⁴⁶⁸ uniquement lorsque deux conditions cumulatives sont réunies : l'ignorance du salarié au sujet de l'absence ou du dépassement des pouvoirs et l'absence de ratification de l'acte par l'employeur. En cela, la chambre sociale alignerait sa position sur le droit commun des contrats, à l'instar de la jurisprudence belge⁴⁶⁹. Sans pour autant être importante, dans la mesure où la situation d'un licenciement prononcé par une personne qui n'en avait pas le pouvoir n'est guère récurrente, le nouvel article 1156 du Code civil contribuerait quelque peu à la production d'une influence en droit du travail.

78. Au-delà même de la remise en cause d'un acte, la réforme du droit des contrats pourrait être mobilisée en droit du travail dans l'optique de revenir sur la validité d'une clause, à savoir la clause de non-concurrence, dans l'hypothèse spécifique de la disparition de l'entreprise créancière.

E. LA CADUCITÉ DE LA CLAUSE DE NON-CONCURRENCE

79. Si les exemples précédemment cités proposaient d'appliquer aux relations de travail des mécanismes nouvellement codifiés dans le Code civil, il en va légèrement différemment ici. Et pour cause, le Code civil, même en aval de la réforme du droit des contrats, ne fait aucune mention de la clause de non-concurrence, en application de laquelle, dans le contexte travailliste, il est interdit au salarié de faire concurrence à son ancien employeur une fois le

⁴⁶⁷ Soc., 30 sept. 2010, n° 09-40.114, préc.

⁴⁶⁸ Dans l'hypothèse où la sanction prévue par l'article 1156 du Code civil, à savoir la nullité de l'acte, se trouve effectivement modifiée en droit du travail.

⁴⁶⁹ C. cass. belge, 13 janv. 2003, n° S. 02. 0025, cité par Y. PAGNERRE, « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », préc., selon lequel « le congé moyennant préavis donné à un travailleur au nom de l'employer par un mandataire qui excède son pouvoir ne lie pas l'employeur ».

contrat de travail rompu, en échange d'une contrepartie financière. Dans l'hypothèse la plus récurrente – celle dans laquelle l'employeur poursuit son activité après le départ du salarié – la clause de non-concurrence doit impérativement être respectée par l'ensemble des parties, et permet à l'employeur de protéger ses intérêts, notamment contre la divulgation de secret(s) de fabrication ou le détournement de sa clientèle. Néanmoins, la question de la survie de la clause de non-concurrence se pose lorsque, postérieurement à la rupture du contrat de travail, l'ancien employeur, créancier, cesse d'exister.

80. Dans une telle situation, la chambre sociale de la Cour de cassation juge depuis 1996 que la clause de non-concurrence stipulée demeure applicable⁴⁷⁰. L'ancien salarié doit donc poursuivre l'exécution de son obligation, quand bien même celle-ci se trouve dépourvue de tout créancier. En cela, la chambre sociale fait une application stricte du principe de force obligatoire du contrat. La préservation de la clause pose toutefois difficulté, car depuis les célèbres arrêts dits « Barbier » de 2002⁴⁷¹, la validité d'une clause de non-concurrence insérée dans un contrat de travail est soumise à quatre conditions, parmi lesquelles figure « la protection des intérêts légitimes de l'employeur »⁴⁷². Or, dans l'hypothèse de la disparition de l'entreprise créancière de la clause de non-concurrence, difficile de ne pas considérer que l'intérêt que pouvait revêtir pour elle la stipulation de cette clause a concomitamment disparu⁴⁷³. En effet, quels pourraient être les intérêts légitimes auxquels le salarié pourrait porter atteinte, alors que son ancien employeur n'existe plus ? « Absurde »⁴⁷⁴, cette solution pourrait être remise en cause, en application du nouveau droit commun des contrats.

⁴⁷⁰ Soc., 10 déc. 1996, n° 94-43.015, *Dr. soc.* 1998.534, note R. VATINET ; *D.* 1998. 218, obs. Y. SERRA ; Soc., 5 avr. 2005, n° 02-45.540, *Dr. soc.* 2005. 926, obs. Ch. RADÉ ; *Cah. soc.* 2005, p. 328, obs. F.-J. PANSIER ; Soc., 21 janv. 2015, n° 13-26.374, *Dr. soc.* 2015. 374, obs. J. MOULY ; *Dr. soc.* 2016. 206, chron. S. TOURNAUX ; *RDT* 2015. 181, obs. L. BENTO DE CARVALHO ; *D.* 2015. 271, obs. P. LOKIEC, J. PORTA ; *D.* 2015. 2526, obs. S. ROBINNE ; *JCP S* 2015. 1299, note D. CHENU ; *CCC* 2015. 87, obs. M. MALAURIE-VIGNAL. La solution a été généralisée : la mobilité intra-groupe du salarié n'emporte pas la caducité de sa clause de non-concurrence : Soc., 29 janv. 2014, n° 12-22.116, *Dr. soc.* 2014. 383, obs. J. MOULY ; *D.* 2014. 2492, obs. S. ROBINNE ; *JCP S* 2014. 1225, note S. SCHILLER, J.-M. LEPRÊTE. Il en va de même en cas de départ à la retraite : Soc., 24 sept. 2008, n° 07-40.098, *Dr. soc.* 2009. 365, obs. J. MOULY ; *RDLA* 2009/38, p. 83, obs. Ph. GRIGNON, ou d'incapacité : Soc., 13 nov. 1990, n° 87-42.893. V. ég. ; H. CAVAT, « La caducité en droit du travail », préc.

⁴⁷¹ Soc., 10 juill. 2002, n° 00-45.135, préc.

⁴⁷² V. déjà Soc., 14 mai 1992, n° 89-45.300, *Dr. soc.* 1992. 967, chron. D. CORRIGNAN-CARSIN ; *D.* 1992. 350, note Y. SERRA ; *JCP E* 1992. II. 341, note J. AMIEL-DONAT. V. ég. Paris, 29 mars 1995, n° 94-35946, *D.* 1996. 254, obs. Y. PICOD, qui évoque « l'utilité contractuelle » de la clause de non-concurrence pour l'employeur.

⁴⁷³ A. LYON-CAEN, F. LOYSEAU DE GRANDMAISON, « Impact de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 en droit du travail : Principes et philosophie de la réforme, formation et vie du contrat, cessation du contrat, conventions collectives », préc.

⁴⁷⁴ S. TOURNAUX, chron. sous Soc., 21 janv. 2015, n° 13-26.374, préc.

81. Encouragée en ce sens par l'avant-projet Catala⁴⁷⁵, l'avant-projet Terré⁴⁷⁶ et le projet d'ordonnance de la Chancellerie⁴⁷⁷, le Gouvernement a fait le choix de clore le chapitre dédié à la formation du contrat par deux articles consacrés au mécanisme de la caducité, qui sanctionne par la disparition non-rétroactive⁴⁷⁸ le contrat ou la clause qui, en cours d'exécution, perd l'un de ses éléments de validité⁴⁷⁹. La disparition de l'entreprise créancière de la clause de non-concurrence s'inscrit dans cette hypothèse. En effet, au cours de l'exécution de la clause, c'est-à-dire après la rupture du contrat de travail, l'un de ses éléments essentiels disparaît, à savoir la protection de l'intérêt légitime de l'employeur. Dès lors, avec la codification de la caducité, le droit des contrats possède désormais un mécanisme qui permet de sanctionner la disparition d'une condition de validité d'un contrat ou d'une clause.

82. L'application du mécanisme de la caducité devrait pousser la chambre sociale de la Cour de cassation à revenir sur sa position. Si celle-ci paraît fondée sur « une logique de compensation d'une atteinte à la liberté du travail⁴⁸⁰ »⁴⁸¹, il n'en demeure pas moins qu'en application du nouvel article 1186 du Code civil et de la subsidiarité qui lui est inhérente, la clause de non-concurrence en cours d'exécution devrait disparaître en même temps que son créancier. Tandis que la jurisprudence sociale admet la caducité d'un accord de réduction de temps de travail⁴⁸², la doctrine travailliste en appelle unanimement à l'extension de cette solution à la clause de non-concurrence en cas de disparition de l'employeur⁴⁸³. Le prononcé

⁴⁷⁵ Article 1131 de l'avant-projet dit « CATALA ».

⁴⁷⁶ Article 89 de l'avant-projet dit « TERRÉ ».

⁴⁷⁷ Article 1186 du projet d'ordonnance de la Chancellerie.

⁴⁷⁸ L'article 1187, alinéa 2, sous-entend néanmoins que le mécanisme de la caducité peut entraîner la disparition rétroactive du contrat, en évoquant la nécessité d'opérer des restitutions « dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9 ». À ce sujet, V. not. D. NEMTCHENKO, « Réforme du droit des contrats et des obligations : la caducité du contrat », *Lexbase Hebdo* 2016, n° 646 ; M.-C. AUBRY, « Retour sur la caducité en matière contractuelle », *RTD civ.* 2012. 625 ; Y.-M. SERINET, « Observations sur le projet de réforme du droit des contrats et des obligations », *LPA* 2015, n° 177, p. 59 ; H. CAVAT, « La caducité en droit du travail », préc. ; O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, préc., p. 408 et s. ; F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations*, préc., p. 667 et s.

⁴⁷⁹ Article 1186, alinéa 1, du Code civil.

⁴⁸⁰ Pour de plus amples développements sur la mobilisation de la liberté du travail au sein de la jurisprudence sociale consacrée à la clause de non-concurrence, V. *infra*, n° 122.

⁴⁸¹ L. BENTO DE CARVALHO, obs. sous Soc., 21 janv. 2015, préc. ; S. TOURNAUX, chron. sous Soc. 21 janv. 2015, préc.

⁴⁸² En raison de la disparition des contreparties prévues : V. Soc., 17 juin 2003, n° 01-15.710, *D.* 2004. 97, obs. M.-C. AMAUGER-LATTES.

⁴⁸³ L. BENTO DE CARVALHO, « L'incidence de la réforme du droit des contrats sur le régime du contrat de travail : renouvellement ou *statu quo* ? », préc. ; A. LYON-CAEN, F. LOYSEAU DE GRANDMAISON, « Impact de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 en droit du travail : Principes et philosophie de la réforme, formation et vie du contrat, cessation du contrat, conventions collectives », préc. ; Ch. GOLDIE-GENICON, « Droit commun des contrats et contrat de travail, 100 ans après », préc. ; Ch. RADÉ, « L'impact de la réforme du

de la caducité de la clause de non-concurrence par le juge social aurait pour effet non seulement de libérer le salarié d'une obligation dont l'existence ne s'explique plus⁴⁸⁴, de se conformer aux conditions de validité de ladite clause, mais aussi de combler la lacune du Code du travail en recourant au nouveau droit commun des contrats.

83. La validité d'un contrat ou d'une clause est donc susceptible d'être sanctionnée par la caducité, lorsque l'un des critères de cette validité est « perdu » au cours de l'exécution contractuelle. Si ce critère manque à l'appel au moment de la conclusion du contrat, la caducité cède sa place à une autre sanction expressément prévue par le Code civil ; la nullité. Celle-ci, notamment lorsqu'elle est relative, est mise en position, depuis l'ordonnance du 10 février 2016, de combler certaines lacunes du Code du travail.

F. LA CONFIRMATION DE L'ACTE VICIÉ

84. En son 4°, l'article 8 de la loi d'habilitation du 16 février 2015 fixe au Gouvernement l'objectif de « clarifier les règles relatives à la nullité [...] ». Il est vrai qu'au sujet de celle-ci, le Code civil de 1804 « ne contenait que des dispositions particulières et éparées »⁴⁸⁵. Il possède désormais une sous-section, composée de huit articles⁴⁸⁶. La réforme rompt d'ailleurs avec le droit des contrats tel qu'il a été codifié au début du XIX^e siècle, en procédant à la codification de la distinction entre la nullité absolue et relative⁴⁸⁷. La différence entre les deux notions s'effectue au niveau de l'objet de la règle violée. L'article 1179 du Code civil rappelle en effet que « la nullité est absolue lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général. Elle est relative lorsque la règle violée a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé ». À ce stade de notre raisonnement, seule la nullité relative nous intéresse toutefois. À cet égard, la

droit des contrats en droit du travail », préc. ; Y. PAGNERRE, « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », préc. ; H. CAVAT, « La caducité en droit du travail », préc. Pour le professeur Y. PAGNERRE, la caducité de la clause de non-concurrence en cas de cessation de l'entreprise ne doit être prononcée que si elle est subie. Si elle est choisie, l'employeur ne devrait pas pouvoir se décharger de son obligation de verser une contrepartie financière au salarié. Dans ce cadre, que faire lorsqu'une liquidation judiciaire a été ouverte à la demande de l'employeur lui-même ?

⁴⁸⁴ Le salarié perdrait néanmoins son droit à contrepartie financière. Aussi, si celle-ci lui a été intégralement versée, il devra la restituer à l'employeur, après calcul de la quote-part due.

⁴⁸⁵ A.-S. LEBRET, « Les nullités revisitées », *AJ contrat* 2017. 12.

⁴⁸⁶ Article 1178 à 1185 du Code civil.

⁴⁸⁷ Ce que les rédacteurs premiers du Code civil avaient refusé d'inscrire dans le Code civil de 1804. V. not. J.-G. LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France ou commentaire et complément des Codes français*, Paris, t. 4, 1827, p. 371 et s., cité par A.-S. LEBRET, *op. cit.* Sur la distinction entre les deux formes de nullité, V. not. Ch. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil*, préc., p. 451 et s.

lecture de l'article 1179 précité a de quoi interpellier. La doctrine a, depuis près de deux siècles désormais, mis en exergue le fait que « toute règle [présente] un certain degré d'intérêt général »⁴⁸⁸. Pourtant, la nullité relative est celle qui sanctionne la violation d'une règle dont « le seul intérêt » est la « sauvegarde d'un intérêt privé »⁴⁸⁹. Aussi, à s'en tenir aux travaux susmentionnés⁴⁹⁰, le champ de la nullité relative doit être considéré comme inexistant, puisque chaque règles – et notamment celles qui sont expressément visées par la réforme comme étant sanctionnées par la nullité relative⁴⁹¹ – porte une considération, même faible, à l'intérêt général. Il est d'ailleurs à noter que le mot « seul » était absent du projet d'ordonnance publié en février 2015 et a été rajouté par l'ordonnance du 10 février 2016 elle-même⁴⁹². Les difficultés issues de cet ajout devront faire l'objet d'une interprétation jurisprudentielle⁴⁹³.

85. Le Code civil prévoit également désormais le régime des deux types de nullité. Il est ainsi notamment précisé que seule la personne dont l'intérêt est protégé peut solliciter la nullité relative d'un acte ou d'une clause⁴⁹⁴. Surtout, l'alinéa 2 de l'article 1181 du Code civil, dispose que « [la nullité relative] peut être couverte par la confirmation », tandis que l'article suivant définit cette notion comme « l'acte par lequel celui qui pourrait se prévaloir de la nullité y renonce [...] ». L'exécution volontaire du contrat, en connaissance de la cause de nullité, vaut confirmation [...] »⁴⁹⁵. Ainsi, le titulaire de l'action en nullité relative peut y renoncer ; c'est la confirmation de l'acte vicié⁴⁹⁶. Celle-ci n'entraîne pas « la réparation » du contrat, qui demeure

⁴⁸⁸ A.-S. LEBRET, *ibid.* L'auteur cite notamment les travaux de V. SOLON, *Traité des nullités des actes en matière civile*, Bruxelles, Librairie de jurisprudence H. TARLIER, 1836, p. 1 et s. ; J. BONNECASE, *Supplément au traité théorique et pratique de droit civil par G. BAUDRY-LACANTINERIE*, Paris, Sirey, 1926, p. 206 ; M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat*, Paris, LGDJ, 2004, spé., n° 1023.

⁴⁸⁹ Article 1179, alinéa 2, du Code civil.

⁴⁹⁰ V. ci-dessus.

⁴⁹¹ À savoir le défaut de capacité (article 1147 du Code civil) et les vices du consentement (article 1131 du Code civil).

⁴⁹² L'article 1179, alinéa 2, du projet d'ordonnance du 25 févr. 2015 dispose que « [la nullité est relative] lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde d'un intérêt privé ». V. not. O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, préc., p. 373.

⁴⁹³ V. not. Civ., 3^e, 29 sept. 2016, n° 15-15.129, D. 2017. 375, obs. M. MEKKI ; *RTD civ.* 2016. 846, obs. H. BARBIER, au sein duquel la Cour de cassation contribue à la délimitation entre les deux types de nullité.

⁴⁹⁴ Article 1181, alinéa 1, du Code civil. V. not. Ch. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil*, préc., p. 468 et s.

⁴⁹⁵ Article 1182, alinéas 1 et 3, du Code civil.

⁴⁹⁶ V. not. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, préc., p. 425 et s., rappellent que la formule « confirmation de la nullité » est en réalité impropre ; ce n'est pas la nullité qui est confirmé, c'est l'acte vicié par la cause de nullité relative. V. ég. J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX, *Les obligations*, Paris, Dalloz, t. 1, 16^e éd., 2014, spé., n° 322 et s. ; G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, Thèse, Paris 2, 1972 ; Ch. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil*, préc., p. 476 et s.

« toujours objectivement défectueux, mais il ne peut plus être remis en cause »⁴⁹⁷. Expresse, la confirmation de l'acte vicié peut, aussi, ne résulter d'aucune expression directe de volonté ; elle peut donc également être tacite. En effet, l'exécution du contrat par le titulaire de l'action, en connaissance de la cause de nullité relative, emporte tacitement et automatiquement la confirmation de l'acte, dont la validité ne pourra donc plus être remise en cause sur ce fondement⁴⁹⁸.

86. À plusieurs égards, le régime de la confirmation tacite de l'acte nul peut impacter les relations de travail et plus particulièrement la personne du salarié⁴⁹⁹. Le professeur Y. Pagnerre en donne une illustration, en imaginant la situation d'un salarié soumis, par la stipulation dans son contrat de travail, à une clause de non-concurrence qui ne prévoit pas de contrepartie financière⁵⁰⁰. Nous l'avons mentionné, la jurisprudence sociale a fait de cette contrepartie financière une condition de validité de la clause de non-concurrence⁵⁰¹. Si elle venait à manquer, ou si le montant prévu s'avérait dérisoire⁵⁰², ladite clause serait nulle, la nullité étant ici relative et donc, par conséquent, susceptible de donner lieu à confirmation. Dès lors, au fait de cette cause de nullité relative, le salarié qui poursuit l'exécution de son contrat de travail sans saisir le juge se trouvera dans l'impossibilité, après la rupture du contrat de travail⁵⁰³, de solliciter la nullité de sa clause de non-concurrence. Et pour cause, sur le fondement du nouvel article 1182, alinéa 3, du Code civil, la clause de non-concurrence, bien que viciée par l'absence de contrepartie financière, a été confirmée tacitement par l'exécution volontaire du contrat de travail. Par ailleurs, la même solution devrait être retenue à l'endroit des conventions de forfait en jours, dont l'illicéité peut, par exemple, résulter de l'absence de garanties relatives au respect des durées maximales de travail et aux repos journaliers comme hebdomadaires⁵⁰⁴. L'exécution

⁴⁹⁷ G. CHANTEPIE, M. LATINA, *ibid* ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX, *ibid.*, p. 356.

⁴⁹⁸ Article 1182 du Code civil.

⁴⁹⁹ V. *infra*, n° 739 et s.

⁵⁰⁰ Y. PAGNERRE, « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », préc.

⁵⁰¹ Soc., 10 juill. 2002, n° 00-45.135, préc. ; Soc., 15 nov. 2006, n° 04-46.721, préc. ; Soc., 16 mai 2012, n° 11-10.760, préc.

⁵⁰² Par exemple, une contrepartie financière correspondant à 15 % du salaire a été considérée comme étant dérisoire : Montpellier, 25 mars 2009, n° 08-7428, préc. La même Cour d'appel a considéré, l'année suivante, qu'une contrepartie financière s'élève à 40 % du salaire est suffisante : Montpellier, 15 sept. 2010, n° 09-8566.

⁵⁰³ La clause de non-concurrence ne produit ses effets qu'après la rupture du contrat de travail : V. not. G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, préc., p. 260 et s.

⁵⁰⁴ V. not. Soc., 26 sept. 2012, n° 11-14.540, *RDT* 2013. 273, obs. S. AMALRIC ; *D.* 2013. 114, chron. F. DUCLOZ, L. PECAULT-RIVOLIER, P. BAILLY, E. WURTZ ; *D.* 2013. 1026, obs. P. LOKIEC, J. PORTA ; *JCP S* 2012. 1461, note D. BLANC ; *SSL* 2012, n° 1558, obs. D. CHENU ; *JSL* 2012, n° 331-6, obs. M. HAUTEFORT. V. ég. Soc., 7 juill. 2015, n° 13-26.444, *JCP S* 2015. 1364, note M. MORAND.

de ladite convention par le salarié qui a connaissance de cette cause de nullité relative en emporte la confirmation tacite.

87. Bien que dangereuses pour le salarié⁵⁰⁵, les dispositions de l'article 1182 du Code civil trouvent pleinement à s'appliquer en droit du travail, dans le silence intégral du Code du travail, qui ne fait mention ni de la nullité relative ni, *a fortiori*, de la confirmation de l'acte vicié par celle-ci. Ainsi, s'il souhaite remettre en cause la validité d'une clause de non-concurrence ou d'une convention de forfait en jours, le salarié doit saisir le juge compétent au cours de l'exécution du contrat de travail, sans quoi cette exécution emportera tacitement la confirmation de la clause ou de l'acte vicié. Il s'agit ainsi d'une hypothèse dans laquelle le principe de comblement des lacunes de l'article 1105 du Code civil porte atteinte à la protection du salarié, ce qui nous mène à penser que le droit du travail, par la voix de son juge, s'opposera très certainement à l'exportation du régime de la nullité relative en son sein⁵⁰⁶.

88. La subsidiarité du droit commun des contrats est consubstantielle à la nature de celui-ci. Elle permet de combler les silences du Code du travail et, par-là, de remettre en cause l'existence du vide juridique. Son obligatorité fait théoriquement obstacle à son rejet, et celui-ci ouvre la porte à la cassation⁵⁰⁷. Dès lors, les mécanismes nouvellement insérés dans le Code civil devraient trouver application en droit du travail en vue de combler les lacunes de celui-ci. Par-là, la réforme influence nécessairement la matière. En effet, la subsidiarité des règles générales, renforcée par l'ordonnance du 10 février 2016, leur permet de jouer le rôle de « seconde jambe » des droits spéciaux. Ces derniers, lacunaires par essence⁵⁰⁸, peuvent donc, par le recours au droit commun des contrats, fonctionner harmonieusement même en l'absence de règles spéciales. En conséquence, la vocation du droit commun des contrats à combler les lacunes est l'un des moteurs de son influence en droit du travail. À dire vrai, il constitue l'un des socles de l'influence minimale que la réforme est susceptible de produire au sein des relations de travail.

⁵⁰⁵ V. *infra*, n° 739 et s.

⁵⁰⁶ *Ibid.*

⁵⁰⁷ V. *supra*, n° 50.

⁵⁰⁸ D. MAZEAUD, « L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux », préc.

§3. L'INFLUENCE DU PRINCIPE DE COMPLEMENT DES LACUNES EN DROIT DU TRAVAIL

89. À ce stade de notre raisonnement, il n'est évidemment pas envisageable d'estimer quelle est l'exact degré d'influence que la réforme du droit des contrats produit en droit du travail. Il n'est même pas encore possible, d'ailleurs, de tracer définitivement les contours de l'influence produite par le principe de comblement des lacunes, car nous n'avons pour l'heure présenté que le premier de ses deux effets⁵⁰⁹. L'objectif ici est de parvenir à déterminer avec quelle intensité le principe de comblement des lacunes, uniquement perçu sous sa facette « pallier aux lacunes du Code du travail », contribue à l'influence minimale de la réforme du droit des contrats en droit du travail.

90. Aux premiers abords, le principe de comblement des lacunes est la source première et majeure de l'influence qui nous concerne. Au soutien de cette intuition, deux arguments majeurs peuvent être avancés. En premier lieu, il est possible de constater que la quasi-totalité des nouvelles dispositions du droit des contrats⁵¹⁰ – tirée de l'ordonnance du 10 février 2016 et de la loi du 20 avril 2018 – ne possède aucun équivalent au sein du Code du travail. En d'autres termes, comme l'indique le professeur D. Mazeaud, le droit du travail, comme l'ensemble des droits spéciaux, ne comporte qu'une réglementation parcellaire et incomplète, qui ne peut prétendre à sa propre complétude⁵¹¹. Les lacunes, au sein de sa législation, se font donc fréquentes. Or, la récurrence des lacunes de la matière semble fonctionner de pair avec l'accroissement de l'influence de la réforme dans les frontières travaillistes ; plus il y en a et plus le juge social est en principe contraint de mobiliser les ressources civilistes pour les combler et, par conséquent, plus leur influence en droit du travail se fait grande. Dès lors, puisqu'on dénombre *a minima* quelques cinquante articles susceptibles de combler un silence du Code du travail⁵¹², l'existence d'une influence minimale est non seulement assurée, mais, plus encore, son seuil pourrait être élevé.

⁵⁰⁹ À savoir le fait de pallier aux silences des législations spéciales par le recours au droit commun des contrats. Pour le développement du second effet, à savoir la remise en cause de la jurisprudence spéciale antérieure et non conforme au nouveau droit commun des contrats, V. *infra*, n° 189 et s.

⁵¹⁰ Nous nous tenons évidemment aux seules dispositions susceptibles d'application en droit du travail, mais aussi uniquement à celles du droit commun des contrats (articles 1101 à 1231-7 du Code civil).

⁵¹¹ D. MAZEAUD, « L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux », préc., p. 81.

⁵¹² Sans entrer dans le détail, il s'agit de l'ensemble des textes du chapitre dédié aux « dispositions liminaires », si l'on fait exception de l'article 1104 du Code civil, qui connaît un avatar en droit du travail. À cela s'ajoutent les articles 1112-1 à 1118 du Code civil, relatifs aux négociations contractuelles, à l'offre et à l'acceptation, mais aussi

En plus de cet aspect quantitatif, l'influence produite par le principe du comblement des lacunes en droit du travail est certaine. Nous l'avons mentionné⁵¹³, le silence des droits spéciaux entraîne la mobilisation automatique du droit commun des contrats, à moins qu'il soit possible de faire appel à une règle supra-légale. Néanmoins, il a été démontré que le recours à la constitution, aux droits et libertés fondamentaux ou au droit de l'Union n'est qu'exceptionnel en droit du travail⁵¹⁴. Aussi, les lacunes du Code du travail doivent bel et bien être comblées par l'appel au Code civil et donc, par conséquent, à la réforme du droit des contrats. Dès lors, là où les effets concrets du second fondement positif de l'influence minimale fondée sur l'articulation des règles travaillistes et générales ne sont qu'incertains⁵¹⁵, le principe de comblement des lacunes, lui, y contribue activement et avec certitude.

91. Plusieurs indices laissent néanmoins à penser qu'en réalité, la part du principe de comblement des lacunes dans l'influence minimale qu'exerce la réforme en droit du travail est à relativiser. Le premier s'extirpe des raisonnements juridiques pour pénétrer ceux de la logique et a pour point de départ l'épaisseur du Code du travail. Celle-ci, fréquemment sujette à railleries⁵¹⁶, illustre toutefois avec justesse que la législation travailliste, bien qu'incomplète, est fournie et développée. Dès lors, si le Code du travail ne régit pas expressément une situation, l'on peut imaginer que c'est parce qu'elle ne se rencontre que peu en pratique⁵¹⁷, ou que le

l'article 1124, qui régit la promesse unilatérale. La section 2 du chapitre 2 (la formation du contrat), intitulée « la validité du contrat », trouve quasi-intégralement à s'appliquer en droit du travail, que ce soit parce qu'elle rappelle les conditions de validité d'un contrat (article 1128 du Code civil), régit les vices du consentement (articles 1130 à 1144), la représentation (V. *supra*, n° 74 et s.) ou le contenu du contrat, notion « valise » employée en lieu et place du mécanisme de la cause (not. articles 1162 et 1168 à 1171 du Code civil). Plus encore, plusieurs textes relatifs à la nullité (1182, 1183 du Code civil), à la caducité (1186, 1187 du Code civil), à l'interprétation du contrat (1188, 1190 du Code civil) sont susceptibles de venir combler les silences du Code du travail, à l'instar des dispositions ayant trait à la force obligatoire du contrat (1193 à 1195 du Code civil), la cession de contrat (1216 à 1216-3 du Code du travail) et à l'inexécution du contrat (1217 à 1230 du Code civil).

⁵¹³ V. *supra*, n° 45 et s.

⁵¹⁴ Quand bien même celui aux droits et libertés fondamentaux tend à se développer. V. not. J.-G. HUGLO, « Libertés fondamentales et droit du travail », *Bulletin des informations de la Cour de cassation*, 2019, p. 7 ; J.-G. HUGLO, E. DURLACH, « Qu'est-ce qu'une liberté fondamentale au sens de la chambre sociale ? », *RDT* 2018. 346 ; L. HE, « Convergences et divergences des contrôles des droits sociaux fondamentaux en Europe », *Dr. soc.* 2018. 739 ; H. TOURNIQUET, « Les droits fondamentaux au secours des salariés ? », *Dr. soc.* 2019. 512 ; I. MEYRAT, « Le droit du travail, terre d'élection pour les droits fondamentaux ? », *RDT* 2019. 763 ; P. ADAM, « Droit fondamentaux et droit du travail : derrière le brouillard », *Dr. soc.* 2019. 506.

⁵¹⁵ Celle qui résulte de la mise en œuvre du principe de cohabitation des règles. V. *infra*, n° 89 et s.

⁵¹⁶ Parmi d'innombrables exemples, V. not. J. BARTHELEMY, G. CETTE, « Droit social : pourquoi et comment le refonder ? », *Dr. soc.* 2012. 763 ; J. BARTHELEMY, « Ordre public et droit du travail », *Les cahiers du DRH*, 2020, n° 171, rappelle que depuis 1973, « l'épaisseur du Code du travail [...] a été multipliée par deux et demi » ; Th. KAPP, « Loi du 10 juillet 2014 : des compétences renforcées pour l'inspection du travail », *SSL* 2014, n° 1642 ; J.-M. ALBIOL, « Mobilité : un pas vers la modernité », *Les cahiers du DRH*, 2014, n° 205-206 ; H. de CASTRES, N. MOLFESSIS, *Rapport, Sécurité juridique et initiative économique*, Paris, éd. maré et martin, 2015.

⁵¹⁷ Et qui, en conséquence, ne nécessitent peut-être pas que le législateur y accorde une disposition consacrée. V. not. F. GARNIER, « Temporalités juridiques ou quelques considérations historiques sur la production normative »,

salarié qui la subit ne court pas de véritable risque⁵¹⁸. Deux exemples concrets, cités ci-dessus, tendent à le démontrer ; le Code du travail ne fait aucune mention de la sanction à retenir en cas de licenciement prononcé sans ou en dépassement des pouvoirs délégués car la situation n'est pas suffisamment générale et courante pour rendre nécessaire l'existence d'une législation spéciale. Dès lors, puisque le Code civil vise désormais le mécanisme de la représentation en ses articles 1153 à 1161, il se trouve à même de combler la lacune travailliste, dont l'existence trouve donc son origine dans la place que doit occuper la loi dans notre système normatif. De même, la phase précontractuelle, au cours de laquelle le candidat à l'embauche ne court finalement que peu de risques, si l'on excepte celui de la discrimination à l'embauche⁵¹⁹, est largement délaissée par le Code du travail.

L'on peut ainsi se demander à quel point le droit du travail s'accommode de ses propres lacunes, en s'en remettant volontairement aux dispositions du droit commun des contrats. Si la reproduction à l'identique de l'ancien article 1134, alinéa 3, du Code civil à l'article L. 1222-1 du Code du travail laisse supposer la volonté du législateur travailliste d'atténuer la soumission

in M. NICOD (dir.), *Les rythmes de production du droit*, Paris, LGDJ, 2016, p. 7 et s., selon lequel « le législateur doit faire preuve de tempérance. Il doit être « sobre de nouveautés », mesurer la portée de la correction d'abus ou encore se « garder de changer les lois ». La surproduction législative, déjà fustigée en son temps par J.-É.-M. PORTALIS (V. not. J.-G. LOCRIÉ, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France ou commentaire et complément des Code français*, Paris, t. 1, 1827, p. 255), est encore aujourd'hui critiquée : V. not. G. CARCASSONE, « Penser la loi », *Pouvoirs* 2005/3, p. 133, qui parle de « boulimie législative » ; M. COUDERC, « Les fonctions de la loi sous le regard du commandeur », *Pouvoirs*, 2005/3, p. 23, qui, reprenant les mots du Président Ch. PONCELET, évoque un « stakhanovisme législatif ».

⁵¹⁸ V. not. Ch. RADÉ, « L'impact de la réforme du droit des contrats en droit du travail », préc., qui, au sujet de la législation travailliste, rappelle que « ces règles sont extrêmement nombreuses s'agissant de la rupture du contrat, ce qui est logique compte tenu des risques importants auxquels les salariés sont à cette occasion exposés, mais moins nombreuses s'agissant de la formation, de la conclusion et du régime du contrat de travail, où les interventions législatives se sont faites plus rares ».

⁵¹⁹ L'article L. 1132-1 du Code du travail énonce qu' « aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement [...] en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son identité de genre, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une prétendue race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de son exercice d'un mandat électif, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille, de son lieu de résidence ou de sa domiciliation bancaire, ou en raison de son état de santé, de sa perte d'autonomie ou de son handicap, de sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français ». V. not. K. BERTHOU, « La preuve des discriminations à l'embauche en raison de l'origine », *RDT* 2010. 635 ; L. GAMET, « Discrimination à l'embauche d'un travailleur temporaire », *D.* 2004. 3103 ; N. MOIZARD, « Charge de la preuve d'une discrimination à l'embauche », *RDT* 2012. 497 ; Ph. ROZEC, V. MANIGOT, « Sur les traces de la discrimination à l'embauche », *JCP S* 2012. 1118 ; F.-J. PANSIER, « Discrimination raciale à l'embauche », *Cah. soc.* 2012, p. 81 ; ISM Corum, Institut des politiques publiques, *Mesure des discriminations à l'embauche selon le sexe et l'origine*, Rapport, 2021 ; L. PÉCAULT-RIVOLIER, *Lutter contre les discriminations au travail*, rapport au Ministère de la Justice, 2013. V. ég. Soc., 15 déc. 2011, n° 10-15.873, *RDT* 2012. 291, obs. J. BOUTON ; *JSL* 2012, n° 315, obs. N. GARDAIR-RÉROLLE.

de la matière au droit commun des contrats⁵²⁰, de nombreuses lacunes paraissent en réalité être volontaires et assumées⁵²¹. Si ce constat n'emporte aucune conséquence sur la production d'une influence minimale au sein des relations de travail, il en minimise cependant l'étendue : les nouveaux textes civilistes seront, bien souvent, appliqués à des situations concrètes pour lesquelles le législateur travailliste n'a pas jugé opportun de légiférer. Par conséquent, l'influence concrète produite ici en droit du travail ne devrait être que mince⁵²².

92. Simple sur le papier, l'articulation du droit du travail et du droit commun des contrats en l'absence de règles spéciales peut se révéler complexe en pratique. En présence de règles travaillistes, il semblerait que le prisme soit inversé ; absconses pour qui ne s'y intéresse pas, les règles d'articulation s'avèrent en réalité être claires.

Section 2. LA SOUMISSION DES RÈGLES TRAVAILLISTES AUX RÈGLES CIVILISTES EN PRÉSENCE DE RÈGLE SPÉCIALE

93. Lorsque le Code du travail régit une situation donnée, il se peut que ses dispositions partagent un objet commun avec un ou plusieurs textes du Code civil. Dans cette situation, toute

⁵²⁰ Au sujet de la pratique législative des doublons, V. not. P. RÉMY-CORLAY, « Le contrat hors du Code », préc. ; F. POLLAUD-DULIAN, « Du droit commun au droit spécial – et retour », préc., p. 935, p. 948 ; P.-Y. VERKINDT, « Le contrat de travail. Modèle ou anti-modèle du droit civil des contrats ? », préc., p. 197 ; L. BENTO DE CARVALHO, *L'apport du droit du travail à la théorie générale de l'acte juridique*, préc., p. 356 ; Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préc., p. 119 et s. ; N. BALAT, *Essai sur le droit commun*, préc., p. 244, p. 391 et s. ; G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, préc., p. 385 et s. Le doublon emporte la spécialisation d'une règle générale et fait, par conséquent, obstacle à la soumission de la branche spéciale – auteure du doublon – au droit commun des contrats. Pour de plus amples développements, V. *infra*, n° 139, n° 199.

⁵²¹ Exemples des conditions de validité d'un contrat (article 1128 du Code civil) vis-à-vis desquelles le droit du travail est muet, alors même que le contrat du travail y est soumis. Le silence de la législation travailliste paraît volontaire. Sur le sujet des lacunes volontaires des branches du droit, V. not. F. ROME, « Avis de tempête ! », *D.* 2014. 1865 ; C. CARREAU, « L'acte mortifère en droit pénal », *D.* 2000. 266. J.-Y. CARLIER, « Le Code belge de droit international privé », *Rev. crit. DIP* 2005. 11 met en exergue l'une des raisons qui peut pousser le législateur à laisser volontairement subsister des lacunes, à savoir « empêcher la cristallisation du droit et laisser à la jurisprudence sa souplesse ». V. ég. A. KALLERGIS, « L'élaboration de la norme fiscale », *RFFP* 2019, p. 59 ; N. SAUPHANOR-BROUILAUD, « Droit des contrats et droit de la consommation », *RDC* 2011, p. 877 ; M. CHAGNY, « Les relations tumultueuses du contrat et du droit de la concurrence à la lumière de la « modernisation des relations commerciales », *RDLC* 2005, n° 21 ; Ph. PIERRE, C. CORGAS-BERNARD, « Le défaut d'information et l'accident médical, une articulation délicate », *RDLC* 2010, n° 74 ; A.-M. HO DINH, « Le « vide juridique » et le « besoin de loi ». Pour un recours à l'hypothèse du non-droit », *L'année sociologique* 2007/2, p. 419 et s.

⁵²² La participation du principe de comblement des lacunes à l'influence de la réforme du droit des contrats en droit du travail est toutefois susceptible d'être renforcée, comme nous le démontrerons ci-dessous : V. *infra*, n° 259 et s.

la question est de parvenir à déterminer si les deux branches doivent entretenir un rapport belliqueux et d'éviction ou si, à l'inverse, elles doivent vivre l'une avec l'autre. À cet égard, loin de l'opposition naturelle que semble sous-entendre la réforme, le Code civil impose la cohabitation des règles générales et spéciales (§1). Par conséquent, la législation travailliste et le nouveau droit des contrats devront, en certaines hypothèses, cohabiter l'une avec l'autre (§2).

§1. LA COHABITATION DES RÈGLES

94. Érigée en principe depuis 1804 par l'ancien article 1107 du Code civil, la cohabitation des règles spéciales et générales n'a pas été remise en cause par la réforme du droit des contrats (A), ce qui nous permettra d'envisager sa mise en œuvre à l'égard du droit du travail (B).

A. LE PRINCIPE DE COHABITATION DES RÈGLES

95. Énoncé implicitement par l'ancien article 1107 du Code civil, le principe de cohabitation des règles spéciales et générales a été repris à l'identique – ou presque – par le nouvel article 1105. Ainsi, en aval de la réforme comme en amont, lorsque le droit du travail et le droit des contrats possèdent tous deux des règles qui portent sur une même problématique juridique, ils doivent cohabiter. Une lecture littérale du nouveau texte peut néanmoins faire naître le doute sur le maintien de ce principe.

96. En effet, depuis 1804 et jusqu'au 1^{er} octobre 2016, le Code civil faisait mention de la fonction subsidiaire du droit commun des contrats, avant d'énoncer que « les règles particulières à certains contrats sont établies sous les titres relatifs à chacun d'eux [...] ». Par-là, le Code civil décrivait implicitement le phénomène de coexistence des règles générales et spéciales⁵²³, construisant « le pont entre le droit commun et le droit spécial des contrats »⁵²⁴. Il en résultait que dans l'hypothèse où une seule et même situation pouvait être à la fois régie par le Code du travail et le Code civil, les deux règles « en concurrence » n'entraient pas en conflit mais devaient, à l'inverse, cohabiter. En somme, selon la formule de l'ancien article 1107 du

⁵²³ V. not. N. BALAT, « Réforme du droit des contrats : et les conflits entre droit commun et droit spécial ? », préc., qui estime que « [l'ancien article 1107 du Code civil] a le mérite de mettre de évidence la coexistence du droit commun et des droits spéciaux des contrats ».

⁵²⁴ Expression de M. MEKKI, « L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », préc.

Code civil, la coexistence de deux règles de généralités différentes ne doit pas entraîner l'éviction de l'une d'entre elles, sauf en cas de conflit entre elles. Au contraire, celles-ci sont amenées à exister paisiblement l'une à côté de l'autre⁵²⁵. Dans son commentaire de l'article 1103 de l'avant-projet Catala⁵²⁶, qui se proposait de reprendre, mot pour mot ou presque, le premier alinéa de l'ancien article 1107 du Code civil, M. G. Cornu énonçait : « on retrouve dans l'article 1103 l'affirmation que les règles énoncées au titre du contrat constituent le droit commun des contrats. Le texte réserve, en l'illustrant d'exemples topiques, l'application à certains contrats des règles particulières qui les gouvernent, mais il marque sous cette réserve que la vocation des règles générales s'étend à toute espèce de contrat, nommé ou innommé »⁵²⁷. Les travaux préparatoires du Code civil et la version de l'article 1107 du Code civil qui y était prévue abondent également en ce sens, et ce de manière particulièrement limpide⁵²⁸.

97. Il n'était guère question de revenir sur cette solution à l'heure des travaux préparatoires de la réforme du droit des contrats⁵²⁹. C'est donc tout naturellement que le nouvel article 1105 du Code civil fait sien de la position retenue par les codificateurs en 1804, en reprenant d'ailleurs – presque mot pour mot – la première partie du second alinéa de l'ancien article 1107 du Code civil et la coexistence qu'il sous-tend⁵³⁰. Néanmoins, l'ajout d'un troisième alinéa, nouveauté de la réforme du droit des contrats, qui dispose que « les règles générales s'appliquent sous réserve des règles particulières », complexifie l'interprétation de l'article entendu dans son entièreté ; la succession des deux alinéas peut faire craindre un revirement, lequel aboutirait à l'exclusion pure et simple du droit commun des contrats dans les domaines d'ores et déjà réglementés par une législation spéciale.

⁵²⁵ V. not. Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préc., p. 481 et s.

⁵²⁶ V. *supra*, n° 95 et s.

⁵²⁷ http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf, p. 24.

⁵²⁸ Il était prévu que l'article dispose : « il y a des contrats qui ont une dénomination propre et particulière, et d'autres qui n'en ont pas. Les uns et les autres sont soumis à des règles générales qui sont l'objet du présent titre. Les premiers sont, en outre, susceptibles de règles particulières, qui seront expliquées sous les titres relatifs à chacun d'eux ». V. P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, préc., p. 5, cité par Ch. GOLDIE-GENICON, *op. cit.*, p. 482.

⁵²⁹ Et pour cause, comme nous l'avons mentionné, l'avant-projet dit « CATALA » reprenait très largement la substance de l'ancien article 1107 du Code civil, tandis que le projet de la Chancellerie était silencieux sur l'articulation des règles spéciales et générales.

⁵³⁰ L'article 1105, alinéa 2, du Code civil prévoit désormais que « les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux ». L'unique distinction sémantique entre les deux articles s'avère être l'emploi de la formule « les dispositions propres » en lieu et place de « les titres relatifs ».

En effet, en opérant une hiérarchie entre les deux sortes de règles, sans prendre le soin de préciser que le conflit entre elles ne constituent qu'une exception⁵³¹, l'article 1105, alinéa 2, du Code civil « présuppose une contradiction « de fait » entre le droit commun des contrats et le droit spécial »⁵³². Or, seul un conflit entre les règles en concours pourrait résulter de ladite contradiction. Dans cette hypothèse, le principe ne serait alors plus la cohabitation des règles spéciales et générales. Au contraire, l'exclusion des secondes au profit des premières deviendrait le principe, reléguant la cohabitation des normes non pas au rang d'exception, mais à celui d'impossibilité. Si les règles générales ne trouvent à s'appliquer au sein des droits spéciaux que « sous réserve des règles particulières », il en découle leur éviction chaque fois que de telles règles particulières existent. Le droit commun des contrats se trouverait alors réduit à sa vocation subsidiaire et son application en droit du travail à la seule nécessité de combler une lacune.

98. Pour infirmer l'interprétation littérale de l'article 1105 du Code civil, il convient de se reporter au rapport remis au Président de la République, lequel explique que « les règles générales posées par l'ordonnance seront notamment écartées lorsqu'il sera impossible de les appliquer simultanément avec certaines règles prévues par le Code civil pour régir les contrats spéciaux, ou celles résultant d'autres codes [...] ». Aussi, quand bien même l'adverbe « notamment » suggère que l'hypothèse d'exclusion des règles générales mentionnée par le rapport n'épuise pas intégralement le sujet, il est tout de même à remarquer que l'éviction du droit commun des contrats semble cantonnée à l'hypothèse d'un conflit de normes. Ainsi, pour en saisir la portée, il est nécessaire d'interpréter le nouvel article 1105 du Code civil à la lumière de l'ancien article 1107, puisqu'il apparaît que la solution à laquelle ils mènent est identique. En conséquence, lorsqu'une règle spéciale et une règle générale portent sur un même objet, le principe demeure celui de leur cohabitation, quand bien même est-il désormais maladroitement formulé. Une modification – minime – du troisième alinéa de l'article 1105 du Code civil serait la bienvenue, pour y adjoindre la formule selon laquelle « les règles générales s'appliquent sous réserve des règles particulières *avec lesquelles elles sont incompatibles* »⁵³³. Par-là, le texte

⁵³¹ V. *infra*, n° 151 et s. V. not. M. MEKKI, « Pour une ratification minimaliste de l'ordonnance du 10 février 2016 », préc.

⁵³² O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, préc., p. 67.

⁵³³ Proposition faite par M. MEKKI, « Pour une ratification minimaliste de l'ordonnance du 10 février 2016 », préc. La même idée se retrouve en filigrane chez B. FAUVARQUE-COSSON, « Première influence de la réforme du droit des contrats », *D.* 2017. 793, qui rappelle que « l'article 1105 n'autorise une application combinée des

continuerait de prévoir, en son second alinéa, le principe de la cohabitation des règles spéciales et générales, tout en précisant, dans son dernier alinéa, que l'unique obstacle à ladite coexistence s'avère être le conflit entre les deux normes, situation dans laquelle les règles générales se trouvent évincées.

99. La vocation du droit commun des contrats à s'appliquer dans les frontières des droits spéciaux – dont celles du droit du travail – a donc été réaffirmée par la réforme du droit commun des contrats. Elle a d'ailleurs été accueillie par la chambre sociale de la Cour de cassation, qui a « choisi de réexaminer sa jurisprudence au regard de l'évolution du droit des obligations résultant de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 »⁵³⁴. En somme, en droit du travail comme dans l'ensemble des droits spéciaux, le droit commun des contrats trouve non seulement à s'appliquer en l'absence de législation particulière, mais également aux côtés de celle-ci. L'article 1105 du Code civil s'érige donc comme un obstacle sur la route de la chambre sociale de la Cour de cassation, laquelle s'était attribuée « un rôle de filtre »⁵³⁵, sélectionnant « à la carte »⁵³⁶ les mécanismes du droit commun des contrats – et de sa réforme – qui peuvent être appliqués aux relations de travail⁵³⁷. Or, dorénavant, il s'agit moins pour le juge social d'opérer une quelconque sélection que d'accueillir et d'appliquer les règles générales, comme l'impose le Code civil en son article 1105.

En réaffirmant l'obligatorité de l'exportation des règles générales au sein des droits spéciaux, l'ordonnance du 10 février 2016 renforce non seulement le « rôle matriciel du droit commun des contrats »⁵³⁸, mais pose également les fondations de sa propre influence – notamment en droit du travail – car le principe de cohabitation des règles participe, comme celui de comblement des lacunes, à la production d'une influence minimale contrainte⁵³⁹.

règles du droit général [...] et de celles du droit spécial que si les premières ne sont pas incompatibles avec les secondes ».

⁵³⁴ Soc., 21 sept. 2017, n° 16-20.103, préc. V. ég. G. LOISEAU, « Le rôle matriciel du droit commun des contrats en droit du travail », préc.

⁵³⁵ G. LOISEAU, « Droit civil et droit du travail : une relation instable », préc.

⁵³⁶ G. LOISEAU, « La tentation de l'autonomie », préc., parle de « *legis shopping* » pour évoquer l'activité de la chambre sociale de la Cour de cassation.

⁵³⁷ Pour de plus amples développements, V. *infra*, n° 655 et s.

⁵³⁸ G. LOISEAU, *op. cit.*

⁵³⁹ V. *infra*, n° 196 et s., n° 259 et s.

100. Loin d’entretenir des rapports conflictuels lorsqu’elles régissent un même domaine, les règles spéciales et générales doivent en réalité cohabiter l’une avec l’autre. La coexistence de deux corps de règles emporte une série de deux effets, qui portent aussi bien sur les règles elles-mêmes que sur les acteurs de notre système judiciaire.

B. LES EFFETS DE LA COHABITATION DES RÈGLES

101. Couramment, le terme « cohabiter » renvoie au fait, pour deux personnes, de vivre ensemble⁵⁴⁰. La cohabitation de deux ou plusieurs règles de droit s’apparente au sens traditionnel du terme, sans pour autant s’y limiter. Ainsi, si les normes spéciales et générales « vivent » effectivement ensemble, car elles permettent toutes deux de trancher un seul et même litige, cette cohabitation emporte également des effets sur l’interprétation de la règle spéciale – la règle travailliste. En effet, qu’il soit appliqué alternativement ou cumulativement avec le droit commun des contrats (2), le droit du travail doit être interprété de manière stricte (1).

1. *L’interprétation stricte de la règle spéciale*

102. Perçue comme « l’opération qui consiste à discerner le véritable sens d’un texte obscur »⁵⁴¹, l’interprétation d’une règle de droit renvoie à « l’activité qui permet de mettre en œuvre la loi, d’assurer son application »⁵⁴². Elle contribue, par la mise en œuvre de méthodes diverses⁵⁴³, de découvrir quel est le véritable sens à donner à un texte juridique obscur. En effet, au risque de dénaturer un texte clair, la technique de l’interprétation est conditionnée à la préalable caractérisation de l’obscurité du texte. Interpréter un texte clair revient ainsi à le

⁵⁴⁰ Selon la définition qu’en donne le dictionnaire de l’Académie Française : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9C2843#:~:text=%C3%89tymologie%20%3A%20xive%20si%C3%A8cle,cohabitare%2C%20%2C%AB%20demeurer%20ensemble%20%C2%BB.&text=Habiter%20ensemble%20dans%20la%20m%C3%AAme%20maison%2C%20le%20m%C3%AAme%20logement>.

⁵⁴¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 8^e éd., 2007, V. Interprétation.

⁵⁴² M. LEBEAU, *De l’interprétation stricte des lois. Essai de méthodologie*, préc., p. 4.

⁵⁴³ Parmi lesquelles, sans prétention à l’exhaustivité, se trouvent les méthodes exégétique, téléologique, structuraliste, historique ou de l’induction, mais encore le raisonnement *a fortiori* ou *a contrario*, ou la libre recherche scientifique. V. not. J. BONNECASE, *L’École de l’exégèse en droit civil. Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d’après la profession de foi de ses plus illustres représentants*, Paris, Delmas, 1933 ; Ph. RÉMY, « Éloges de l’exégèse », *Droits*, 1985, p. 115, spé. p. 121 ; C. du PASQUIER, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, Paris, Sirey, 1967, p. 189 et s. ; F. GÉNY, *Méthode d’interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, préc.

dénaturer, ce qui peut ouvrir la voie de la cassation⁵⁴⁴. Dès lors, seuls les textes dont la « simple lecture ne [permet] pas, de prime abord, à comprendre le sens »⁵⁴⁵ sont susceptibles d'interprétation⁵⁴⁶. Dans cette tâche, le juge est parfois guidé par des adages, entendus comme des directives dénuées de toute juridicité⁵⁴⁷ ou, à tout le moins, disposant d'une autorité relative⁵⁴⁸. M. G. Cornu a dressé la liste des directives d'interprétation qui, en droit français, proviennent d'adages latins⁵⁴⁹. Y figure notamment l'adage *exceptio est strictissimae interpretationis*, en vertu duquel « les exceptions doivent être interprétées de la manière la plus stricte ». Dès lors, la caractérisation d'une règle juridique exceptionnelle emporte pour celui qui l'interprète le devoir de l'apprécier de manière stricte. En effet, puisque la norme dont il est question est « exceptionnelle » et « constitue un pan à part du droit qui existe [...] à côté du droit commun »⁵⁵⁰, elle doit être considérée comme un « mal nécessaire »⁵⁵¹. Par conséquent, son champ doit être le plus restreint possible.

103. Comme la traduction littérale de l'adage *exceptio est strictissimae interpretationis* le sous-entend clairement, l'interprétation stricte des règles de droit est réservée aux exceptions, c'est-à-dire aux règles de droit, abstraites et impersonnelles⁵⁵² mais dotées d'un degré de généralité moins vaste qu'une règle de principe⁵⁵³. Parce qu'elle n'a vocation à concerner que certaines personnes ou certaines situations, la règle exceptionnelle est, *de facto*, moins générale que la règle de principe, qui, elle, est applicable à toute personne et à chaque situation. Dès lors, afin de déterminer si l'adage *exceptio est strictissimae interpretationis* trouve à s'appliquer dans les relations entretenues entre le droit du travail et le droit commun des contrats, il est, au préalable, impératif d'apprécier si les règles spéciales travaillistes peuvent être considérées

⁵⁴⁴ On retrouve 80 décisions rendues par la chambre sociale de la Cour de cassation qui censurent la position retenue par la Cour d'appel en raison d'une dénaturation, pas uniquement d'une règle de droit, mais aussi d'un document clair, par exemple.

⁵⁴⁵ M. LEBEAU, *De l'interprétation stricte des lois. Essai de méthodologie*, préc., p. 51.

⁵⁴⁶ Étant précisé qu'affirmer qu'un texte est clair revient déjà à l'interpréter, en attestant qu'il ne possède qu'un seul sens.

⁵⁴⁷ V. not. P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, Luxembourg, Office des imprimés de l'État, 1960, p. 349 ; F. OST, M. VAN de KERCHOVE, *Entre la lettre et l'esprit : les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1989, p. 27 et s. ; F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, préc., p. 234.

⁵⁴⁸ P.-A. COTÉ, « L'interprétation de la loi, une création sujette à des contraintes », in D. BOURCIER, E. MACKAAY (dir.), *Lire le droit. Langue, texte, cognition*, Paris, LGDJ, 1992, p. 20 ; F. OST, M. VAN de KERCHOVE, *ibid.*

⁵⁴⁹ G. CORNU, *Linguistique juridique*, Paris, Montchrestien, 3^e éd., 2005.

⁵⁵⁰ M. LEBEAU, *De l'interprétation stricte des lois. Essai de méthodologie*, préc., p. 54.

⁵⁵¹ *Ibid.*

⁵⁵² Comme toute loi, au sens large du terme. V. not. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., V. Loi.

⁵⁵³ M. LEBEAU, *op. cit.*, p. 90 et s.

comme des exceptions aux règles générales civilistes. À cette question, les professeurs H. Roland et L. Boyer ont estimé qu'il convenait de voir le texte spécial comme « l'exception par rapport au droit commun »⁵⁵⁴. L'assimilation entre la plus grande spécialité d'un texte et le caractère d'exception qu'elle lui octroie aurait alors pour conséquence l'interprétation stricte de l'ensemble des textes travaillistes. Les deux auteurs illustrent cette position par l'exemple du reçu de solde de tout compte, dont les règles ne peuvent être appliquées à un acte qualifié par les parties de règlement transactionnel, car ce serait là faire une interprétation extensive desdites règles⁵⁵⁵, contraire à la directive donnée par l'adage *exceptio est strictissimae interpretationis*.

104. L'analogie effectuée entre l'« exception » et la « spécialité » a néanmoins été remise en cause. Il a d'abord été démontré que, comprise comme le texte qui régit « l'espèce par opposition à la règle générale qui embrasse le genre »⁵⁵⁶, le texte spécial n'a alors rien d'une exception et ne se distingue du texte général que par sa plus grande précision⁵⁵⁷. De surcroît, M. G. Cornu rappelle que « lorsqu'une règle est énoncée sous forme d'exception, il faut aller à sa raison et celle-ci peut faire reconnaître l'exception comme la sauvegarde d'un principe supérieur. Une exception de cette nature mérite d'être appliquée dans toute la mesure de sa raison d'être »⁵⁵⁸. À cet égard, le professeur J.-L. Bergel⁵⁵⁹ donne l'exemple du mécanisme de la stipulation pour autrui, qui porte atteinte au principe de l'effet relatif des contrats, mais qui fait application de celui de l'autonomie de la volonté. Dès lors, considérer automatiquement la règle la plus spéciale comme une exception au droit commun des contrats paraît incorrect. S'il se peut que la règle spéciale soit également une exception à la règle générale, les deux qualités ne se cumulent pas forcément. Aussi, dans leur cohabitation avec le droit commun des contrats, les règles spéciales travaillistes ne devraient pas faire l'objet d'une interprétation stricte sur le fondement de l'adage *exceptio est strictissimae interpretationis*, lequel ne trouve pas toujours à s'y appliquer.

105. Pour autant, le fondement de l'interprétation stricte du droit spécial peut être cherché ailleurs, non plus dans un adage qui nous vient du droit romain, mais qui sommeille au sein

⁵⁵⁴ H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*, Paris, LexisNexis, 4^e éd., 1999, spé., n° 400.

⁵⁵⁵ *Ibid*, p. 854.

⁵⁵⁶ *Ibid*, p. 853.

⁵⁵⁷ M. LEBEAU, *De l'interprétation stricte des lois. Essai de méthodologie*, préc., p. 86.

⁵⁵⁸ G. CORNU, *Droit civil. Introduction*, Paris, Montchrestien, 13^e éd., 2007, spé., n° 417.

⁵⁵⁹ Cité par M. LEBEAU, *op. cit.*, p. 85.

même de la notion de droit commun des contrats. C'est en effet sur l'assise du caractère subsidiaire obligatoire des règles générales que le professeur N. Balat rappelle que « [l'interprétation stricte de la règle de droit] vaut pour toute règle spéciale, exceptionnelle ou non »⁵⁶⁰, ce qu'énonçait déjà en 1928 la chambre des requêtes de la Cour de cassation⁵⁶¹ et même, bien avant cela, le Sexte de Boniface VIII. L'interprétation extensive d'une règle spéciale se heurterait à plusieurs difficultés ; non seulement elle conduirait à faire une fausse application de la règle spéciale, mais mènerait également au refus d'application de la règle générale⁵⁶². Dès lors, l'existence simultanée d'une règle spéciale et d'une règle générale, applicables toutes deux à un même litige, fait mécaniquement naître la nécessité d'interpréter la norme la plus spéciale de manière restrictive. À l'inverse, en l'absence de cohabitation des deux corps de règles, si seule la législation travailliste est susceptible de recevoir application, son interprétation extensive peut alors valablement être envisagée⁵⁶³. En tant que telles, les lois spéciales ne sont donc pas d'interprétation stricte ; celle-ci ne s'impose qu'en cas de cohabitation avec le droit commun des contrats, en application de la fonction subsidiaire obligatoire de celui-ci.

106. Ainsi, en présence de règles spéciales et générales, la fonction subsidiaire du droit commun des contrats impose le cantonnement de la règle spéciale au sein de son propre champ d'application. Par contre, au sein des frontières étanches dudit champ d'application, les règles spéciales doivent recevoir une totale application ; le cantonnement d'une telle règle à une seule fraction de son objet reviendrait à refuser d'en faire application et donc, inévitablement, à la violer⁵⁶⁴. La cohabitation du droit du travail avec le droit commun des contrats pousse donc à l'application entière du premier au sein de ses frontières étanches et à celle du second en dehors.

⁵⁶⁰ N. BALAT, *Essai sur le droit commun*, préc., p. 102.

⁵⁶¹ Req. 26 juill. 1928, S. 1929, 1, p. 70 et s., qui énonce que « l'application des lois spéciales doit être strictement renfermée dans les limites fixées par leurs dispositions ».

⁵⁶² N. BALAT, *op. cit.*, p. 103. Pour un avis divergent, V. not. J. MOULY, « Droit civil et droit du travail, une coexistence enfin pacifique », in *Apprendre à douter. Questions de droit, questions sur le droit. Études offertes à Claude Lombois*, Limoges, Presses Universitaires de Limoges, 2004, p. 363, qui énonce que « dans le domaine qui est le sien, celui des rapports de travail subordonné, le droit du travail est [...] un droit autonome qui se suffit à lui-même. Il n'a donc pas à faire l'objet d'une interprétation étroite, par référence au droit commun, qui laisserait subsister une application concurrente de la règle civiliste. Il doit au contraire faire l'objet d'une interprétation plénière, qui tienne compte en particulier des buts poursuivis par l'auteur de la règle. Toute autre méthode ne peut qu'aboutir à la négation de la singularité des rapports salariés et, par voie de conséquence, de la spécificité du droit qui les régit ».

⁵⁶³ N. BALAT, *ibid.*

⁵⁶⁴ V. not. J. et L. BORÉ, *La cassation en matière civile*, Paris, Dalloz, 4^e éd., 2010, spé., n° 72. V. ég. N. BALAT, *ibid.*, p. 56, pour lequel « ce que prévoit une règle de droit, il faut l'appliquer ; le contraire revient à la violer par refus d'application ».

Cette solution semble à même de fonder l'interprétation stricte des règles spéciales, là où l'adage *exceptio est strictissimae interpretationis*, au-delà même des débats portés sur sa juridicité⁵⁶⁵, semblait insuffisant.

107. Il résulte de ce qui précède que dans l'ensemble des hypothèses dans lesquelles le droit du travail sera amené à cohabiter avec les nouvelles dispositions du droit commun des contrats⁵⁶⁶, il devra être interprété de manière stricte. Dès lors, le juge social ne pourra pas, par exemple, raisonner par analogie pour étendre l'application d'un texte du Code du travail à une situation qu'il ne prévoit pas, mais qui est régie par le Code civil. À cet égard, l'exemple susmentionné de la cession de contrat de travail peut être réutilisé ; cantonné à l'hypothèse du transfert d'un contrat de travail en cas de modification de la situation juridique de l'entreprise, l'article L. 1224-1 du Code du travail ne pourrait, par extension, être appliqué à la mobilité intra-groupe d'un salarié en lieu et place du nouvel article 1216 du Code civil, en raison du principe de l'interprétation stricte de la règle spéciale travailliste⁵⁶⁷.

108. La cohabitation de règles spéciales et générales emportent donc le cantonnement des premières à leur champ d'application le plus restreint. Il n'en demeure pas moins que dans une telle situation, le droit du travail comme le droit commun des contrats doivent – ou peuvent, en fonction des circonstances – recevoir application.

2. La mise en application des règles spéciales et générales

109. La cohabitation des règles travaillistes et civilistes reçoit une traduction concrète au moment de leur mise en œuvre. Celle-ci peut s'effectuer de deux manières distinctes. En effet, si le terme « cohabitation » sous-entend que les règles trouvent à s'appliquer conjointement à un même litige (**b**), la notion est en réalité plus vaste et recouvre également l'hypothèse dans laquelle les règles sont mises en œuvre de manière alternative (**a**).

⁵⁶⁵ V. *supra*, n° 103.

⁵⁶⁶ La cohabitation des règles travaillistes et de la réforme du droit des contrats fera l'objet d'un développement ultérieur. V. *infra*, n° 117 et s.

⁵⁶⁷ Pour un autre exemple, ayant trait au mécanisme de la bonne foi, V. *infra*, n° 127.

a. L'application alternative des règles

110. La traduction juridique du terme « cohabitation » reprend l'acception couramment faite du terme en langue française ; si deux personnes qui cohabitent ne sont pas obligées de réaliser la même action au même moment, la cohabitation de deux règles juridiques n'impose pas que celles-ci soient forcément appliquées de manière cumulative. En effet, l'existence conjointe de deux règles, applicables toutes deux à un même aspect d'un litige, ne rend pas obligatoire la mobilisation de chacune des règles ; celle de l'une d'entre elles seulement ne remet pas en cause la réalité de leur cohabitation. Retenir la position inverse reviendrait à opérer une confusion entre le principe de cohabitation et l'un de ses effets.

111. Le phénomène de l'application alternative des règles cohabitantes prend la forme d'une option laissée au justiciable. La notion d'option est désormais connue de notre Code civil, car l'article 1124 énonce depuis le 1^{er} octobre 2016 que « la promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie [...] accorde à l'autre [...] le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat [...] ». Toutefois, en ce qui nous concerne, le terme « option » ne doit pas être entendu comme le choix, laissé à une partie, relatif à la conclusion – ou non – d'un contrat. Nous ne nous trouvons en effet pas sur les berges d'une phase précontractuelle, mais sur celles de l'introduction d'une action en justice. Or, dans son travail de thèse, Mme F. Bussy-Dunaud estime que, dans un tel cadre, l'option doit être définie comme « la faculté ouverte à une personne, placée dans une situation juridique déterminée, de choisir entre les diverses possibilités qui lui sont offertes par la loi ou la convention pour résoudre cette situation »⁵⁶⁸. Dès lors, en cas de cohabitation entre une disposition du Code du travail et une autre insérée dans le Code civil par la réforme du droit des contrats, l'option se concrétise dans le choix, pour le justiciable, de fonder son action en justice sur le texte spécial travailliste ou le nouveau texte général civiliste. Il convient en effet de rappeler que dans le cadre d'une cohabitation, le justiciable, quand bien même est-il partie à la relation de travail, n'est pas contraint de fonder automatiquement son action en justice sur la règle spéciale travailliste ; il peut faire le choix de l'écarter au profit de la règle générale civiliste⁵⁶⁹.

⁵⁶⁸ F. BUSSY-DUNAUD, *Les concours d'actions en justice entre les mêmes parties, l'étendue de la faculté de choix du plaideur*, Thèse, Paris 1, 1988, p. 118.

⁵⁶⁹ V. *infra*, n° 364, n° 378, au sujet de l'action en nullité d'un accord collectif, qui se prescrit par 2 mois sur le fondement du Code du travail et par 5 ans sur celui du nouvel article 1112-1 du Code civil.

La faculté d'option n'est pas reconnue par une disposition légale⁵⁷⁰, car si le Code civil en admet parfois implicitement l'existence⁵⁷¹, il ne renvoie jamais à l'hypothèse de la cohabitation de deux règles présentant des degrés de généralité différents⁵⁷². En réalité, l'option ouverte au justiciable entre deux ou plusieurs fondements juridiques n'est que « la résultante d'une option préalable entre les diverses qualifications juridiques dont est susceptible [une] situation concrète »⁵⁷³.

112. La décision de faire une application alternative et non cumulative des règles qui cohabitent peut être dictée par plusieurs intérêts. Le justiciable peut ainsi souhaiter engager l'action dont les conditions de fond sont les plus aisés à réunir, celle qui est la plus complexe à être tenue en échec par le défendeur ou celle qui peut mener aux résultats les plus avantageux⁵⁷⁴. La première de ces justifications – la réunion aisée des conditions de fond – peut être illustrée par la rupture d'un contrat de travail aux torts exclusifs de l'employeur. Le salarié qui poursuit cette motivation et qui souhaite rompre son contrat de travail pour des faits qu'il reproche à son employeur aurait tout intérêt à prendre acte de la rupture de son contrat de travail au lieu de fonder son action en justice sur l'article 1226 du Code civil, dont le régime est plus contraignant et le résultat moins adapté à la réalité de la relation de travail⁵⁷⁵.

113. La mise en œuvre alternative de l'une des règles en cohabitation ne semble pas appeler de plus longs développements, puisqu'elle ne s'apparente finalement qu'au choix du fondement adéquat que réalise tout justiciable ou son représentant. Ce choix, d'ailleurs, peut le mener à

⁵⁷⁰ F. BUSSY-DUNAUD, *Les concours d'actions en justice entre les mêmes parties, l'étendue de la faculté de choix du plaideur*, préc., p. 118.

⁵⁷¹ Exemple de l'exécution forcée en nature, pour laquelle le Code civil dispose, en aval de la réforme du droit des contrats, que le créancier d'une obligation inexécutée peut en poursuivre l'exécution en nature (article 1221 du Code civil) ou faire exécuter lui-même l'obligation (article 1222 du Code civil).

⁵⁷² F. BUSSY-DUNAUD, *op. cit.*, p. 160, démontre que les options ouvertes expressément par le Code civil, dans sa version de 1804, concernaient uniquement deux règles générales. Exemple de l'option ouverte entre les anciens articles 1142 et 1184 du Code civil.

⁵⁷³ *Ibid*, p. 118. Ce constat renvoie à celui réalisé par I. NAJJAR, *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, Thèse, Paris, 1966, p. 145, pour lequel l'option entre deux actions « est l'aboutissement d'une série de choix ». Il serait alors beaucoup trop vaste, pour le Code civil, de répertorier l'ensemble des situations de fait dans lesquelles une disposition générale pourrait être amenée à cohabiter avec une règle spéciale.

⁵⁷⁴ *Ibid*, p. 119 et s.

⁵⁷⁵ Si l'on veut bien faire abstraction du fait que le mécanisme de la prise d'acte de rupture du contrat de travail, ainsi que son régime, sont intégralement jurisprudentiels, ce qui, selon nos développements précédents, fait obstacle à sa cohabitation avec l'article 1226 du Code civil en raison de leur altérité de nature. Pour de plus amples développements sur les relations entretenues par la prise d'acte de rupture du contrat de travail et la résolution unilatérales aux risques et périls du créancier, V. *infra*, n° 887 et s.

invoquer, devant le juge, plusieurs fondements soutenant la même action ; l'option fait alors place au cumul.

b. L'application cumulative des règles

114. Tandis que la mise en œuvre alternative des deux règles s'apparente finalement à l'hypothèse d'un conflit de normes laissé à la discrétion du justiciable qui, seul, décide d'écarter de son action l'une des règles applicables, leur mise en œuvre cumulative déborde de ce carcan. En effet, l'application cumulative de deux règles qui cohabitent sur le fondement de l'article 1105 du Code civil constitue l'unique hypothèse dans laquelle deux textes qui portent sur un objet au moins connexe peuvent être mis en œuvre conjointement. C'est d'ailleurs le sens que Mme F. Bussy-Dunaud donne au « cumul d'actions » ; selon elle, « deux actions se cumulent lorsqu'il est possible de les additionner, c'est-à-dire de les exercer conjointement afin de jouir simultanément des avantages que chacune d'elles est susceptible de procurer »⁵⁷⁶. Autrement formulé, l'application cumulative des règles renvoie à la faculté pour une personne de réclamer, devant le juge, les bénéfices de plusieurs actions⁵⁷⁷.

115. La situation de « cohabitation – cumul » présente donc la particularité de soumettre au juge deux fondements juridiques qui, en mettant en œuvre des moyens différents, tendent à un même résultat. Ainsi, lorsque l'une d'entre elles, la règle spéciale travailliste par exemple, ne possède qu'un champ d'application limité, la mobilisation de l'autre, la règle générale civiliste, peut offrir une couverture légale au champ jusqu'alors non couvert. À cet égard, l'exemple du contrôle de la validité des clauses, développé en détails ci-dessous⁵⁷⁸, semble pertinent ; le champ laissé vacant par l'article L. 1121-1 du Code du travail peut opportunément être comblé par l'application conjointe du nouvel article 1171 du Code civil, qui porte également sur le contrôle des clauses contractuelles, mais sous un prisme différent. L'application cumulative des règles leur permet donc de se compléter. La mobilisation, devant le juge social, d'un mécanisme de droit des contrats donne ainsi lieu, dans l'exemple précité, à l'extension de son contrôle.

⁵⁷⁶ F. BUSSY-DUNAUD, *Les concours d'actions en justice entre les mêmes parties, l'étendue de la faculté de choix du plaideur*, préc., p. 124.

⁵⁷⁷ *Ibid.*

⁵⁷⁸ V. *infra*, n° 122 et s.

116. Quoiqu'en réalité peu fréquente, la cohabitation des règles portées par le Code du travail et celles codifiées dans le Code civil par la réforme du droit des contrats doit être développée⁵⁷⁹.

§2. LA COHABITATION DES RÈGLES TRAVAILLISTES ET DE LA RÉFORME DU DROIT DES CONTRATS

117. La cohabitation juridique des règles particulières travaillistes et des règles générales issues de la réforme du droit des contrats peut s'envisager en plusieurs occurrences. Chaque hypothèse constitue le terreau potentiel, pour ladite réforme, de la production d'une influence en droit du travail, en trouvant application au sein des relations de travail. Une telle cohabitation peut s'imaginer au sujet de la soumission des règles spéciales (**A**), dans le cadre du contrôle de validité des clauses contractuelles (**B**), de la mise en œuvre du principe de bonne foi contractuelle (**C**), de la modification des prévisions contractuelles des parties, sur la base d'un motif économique (**D**) et de la durée du contrat (**E**).

A. LA SOUMISSION DES RÈGLES SPÉCIALES

118. Parce qu'elles ne peuvent guère s'opposer, sauf exception⁵⁸⁰, à l'irruption des règles générales dans leur domaine de compétence, il est dit que les règles spéciales y sont soumises. Cette soumission, énoncée expressément par le premier alinéa de l'article 1105 du Code civil⁵⁸¹, n'est pas étrangère à la législation travailliste, qui en contient un avatar en son article L. 1221-1 du Code du travail⁵⁸². De prime abord, la cohabitation des deux textes semble relever de l'évidence. Les trois conditions mises en exergue sont en effet toutes remplies : une identité de

⁵⁷⁹ Deux hypothèses de cohabitation ne seront toutefois pas immédiatement envisagées, puisqu'elles feront l'objet de développements ultérieurs. La première renvoie à celle des articles 1112-1 du Code civil et L. 2222-3-1 du Code du travail (V. *infra*, n° 361 et s.), la seconde à celle des articles 1195 du Code civil et L. 2261-7 et s. du Code du travail (V. *infra*, n° 846 et s. (chap. 7)).

⁵⁸⁰ Celui du conflit de normes. V. *infra*, 148 et s.

⁵⁸¹ Qui, pour rappel, énonce que « les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent sous-titre ».

⁵⁸² Qui, pour rappel, énonce que « le contrat de travail est soumis aux règles de droit commun [...] ». Pour P.-H. ANTONMATTEI, « Droit des contrats – droit du travail : les dangers du match retour », préc., la passerelle de l'article L. 1221-1 du Code du travail n'est toutefois plus nécessaire. La chambre sociale de la Cour de cassation continue toutefois de l'employer pour rappeler que « le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun » : V. not. Soc., 26 juin 2024, n° 23-15.498.

nature, le partage d'un objet commun⁵⁸³ et des directives compatibles l'une avec l'autre⁵⁸⁴. La transcription concrète de cette cohabitation peut toutefois susciter la perplexité. Il est pourtant possible d'y déceler un véritable intérêt.

119. La première version du Code du travail, promulguée en 1910, disposait déjà dans un article 19 que le contrat de travail était soumis aux règles de droit commun⁵⁸⁵. Reste qu'en cette époque, le texte se trouvait inséré dans un chapitre intitulé « dispositions générales » et avait, par conséquent, vocation à trouver application dans l'ensemble des phases du contrat de travail, de sa négociation à sa rupture. Toutes les règles qui régissaient le contrat de travail se trouvaient ainsi soumises aux règles générales. Cependant, en date du 1^{er} mars 2008, le texte – désormais numéroté « L. 1221-1 » – a été déplacé dans un chapitre relatif à la « formation du contrat ». Faut-il en déduire une perte de généralité de la soumission des règles spéciales, reléguée à la seule phase précontractuelle ? C'est, à tout le moins, ce à quoi mène une interprétation *a rubrica* de la règle⁵⁸⁶. Néanmoins, plusieurs arguments viennent réfuter cette solution. Les deux premiers sortent des sentiers purement juridiques pour se risquer sur ceux de la logique et de l'opportunité. Il a ainsi été écrit que la seule « re-planification » du Code du travail, opérée en 2008, ne devrait pas « produire un effet aussi important, au fond, sur l'articulation entre droit commun et droit du travail »⁵⁸⁷, ce que la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation a d'ailleurs confirmé⁵⁸⁸. Plus encore, le professeur S. Tournaux rappelle que, limité à la seule formation du contrat de travail, le rayonnement de l'article L. 1221-1 du Code du travail deviendrait quasi-nul⁵⁸⁹. La doctrine travailliste est aujourd'hui unanime – ou presque – pour considérer que le repositionnement de l'article L. 1221-1 dans le plan du Code du travail n'a

⁵⁸³ À savoir la soumission des règles spéciales aux règles générales. Il est tout de même à noter que l'objet de la règle particulière travailliste ne constitue qu'une fraction de celui de la règle générale civiliste, car là où le Code du travail évoque la soumission du « contrat de travail » au droit commun des contrats, le Code civil mentionne celle « des contrats ».

⁵⁸⁴ Ladite soumission est effectivement prévue par les deux textes.

⁵⁸⁵ V. not. Y. PAGNERRE, « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », préc.

⁵⁸⁶ S. TOURNAUX, « L'autonomie de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail », préc.

⁵⁸⁷ *Ibid.*

⁵⁸⁸ Soc., 27 janv. 2010, n° 08-44.376, D. 2010. 384, obs. L. PERRIN, qui énonce que « mais attendu que, sauf dispositions expresses contraires, la recodification [du Code du travail, opérée en 2008] est intervenue à droit constant [...] ». Or, aucune disposition expresse ne vient prévoir que le déplacement de l'article L. 1221-1 du Code du travail dans un chapitre consacré à la formation du Code du travail emporte la réduction de sa compétence à ce seul domaine.

⁵⁸⁹ S. TOURNAUX, *op. cit.*

pas pour effet de consacrer l'autonomie du contrat de travail et son éloignement des règles du droit commun des contrats au-delà de sa seule formation⁵⁹⁰

120. Le dernier argument est quant à lui fondé sur le nouvel article 1105 du Code civil ; en plus de clore le débat, définitivement semble-t-il, il en minore l'importance tout en conférant à un intérêt à la cohabitation dont il est ici question.

Clôt, le questionnement autour du champ d'application de l'article L. 1221-1 du Code du travail l'est si l'on veut bien l'interpréter à la lumière du nouvel article 1105, alinéa 1, du Code civil. Cantonner la soumission des règles spéciales à la seule formation du contrat de travail revient en effet à violer cette disposition, pour laquelle cette soumission doit être généralisée à l'ensemble des phases du contrat⁵⁹¹. Or, il y aurait quelque chose de paradoxal à violer la règle qui, justement, dispose que les règles spéciales sont soumises aux règles générales.

Minorée, l'importance du débat l'est pour les mêmes raisons. En effet, quand bien même la jurisprudence sociale venait à restreindre le champ de la soumission des règles travailistes à la seule période précontractuelle, cette soumission n'en demeurerait pas moins générale en application de l'article 1105 du Code civil, la jurisprudence spéciale n'étant pas en mesure de déroger à la législation générale⁵⁹².

Utile, enfin, la cohabitation des articles L. 1221-1 du Code du travail et 1105 du Code civil l'est aussi pour des raisons identiques ; elle empêche le rétrécissement du champ du texte travailiste et, si la jurisprudence sociale venait à passer outre, elle permet au justiciable de

⁵⁹⁰ Parmi une littérature particulièrement fournie, V. not. G. LOISEAU, « Le contrat de travail dans la réforme de droit des contrats », préc. ; « Droit civil et droit du travail : une relation instable », préc. ; « La tentation de l'autonomie », préc. ; Ch. GOLDIE-GENICON, « Droit commun des contrats et contrat de travail, 100 ans après », préc. ; Ch. RADÉ, « L'autonomie du droit du travail », préc., quand bien même l'auteur retient une vision distincte de la mention faite à l'article L. 1221-1 du Code du travail, en y voyant la volonté travailiste d'instrumentaliser l'application des règles générales en son sein ; *Droit du travail et responsabilité civile*, préc., p. 117 ; S. TOURNAUX, *ibid* ; P.-Y. VERKINDT, « Le contrat de travail. Modèle ou anti-modèle du droit civil des contrats », préc., p. 197 ; F. KHODRI-BENAMROUCHE, *Le Code civil dans les relations de travail*, préc., p. 1, p. 372 ; A.-L. MAZAUD, *Contrat de travail et droit commun. Essai de mesure*, préc., p. 26 ; L. BENTO DE CARVALHO, *L'apport du droit du travail à la théorie générale de l'acte juridique*, préc., p. 356 ; H. CAVAT, *Le droit des réorganisations. Étude de droit du travail*, Thèse, Paris 10, 2020, p. 252 et s. ; Pour une vision contraire, V. J. MOULY, « Des rapports entre la réticence dolosive et l'erreur inexcusable », préc.

⁵⁹¹ V. not. F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations*, préc., p. 151 et s.

⁵⁹² Ce dont nous aurons l'occasion de reparler : V. *infra*, n° 185 et s.

fonder son action en justice sur le fondement du texte général, opérant par-là le ré-élargissement de la soumission des règles spéciales. À ce sujet, rappelons que si le projet d'ordonnance du 25 février 2015 avait été promulgué tel quel, sans aucune disposition relative à l'articulation des règles spéciales et générales⁵⁹³, il aurait alors pu être envisageable d'évincer l'article L. 1221-1 du Code du travail des phases d'exécution et de rupture du contrat de travail, par un simple revirement de jurisprudence. L'article 1105 du Code civil, par son existence⁵⁹⁴ et sa cohabitation avec L. 1221-1 du Code du travail, constitue un rempart *a priori* infranchissable à l'autonomie des droits spéciaux, qui demeurent soumis aux règles générales. Il s'avère donc également être le garant de l'influence que produit et produira la réforme du droit des contrats en droit du travail.

121. Cet exemple de cohabitation est aussi celui qui présente le plus haut degré d'importance. Il en existe cependant d'autres, qui, en concernant un point précis du droit, possèdent une spécificité plus importante. Il en va ainsi du contrôle de la validité des clauses contractuelles, qui donne lieu, lui aussi, à une cohabitation des règles travaillistes et de ladite réforme.

B. LE CONTRÔLE DE VALIDITÉ DES CLAUSES

122. Dans sa tâche de contrôler la validité d'une clause insérée dans un contrat, le juge se voit octroyer plusieurs outils légaux, qu'ils soient travaillistes ou civilistes. Ainsi, par l'entremise de l'article L. 1121-1 du Code du travail, le juge du contrat de travail peut réaliser un double contrôle des clauses, axé autour de leur justification et de leur proportionnalité. Par exemple, une clause qui porte atteinte à un droit ou à une liberté d'un salarié doit être justifiée par la nature de la tâche à accomplir, mais aussi proportionnée au but recherché⁵⁹⁵. Par conséquent, ces clauses ne doivent pas porter une atteinte disproportionnée aux droits et libertés des travailleurs subordonnés⁵⁹⁶. Ces règles fondent, par exemple, la solution de principe selon

⁵⁹³ V. not. N. BLANC, « Contrats nommés et innomés, un article disparu ? », préc. ; N. BALAT, « Réforme du droit des contrats : et les conflits entre droit commun et droit spécial ? », préc. ; M. MEKKI, « Pour une ratification minimaliste de l'ordonnance du 10 février 2016 », préc. ; « L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », préc. ; N. RONTCHEVSKY, « Les objectifs de la réforme : accessibilité et attractivité du droit français des contrats », préc.

⁵⁹⁴ Quand bien même a-t-elle pu être qualifiée de « truisme » : N. DISSAUX, Ch. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du Code civil*, préc., p. 13.

⁵⁹⁵ V. not. G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, préc., p. 910 et s.

⁵⁹⁶ V. not. R. BERNARD-MENORET, V. FRAISSINIER-AMIOT, « Le contrôle de proportionnalité par le juge judiciaire en droit du travail », *LPA* 2009, n° 46, p. 102 ; G. LOISEAU, L. PÉCAULT-RIVOLIER, G.

laquelle la clause en vertu de laquelle un salarié s'engage à consacrer l'exclusivité de son activité à un employeur doit être considérée comme non valable, en ce qu'elle porte atteinte à la liberté du travail, sauf à être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché⁵⁹⁷. Ce même article L. 1121-1 du Code du travail contient également en son sein le bornage de la subordination du salarié⁵⁹⁸, car une subordination trop importante affecterait la dignité de la personne du travailleur, pourtant élevée au rang constitutionnel⁵⁹⁹. Le droit du travail apprécie donc la validité des clauses à travers un double contrôle de proportionnalité et de justification.

En parallèle, le droit commun des contrats s'est, lui aussi, doté de plusieurs textes qui ont pour objet le contrôle de la validité des clauses contractuelles. Il en va ainsi, tout d'abord, de l'article 1171 du Code civil, qui trouve néanmoins à s'appliquer dans le cadre restrictif du contrat d'adhésion. Il prévoit que la « clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite »⁶⁰⁰.

123. Parce qu'ils sont légaux, qu'ils possèdent tous deux un objet connexe⁶⁰¹ et qu'ils sont compatibles, il résulte de ce qui précède et de l'article 1105 du Code civil que les deux textes se trouvent dans l'obligation de cohabiter l'un avec l'autre. En l'espèce, cette cohabitation peut

PIGNARRE, « L'ordre public social a-t-il un avenir ? », *Dr. soc.* 2016. 886 ; Ph. WAQUET, « La vie personnelle du salarié », *Dr. soc.* 2004. 23 ; J.-M. BÉRAUD, « Les interactions entre le pouvoir unilatéral du chef d'entreprise et le contrat de travail », *Dr. ouvr.* 1997. 529 ; H. KOBINA GABA, « Le refus du salarié et ses vicissitudes : pour un droit commun et autonome du refus », *Dr. ouvr.* 2005. 242 ; P. ADAM, « Droits fondamentaux et droit du travail : derrière le brouillard », préc. ; I. MEYRAT, « Le droit du travail, terre d'élection pour les droits fondamentaux ? », préc. ; G. DUMORTIER, L. PÉCAULT-RIVOLIER, « Naissance des principes essentiels du droit du travail », *RDT* 2016. 79 ; E. DOCKÈS, « Notion de contrat de travail », préc. ; M. MEKKI, « Existe-t-il un *jus commune* applicable aux clauses du contrat de travail ? », *RDT* 2006. 292 ; « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », *D.* 2015. 816 ; A. MAZEAUD, « Proportionnalité en droit social », *LPA* 1998, n° 117, p. 64 ; A. JEAMMAUD, « Le contrat de travail, une puissance moyenne », in *Analyse juridique et valeurs en droit social : mélanges en l'honneur de Jean Pélissier*, Paris, Dalloz, 2004, p. 325 ; A.-L. MAZEAUD, *Contrat de travail et droit commun. Essai de mesure*, préc., p. 422, p. 435 et s. ; B. GÉNIAUT, *La proportionnalité dans les relations de travail*, Thèse, Lyon 2, 2007.

⁵⁹⁷ Soc., 11 juill. 2000, n° 98-40.143, n° 98-41.486, n° 98-43.240, n° 89-43.945, *Dr. soc.* 2000. 1141, obs. J. MOULY ; *Cah. soc.* 2000, p. 699, obs. F.-J. PANSIER ; *JSL* 2000, p. 11, note M. HAUTEFORT ; Soc., 27 mars 2002, n° 00-42.724 ; Soc., 2 avr. 2003, n° 01-41.494.

⁵⁹⁸ V. not. E. DOCKÈS, « La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail », *Dr. soc.* 1997. 140.

⁵⁹⁹ Cons. const., 27 juill. 1994, n° 94-343/344 DC, *D.* 1995. 205, chron. B. EDELMAN ; *D.* 1995. 237, note B. MATHIEU ; *D.* 1995. 299, obs. L. FAVOREU ; *RTD civ.* 1994. 831, obs. J. HAUSER ; *RFDA* 1994. 1019, note B. MATHIEU.

⁶⁰⁰ Pour de plus amples développements, V. *infra*, n° 433 et s.

⁶⁰¹ À savoir, le contrôle de validité des clauses contractuelles, au sens large.

se traduire, certes, par l'application alternative des textes, même si celle de l'article 1171 du Code civil en droit du travail se trouvera subordonnée par la qualification préalable du contrat de travail comme étant un contrat d'adhésion⁶⁰². Cependant, l'application cumulative des deux textes est également à concevoir. En effet, leur mobilisation simultanée n'aboutirait pas à un double emploi superfétatoire ; là où la disposition travailliste sanctionne la clause qui porte une atteinte illégitime aux droits et libertés d'un salarié, le texte civiliste restreint l'efficacité de celle qui déséquilibre un contrat d'adhésion de manière significative⁶⁰³. Elles peuvent donc, ensemble, être appliquées à une seule et même situation. Le professeur Y. Pagnerre l'illustre par l'exemple du contentieux de la clause de mobilité insérée dans un contrat de travail. La chambre sociale de la Cour de cassation considère qu'en tant que telle, la mobilité géographique « ne constitue pas une atteinte à la liberté fondamentale du salarié quant au libre choix de son domicile »⁶⁰⁴, quand bien même est-elle susceptible de s'étendre sur l'ensemble du territoire français⁶⁰⁵. Dès lors, si une telle clause ne peut tomber sous le coup de l'article L. 1121-1 du Code du travail, la cohabitation de principe des règles spéciales et générales doit emporter un nouveau contrôle de la clause de mobilité, à travers cette fois-ci le prisme de l'article 1171 du Code civil⁶⁰⁶. Ainsi, lorsque la zone géographique prévue par la clause de mobilité s'avère déraisonnable eu égard aux fonctions exercées par le salarié, ladite clause crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat de travail⁶⁰⁷ et doit alors être considérée comme non-écrite⁶⁰⁸.

124. Les deux textes, qui traitent, chacun à leur manière, du contrôle de validité des clauses, sont donc susceptibles de se compléter. Ce que le juge social ne pouvait pas faire en application de la règle spéciale, il le peut désormais grâce à la mobilisation de la règle générale. À cet égard, l'article 1171 du Code civil n'est pas la seule nouveauté qui, issue de la réforme du droit des

⁶⁰² Selon les critères posés par le nouvel article 1171 du Code civil. Pour de plus amples développements, V. *infra*, n° 433 et s.

⁶⁰³ V. not. Ch. GOLDIE-GENICON, « Droit commun des contrats et contrat de travail, 100 ans après », préc.

⁶⁰⁴ Soc., 28 mars 2006, n° 04-41.016, *RDT* 2006. 116, obs. O. LECLERC ; *D.* 2006. 2002, obs. J. PÉLISSIER, B. LARDY-PÉLISSIER, B. REYNÈS ; *JCP S* 2006. 1381, note P.-Y. VERKINDT ; *JCP* 2006. II. 10209, note J. MOULY.

⁶⁰⁵ Soc., 9 juill. 2014, n° 13-11.906, *Dr. soc.* 2014. 857, obs. J. MOULY ; *Dr. soc.* 2015. 206, chron. S. TOURNAUX ; *D.* 2015. 829, obs. P. LOKIEC, J. PORTA.

⁶⁰⁶ Dans l'hypothèse où le contrat de travail est susceptible d'être qualifié de contrat d'adhésion. V. *infra*, n° 391 et s.

⁶⁰⁷ En portant une atteinte disproportionnée à l'exigence d'un objet déterminé ou déterminable de la prestation de travail : Y. PAGNERRE, « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », préc.

⁶⁰⁸ *Ibid.* V. ég. L. BENTO DE CARVALHO, « L'incidence de la réforme du droit des contrats sur le régime du contrat de travail : renouvellement ou *statu quo* ? », préc.

contrats, pourrait servir le juge social dans son contrôle de validité des clauses contractuelles. En effet, cet article cantonne son propre champ d'application⁶⁰⁹ et le contrôle du déséquilibre significatif ne peut porter « ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation »⁶¹⁰. Ainsi, l'article 1171 du Code civil ne permet pas au juge d'apprécier la contrepartie accordée à celui qui s'engage⁶¹¹. En lieu et place, dans le contrôle de la contrepartie convenue des clauses d'un contrat de travail, mais aussi celles d'un accord ou d'une convention collective, le juge pourrait fonder sa décision sur le nouvel article 1169 du Code civil, lequel dispose qu'un « contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire ». Réminiscence du mécanisme de la cause et notamment de l'ancien article 1131 du Code civil⁶¹², l'article 1169 du Code civil en consacre l'une des principales applications⁶¹³, à savoir le « contrôle objet de l'utilité minimale du contrat »⁶¹⁴. Son cantonnement aux seuls contrats à titre onéreux, c'est-à-dire à ceux en vertu desquels chaque partie « reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure »⁶¹⁵, n'a pas pour effet d'en empêcher l'utilisation en droit du travail, car le contrat de travail, comme les accords et conventions collectives, sont des contrats à titre onéreux⁶¹⁶.

⁶⁰⁹ Pour de plus amples développements, V. *infra*, n° 444 et s.

⁶¹⁰ Article 1171, alinéa 2, du Code civil.

⁶¹¹ En cela, l'article 1171, alinéa 3, du Code civil s'inspire de l'article L. 212-1 du Code de la consommation, qui précise que « l'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert » : V. A. LECOURT, « L'impact de la réforme du droit des contrats sur le droit des sociétés : aspects théoriques et pratiques », préc. V. ég. X. LAGARDE, « Qu'est-ce qu'une clause abusive ? », *JCP* 2006. I. 110 ; F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations*, préc., p. 508 et s. ; S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, Thèse, Paris 2, 2004, spé., n° 431 ; S. TOURNAUX, « Le contrat de travail et les dérogations au droit commun des contrats », préc. ; M. FABRE-MAGNAN, « La réforme du droit des contrats : quelques contre-feux civilistes à la déréglementation du droit du travail », préc. ; D. MAZEAUD, « Quelques mots sur la réforme des contrats », préc. ; S. ROSALA, « Projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations : véritable révolution ou simple cartographie du livre III du Code civil ? », préc. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Observations sur le projet de réforme du droit des contrats et des obligations », préc., et O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, préc., p. 328 et s. précisent ainsi que « l'appréciation du déséquilibre significatif n'est pas économique, mais juridique ». Le contrôle de la contrepartie, irréalisable sur le fondement du nouvel article 1171 du Code civil, peut néanmoins s'effectuer sur celui des articles 1168 et s. du Code civil. V. *infra*, n° 802 et s.

⁶¹² Qui disposait que « l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet ». V. not. L. BENTO DE CARVALHO, « L'incidence de la réforme du droit des contrats sur le régime du contrat de travail : renouvellement ou *statu quo* ? », préc.

⁶¹³ R. BOFFA, « Juste cause (et injuste clause) ». Brèves remarques sur le projet de réforme du droit des contrats », préc.

⁶¹⁴ Th. GENICON, « Défense et illustration de la cause en droit des contrats », préc.

⁶¹⁵ Article 1107 du Code civil.

⁶¹⁶ Le contrat de travail est en effet celui selon lequel les deux parties – employeur et salarié – reçoivent de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elles procurent, à savoir la force de travail et le salaire. V. not. G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, préc., p. 284. Le même schéma se constate vis-à-vis

125. La nullité de la clause ou du contrat lorsque la contrepartie qui y est prévue est illusoire ou dérisoire n'est pas totalement étrangère au contentieux travailliste⁶¹⁷, car la chambre sociale de la Cour de cassation a consacré une solution identique – sans fondement textuel au demeurant – au sujet de la contrepartie financière de la clause de non-concurrence. Il a ainsi été affirmé qu'une « contrepartie financière dérisoire à la clause de non-concurrence contenue dans un contrat de travail équivaut à une absence de contrepartie »⁶¹⁸, ce qui « rend la clause nulle »⁶¹⁹. Il n'en demeure pas moins qu'au-delà du contentieux de la contrepartie financière d'une clause de non-concurrence, le nouvel article 1169 du Code civil, bien que limité aux hypothèses de contrepartie dérisoire ou illusoire⁶²⁰, pourrait avantageusement être utilisé en droit du travail, dans plusieurs situations. Il a ainsi été proposé d'en faire application à la contrepartie financière du temps de trajet inhabituel et du temps d'astreinte, imposée par le Code du travail⁶²¹, qui ne prévoit toutefois pas de montant minimal⁶²². Dès lors, sur le fondement de la réforme du droit des contrats et de son article 1169, la contrepartie au temps d'astreinte ou au temps de trajet inhabituel, qualifiée de dérisoire ou d'illusoire, pourrait

des conventions collectives. L'exemple le plus topique paraît être celui de l'accord de performance collective, par le biais duquel, par exemple, l'employeur s'engage à maintenir l'emploi dans l'entreprise en contrepartie d'une baisse de la rémunération, acceptée par les travailleurs subordonnés : V. not. G. AUZERO, « Brèves remarques sur les accords de performance collective », préc., p. 295.

⁶¹⁷ V. not. G. LOISEAU, « Le contrat de travail dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats », *JCP S* 2015. 1468 ; Ch. RADÉ, « L'impact de la réforme du droit des contrats en droit du travail », préc.

⁶¹⁸ Soc., 15 nov. 2006, n° 04-46.721, *Dr. soc.* 2007. 241, obs. J. MOULY ; *JCP S* 2007. 1057, note I. BEYNEIX ; *RDT* 2007. 95, obs. J. PÉLISSIER ; *JCP* 2007. II. 10039, note D. CORRIGNAN-CARSIN ; *CCC* 2007, n° 21, note M. MALAURIE-VIGNAL.

⁶¹⁹ Soc., 16 mai 2012, n° 11-10.760, *Dr. soc.* 2012. 784, note Ch. RADÉ ; *RDT* 2012. 488, obs. B. GÉNIAUT ; *D.* 2012. 2763, obs. S. ROBINNE ; *D.* 2013. 1026, obs. P. LOKIEC, J. PORTA ; *JCP S* 2012. 1329, note G. LOISEAU ; *RDC* 2013, p. 74, obs. Th. GENICON.

⁶²⁰ G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, préc., p. 379 définissent la contrepartie dérisoire comme celle qui est « particulièrement faible, [qui] confine à l'inexistence ». Selon eux, elle est illusoire lorsqu'elle n'est « ni réelle, ni sérieuse ». F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations*, préc., p. 454 et s. estiment que la contrepartie doit être considérée comme dérisoire « lorsque l'avantage promis est si faible qu'il peut être considéré comme inexistant ». Il serait alors nécessaire d'opérer une distinction, comme la jurisprudence le faisait en amont de la réforme du droit des contrats, entre un prix « dérisoire » et un prix « insuffisant », sans quoi la sanction serait prononcée sur le fondement de la lésion, ce qu'interdit l'article 1149 du Code civil. V. not. Civ., 1^{re}, 4 juill. 1995, n° 93-16.198, *D.* 1997. 206, note A.-M. LUCIANI ; *RTD civ.* 1995. 881, obs. J. MESTRE ; *RTD com.* 1996. 315, obs. B. BOULOC, qui rappelle que même si « la valeur réelle du bijou était supérieure au prix demandé, la vente n'était pas nulle pour absence de cause », car le prix de vente n'apparaissait pas comme dérisoire. La contrepartie illusoire, elle, est perçue comme celle qui est « inexistante », ce qui la rapproche de la « fausse cause » de l'ancien article 1131 du Code civil. L'article 1169 du Code civil fait donc sien du contrôle de la rationalité objective de l'acte, en vertu duquel chaque engagement doit avoir une justification, sous peine d'être frappé de nullité relative : O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, préc., p. 328 et s.

⁶²¹ Articles L. 3121-4 et s. V. not. Y. PAGNERRE, « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », préc. ; « Droit des contrats et accords collectifs, regards croisés », in J.-F. CESARO, A. MARTINON (dir.), *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, Paris, LexisNexis, 2019, p. 315 et s.

⁶²² *Ibid.*

désormais être frappée de nullité⁶²³. Le régime des contreparties financières imposées se trouverait alors uniformisé, sans qu'il faille tenir compte de l'objet de ladite contrepartie.

Au-delà, la sanction des contreparties dérisoires ou illusoires pourrait constituer un obstacle infranchissable à l'arrivée, en France, du contrat de travail dit « zéro heure ». Ce contrat de travail, courant au Royaume-Uni⁶²⁴, ne garantit au salarié aucun nombre minimum d'heures de travail rémunérées⁶²⁵. Ainsi, la contrepartie de ce contrat, pour le salarié, n'est pas la garantie de percevoir une rémunération, mais « le simple espoir que l'on fasse appel à lui »⁶²⁶. La contrepartie que s'engage à fournir l'employeur est donc *a minima* dérisoire et, en fonction des conditions d'exécution du contrat de travail, potentiellement illusoire. Par conséquent, la conclusion d'un tel contrat sur le territoire français devrait être nulle, en application de l'article 1169 du Code civil⁶²⁷. De surcroît, et en tout état de cause, puisque le choix de faire appel – ou non – au salarié ne dépend que de la propre volonté de l'employeur, l'obligation de ce dernier est potestative et donc nulle⁶²⁸.

126. Ainsi, le contrôle de la validité des clauses contractuelles sera l'un des théâtres de la cohabitation des règles travaillistes et générales, les secondes ayant vocation à venir compléter le contrôle effectué, en droit du travail, sur le fondement des premières. L'influence produite par la réforme du droit des contrats en droit du travail se conçoit là de manière claire, comme c'est également le cas au sujet de la bonne foi contractuelle.

C. LA BONNE FOI CONTRACTUELLE

127. En amont comme en aval de la réforme du droit des contrats, le Code du travail et le Code civil portent tous deux en leur sein au moins une disposition relative au principe de bonne foi. Ainsi, l'article L. 1222-1 du Code du travail dispose que « le contrat de travail est exécuté

⁶²³ *Ibid.* V. ég. M. FABRE-MAGNAN, « La réforme du droit des contrats : quelques contre-feux civilistes à la déréglementation du droit du travail », préc.

⁶²⁴ Pas moins de 1,8 millions de contrat à durée indéterminée « zéro heure » étaient dénombrés au Royaume-Uni en 2015. V. not. F. AUDIER, « Les prud'hommes et la précarisation du travail », *Les cahiers de la justice*, 2015. 189.

⁶²⁵ V. not. M. FREEDLAND, « Le contrat de travail et les paradoxes de la précarité », *RDT* 2016. 289.

⁶²⁶ M. FABRE-MAGNAN, « La réforme du droit des contrats : quelques contre-feux civilistes à la déréglementation du droit du travail », préc.

⁶²⁷ *Ibid.*

⁶²⁸ *Ibid.* V. ég. M. BONNECHÈRE, « Où va le droit du travail ? », préc.

de bonne foi », tandis que le nouvel article 1104 du Code civil, dont le caractère subsidiaire est obligatoire, prévoit que « les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi »⁶²⁹. Les deux textes, qui partagent indubitablement la même nature légale, un objet commun⁶³⁰ et qui, de toute évidence, sont compatibles et complémentaires, sont donc, sur le fondement de l'article 1105 du Code civil, amenés à cohabiter l'un avec l'autre. Il n'importe en effet pas que le degré de généralité de chaque disposition diffère⁶³¹.

Cela emporte deux conséquences. Tout d'abord, l'article L. 1222-1 du Code du travail doit faire l'objet d'une interprétation restrictive et limitée à son seul champ d'application, à savoir l'exécution du contrat de travail. Pour imposer la bonne foi dans la négociation et la formation dudit contrat, le juge social n'a pas la possibilité – sauf à faire une fausse application du Code du travail et de refuser de faire application du Code civil – d'étendre le champ d'application de la législation spéciale. En lieu et place, conformément à la subsidiarité inhérente au droit commun des contrats et à l'interprétation stricte des lois sociales qui en découle, le juge devra mobiliser l'article 1104 du Code civil⁶³². Ensuite, la règle travailliste et la règle civiliste peuvent être appliquées de manière cumulative ou alternative à un même aspect d'un litige de droit du travail. En réalité, l'application conjointe des deux textes paraît être naturelle, dans l'optique d'imposer la bonne foi aux parties du contrat de travail⁶³³ dans l'ensemble des phases d'existence de celui-ci. Il n'est d'ailleurs pas anodin de constater que l'unique arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation au visa de l'article L. 1222-1 du Code civil fasse également mention de l'ancien article 1134 du Code civil⁶³⁴ ; avant même la réforme du droit des contrats, la doctrine considérait largement que la bonne foi devait également trouver application au cours de la période précontractuelle⁶³⁵ et postcontractuelle⁶³⁶. L'article 1104 du Code civil entérine légalement « cette extension du domaine de la bonne

⁶²⁹ De surcroît, le nouvel article 1112 du Code civil rappelle que « l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi [...] ».

⁶³⁰ À savoir imposer le principe de la bonne foi dans les relations contractuelles.

⁶³¹ Puisque les trois critères du conflit de normes sont l'identité d'objet, de nature et l'antinomie des solutions. Pour de plus amples développements, V. *infra*, n° 148 et s.

⁶³² V. not. Y. PICOD, « Exécution de bonne foi des conventions », *JCI. Civil Code.*, 2013, spé., n° 6.

⁶³³ Ou de la négociation collective. V. not. Th. PASQUIER, « Les nouveaux visages de la loyauté dans la négociation collective », *RDT* 2018. 44 ; Y. PAGNERRE, « Les accord de performance collective », *préc.*

⁶³⁴ Soc., 7 févr. 2012, n° 10-18.686, *RDT* 2012. 282, note D. GARDES.

⁶³⁵ V. not. F. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, *Cours de droit civil. Contrats Théorie générale. Quasi-contrats*, Paris, PUF, 2014, spé., n° 169.

⁶³⁶ F. ANCEL, B. FAUVARQUE-COSSON, J. GEST, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2017, spé., n° 23 et s. ; F. CHÉNÉDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidations, innovations, perspectives*, Paris, Dalloz, 2016, spé., n° 21 et s.

foi »⁶³⁷, que l'on pouvait également apercevoir en jurisprudence⁶³⁸, mais aussi dans les travaux préparatoires du Code civil de 1804⁶³⁹. De ce fait, la chambre sociale de la Cour de cassation devrait continuer d'y faire référence chaque fois que cela s'avère nécessaire, permettant à la réforme du droit des contrats, par l'entrejeu de l'article 1104 du Code civil, d'influencer la résolution des litiges travaillistes. Ainsi, par exemple, la rupture abusive de pourparlers tendant à la conclusion d'un avenant au contrat de travail⁶⁴⁰, à l'initiative de l'employeur, devrait être sanctionnée par la mise en œuvre du droit commun des contrats⁶⁴¹, s'agissant de l'expression de d'une mauvaise foi au cours d'une période précontractuelle.

128. Il est donc des hypothèses dans lesquelles la cohabitation entre deux règles est imposée par l'article 1105 du Code civil et qu'il est aisément possible d'en apercevoir les effets concrets. Il en est d'autres où la cohabitation, réelle, risque de ne produire aucun impact pratique. La modification du contrat de travail pour motif économique en donne une illustration.

D. LA MODIFICATION DES PRÉVISIONS CONTRACTUELLES POUR MOTIF ÉCONOMIQUE

129. Depuis le 17 février 1804, le Code civil affirme – avant à l'article 1134, alinéa 2, aujourd'hui à l'article 1193 – le principe de l'intangibilité contractuelle, selon lequel, notamment, « les contrats ne peuvent être modifiés [...] que du consentement mutuel des

⁶³⁷ G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, préc., p. 103.

⁶³⁸ Au sujet de la bonne foi au cours des négociations précontractuelles, V. not. Com., 26 nov. 2003, n° 00-10.243, n° 00-10.949, préc. Au sujet de la bonne foi au cours de la phase de formation du contrat, V. not. Civ., 1^{re}, 21 janv. 1981, n° 79-15.443, préc. : « Mais attendu [...] que la banque avait manqué à son obligation de contracter de bonne foi ». V. ég. S. BROS, « Les standards dans la réforme du droit des contrats : entre tradition et innovation », in S. BROS (dir.), *Les innovations de la réforme du droit des contrats*, préc., p. 31.

⁶³⁹ P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, préc., p. 163, cité par O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, préc., p. 62, qui rappelle que le projet du 24 thermidor de l'an VIII prévoyait de codifier l'article 1134, alinéa 3, du Code civil de la manière suivante : « [Les conventions] doivent être contractées et exécutées de bonne foi ».

⁶⁴⁰ Sans se limiter au seul contrat de travail, sur ce sujet, V. not. J. MESTRE, « L'exigence de bonne foi dans la conclusion des contrats », *RTD civ.* 1989. 736.

⁶⁴¹ V. not. Com., 9 nov. 2010, n° 09-70.726, *D.* 2010. 2702, obs. A. LIENHARD ; *RTD civ.* 2011. 139, obs. P.-Y. GAUTHIER ; *Rev. sociétés* 2011. 219, note T. MASSART ; *Gaz. Pal.* 2010, p. 13, obs. B. DONDERO ; *BJT* 2011, p. 122, note P. LE CANNU ; Civ., 3^e, 28 juin 2006, n° 04-20.040, *D.* 2006. 2639, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *D.* 2006. 2963, note D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 2006. 754, obs. J. MESTRE, B. FAGES ; *RTD civ.* 2006. 770, obs. P. JOURDAIN ; *JCP* 2006. II. 10130, note O. DESHAYES ; *CCC* 2006. 223, note L. LEVENEUR ; *Gaz. Pal.* 5 oct. 2006, p. 3287, note Y. DAGORNE-LABBÉ ; *Defrénois* 2006. 1858, obs. R. LIBCHABER.

parties, ou pour les causes que la loi autorise »⁶⁴². À cela s'ajoute la règle, désormais codifiée à l'article 1103 du Code civil, qui dispose que « les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits »⁶⁴³. Ce principe de force obligatoire du contrat n'est cependant pas chassé gardée du seul droit des contrats ; le droit du travail, lui aussi, s'en est emparé.

130. La thématique de la modification du contrat est absolument centrale en droit du travail. Depuis la fin du siècle dernier, il est considéré avec constance par la jurisprudence sociale que la modification du socle contractuel d'un contrat de travail ne peut être imposée par l'une des deux parties⁶⁴⁴ ; conformément au Code civil, elle n'est valable que lorsqu'elle s'effectue de la volonté commune des contractants. Ainsi, les éléments du socle informatif sont laissés à la discrétion du pouvoir de direction de l'employeur, là où ceux du socle contractuel, plus cruciaux, ne peuvent être modifiés qu'avec l'accord préalable exprès du salarié⁶⁴⁵. À tout le moins, c'est cette règle qui trouve à s'appliquer lorsque la modification contractuelle est envisagée pour un motif inhérent à la personne du salarié. En effet, il en va autrement lorsque le motif de cette modification est économique. Si l'employeur est légalement tenu de proposer la modification du contrat de travail au salarié par écrit, le silence gardé par ce dernier pendant un délai d'un mois à compter de la réception de ladite proposition emporte son acceptation et la modification de son contrat de travail⁶⁴⁶.

⁶⁴² Article 1193 du Code civil.

⁶⁴³ Article 1103 du Code civil.

⁶⁴⁴ Soc., 8 oct. 1987, n° 84-40.902, n° 84-41.902, préc. V. ég. Ph. WAQUET, « Le renouveau du contrat de travail », *RJS* 1999. 383 ; Ch. RADÉ, « Les limites du « tout contractuel », *Dr. soc.* 2000. 838 ; « La figure du contrat dans le rapport de travail », préc. ; P. ANCEL, « L'articulation du contrat de travail et des accords collectifs au regard de la force obligatoire du contrat », *RDT* 2016. 240 ; E. LEMOINE, « Les principes civilistes dans le contrat de travail », *LPA* 2001, n° 119, p. 8 ; J.-J. DUPEYROUX, « Droit civil et droit du travail : l'impasse », préc. ; A. POUSSON, « Contrat individuel de travail et droit commun des contrats – influences croisées », in J. KRYNEN, M. HECQUARD-THÉRON (dir.), *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit*, Toulouse, Presses de l'université de Toulouse 1, 2005, p. 151. La chambre sociale de la Cour de cassation faisait alors la distinction entre la modification substantielle du contrat de travail, qui devait faire l'objet d'une acceptation par le salarié, et la modification non-substantielle dudit contrat, qui pouvait être imposée par l'employeur : V. not. Ph. WAQUET, « Le juge et l'entreprise », *Dr. soc.* 1996. 472 ; J.-M. BÉRAUD, « Les interactions entre le pouvoir unilatéral du chef d'entreprise et le contrat de travail », préc. Suite à Soc., 10 juill. 1996, n° 93-41.137, préc., ladite chambre est revenue sur cette terminologie, en considérant que la modification du contrat de travail ne pouvait être imposée unilatéralement, à l'inverse d'un changement des conditions de travail.

⁶⁴⁵ Soc., 8 oct. 1987, n° 84-40.902 ; n° 84-41.902, *ibid.* ; Soc., 10 juill. 1996, n° 93-41.137, *ibid.* V. not. S. BOISSARD, « Modification du contrat de travail et pouvoir de direction de l'employeur dans les entreprises à statut », *Dr. soc.* 2001. 948 ; G. COUTURIER, « Pot pourri autour des modifications du contrat de travail », *Dr. soc.* 1998. 878 ; A. MAZEAUD, « Modification du contrat, changement des conditions de travail et vie personnelle », *Dr. soc.* 2004. 77 ; D. BOULMIER, « Du refus d'un changement des conditions de travail à la faute grave », *JCP S* 2012. 1386 ; M. MORAND, « À propos de la modification du contrat de travail », *Dr. soc.* 1993. 148.

⁶⁴⁶ Article L. 1222-6 du Code du travail.

131. La législation travailliste organise donc la modification des prévisions contractuelles pour motif économique. Le Code civil également, car son article 1195, codifié par l'ordonnance du 10 février 2016, dispose que « si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. À défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe »⁶⁴⁷. Revenant sur la très ancienne jurisprudence « Canal de Craponne »⁶⁴⁸, l'article 1195 du Code civil « constitue [...] l'une des innovations importantes de l'ordonnance, puisqu'il introduit l'imprévision dans le droit des contrats français »⁶⁴⁹ et offre aux contractants la faculté de saisir le juge, conjointement ou non, dans l'optique de lui faire réviser un contrat dont l'exécution a été rendue excessivement onéreuse en raison d'un changement de circonstances qui ne pouvait être prévu au moment de sa conclusion.

132. Notre système juridique possède ainsi deux textes qui envisagent la modification d'un contrat pour des raisons économiques. En cela, ils partagent un objet connexe⁶⁵⁰ et loin d'être identique⁶⁵¹. Plus encore, les deux dispositions existent en même temps dans notre ordre juridique positif et sont toutes deux légales. Afin de déterminer si elles peuvent cohabiter l'une avec l'autre au sens de l'article 1105 du Code civil, il convient donc d'apprécier si les directives qu'elles imposent peuvent être conciliées – ou non. Il semble que ce soit effectivement le cas ;

⁶⁴⁷ Article 1195 du Code civil.

⁶⁴⁸ Civ., 6 mars 1876, préc.

⁶⁴⁹ Rapport remis au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131, préc.

⁶⁵⁰ La révision des prévisions contractuelles pour motif économique.

⁶⁵¹ L'objet de l'article 1195 du Code civil est indéniablement plus étendu que celui de l'article L. 1222-6 du Code du travail en ce qui concerne l'élément déclencheur de la révision des prévisions contractuelles. En effet, il fait mention de « tout événement imprévisible », là où la règle spéciale travailliste ne trouve application que si l'un des motifs de l'article L. 1233-3 du Code du travail, qui justifie le licenciement pour motif économique, est caractérisé : les difficultés économiques, les mutations technologiques, la cessation d'activité et la réorganisation tendant à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise. V. not. J. SORIN, « Modification du contrat de travail pour motif économique : l'inapplicabilité de l'article L. 1222-6 du Code du travail aux salariés protégés », *Dr. soc.* 2015. 217 ; B. BOSSU, « Modification du contrat de travail pour motif économique et délai de réflexion du salarié », *JCP S* 2007. 1184 ; G. DEDESSUS LE MOUSTIER, « Champ d'application de la procédure de modification du contrat de travail pour motif économique », *LEDEN* 2018, p. 7. À l'inverse, la règle spéciale entend plus largement que la règle générale la notion de « modification pour motif économique », en ce qu'elle ne la limite pas à l'exécution excessivement onéreuse d'un contrat.

rien ne ferait obstacle, par exemple, à ce qu'un employeur qui connaît des difficultés financières avérées propose à l'un de ses salariés une baisse de sa rémunération sur le fondement de l'article L. 1222-6 du Code du travail. En cas de refus, si l'employeur est susceptible de pouvoir procéder au licenciement⁶⁵², la rupture du contrat de travail ne lui est cependant pas imposée. Il pourrait, dès lors, conjointement avec le salarié dans un premier temps, unilatéralement dans un second, saisir le juge afin de solliciter la révision judiciaire du contrat de travail. De surcroît, il est également parfaitement envisageable qu'un employeur mobilise l'article 1195 du Code civil sans avoir, auparavant, proposé au salarié de modifier son contrat de travail pour un motif économique. En effet, la mise en œuvre de la théorie de l'imprévision en droit du travail n'est pas conditionnée à celle, préalable et infructueuse, d'un mécanisme travailliste. Le professeur Y. Pagnerre estime, par exemple, qu'un employeur, « débiteur de l'obligation de verser la rémunération, peut invoquer [l'imprévision], par exemple, en cas de catastrophe naturelle imprévisible mais n'ayant pas le caractère irrésistible de la force majeure »⁶⁵³.

Si l'opportunité et la pertinence de la mise en œuvre d'une telle procédure dans le cadre d'une relation de travail peuvent être discutées⁶⁵⁴, aucun argument juridique ne semble venir faire abstraction à l'application de l'article 1195 du Code civil en droit du travail. Aussi, la règle spéciale travailliste de l'article L. 1222-6 du Code du travail et la règle générale civiliste de l'article 1195 du Code civil doivent nécessairement cohabiter l'une avec l'autre.

133. Imposée par l'article 1105 du Code civil, cette cohabitation ne semble cependant constituer qu'un cas d'école qui ne connaîtra que peu de véritable traduction concrète dans le contentieux travailliste. La raison à cela n'est pas juridique, à proprement parler. Il s'avère ainsi que la procédure imposée par l'article 1195 du Code civil dans le but d'obtenir la révision judiciaire du contrat pour imprévision est particulièrement lourde⁶⁵⁵. Ce n'est en effet qu'après

⁶⁵² Soc., 14 mai 1997, n° 94-43.712, *Dr. soc.* 1997. 740, obs. F. FAVENNEC-HÉRY, G. COUTURIER, énonce que « la rupture résultant du refus par le salarié d'une modification du contrat de travail, imposée par l'employeur pour un motif non inhérent à sa personne, constitue un licenciement économique ». De surcroît, l'article L. 1233-3 du Code du travail prévoit en son premier alinéa 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 [...] ».

⁶⁵³ Y. PAGNERRE, « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », préc.

⁶⁵⁴ V. *infra*, n° 844.

⁶⁵⁵ V. not. S. TOURNAUX, « Le contrat de travail et les dérogations au droit commun des contrats », préc.

le refus ou l'échec des renégociations du contrat⁶⁵⁶, puis le refus de la saisine conjointe du juge, que l'employeur pourrait, unilatéralement, demander au juge de réviser le contrat de travail. Dès lors, il est probable que l'employeur mobilise d'autres outils placés à sa disposition⁶⁵⁷ en lieu et place de la théorie de l'imprévision. Il n'en demeure toutefois pas moins que, bien que cela ne reste que théorique, les règles spéciales et générales doivent cohabiter et, à ce titre, peuvent être amenées à se compléter l'une et l'autre. Cependant, l'influence que cette cohabitation produira en droit du travail doit être accueillie avec scepticisme.

E. LA DURÉE DU CONTRAT

134. La durée du contrat est une notion centrale de droit du travail, au point que le plan du Code du travail fasse expressément la distinction entre le contrat à durée indéterminée et un contrat à durée déterminée⁶⁵⁸. Si, en 1804, l'article 1780 du Code civil faisait déjà mention de la réglementation des contrats à durée indéterminée⁶⁵⁹, celle des contrats assortis d'un terme extinctif n'était régie par aucun texte. En palliant à cela, la réforme du droit des contrats ouvre la voie à la cohabitation des règles travaillistes et civilistes aussi bien au sujet des contrats sans terme (1) que des contrats à terme (2).

1. Le contrat à durée indéterminée

135. La section désormais consacrée à la durée du contrat dans le Code civil s'ouvre avec le nouvel article 1210 qui exprime la prohibition des engagements perpétuels et la faculté – qui en découle logiquement – pour chaque partie à un contrat à durée indéterminée de le rompre unilatéralement⁶⁶⁰. Dans des termes certes différents, le premier article du titre consacré par le Code du travail à la rupture du contrat de travail à durée indéterminée débute de manière

⁶⁵⁶ Il pourrait être possible de considérer que le refus de la modification du contrat de travail proposée sur le fondement de l'article L. 1222-6 du Code du travail par le salarié puisse caractériser son refus de renégocier le contrat de travail au sens de l'article 1195 du Code civil.

⁶⁵⁷ On peut songer à un accord de performance collective, le chômage technique, voire même du licenciement du salarié.

⁶⁵⁸ Le titre III du livre II du Code du travail évoque « la rupture du contrat de travail à durée indéterminé », tandis que le titre suivant concerne « le contrat de travail à durée déterminée ».

⁶⁵⁹ En faisant mention, par exemple, du fait que « le louage de service, fait sans détermination de durée, peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes » : article 1780, alinéa 2, du Code civil.

⁶⁶⁰ Ce qui n'est pas sans rappeler la substance de l'ancien article 1780 du Code civil. Ch. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil*, préc., p. 138 rappellent, à cet égard, que « la distinction des contrats à durée déterminée et des contrats à durée indéterminée [...] est fondamentale dans la mesure où elle conditionne le droit de résiliation unilatérale ».

identique : « le contrat de travail à durée indéterminée peut être rompu à l'initiative de l'employeur ou du salarié, ou d'un commun accord, dans les conditions prévues par les dispositions du présent titre [...] »⁶⁶¹. Sans le dire expressément, le Code du travail pose également l'interdiction des engagements perpétuels, en octroyant à chaque partie au contrat de travail le pouvoir d'y mettre fin n'importe quand, moyennant le respect de certaines conditions de fond et de forme⁶⁶².

136. Les deux articles, légaux, portent donc tous les deux sur un même objet et leurs directives sont en tous points conciliables, puisqu'elles sont similaires. En conséquence, la voie de la cohabitation leur est imposée par le nouvel article 1105 du Code civil. Néanmoins, qu'il s'agisse d'une application alternative ou cumulative des deux textes, la question de l'effet concret de cette cohabitation peut légitimement se poser. L'étude de l'activité jurisprudentielle de la chambre sociale de la Cour de cassation illustre d'ailleurs ce scepticisme ; aucun arrêt de la Haute Cour n'a jamais été rendu au visa de l'article 1210 du Code civil⁶⁶³. Il est à signaler que dans l'optique de faire respecter la faculté de chaque partie à un contrat de travail à durée indéterminée de rompre unilatéralement celui-ci, le recours au nouvel article 1210 du Code civil n'apporte rien à la législation travailliste actuelle ou au justiciable qui pourrait l'invoquer⁶⁶⁴ ; la mobilisation, seule, de l'article L. 1231-1 du Code du travail suffit⁶⁶⁵. La cohabitation juridique des deux textes est donc réelle, mais ne reçoit aucune transcription concrète. Son influence en droit du travail est alors nulle. Il se peut, d'ailleurs, que la cohabitation des règles travaillistes et civilistes sur le thème de la durée du contrat nous mène fréquemment à ce constat.

137. La cohabitation de l'article L. 1231-1 du Code du travail avec le Code civil peut-elle être appréciée à travers un second prisme, à savoir celui de l'article 1211 ? Ce dernier dispose que « lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin

⁶⁶¹ Article L. 1231-1 du Code du travail.

⁶⁶² Au rang des conditions de fond, nous pensons évidemment à la démonstration d'une cause réelle et sérieuse de licenciement ou le respect d'une durée de préavis. Au rang des conditions de forme, la procédure de licenciement paraît être l'illustration la plus pertinente.

⁶⁶³ L'on peut estimer que cela puisse être expliqué par la durée des procédures judiciaires et que la Cour de cassation n'a pas encore eu l'occasion de traiter de demandes fondées sur le nouvel article 1210 du Code civil. Toutefois, on remarque qu'en amont de la réforme du droit des contrats, depuis 1804, un seul arrêt a été rendu au visa de l'article 1780 du Code civil : Soc., 3 oct. 2007, n° 06-42.320, *RDLA* 2008/23, p. 76, obs. Ph. GRIGNON.

⁶⁶⁴ À l'instar des exemples que nous donnons ci-dessus, au sujet de la cohabitation des articles L. 1221-1 du Code du travail et 1171 du Code civil. V. *supra*, n° 119 et s.

⁶⁶⁵ On retrouve 12 arrêts rendus par la chambre sociale de la Cour de cassation au visa de l'article L. 1231-1 du Code du travail, ce qui tend également à signifier que le contentieux autour de la faculté des parties à rompre unilatéralement un contrat à durée indéterminée n'est pas fourni.

à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable ». Si la première partie du texte ne constitue qu'un rappel de l'article 1210⁶⁶⁶, la seconde apporte une précision, en conditionnant la faculté de rupture du contrat au respect d'un délai de préavis. En cela, il donne corps aux « conditions prévues par les dispositions du présent titre » de l'article L. 1231-1 du Code du travail. Effectivement, l'article L. 1234-1 dudit code énonce en substance, en ce qui concerne le licenciement uniquement, que le salarié a droit, sauf exception, à un préavis⁶⁶⁷. L'objet du nouvel article 1211 du Code civil reprendrait ainsi partiellement celui de l'article L. 1231-1 du Code du travail. Or, si un conflit de normes est susceptible d'être caractérisé lorsque l'objet de l'une des normes constitue une fraction de l'objet de l'autre⁶⁶⁸, il y a lieu de considérer que cela suffirait également à faire cohabiter les deux règles⁶⁶⁹.

138. Une question majeure découle de ce constat. En effet, le droit du travail impose le respect d'un délai de préavis en cas de rupture d'un contrat de travail à durée indéterminée⁶⁷⁰. Néanmoins, là où le respect de ce délai constitue une condition immuable de cette rupture pour l'article 1211 du Code civil⁶⁷¹, le Code du travail s'avère plus nuancé ; il existe plusieurs situations dans lesquelles la rupture d'un contrat de travail à durée indéterminée peut valablement s'effectuer sans délai de préavis⁶⁷². Dès lors, la mobilisation du nouvel article 1211 du Code civil dans le contexte travailliste peut-elle avoir pour effet d'imposer le respect d'un délai de préavis dans les situations où le Code du travail ne le prescrit pas ? Concrètement, la

⁶⁶⁶ Par conséquent, elle partage un objet commun avec l'article L. 1231-1 du Code du travail.

⁶⁶⁷ L'article L. 1234-1 du Code du travail dispose notamment que « lorsque le licenciement n'est pas motivé par une faute grave, le salarié a droit [...] 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 ».

⁶⁶⁸ Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préc., p. 495. V. *infra*, n° 158 et s.

⁶⁶⁹ Comme il s'agit d'ailleurs du cas des articles L. 1222-1 du Code du travail et 1104 du Code civil ; le texte travailliste, qui n'impose la bonne foi qu'au cours de l'exécution du contrat de travail, régit une fraction de l'objet du texte civiliste, qui l'impose également au cours de la négociation et de la formation du contrat. V. *supra*, n° 127 et s.

⁶⁷⁰ Article L. 1234-1 du Code du travail.

⁶⁷¹ L'article ne fait état d'aucune situation dans laquelle la rupture d'un contrat à durée indéterminée pourrait être valable sans délai de préavis.

⁶⁷² Le licenciement pour faute grave ou lourde (article L. 1234-1, alinéa 1, du Code du travail), le licenciement d'un salarié dont la période d'essai était achevée et qui avait moins de six mois d'ancienneté dans l'entreprise, sauf si un accord ou une convention collective en dispose autrement (article L. 1234-1, 1°, du Code du travail), la prise d'acte de rupture du contrat de travail (qui rompt immédiatement le contrat de travail : Soc., 19 janv. 2005, n° 03-45.018, *Dr. soc.* 2005. 473, obs. F. FAVENNEC-HERY ; *D.* 2005. 386, obs. P. GUIOMARD ; *D.* 2005. 2499, obs. B. LARDY-PÉLISSIER, J. PÉLISSIER ; *SSL* 2005, n° 1119, obs. J.-Y. FROUIN), tandis que « l'existence du délai de préavis », en cas de démission, est fixée par « convention ou accord collectif de travail », selon l'article L. 1237-1 du Code du travail.

cohabitation susmentionnée des règles est-elle susceptible d'imposer à l'employeur qui procède au licenciement d'un salarié qui possède moins de six mois d'ancienneté de respecter un délai de préavis ? La réponse doit être négative. En effet, comme la place de ce développement dans notre plan en témoigne, le Code du travail n'est pas silencieux au sujet du délai de préavis dans la situation particulière du licenciement d'un salarié présent depuis moins de six mois dans l'entreprise ; il dispose que dans le silence des accords ou conventions collectives, aucun préavis n'est à respecter⁶⁷³. Il est nécessaire de distinguer la lacune juridique de la règle négative ; la première est caractérisée par le silence d'une législation⁶⁷⁴, alors que la seconde résulte d'une disposition insérée dans ladite législation. Partant, la cohabitation des règles, au sens de l'article 1105 du Code civil, ne peut aboutir au contournement des dispositions de la règle travailliste par la règle civiliste car, dans son propre champ d'application⁶⁷⁵, la règle spéciale doit recevoir une parfaite et entière application⁶⁷⁶.

139. De ce qui précède résulte la constatation selon laquelle, à nouveau, la cohabitation des articles L. 1231-1 du Code du travail et 1211 du Code civil ne devrait pas influencer le droit du travail, car les dispositions du second se contentent de faire doublon avec celles du premier. L'on peut désormais se demander si les cohabitations caractérisées entre les textes travaillistes et civilistes au sujet des contrats à durée déterminée aboutiront – ou non – à un résultat identique.

2. *Le contrat à durée déterminée*

140. Une telle situation de cohabitation peut également émerger du thème du contrat à durée déterminée. Il est toutefois impératif d'éviter un raccourci trompeur ; le fait que le Code du travail et le Code civil régissent un même domaine n'emporte pas la cohabitation automatique des règles qui s'y rapportent. Les conflits de normes que nous présenterons ci-dessous le démontreront⁶⁷⁷. La cohabitation demeure tout de même l'une des alternatives et une hypothèse peut ici être analysée ; celle des articles L. 1243-13 du Code du travail et 1213 du Code civil.

⁶⁷³ Article L. 1234-1 du Code du travail.

⁶⁷⁴ V. *supra*, n° 43.

⁶⁷⁵ À savoir, en l'espèce, le respect ou non d'un délai de préavis en cas de licenciement.

⁶⁷⁶ Il existe le risque de la cassation de la décision pour violation de la règle travailliste.

⁶⁷⁷ V. *infra*, n° 148 et s.

141. Le contrat à durée déterminée étant, par nature, un contrat temporaire dont la date d'extinction est prévue en son sein, le Code du travail a prévu la faculté, pour les parties, de procéder à son renouvellement⁶⁷⁸. Par le terme « renouvellement », le Code du travail évoque l'action de repousser le terme extinctif du contrat à une date ultérieure ; le même contrat continue donc d'être exécuté, pour une durée plus longue que celle qui était initialement prévue. L'ordonnance du 10 février 2016 a fait entrer dans le Code civil une réglementation identique, que rappelle l'article 1213, en vertu duquel : « le contrat peut être prorogé si les contractants en manifestent la volonté avant son expiration [...] ». Le premier constat est celui d'une asymétrie des termes employés ; le renouvellement dans la législation travailliste, la prorogation dans la législation civiliste. Ce n'est pas pour autant que le Code civil ignore la notion de « renouvellement du contrat à durée déterminée », puisqu'il y fait expressément mention au sein de l'article 1214⁶⁷⁹. Toutefois, nous aurons l'occasion d'y revenir⁶⁸⁰, le dépassement du sens littéral du texte s'impose ici ; à l'étude, il apparaît que le terme travailliste « renouvellement » se différencie bien plus de son jumeau civiliste que de la notion de « prorogation », avec laquelle il est en réalité identique. Il est donc possible de réunir les deux termes sous une même appellation, utilisée par le professeur A. Bénabent, à savoir « la prolongation d'un contrat à durée déterminée »⁶⁸¹. Ainsi, la prorogation de l'article 1213 du Code civil doit s'entendre, elle aussi, du report dans le temps du terme extinctif d'un contrat à durée déterminée.

142. Les deux textes légaux abordent donc un objet identique de manière similaire, à savoir l'autorisation du renouvellement d'un contrat à durée déterminée. Il résulte de ce triple constat⁶⁸² que ces règles sont contraintes à la cohabitation. Cependant, la mobilisation de l'article 1213 du Code civil au sein des relations de travail ne devrait rester qu'une hypothèse d'école. À l'instar de nos développements relatifs au contrat à durée indéterminée, cette disposition, parce qu'elle a un objet exactement identique avec l'article L. 1243-13 du Code du travail, n'est promise à aucun avenir en droit du travail, car elle ne constituerait qu'un double-

⁶⁷⁸ Articles L. 1243-13 et L. 1243-13-1 du Code du travail. V. not. . G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, préc., p. 356 et s.

⁶⁷⁹ Qui dispose « le contrat à durée déterminée peut être renouvelé par l'effet de la loi ou par l'accord des parties. Le renouvellement donne naissance à un nouveau contrat dont le contenu est identique au précédent mais dont la durée est indéterminée ».

⁶⁸⁰ V. *infra*, n° 245 et s.

⁶⁸¹ A. BÉNABENT, « La prolongation du contrat », *RDC* 2004, p. 117.

⁶⁸² À savoir : les deux textes sont légaux, abordent un objet identique, de manière similaire.

emploi inutile. Elle ne contribue donc pas concrètement à l'influence que produit la réforme du droit des contrats en droit du travail.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

143. Dans un article consacré à l'influence de la réforme du droit des contrats sur les droits spéciaux, le professeur C.-E. Bucher demandait : « jusqu'où ira l'influence du droit commun sur le droit du travail ? »⁶⁸³. La réponse à cette interrogation dépend d'abord – et surtout – du rayonnement qu'aura l'article 1105 du Code civil. Le texte constitue désormais le rouage unique de l'articulation des règles travaillistes et civilistes et de la soumission des premières aux secondes, qui se traduit de deux manières distinctes.

144. Il pousse d'abord le juge social, comme le faisait d'ailleurs l'article 1107 du Code civil avant la réforme, à mobiliser le droit commun des contrats dans les situations – courantes – où la législation travailliste est silencieuse. C'est là la stricte mise en œuvre de la fonction subsidiaire obligatoire des règles générales, que la réforme renforce en rappelant qu'en l'absence de règles spéciales, les règles générales s'appliquent à l'ensemble des contrats de droit privé⁶⁸⁴. Nombreux sont ainsi les mécanismes tirés de la réforme du droit des contrats qui peuvent s'exporter dans les frontières des relations de travail dans l'optique d'y combler les lacunes du Code du travail⁶⁸⁵. Plusieurs dizaines d'articles codifiés par la réforme du droit des contrats pourraient ainsi être mobilisés en droit du travail.

145. Il impose ensuite la cohabitation des règles travaillistes et générales. L'existence concomitante de règles spéciales travaillistes ne constitue pas un obstacle à la mobilisation des règles civilistes en droit du travail. Loin de s'exclure mutuellement, les règles spéciales et générales ont vocation à s'appliquer de concert, alternativement ou cumulativement. L'exemple le plus éloquent, à cet égard, semble être celui des articles L. 1121-1 du Code du travail et 1171 du Code civil. Toutefois, comme c'est le cas au sujet de la durée du contrat, il est également récurrent qu'aucun effet concret ne ressorte de cette cohabitation, car les règles s'additionnent plus qu'elles ne se cumulent.

146. Ces deux principes contribuent à l'érection de l'influence minimale contrainte exercée par la réforme du droit des contrats en droit du travail. Celle-ci, pour rappel, est constitué aussi

⁶⁸³ C.-E. BUCHER, « L'influence de la réforme du droit des contrats sur le droit spécial antérieur », préc.

⁶⁸⁴ Article 1105, alinéas 1 et 3, du Code civil.

⁶⁸⁵ V. *supra*, n° 59 et s.

bien d'un « pôle positif » – les principes de comblement des lacunes et de cohabitation des règles spéciales et générales – que d'un pôle négatif – le principe de conflit de normes. Chacun de ces deux pôles attire ladite influence en un sens contraire et, dans l'optique de déterminer leur juste milieu, il est nécessaire de qualifier leur force d'attraction respective.

À cet égard, les développements qui précèdent nous permettent d'apprécier – certes de manière partielle, pour l'heure⁶⁸⁶ – l'intensité du pôle positif de l'influence minimale contrainte en droit du travail. Nous arrivons ainsi à la conclusion selon laquelle, indubitablement, le comblement des lacunes du Code du travail par le recours au nouveau droit des contrats produit une influence en droit du travail. Elle ne paraît cependant être qu'accessoire. En effet, si la législation travailliste connaît de nombreuses lacunes, celles-ci ne concernent bien souvent que des pans très spécifiques de la matière. Or, dans ces hypothèses, la lacune traduit le fait que le législateur travailliste n'a pas souhaité légiférer sur certains aspects – insuffisamment généraux – des relations individuelles et collectives du travail. Aussi, dans l'optique de combler les vides laissés par la législation travailliste, la mobilisation du droit des contrats issu de la réforme ne devrait être que parcellaire. Si une soixantaine de nouvelles dispositions civilistes sont, théoriquement, susceptibles d'être appliquées dans les frontières du droit du travail, seules une poignée d'entre elles servira à combler les lacunes de la matière.

Sur ce seul fondement, le constat est donc que l'intensité de l'influence minimale contrainte est faible. Cela exprime le fait, très concret, que cette première facette du principe de comblement des lacunes ne devrait influencer le droit du travail qu'à la marge.

147. Néanmoins, comme nous venons de le mentionner, ce constat n'est que partiel, et l'influence minimale contrainte doit conjuguer avec son troisième acteur, qui constitue l'unique exception à la soumission des règles travaillistes aux règles générales : le principe de conflit de normes.

⁶⁸⁶ L'influence minimale contrainte est composée de trois éléments et chacun d'entre eux y contribue de manière individuelle, sans être totalement autonome. Aussi, pour qualifier son intensité exacte, il convient, en plus de s'intéresser au principe de comblement des lacunes, d'apprécier l'influence produite, en droit du travail, par les principes de cohabitation des règles spéciales et générales et de conflit de normes. De plus, le principe de comblement des lacunes est susceptible de produire un second effet, qui viendra faire varier son intensité : V. *infra*, n° 250 et s.

Chapitre 2 : LA LIMITE DU CONFLIT DE NORMES

148. L'existence de règles spéciales, si elle entraîne en principe une cohabitation harmonieuse avec le droit commun des contrats, peut également aboutir à des situations conflictuelles. Celles-ci prennent les traits d'un conflit de normes, une hypothèse où une norme spéciale travailliste et une norme générale civiliste peuvent toutes deux être appliquées à un même litige, mais où il est inenvisageable de les appliquer alternativement ou cumulativement. Dans ce cadre, inéluctablement, l'une des deux règles trouvera application, tandis que l'autre sera évincée, écartée de la résolution du litige par le juge.

149. Dans l'optique de parvenir à déterminer si la promulgation de la réforme du droit des contrats a fait émerger de nouveaux conflits de normes vis-à-vis de la législation travailliste (**section 2**), l'étude de la notion de « conflit de normes » constitue un point de départ inévitable (**section 1**).

Section 1. LA NOTION DE CONFLIT DE NORMES

150. Dans la mesure où il se situe au cœur de l'articulation entre deux branches de droit, le conflit de normes doit faire l'objet d'une analyse complète. En effet, l'ajout de l'adage *specialia generalibus derogant* au sein du dernier alinéa du nouvel article 1105 du Code civil, qui autorise la dérogation des règles spéciales aux règles générales en cas de conflit entre elles, impose, avant toute chose, la parfaite compréhension de la notion de conflit, qui fera office de base à l'ensemble de nos développements futurs.

Ladite analyse peut se scinder naturellement en deux étapes complémentaires. Si la réforme du droit des contrats n'a apporté aucune véritable nouveauté dans la caractérisation d'un conflit de normes (§1), elle a rompu avec le droit antérieur dans la manière de le résoudre (§2).

§1. LA CARACTÉRISATION DU CONFLIT DE NORMES

151. Pour prétendre à entrer en conflit, deux normes doivent se faire concurrence, se retrouver « sur un même terrain »⁶⁸⁷. Par suite, lorsque chacune des règles a été cantonnée, que ce soit par le législateur ou le juge, dans un carcan étanche qui lui est propre, l'hypothèse même d'un conflit de normes est à écarter, car les règles possèdent alors un champ d'application qui leur est spécifique et qui rend inenvisageable tout recoupement ou débordement⁶⁸⁸. En somme, dans une telle situation, il n'existe aucune antinomie entre les deux normes. L'antinomie constitue ainsi la condition première du conflit de normes juridiques (A). Pour certains, il s'agit de l'unique condition. D'autres font cependant de l'identité de nature une seconde condition de ce conflit⁶⁸⁹ (B). En plus de servir à la caractérisation d'un conflit de normes, ces deux critères participent également à l'élaboration de la théorie du déclenchement du principe de cohabitation des règles (C).

A. L'ANTINOMIE DES NORMES EN CONFLIT

152. Bien que connue depuis l'Antiquité⁶⁹⁰, la notion d'antinomie demeure aujourd'hui sujette aux débats des juristes. Chaque auteur qui s'y est un jour intéressé semble avoir une définition personnelle du terme. Étymologiquement, l'antinomie nous vient du grec ancien

⁶⁸⁷ « Pour pouvoir combattre, il faut se trouver sur un même terrain. Il doit donc s'agir de normes appartenant à un même système juridique, applicables à des personnes soumises à une même autorité souveraine, qu'elle soit nationale ou internationale » : G. BOLAND, « Quelques propos sur les antinomies et pseudo-antinomies en particulier en droit administratif », in Ch. PERELMAN (dir.), *Les antinomies en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1965, p. 198.

⁶⁸⁸ V. not. les développements apportés par Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préc., p. 427 et s. L'auteur met d'ailleurs en lumière l'aspect artificiel d'un tel cantonnement, car celui-ci ne concerne bien souvent que deux branches de la problématique et peine à « fournir un principe général de solution gouvernant l'articulation du droit commun et du droit spécial ».

⁶⁸⁹ V. not. W. MALGAUD, « Les antinomies en droit. À propos de l'étude de G. GAVAZZI », in Ch. PERELMAN (dir.), *Les antinomies en droit*, préc., p. 14, pour lequel il n'y a d'antinomie que dans les cas où la loi fait défaut, si aucune règle ne peut s'appliquer. Cela sous-entend ainsi que deux textes de natures distinctes ne peuvent donner naissance à une antinomie, car il existerait alors une règle pour résoudre la contradiction née de l'incompatibilité des solutions entre elles : l'application de la règle hiérarchiquement supérieure. V. *infra*, n° 213 et s.

⁶⁹⁰ Quintilien puis Hermogène, philosophes dont les travaux ont principalement été consacrés à l'art rhétorique, donnent un exemple de ce qui constituait, selon eux, une antinomie juridique : un navire fait naufrage et l'ensemble de ses passagers décèdent, à l'exception de l'un d'entre eux. Celui-ci s'avère être le fils déshérité de l'un des défunts, le capitaine du navire. Que se passerait-il si la loi disposait que si une seule personne se sauvait d'un naufrage, le navire lui appartenait ? Deux dispositions entreraient ici en conflit : celle qui fait du survivant le propriétaire du navire et celle qui empêche l'enfant déshérité d'entrer en possession des biens de son père. À ce sujet, V. P. FORIERS, « Les antinomies en droit », in Ch. PERELMAN (dir.), *Les antinomies en droit*, préc., p. 22.

« ἀντινομία », qui renvoie à la « contradiction dans les lois »⁶⁹¹. Ce sens est celui que l'on donne encore au terme dans le langage français courant⁶⁹². Le sens juridique courant du mot diffère quelque peu. Parmi la multitude de définitions, et dans l'optique d'en réaliser une synthèse, il semble possible de voir émerger deux catégories distinctes d'antinomies : « celles des règles et celles de leurs fondements »⁶⁹³. Une auteure opère une autre classification, en qualifiant les contradictions entre le contenu des règles de « conception restrictive de l'antinomie »⁶⁹⁴, avant de voir dans l'opposition des orientations de deux règles applicables à une même situation la source d'une « conception extensive » de la notion⁶⁹⁵.

153. Les travaux menés autour de la conception dite « extensive » de l'antinomie tendent à démontrer que celle-ci, plus qu'à trancher un conflit de normes en faisant prévaloir l'une d'entre elles aux dépens de l'autre, revient à apprécier dans quelles mesures les règles en conflit vont mutuellement se cantonner⁶⁹⁶. L'objectif est donc moins d'évincer une norme au profit d'une

⁶⁹¹ *Ibid*, p. 20.

⁶⁹² É. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, éd., Cap Monte-Carlo, 1968 : V. « Antinomie », évoque une « contradiction réelle ou apparente entre deux lois ».

⁶⁹³ Ph. MALAURIE, « Les antinomies des règles et de leurs fondements », in *Le droit privé à la fin du XX^e siècle, Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 25.

⁶⁹⁴ Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préc., p. 493. Parmi les tenants de cette conception restrictive, au-delà de l'auteure elle-même, nous pouvons citer G. GAVAZZI, *Delle Antinomie*, Torino, Giapichelli, 1959, cité par W. MALGAUD, « Les antinomies en droit. À propos de l'étude de G. GAVAZZI », préc., p. 8, pour lequel l'antinomie est « le cas où un texte permet ou même ordonne une conduite qu'un autre texte interdit ». W. MALGAUD, *op. cit.*, donne d'ailleurs de la notion une définition tout à fait semblable, bien que plus vaste encore : « conflit de deux textes ». Dans le même esprit, P. FORIERS, « Les antinomies en droit », préc., p. 21, rejoint par L. SILANCE, « Quelques exemples d'antinomies et essai de classement », in Ch. PERELMAN (dir.), *Les antinomies en droit*, préc., p. 63 retient une conception similaire de l'antinomie, à ceci près que, selon lui, le terme de « loi » doit être retenu dans un sens large, en tant que synonyme de « règle de droit ». Dans ce cadre, une antinomie est susceptible d'être caractérisée entre deux règles de nature distincte. L'auteur explique cela en rappelant que « le pouvoir législatif n'a pas, tant s'en faut, le monopole de créer du droit. La loi, est-il besoin de le rappeler, est insuffisante pour satisfaire à toutes les exigences des rapports sociaux qui mérites reconnaissance juridique ». Au-delà, L. MORGENTHAU, « Les antinomies en droit social », in Ch. PERELMAN (dir.), *Les antinomies en droit*, préc., p. 39 définit l'antinomie comme « la contradiction entre deux lois ou principes dans leur application pratique, soit à un seul cas, soit à une catégorie de cas particuliers ». Ch. PERELMAN, « Les antinomies en droit. Essai de synthèse », in Ch. PERELMAN (dir.), *Les antinomies en droit*, préc., p. 392 donne une définition synthétique de ce qui précède : « les antinomies [...] ne consistent pas dans la constatation d'une contradiction, résultat de l'affirmation simultanée de la vérité d'une proposition et de sa négation, mais dans l'existence d'une incompatibilité entre les directives relatives à un même objet ». L'auteur cite en guise d'exemple un arrêt rendu par la Cour de cassation belge, au sein duquel cette dernière a refusé de prononcer le divorce entre des époux respectivement belge et italien, car ce prononcé ne résulterait que de l'application de la loi belge et non pas la loi italienne : « attendu, en effet, que le lien matrimonial ne peut à la fois être rompu à l'égard de l'un des époux et subsister à l'égard de l'autre » : C. cass. belge, 16 mai 1952, *Journ. Des Trib.* 1953. 58.

⁶⁹⁵ Ch. HUBERLANT, « Antinomies et recours aux principes généraux », in Ch. PERELMAN (dir.), *Les antinomies en droit*, préc., p. 208, donne une illustration de cette conception extensive de l'antinomie, puisqu'il la caractérise non seulement lorsqu'il y a « contradiction entre deux règles applicables à un même cas », ce qui tend à rejoindre les positions présentées ci-dessus, mais aussi en cas « d'opposition des orientations de deux règles applicables à un même cas ».

⁶⁹⁶ *Ibid*, p. 208. V. ég. Ch. GOLDIE-GENICON, *op. cit.*, p. 493.

autre que de parvenir à les concilier toutes les deux. Cette conception de l'antinomie ne peut donc pertinemment constituer un critère tendant à la caractérisation d'un conflit de normes.

À l'inverse, la conception dite « stricte » de la notion conduit à opposer deux règles, applicables à une même situation, mais dont les dispositions sont manifestement incompatibles. Il ne s'agit dès lors plus de tenter de les concilier, mais de constater qu'en raison de cette incompatibilité, les deux règles ne peuvent pas coexister, voire s'appliquer de concert à un même cas d'espèce. De là, l'antinomie, entendue en ce sens, constitue le préalable impératif à la caractérisation d'un conflit de normes.

154. En conséquence, « l'antinomie » telle que nous l'entendrons au cours de nos travaux renvoie à « la situation au cours de laquelle deux ou plusieurs règles, qui portent sur un objet commun (1), prévoient des solutions incompatibles (2) »⁶⁹⁷.

1. Un objet commun

155. À l'instar de nos développements précédents relatifs à la mise en œuvre du principe de cohabitation des règles sur le fondement du nouvel article 1105 du Code civil⁶⁹⁸, il y a lieu de considérer que pour que deux règles puissent être considérées antinomiques ou, *a fortiori*, en conflit, elles doivent régir une même question juridique. En effet, difficile, par exemple, d'imaginer que l'article 1216 du Code civil, chantre de la cession conventionnelle de contrat, puisse entrer en conflit avec l'article L. 1233-3 du Code du travail, qui liste de manière exhaustive les motifs économiques de licenciement. Et pour cause, ces règles, bien que toutes deux légales⁶⁹⁹, régissent des thématiques différentes. Rien ne s'oppose dès lors, conformément aux articles 1105 du Code civil et L. 1221-1 du Code du travail, à ce qu'elles puissent être

⁶⁹⁷ Définition très proche de celle proposée par Ph. GÉRARD, « Antinomie », in A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2^e éd., 1993, p. 36, qui définit le terme comme « la relation qui, tout en unissant deux normes qui prescrivent des solutions incompatibles à propos d'hypothèses qu'elles visent l'une et l'autre, rend impossible l'application simultanée des deux normes ». C. DUCHEMIN, *L'application du régime général des obligations en droit du travail*, préc., p. 17, retient également une définition similaire, considérant l'antinomie comme « l'incompatibilité entre les directives de deux normes partageant un objet commun ». V. ég. Ph. MALAURIE, « Les antinomies des règles et de leur fondement », préc., p. 25 ; H. BARBIER, « L'essor des règles d'identification des conflits de normes en droit des contrats », préc.

⁶⁹⁸ V. *supra*, n° 94 et s.

⁶⁹⁹ Pour le développement sur la place de l'identité de nature dans la définition de l'antinomie, V. *infra*, n° 178 et s.

appliquées toutes deux à un seul et même litige⁷⁰⁰ ; puisqu'elles ne sont pas antinomiques, faute notamment pour elles de traiter du même sujet, ces deux dispositions ont vocation à coexister l'une avec l'autre. Ainsi, pour caractériser une antinomie entre deux normes, il est nécessaire, avant toute chose, d'examiner si ces dernières partagent un même objet⁷⁰¹.

156. La notion « d'objet » d'une règle de droit n'est plus totalement étrangère de notre Code civil, puisque l'article 1179, résultant de l'ordonnance du 10 février 2016, prévoit : « la nullité est absolue lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général. Elle est relative lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde d'un intérêt privé ». L'objet, en l'espèce, ne renvoie donc pas au résultat auquel la règle de droit peut aboutir. Ceci peut être illustré avec l'exemple de la réglementation légale des vices du consentement : l'article 1131 du Code civil énonce expressément que les vices du consentement sont sanctionnés par la nullité relative du contrat⁷⁰². Il s'agit-là du résultat de la caractérisation d'un vice du consentement ; par exemple, la violence résultant d'un abus de l'état de dépendance commis par un contractant a pour finalité le prononcé de la nullité relative du contrat mal formé⁷⁰³. Le résultat de la règle portée par l'article 1143 du Code civil est donc la nullité relative de l'acte vicié. Son objet est cependant tout autre, puisqu'il s'agit de régir la situation dans laquelle un contractant abuse de l'état de dépendance de l'autre, pour retirer du contrat un avantage manifestement excessif.

Pour le professeur A. Jeammaud, l'objet d'une règle de droit est « la question juridique traitée par la règle »⁷⁰⁴. Le professeur Ch. Goldie-Genicon l'illustre en démontrant que la règle qui traite de la nullité du contrat pour défaut de consentement ne partage pas l'objet de celle qui prévoit la même sanction pour défaut de cause⁷⁰⁵. Par cet exemple, l'auteure met en lumière la distinction entre le résultat et l'objet d'une règle ; tandis que le résultat, en l'espèce, est

⁷⁰⁰ Il ne faut pourtant pas y voir l'application du principe de cohabitation des règles ; les règles s'additionnent ici plus qu'elles ne cohabitent.

⁷⁰¹ L. GANNAGÉ, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé. Étude de droit international privé de la famille*, Thèse, Paris 1, 2001, p. 82 énonce que « la condition d'identité d'objet entre les règles en conflit constitue le préalable indispensable à l'identification d'une antinomie ».

⁷⁰² Qui dispose que « les vices du consentement sont une cause de nullité relative du contrat ».

⁷⁰³ L'article 1143 du Code civil énonce : « Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif ».

⁷⁰⁴ A. JEAMMAUD, *Des oppositions de normes en droit privé interne*, Thèse, Lyon 3, 1975, p. 674.

⁷⁰⁵ Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préc., p. 495. Transposé au sujet qui nous concerne, l'on peut estimer que la règle ayant vocation à imposer le standard de la bonne foi lors de « l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles » (article 1112 du Code civil) n'a pas exactement le même objet que celle qui tend à imposer la bonne foi dans l'exécution du contrat (article L. 1222-1 du Code du travail).

absolument identique⁷⁰⁶, l'objet respectif de chaque disposition diffère, le premier régissant le consentement de chaque contractant là où le second traite de la cause du contrat.

157. De prime abord, en raison de leur particularisme⁷⁰⁷, chaque branche du droit a vocation à traiter des questions qui lui sont spécifiques. Dès lors, rechercher une identité d'objet entre une disposition spéciale travailliste et une disposition générale civiliste ne ferait guère sens. Il y a pourtant deux nuances à apporter.

Tout d'abord, une même règle peut se retrouver codifiée dans plusieurs législations différentes. Il se peut qu'une règle de droit commun possède une jumelle, identique ou presque, au sein d'une législation spéciale⁷⁰⁸. Dans cette hypothèse, indubitablement, les règles spéciale et générale ont un objet identique. Par exemple, l'article L. 1222-1 du Code du travail est la reproduction à l'identique de l'ancien article 1134, alinéa 3, du Code civil, en prévoyant que « le contrat de travail est exécuté de bonne foi »⁷⁰⁹.

De surcroît, nous l'avons mentionné⁷¹⁰, le droit du travail, bien que prétendant à l'autonomie, ne fonctionne pas de manière autarcique. Ses frontières sont donc, ponctuellement au moins, amenées à rencontrer celles du droit commun des contrats. De cette rencontre peut résulter la caractérisation d'une identité d'objet entre deux normes.

158. Cependant, s'il se peut que des règles travaillistes et générales portent sur une même question juridique, le caractère « identique » de leur objet, mis en avant par le professeur L. Gannagé⁷¹¹ et nécessaire à la caractérisation d'une antinomie, doit faire l'objet de précisions. Deux conceptions de la notion, plus ou moins étendues, peuvent en effet être retenues.

⁷⁰⁶ À savoir, la nullité du contrat.

⁷⁰⁷ V. *supra*, n° 8.

⁷⁰⁸ Créant par là une redondance, un doublon, qui ne fait pas forcément sens et qui porte atteinte au domaine du droit commun. V. not. Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préc., p. 119 et s ; N. BALAT, *Essai sur le droit commun*, préc., p. 244. ; G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, préc., p. 390.

⁷⁰⁹ Désormais, l'article 1104 du Code civil, résultant de l'ordonnance du 10 février 2016, prévoit que « les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi ». V. not. P.-Y. VERKINDT, « Le contrat de travail. Modèle ou anti-modèle du droit civil des contrats ? », préc., p. 197.

⁷¹⁰ V. *supra*, n° 6.

⁷¹¹ *Ibid.*

Dans son sens le plus strict, l'identité d'objet entre deux règles de droit n'est identifiée que lorsque celles-ci portent effectivement et uniquement sur la même problématique. Selon cette conception, les normes ne possèdent un même objet que lorsqu'elles présentent une gémellité parfaite. Il s'agit d'ailleurs du sens commun du terme dans la langue française courante ; le mot « identique » provient du latin *identicus*, lequel signifiait « le même »⁷¹². Ainsi, le dictionnaire de l'Académie Française définit le terme comme ce qui est « tout à fait semblable, mais distinct »⁷¹³. On retrouve donc non seulement l'idée de gémellité, car ce qui est identique est « tout à fait semblable », mais aussi celle de dualité, car le fait d'être identique suppose la comparaison avec une chose première, un modèle.

Dans ce cadre, deux règles de droit ne partagent un même objet que lorsqu'elles régissent exactement la même question. Cela concerne évidemment le sujet traité, mais également le champ d'application de la norme. Fatalement, la caractérisation d'une identité d'objet ne pourrait alors que se faire rare. Par exemple, s'il ne fait pas de doute que l'article L. 1222-1 du Code du travail portait exactement et exclusivement sur le même objet que l'ancien article 1134, alinéa 3, du Code civil⁷¹⁴, la réforme du droit des contrats et la modification du Code civil qu'elle emporte a rebattu les cartes car, désormais, l'objet du nouvel article 1104 du Code civil est plus large que celui de la disposition légale travailliste. L'objet des deux dispositions n'est donc pas tout à fait semblable, car celui de l'article du Code civil, qui vise certes l'exécution de bonne foi du contrat, est plus vaste en faisant également mention de la négociation et de la formation de bonne foi des contrats.

Dès lors, devant cette quasi-impossibilité de constater une identité d'objet au sens strict entre deux règles de droit et l'exclusion presque automatique du conflit de normes qu'elle engendre⁷¹⁵, certains auteurs ont tenté d'élargir le sens de la notion, en ne faisant plus de la gémellité parfaite une condition de sa caractérisation. Cela s'est opéré par un changement

⁷¹² Selon la définition que donne l'Académie Française du terme : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9I0056>.

⁷¹³ *Ibid.*

⁷¹⁴ À savoir, l'exécution de bonne foi des contrats. V. *supra*, n° 127 et s.

⁷¹⁵ Plus la conception de l'identité d'objet entre les règles en concours est stricte, plus il devient complexe de caractériser une véritable antinomie entre elles. Or, l'absence d'antinomie empêche la caractérisation d'un conflit entre ces normes. Par conséquent, devant deux normes difficilement compatibles, le juge se trouverait à nouveau démuné dans l'optique de résoudre le litige. Afin de préserver la sécurité juridique, l'existence du conflit de normes doit perdurer. Pour ce faire, il est aussi nécessaire qu'impératif de retenir une conception souple de l'identité d'objet, entendue comme le partage d'un « objet commun » entre les règles en concurrence.

sémantique proposé par le professeur L. Gannagé, qui a substitué à la preuve d'une « identité d'objet » celle d'un « objet commun »⁷¹⁶. Dans cette optique, il n'est plus nécessaire de démontrer que les règles en concurrence régissent la même question de manière identique. En lieu et place, la première condition de l'antinomie résulte de la constatation selon laquelle les normes en concours partagent un objet commun⁷¹⁷. Selon l'auteure, lorsque l'objet d'une règle spéciale constitue une fraction de l'objet d'une règle générale, la communauté d'objet entre elles, impérative à la caractérisation d'une antinomie, serait identifiée⁷¹⁸. Nous retrouverions alors une identité d'objet, au sens large, entre les articles L. 1222-1 du Code du travail et 1104 du Code civil, car la question juridique traitée par le premier constitue une fraction de l'objet du second.

159. Au sein de la doctrine contemporaine, cette conception souple de l'identité d'objet qu'est l'objet commun se trouve fréquemment mobilisée. Certains voient, par exemple, une communauté d'objet entre les dispositions de la loi du 13 juillet 1973⁷¹⁹ portant sur le licenciement et l'article 1780 du Code civil⁷²⁰. Plus encore, le débat autour de « l'objet commun » de deux règles a animé les juristes suite à l'avis rendu par la Cour de cassation le 3 avril 2019 au sujet de l'application de l'article 1226 du Code civil au régime de la prise d'acte de rupture du contrat de travail⁷²¹. La disposition civiliste, intégrée dans le Code civil par l'ordonnance du 10 février 2016, prévoit qu'une partie peut, en cas d'inexécution suffisamment

⁷¹⁶ L. GANNAGÉ, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé. Étude de droit international privé de la famille*, préc., p. 81 et s.

⁷¹⁷ V. ég. Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préc., p. 495.

⁷¹⁸ L. GANNAGÉ, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé. Étude de droit international privé de la famille*, préc., p. 82.

⁷¹⁹ Loi n° 73-680 du 13 juill. 1973 portant modification du Code du travail en ce qui concerne la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée. Cette loi procède à la création du régime du licenciement que l'on retrouve aujourd'hui aux articles L. 1232-1 et s. du Code du travail, en soumettant la rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur à la démonstration d'une cause réelle et sérieuse de licenciement. V. not. G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, préc., p. 577, pour lesquels la loi du 13 juill. 1973 a apporté des « restrictions importantes [...] au droit de licenciement, accusant désormais le contraste avec le régime de la libre démission du travailleur ». V. ég. M.-C BONNETÊTE, G. LYON-CAEN, « La réforme du licenciement à travers la L. du 13 juill. 1973 », *Dr. soc.* 1973. 493 ; P. RONGÈRE, « La réforme du droit de licenciement », *Économie et humanisme*, oct. 1973 ; Ph. WAQUET, « Le juge et l'entreprise », *Dr. soc.* 1996. 472 ; A. MARTINON, « Le contrat de travail, laboratoire d'un droit commun des contrats spéciaux ? », *LPA* 2012, n° 238, p. 16 ; A. FABRE, « La motivation du licenciement », *Dr. soc.* 2018. 4 ; Ch. RADÉ, « L'autonomie du droit du licenciement », *Dr. soc.* 2000. 178 ; « La figure du contrat dans le rapport de travail », préc. ; F. GÉA, « A quoi sert le droit du travail ? », préc.

⁷²⁰ À savoir le contrôle de la motivation de la décision de l'employeur. V. not. E. DOCKÈS, « Le retour du licenciement abusif », *Dr. soc.* 2018. 541 ; J. MOULY, « La réactivation de la théorie du licenciement abusif. Un expédient illusoire au plafonnement des indemnités prud'homales », *Dr. soc.* 2018. 824.

⁷²¹ Soc., avis, 3 avr. 2019, n° 19-70.001, *D.* 2019. 797, note N. ANCIAUX.

grave et à ses propres risques et périls, rompre un contrat unilatéralement par voie de notification⁷²². Il s'agit de la codification du célèbre arrêt dit « Tocqueville »⁷²³, qui octroie au créancier d'un débiteur défaillant la faculté de mettre fin au contrat sans pour autant devoir saisir le juge ou obtenir l'accord de son cocontractant⁷²⁴.

La rupture d'un contrat aux risques et périls du créancier est bien connue en droit du travail, car il s'agit de l'idée que sous-tend le licenciement⁷²⁵, mais aussi la prise d'acte de rupture du contrat de travail, qui permet au salarié de rompre le contrat de travail aux torts exclusifs de l'employeur⁷²⁶. Ce mode de rupture du contrat de travail, réservé au salarié, est forcément suivi par la saisine du Conseil de Prud'hommes compétent, qui examine les faits invoqués par le salarié au soutien de la rupture de son contrat, avant de faire produire à la rupture les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse ou ceux d'une démission. Ainsi, lorsqu'il prend l'initiative de rompre le contrat, le salarié n'a aucune certitude quant aux effets qui seront, *a posteriori*, produits par ladite rupture. Nous retrouvons là l'idée de « rupture à ses risques et périls ».

Pour valablement procéder à la rupture unilatérale du contrat, le nouvel article 1226 du Code civil prévoit que le créancier doit, sauf urgence, « mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable ». À l'inverse, conformément à la

⁷²² L'article 1226, alinéa 1, du Code civil, prévoit : « le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification [...] ».

⁷²³ Civ., 1^{re}, 13 oct. 1998, n° 96-21.485, préc.

⁷²⁴ Cette faculté se retrouve également mentionnée à l'article 1224 du Code civil, lequel dispose : « la résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire, soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice ». Jusqu'alors, l'ancien article 1134, alinéa 2, du Code civil (devenu l'article 1193 du Code civil) prévoyait que « [les conventions] ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise ». La loi, justement, autorisait également la résolution judiciaire des contrats. Néanmoins, la résolution unilatérale, jurisprudentiellement consacrée en 1998, n'a fait l'objet d'une codification qu'en 2016.

⁷²⁵ Le licenciement est un mode de rupture du contrat de travail à durée indéterminée, laissé à la discrétion du seul employeur, qui s'effectue aux risques et périls de ce dernier. En effet, la rupture prononcée unilatéralement par celui-ci peut se retourner contre lui, si la procédure prévue n'a pas été respectée, si elle est démunie de cause réelle et sérieuse ou si sa nullité a été prononcée.

⁷²⁶ Soc., 25 juin 2003, n° 01-42.335, n° 01-42.679, n° 01-43.578, préc. V. *supra*, n° 32.

jurisprudence civile antérieure à la réforme⁷²⁷, la prise d'acte de rupture du contrat de travail n'est soumise à aucune condition de forme⁷²⁸.

160. Saisie pour avis par le Conseil de Prud'hommes de Nantes⁷²⁹, la chambre sociale devait déterminer si la prise d'acte de rupture devait se soumettre aux conditions de forme prévues par l'article 1226 du Code civil⁷³⁰. Elle a estimé que « l'article 1226 du Code civil, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, n'est pas applicable au salarié qui prend acte de la rupture de son contrat de travail ». Critiquable⁷³¹, la décision est fondée, selon la note explicative rédigée par la Cour de cassation et publiée au rapport annuel de l'année 2019⁷³², sur l'article 1105 du Code civil. Cela signifie que, pour évincer du litige l'application de l'article 1226 du Code civil, la chambre sociale de la Cour de cassation a identifié un objet commun entre celui-ci et la prise d'acte de rupture du contrat de travail⁷³³.

161. Ce litige – l'un des rares où la Cour de cassation s'est déjà prononcée sur l'application de la réforme du droit des contrats en droit du travail – illustre avec pertinence la complexité de se prononcer avec certitude sur l'existence – ou non – d'une communauté d'objet entre deux règles juridiques. En effet, invoquant une « altérité des fondements », un auteur estime que les

⁷²⁷ Com., 4 févr. 2004, n° 99-21.480, *RTD civ.* 2004. 731, obs. J. MESTRE, B. FAGES ; *JCP* 2004. I. 149, obs. J. ROCHFELD ; Com., 10 févr. 2009, n° 08-12.415, *RTD civ.* 2009. 318, obs. B. FAGES ; *RDC* 2010, p. 44, obs. Th. GENICON ; Civ., 1^{re}, 24 sept. 2009, n° 08-14.524, *RDC* 2010, p. 44, obs. Th. GENICON ; *RDC* 2010, p. 690, note C. PELLETIER ; Com., 1^{er} juin 2013, n° 12-20.830, *JCP G* 2014. 115, obs. Ph. GROSSER.

⁷²⁸ V. not. Soc., 16 mai 2012, n° 10-15.238, *D.* 2013. 1026, obs. P. LOKIEC, J. PORTA ; *JCP S* 2012. 1332, note P.-H. d'ORNANO ; Soc., 29 mars 2017, n° 15-28.992, selon lesquels « si la prise d'acte de rupture du contrat de travail n'est soumise à aucun formalisme et peut valablement être présentée par le conseil du salarié au nom de celui-ci, c'est à la condition qu'elle soit adressée directement à l'employeur ». V. ég. G. LOISEAU, « Le repli sur soi », *JCP S* 2019. 1140.

⁷²⁹ Conseil de Prud'hommes de Nantes, 11 déc. 2018.

⁷³⁰ L'article 1226 du Code civil, au-delà de la préalable mise en demeure du débiteur qui ne s'est pas exécuté, soumet également la résolution aux risques et périls du créancier à une obligation de motivation de sa décision. En effet, l'alinéa 3 dispose : « lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent ».

⁷³¹ Pour de plus amples développements sur la critique de cet avis, V. *infra*, n° 950.

⁷³² https://www.courdecassation.fr/files/files/Publications/Rapport%20annuel/rapport-annuel_2019.pdf.

⁷³³ Il semblerait pourtant que la chambre sociale de la Cour de cassation ait contourné cette condition, pour faire une « application opportuniste » de l'article 1105, alinéa 3, du Code civil. V. not. N. ANCIAUX, note sous Soc., avis. 3 avr. 2019, préc. V. *infra*, n° *op. cit.*

deux règles⁷³⁴ ne partagent pas un objet commun⁷³⁵. Cette dissemblance provient, selon lui, du fait que la chambre sociale de la Cour de cassation n'a jamais fait mention de l'ancien article 1184 du Code civil – chantre de la résolution judiciaire du contrat – lorsqu'elle évoquait la prise d'acte de rupture du contrat de travail. Le régime de cette dernière n'aurait donc pas de véritable paternité civiliste. Par conséquent, en l'absence d'identité d'objet, la chambre sociale n'aurait pu fonder son raisonnement sur la théorie du conflit de normes⁷³⁶. D'autres, au contraire, énoncent que la prise d'acte possède, en partie au moins, un objet commun avec la résolution prévue par l'article 1226 du Code civil⁷³⁷.

Épineuse, la difficulté ne peut être tranchée qu'en parvenant à déterminer quel est l'objet de chacune des deux règles. La prise d'acte de rupture du contrat de travail a pour objet la rupture du contrat de travail, à l'initiative d'un contractant, le salarié, motivée par le comportement de l'autre partie, l'employeur. Ainsi, elle peut être vue comme un acte juridique résultant « de la volonté du salarié de mettre fin au contrat en raison des faits qu'il reproche à l'employeur »⁷³⁸. La question juridique poursuivie par l'article 1226 du Code civil ne semble guère différer, car la disposition régit la résolution d'un contrat, unilatéralement prononcée par une partie, le créancier, en raison du comportement de son cocontractant, le débiteur⁷³⁹.

En l'espèce, les potentiels effets de la prise d'acte de rupture du contrat de travail – licenciement sans cause réelle et sérieuse ou démission – doivent être écartés de la réflexion portée sur l'objet de la notion, car il s'agit en réalité des résultats auxquels elle peut mener.

⁷³⁴ Si l'on excepte l'article L. 1451-1 du Code du travail, qui énonce que le Conseil de Prud'hommes saisit d'une prise d'acte doit renvoyer l'affaire directement devant le bureau de jugement, lequel doit se prononcer dans un délai d'un mois à compter de la saisine, le régime de la prise d'acte de rupture du contrat de travail est uniquement jurisprudentiel. La doctrine a également activement contribué à bâtir le régime de ce mode de rupture. V. not. H. GOSSELIN, F. GÉA, « Quelle est la nature juridique de la prise d'acte ? », *RDT* 2009. 688 ; F. GÉA, « La prise d'acte de la rupture. Dynamiques d'une construction jurisprudentielle », *RJS* 2010. 559 ; J. MOULY, « La prise d'acte, un mode de rupture à préserver », *Dr. soc.* 2014. 821 ; F. DUMONT, « Réflexions sur la construction jurisprudentielle de la prise d'acte », *RJS* 2014. 498.

⁷³⁵ L. BENTO DE CARVALHO, « L'étrange sauvetage de la prise d'acte de rupture du contrat de travail », préc.

⁷³⁶ V. ég. J. MOULY, « La prise d'acte saisie par le nouvel article 1226 du Code civil ? », *Dr. soc.* 2017. 1, qui partage l'opinion d'une dissimilitude d'objet entre les deux règles, en énonçant que « on peut ainsi constater l'autonomie de la prise d'acte au regard de la résiliation unilatérale de droit commun qui peut faire douter que l'article 1226 ait pleinement vocation à s'appliquer à ce mode de rupture ».

⁷³⁷ S. TOURNAUX, « L'autonomie de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail », préc. ; G. LOISEAU, « La prise d'acte civilisée », *JCP S* 2017. 1148 ; « La tentation de l'autonomie », préc. ; « Le repli sur soi », préc. ; N. ANCIAUX, note sous Soc., avis. 3 avr. 2019, préc.

⁷³⁸ H. GOSSELIN, F. GÉA, « Quelle est la nature juridique de la prise d'acte ? », préc.

⁷³⁹ F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations*, préc., spé., n° 862 énoncent que « le législateur a admis qu'un contractant qui se plaint de l'inexécution de ses obligations par l'autre partie pouvait, par une manifestation unilatérale de volonté, procéder à la résolution du contrat ».

Ainsi, il semblerait que la prise d'acte de rupture du contrat de travail et la résolution unilatérale par notification partagent un objet commun et, par suite, pourraient se révéler être antinomiques⁷⁴⁰. Ce n'est que dans cette hypothèse – la caractérisation d'une antinomie menant à celle d'un conflit entre les deux normes – que l'application de la prise d'acte de rupture serait valablement en mesure d'évincer l'article 1226 du Code civil des litiges travaillistes⁷⁴¹.

162. Les situations dans lesquelles les dispositions du nouveau Code civil partagent un objet commun avec les règles de droit du travail ne sont pas rares. Nous en avons d'ores et déjà présentées certaines⁷⁴², le critère de la communauté d'objet conditionnant également le principe de cohabitation des règles⁷⁴³. Cependant, dans la recherche d'une antinomie et au-delà des frontières dudit principe, plusieurs autres hypothèses de communauté d'objet peuvent être mises en exergue.

163. Tout d'abord, il se peut qu'une communauté d'objet se lie entre la jurisprudence sociale et la loi civiliste. Il en va d'abord ainsi entre un arrêt rendu par la chambre sociale le 3 juillet 1990⁷⁴⁴ et le nouvel article 1139 du Code civil. Là où la décision de justice prévoit que « l'erreur [qui résulte d'un dol du candidat à l'emploi] n'est cause de nullité que dans la mesure où elle est excusable », la disposition légale énonce notamment désormais que « l'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable »⁷⁴⁵. Ainsi, les deux normes règlent toutes deux la question des conséquences d'un dol⁷⁴⁶, à savoir l'erreur commise par la victime. Si les solutions imposées par les deux règles diffèrent⁷⁴⁷, l'objet de chacune d'entre elles s'avère en tout point identique.

⁷⁴⁰ Sous réserve, donc, d'une incompatibilité des solutions. V. *infra*, n° 155 et s.

⁷⁴¹ Pour le développement relatif à l'altérité de nature entre les deux règles : V. *infra*, n° 192.

⁷⁴² Articles L. 1221-1 du Code du travail et 1105, alinéa 3, du Code civil, articles L. 1121-1 du Code du travail et 1171 et 1169 du Code civil, articles L. 1222-1 du Code du travail et 1104 du Code civil, articles L. 1222-6 du Code du travail et 1195 du Code civil, articles L. 1231-1 du Code du travail et 1210 et 1211 du Code civil, articles L. 1243-13 du Code du travail et 1213 du Code civil.

⁷⁴³ V. *supra*, n° 95 et s.

⁷⁴⁴ Soc., 3 juill. 1990, n° 87-40.349, D. 1991. 507, note J. MOULY ; RTD civ. 1991. 316, note J. MESTRE ; LPA 1992, p. 41, note D. ARLIE.

⁷⁴⁵ Qui reproduit la solution de Civ., 3^e, 21 févr. 2001, n° 98-20.817, préc., lequel énonce « qu'une telle réticence dolosive, à la supposer établie, rend toujours excusable l'erreur provoquée ». V. ég. Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil. Les obligations*, préc., p. 393.

⁷⁴⁶ Ou d'une réticence dolosive.

⁷⁴⁷ Ce qui, nous l'avons mentionné, ne doit pas entrer dans le raisonnement visant à caractériser entre deux règles une communauté d'objet entre elles. Pour l'incompatibilité entre l'article 1139 du Code civil et l'arrêt du 3 juill. 1990, *op. cit.*, V. *infra*, n° 173, n° 191.

Une même communauté d'objet peut être mise en exergue entre l'arrêt dit « Perrier », rendu par la chambre mixte de la Cour de cassation en 1974⁷⁴⁸ et le nouvel article 1227 du Code civil. Tandis que l'arrêt de la Chambre mixte de la Cour de cassation interdit à l'employeur de solliciter la résiliation judiciaire d'un contrat de travail, le texte légal rappelle que « la résolution [judiciaire] peut, en toute hypothèse, être demandée en justice ». Si, une fois encore, les solutions de chacune des normes sont différentes – et même opposées, en l'espèce, car le mot « toujours » ne peut s'accommoder d'exception – il n'en demeure pas moins qu'elles portent toutes deux sur un même questionnement juridique, à savoir la faculté de résoudre judiciairement un contrat de droit privé.

164. Ensuite, le partage d'un même objet peut évidemment se caractériser entre deux textes légaux. À cet égard, pour ne pas empiéter sur nos analyses ultérieures, nous nous contenterons d'un rappel effectué à nos développements précédents, relatifs à la cohabitation des règles sur le fondement de l'article 1105 du Code civil, qui en donnent l'ensemble des illustrations. Ainsi, par exemple, partagent un objet *a minima* connexe les articles L. 1221-1 du Code du travail et 1105 du Code civil, L. 1121-1 du Code du travail et 1171 du Code civil ou encore L. 1222-1 du Code du travail et 1104 du Code civil.

165. Nombreuses sont donc les situations où le nouveau droit des contrats et le droit du travail partagent un objet commun. Cependant, parvenir à la caractérisation – même au sens large – d'une identité d'objet entre deux règles ne suffit pas à démontrer l'existence d'une antinomie entre elles. En effet, quand bien même ces règles évoluent « sur le même terrain »⁷⁴⁹, il est nécessaire d'apprécier si leurs solutions respectives sont incompatibles ; si tel n'est pas le cas, les règles n'ont alors rien de contradictoire et le droit du travail est alors inapte à évincer l'application du droit commun des contrats⁷⁵⁰.

⁷⁴⁸ Ch. mixte, 21 juin 1974, n° 71-91.225, préc.

⁷⁴⁹ G. BOLAND, « Quelques propos sur les antinomies et pseudo-antinomies en particulier en droit administratif » préc., p. 198.

⁷⁵⁰ Au contraire, lorsque deux règles traitent d'un objet au moins connexe et sont compatibles l'une avec l'autre, le Code civil leur impose de cohabiter, sous réserve qu'elles partagent également une même nature. V. *infra*, n° 178 et s.

2. Une incompatibilité des solutions

166. Le second volet de l'examen d'une antinomie entre deux règles de droit passe par la recherche de l'existence d'une incompatibilité entre la solution de chaque texte en concurrence. Pour cela, des éclaircissements sémantiques s'imposent à nouveau. En effet, tandis que la doctrine s'accorde massivement pour considérer que la caractérisation d'une antinomie nécessite, d'abord, celle d'un objet commun entre les règles en concurrence, puis, ensuite, la démonstration d'une incompatibilité de leur solution, le sens qu'il convient de conférer à cette « incompatibilité » demeure débattu.

167. Couramment, l'incompatibilité renvoie à une « contrariété qui fait que deux personnes, que deux choses ne peuvent s'accorder, exister ensemble »⁷⁵¹. Ainsi, sous la plume de H. de Balzac, la flagrante incompatibilité de deux amants les empêche de s'aimer pleinement⁷⁵². La synonymie entre l'incompatibilité et la contrariété a été confirmée par le professeur A. Jeammaud, qui définit le second terme comme « l'impossibilité de se conformer simultanément à deux normes juridiques (incompatibilité au sens strict de la logique), mais qu'une conduite puisse être non-conforme aux deux normes⁷⁵³ ». La même idée se retrouve chez le professeur J. Salmon, pour lequel l'antinomie entre deux règles de droit est perçue comme « l'existence, dans un système juridique déterminé, de règles de droit incompatibles ; de telle sorte que l'interprète ne peut appliquer les deux règles en même temps, qu'il doit choisir »⁷⁵⁴. À ce titre, les solutions de deux normes en concours seraient incompatibles lorsqu'elles ne peuvent pas être appliquées simultanément à un même cas d'espèce⁷⁵⁵. Cela rejoint d'ailleurs ce qu'énonce le rapport remis au Président de la République, qui, en évoquant l'article 1105 du Code civil, rappelle que « les règles générales posées par l'ordonnance seront notamment écartées lorsqu'il

⁷⁵¹ L'Académie Française définit le mot « incompatibilité » comme « l'absence de compatibilité ». Pour l'institution, est compatible ce « qui peut coexister, s'accorder avec quelqu'un ou quelque chose » : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9C3213>.

⁷⁵² H. DE BALZAC, *La femme de trente ans*, Paris, 1832.

⁷⁵³ A. JEAMMAUD, *Des oppositions de normes en droit privé interne*, préc., p. 49.

⁷⁵⁴ J. SALMON, « Les antinomies en droit international public », in Ch. PERELMAN (dir.), *Les antinomies en droit*, préc., p. 285.

⁷⁵⁵ V. ég. G. BOLAND, « Quelques propos sur les antinomies et pseudo-antinomies en particulier en droit administratif », préc., p. 185, qui fait sienne l'idée de simultanéité de l'application des règles en conflit, à l'instar de P. FORIERS, « Les antinomies en droit », préc., p. 23.

sera impossible de les appliquer simultanément avec certaines règles prévues par le Code civil pour régir les contrats spéciaux »⁷⁵⁶.

Cependant, faire de la simultanéité de l'application de deux règles le cœur de leur (in)compatibilité a quelque chose d'ambigu qui a été mis en exergue⁷⁵⁷. En effet, quand bien même le principe de cohabitation offre au justiciable une option entre différents fondements juridiques, les hypothèses où l'on s'interroge sur la possibilité d'appliquer de concert deux règles en conflit à un seul et même litige sont en réalité peu fréquentes⁷⁵⁸. Aussi, l'incompatibilité ne peut pertinemment se voir octroyer un champ aussi restreint⁷⁵⁹.

168. Au-delà de l'application cumulée des deux normes en conflit, l'incompatibilité entre elles se traduirait aussi par l'impossibilité d'y recourir alternativement. Lorsque les règles spéciales et générales sont amenées à coexister, conformément à l'article 1105 du Code civil, le justiciable possède une option ; intenter son action sur le fondement du droit commun des contrats ou sur celui du droit du travail⁷⁶⁰. Dès lors, pour dépasser la conception trop restrictive de la notion, il a été proposé de tenir compte de cette faculté d'option pour caractériser l'incompatibilité juridique lorsqu'il est « impossible de les [les deux normes en concours] appliquer simultanément, que ce soit de manière cumulative ou alternative. L'application des deux règles doit se heurter à une impasse, conduire à un non-sens, même si une option est offerte entre elles »⁷⁶¹. En application de cette définition, plus vaste que la précédente puisqu'elle inclut dans le giron de l'incompatibilité l'hypothèse de l'application alternative des normes, l'auteure

⁷⁵⁶ Rapport remis au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131, préc. L'emploi de l'adverbe « notamment » laisse toutefois sous-entendre que les règles générales seraient susceptibles d'être écartées dans d'autres hypothèses encore.

⁷⁵⁷ Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préc., p. 497.

⁷⁵⁸ *Ibid.* L'auteure énonce : « or, on s'interroge rarement sur la possibilité d'appliquer cumulativement les normes en conflit ».

⁷⁵⁹ Il conviendrait donc, *a fortiori*, de ne pas retenir une acception encore plus stricte de la notion, comme celle retenue par H. BUCH, « Conception dialectique des antinomies juridiques », in Ch. PERELMAN (dir.), *Les antinomies en droit*, préc., p. 381 et s., qui voit dans l'incompatibilité une « opposition immanente à l'existence même de deux règles pareilles », une opposition irréductible dans les rapports de deux règles. L'irréductibilité invoquée tend à ne pas reconnaître l'incompatibilité lorsque l'interprétation faite des règles par le juge permet la résolution de celle-ci, alors même que « l'existence d'une opposition entre deux normes légiférées dépend parfois du sens que l'on attribue aux énoncés » : A. JEAMMAUD, *Des oppositions de normes en droit privé interne*, préc., p. 454.

⁷⁶⁰ V. *supra*, n° 109 et s.

⁷⁶¹ Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préc.

considère que la notion recouvre plusieurs situations ; la négation de l'une des normes par l'autre, mais également la soumission d'un mécanisme à deux régimes distincts⁷⁶².

169. L'incompatibilité évoquée jusqu'alors est celle des « solutions » des normes en conflit. Que faut-il comprendre par-là ? Pour M. G. Boland, l'incompatibilité ne peut exister « qu'entre deux *normes* et entre les normes *elles-mêmes*, à savoir les énoncés de deux règles de droit positif »⁷⁶³. Cette affirmation fait suite à celle, du même auteur, selon laquelle la caractérisation d'une incompatibilité entre deux règles ne peut résulter de leur seule matérialisation⁷⁶⁴. Ce sont les règles elles-mêmes et ce qu'elles prévoient dont il faut tenir compte dans la recherche de leur compatibilité et non la manière dont elles sont formulées. La réforme du droit des contrats nous en offre une illustration topique, celui du nouvel article 1214 du Code civil, qui prévoit d'abord que « le contrat à durée déterminée peut être renouvelé par l'effet de la loi ou par l'accord des parties », avant d'expliquer dans un second et dernier alinéa les effets de ce renouvellement, à savoir la naissance d'un nouveau contrat, en tout point identique au précédent si l'on excepte sa durée, qui devient indéterminée. À s'en tenir aux seuls termes employés par le législateur, le renouvellement d'un contrat à durée déterminée s'entendrait de la signature d'un nouveau contrat qui, automatiquement, perd sa qualité de contrat à terme pour devenir à durée indéterminée. Cette définition paraît absolument incompatible avec le sens qui est donné au mot « renouvellement » en droit du travail. Dans le contexte travailliste, le renouvellement d'un contrat de travail à durée déterminée renvoie à la poursuite du contrat initial par le repoussement du terme extinctif qui y est prévu⁷⁶⁵.

Si incompatibilité il y a⁷⁶⁶, elle n'est donc pas à rechercher dans les termes employés. En réalité, ce que le Code civil évoque sous le vocable « renouvellement de contrat à durée

⁷⁶² *Ibid.*

⁷⁶³ G. BOLAND, « Quelques propos sur les antinomies et pseudo-antinomies en particulier en droit administratif », préc., p. 198.

⁷⁶⁴ *Ibid.*, p. 186. L'auteur donne l'exemple d'un cyclomotoriste qui, sur le bord de la route, aperçoit un panneau lui indiquant l'obligation de tourner à droite. À l'entrée de la rue à droite, il trouve un autre panneau interdisant toute circulation. Il ne s'agit pas là d'une incompatibilité, car « la réglementation n'est pas contradictoire ; elle est infidèlement portée à la connaissance du public [...]. L'apparence de contradiction ne réside pas ici dans l'énoncé de deux règles, mais leur notification au public, ou plutôt dans la matérialisation d'une règle existante et d'une autre qui n'existe pas [...]. Le juge n'aura dû ni à surmonter une antinomie réelle, ni même à dissiper une antinomie apparente ».

⁷⁶⁵ G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, préc., p. 356, définissent le renouvellement d'un contrat de travail à durée déterminée comme « le fait que les parties s'accordent pour repousser le terme avant son échéance [...], les autres éléments du contrat à durée déterminée restant les mêmes ». Pour de plus amples développements, V. *infra*, n° 245 et s.

⁷⁶⁶ *Ibid.*

déterminée », à savoir la conclusion successive de deux contrats, le Code du travail l'envisage par la formule « succession du contrat de travail à durée déterminée »⁷⁶⁷. De même, ce que le droit du travail entend par « renouvellement du contrat à durée déterminée », c'est-à-dire le repoussement du terme extinctif du contrat avant l'expiration de celui-ci, est visé par le Code civil à l'article 1213 sous l'idée de « prorogation du contrat »⁷⁶⁸. Si le vocabulaire varie en fonction des branches du droit, la manière dont la règle juridique est énoncée au sein de la loi ne peut donner naissance à une incompatibilité entre deux normes ; pour cela, une étude des directives données par chaque texte doit être menée, sans s'arrêter au vocable employé.

170. Plus encore, la seule incohérence d'un système ne permet pas la caractérisation automatique d'une incompatibilité entre deux règles qui y sont insérées. Cette dernière doit dès lors être distinguée de la « contradiction purement formelle », considérée comme « une contradiction littérale »⁷⁶⁹ et dont l'existence peut être dissipée par l'interprétation que le juge fait de chaque texte. L'interprétation judiciaire d'une norme peut en effet lui conférer un sens ou un champ d'application différent. Suite à cela, les règles, autrefois en concurrence, peuvent posséder un objet distinct ou être devenues compatibles⁷⁷⁰, empêchant *de facto* la caractérisation d'une antinomie entre elles⁷⁷¹.

L'incompatibilité entre deux règles de droit est ainsi démontrée lorsque leurs énoncés respectifs, leurs directives, ne peuvent être appliqués cumulativement ou alternativement à un même cas d'espèce. Le constat d'une telle impossibilité entre deux règles qui partagent un objet

⁷⁶⁷ Articles L. 1244-1 à L. 1244-2-2 du Code du travail. Il convient toutefois de préciser que la succession de contrats à durée déterminée, en droit du travail, n'entraîne aucune modification de la durée du contrat, qui reste déterminée. V. *infra*, n° 239.

⁷⁶⁸ L'article dispose que « le contrat peut être prorogé si les contractants en manifestent la volonté avant son expiration. La prorogation ne peut porter atteinte aux droits des tiers ».

⁷⁶⁹ Ch. PERELMAN, « Les antinomies. Essai de synthèse », préc. p. 398.

⁷⁷⁰ *Ibid.*

⁷⁷¹ L'on peut penser, à titre d'exemple, à l'antinomie entre les articles L. 1243-11 du Code du travail et 1215 du Code civil au sujet de l'exécution d'un contrat à durée déterminée postérieurement au terme extinctif qui y est prévu (V. *infra*, n° 244 et s.). Le texte travailliste prévoit la transformation du contrat précaire en un contrat de travail à durée indéterminée, sans intervention des parties. La disposition civiliste, elle, prévoit que cette poursuite du contrat au-delà de son terme s'analyse en une « tacite reconduction », qui nécessite l'action des contractants. De la lecture de chacun des textes s'évince l'existence d'une incompatibilité de leur solution respective. Cependant, la chambre sociale de la Cour de cassation pourrait interpréter la notion de « tacite reconduction » comme permettant la transmutation automatique du contrat de travail à durée déterminée échu en un contrat de travail à durée indéterminée, conformément à la lettre du Code du travail. De la sorte, l'interprétation du nouvel article 1215 du Code civil par le juge social pourrait faire disparaître l'antinomie que celui-ci présente avec l'article L. 1243-11 du Code du travail.

commun caractérise l'antinomie et « commande de faire primer l'une d'elles sur l'autre, puisqu'on ne peut pas les appliquer simultanément sans aboutir à un non-sens »⁷⁷².

171. L'idée d'incompatibilité des règles entre elles se retrouve au sein du Code civil depuis l'ordonnance du 10 février 2016. Ouvrant une section relative à « l'inexécution du contrat », l'article 1217 dudit code dresse une liste exhaustive des sanctions que le débiteur défaillant peut se voir infliger⁷⁷³. En son dernier alinéa, l'article dispose que « les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter »⁷⁷⁴. Ainsi, les énoncés de certaines normes intégrées au sein de cette section ne peuvent être appliqués cumulativement ou alternativement, au risque d'aboutir à une impasse. Par exemple, un créancier ne peut, en même temps, solliciter en justice l'exécution forcée d'un contrat et sa résolution⁷⁷⁵ ; la première nécessite en effet le maintien du lien contractuel et l'exécution d'une obligation, tandis que la seconde provoque la rupture rétroactive du contrat. Puisqu'il est impossible à la fois de maintenir et de rompre un même contrat, les deux mécanismes sont incompatibles⁷⁷⁶.

172. Sans exhaustivité⁷⁷⁷, il paraît nécessaire d'illustrer l'incompatibilité de certaines règles travaillistes avec le droit commun des contrats issu de la réforme de l'ordonnance du 10 février 2016 et de la loi de ratification du 20 avril 2018. Laissons pour l'heure de côté celles caractérisées entre dispositions légales⁷⁷⁸ pour analyser les différents exemples d'incompatibilités nés de la confrontation de la jurisprudence sociale avec les règles générales.

⁷⁷² Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préc., p. 501.

⁷⁷³ À savoir l'exception d'inexécution (articles 1219 et 1220 du Code civil), l'exécution forcée en nature (articles 1221 et 1222 du Code civil), la réduction du prix (article 1223 du Code civil), la résolution du contrat (articles 1224 à 1230 du Code civil) et les dommages et intérêts (articles 1231 à 1231-7 du Code civil).

⁷⁷⁴ V. not. D. MAZEAUD, « Les sanctions de l'inexécution », in S. BROS (dir.), *Les innovations de la réforme du droit des contrats*, préc., p. 97.

⁷⁷⁵ Civ., 1^{re}, 5 juill. 2005, n° 04-15.808, RDC 2006, p. 312, obs. D. MAZEAUD. V. ég. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, préc., p. 583 ; O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, préc., p. 581, pour lesquels la résolution du contrat et l'exécution forcée en nature constituent « le meilleur exemple » de l'incompatibilité des sanctions. Les auteurs précisent toutefois que, selon eux, une action en résolution peut être intentée suite à l'échec d'une action en exécution forcée en nature de l'obligation.

⁷⁷⁶ Il n'y a néanmoins pas d'antinomie entre ces règles, puisqu'elles ne partagent pas le même objet.

⁷⁷⁷ Pour la caractérisation des conflits de normes entre les dispositions de la réforme du droit des contrats et le droit du travail, V. *infra*, n° 237 et s.

⁷⁷⁸ *Ibid.*

173. L'illustration la plus topique semble être celle qui concerne le traitement du dol et de ses conséquences pour la victime. Tandis que le Code civil reconnaît automatiquement à l'erreur qui résulte d'un dol son caractère excusable⁷⁷⁹ – permettant le prononcé de la nullité du contrat vicié – la chambre sociale soumet ledit caractère au fait que l'employeur n'ait pas commis une erreur inexcusable⁷⁸⁰. Celle-ci, qui n'est définie ni par la loi ni par la jurisprudence⁷⁸¹, est ici entendue par une partie de la doctrine comme « l'erreur provenant d'une partie qui avait le devoir de se renseigner sur l'élément objet de sa méprise »⁷⁸².

Il s'opère ainsi un jeu de vases communicants entre le devoir d'information – le fait de devoir renseigner son cocontractant – et le devoir de renseignement – le fait de devoir se renseigner sur son cocontractant. En effet, ces deux devoirs ne peuvent coexister et, logiquement, s'excluent mutuellement⁷⁸³. Ainsi, au sein d'un même contrat, il ne peut être imposé à une partie l'obligation de renseigner son partenaire contractuel et, concomitamment, être imposé à ce dernier de se renseigner sur son cocontractant⁷⁸⁴. Or, en matière d'embauche, la jurisprudence sociale met à la charge de l'employeur un devoir de se renseigner sur le candidat à l'embauche⁷⁸⁵, tandis que le Code du travail ne soumet pas ledit candidat à un devoir général d'information, en lui imposant simplement de répondre de bonne foi aux questions

⁷⁷⁹ Article 1139 du Code civil. V. not. Ch. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil*, préc., p. 284 et s.

⁷⁸⁰ Soc., 3 juill. 1990, n° 97-40.349, préc. Au sujet de la dissociation opérée par la chambre sociale de la Cour de cassation entre le dol de l'aspirant salarié et son mensonge, V. not. O. GUILLEMOT, *Le mensonge du salarié*, Thèse, Paris Nanterre, 2022, p. 89 et s.

⁷⁸¹ L'erreur inexcusable a été mentionnée pour la première fois par la Cour de cassation dans Com., 18 juill. 1956, *Bull. civ. III*, n° 220. V. not. J. GHESTIN, « La réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée », préc.

⁷⁸² V. not. J. MOULY, « Une règle de nature à induire en erreur : « la réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée », préc. Le même auteur a défini l'erreur inexcusable comme « la limite à la possibilité de sanctionner le silence gardé, même intentionnellement, par l'autre partie » : J. MOULY, « Des rapports entre la réticence dolosive et l'erreur inexcusable », préc.

⁷⁸³ Pour une analyse plus complète des relations entretenues entre le devoir d'information et le devoir de renseignement, V. not. J.-Y. FROUIN, « Le contrat de travail et les dérogations au droit commun des contrats », préc. ; J. MOULY, *ibid* ; G. LARDEUX, « La réticence dolosive n'est pas un dol comme les autres », préc. ; J. GHESTIN, *op. cit.* ; F. KHODRI-BENAMROUCHE, *Le Code civil dans les relations de travail*, préc., p. 402 et s. ; A.-L. MAZAUD, *Contrat de travail et droit commun. Essai de mesure*, préc., p. 109 et s. V. ég. Soc., 2 avr. 1996, n° 93-42.082, n° 93-43.084, D. 1998. 250, obs. V. MICHELET. V. *infra*, n° 336 et s.

⁷⁸⁴ *Ibid*.

⁷⁸⁵ V. not. Soc., 3 juill. 1990, n° 97-40.349, *op. cit.* : « attendu cependant que l'erreur n'est cause de nullité que dans la mesure où elle est excusable ; que l'arrêt relève que la société Cart Expert et son syndic avaient été informés par le candidat lui-même qu'il avait été président-directeur général d'une société dont le nom était donné dans le *curriculum vitae* appuyant cette candidature, et qu'ils ne s'étaient pas renseignés plus complètement sur le candidat directeur et n'avaient pas procédé à des investigations plus poussées qui leur auraient permis de découvrir que M. Z... venait de déposer le bilan de cette société aussitôt mise en liquidation de bien. Qu'en statuant comme elle l'a fait, la Cour d'appel n'a pas tiré de ses propres énonciations, desquelles résultait la faute inexcusable de la société Cart Expert et de son syndic [...] ».

portant sur la sphère professionnelle⁷⁸⁶. Par conséquent, l'ignorance d'un fait invoquée par l'employeur – quand bien même ce fait a été caché par le candidat – est considérée comme illégitime, car celui-ci est « supposé être en situation de connaître ces éléments par lui-même »⁷⁸⁷.

Ainsi, lorsqu'il n'a pas exécuté avec suffisamment de diligence le devoir de renseignement qui était mis à sa charge, l'employeur commet une faute inexcusable qui empêche le contrat d'être annulé sur le fondement d'une réticence dolosive commise par le candidat à l'emploi⁷⁸⁸. De là, parce qu'elles sont diamétralement opposées, les directives de l'article 1139 du Code civil et de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation se révèlent incompatibles l'une avec l'autre et ne peuvent être appliquées à un même cas.

174. Une telle incompatibilité peut également se constater entre un arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 23 septembre 2009⁷⁸⁹ et le nouvel article 1216 du Code civil. La disposition légale permet la cession conventionnelle d'un contrat⁷⁹⁰, dont la validité est

⁷⁸⁶ Article L. 1221-6 du Code du travail. Sur ce sujet, V. not. A.-L. MAZAUD, *Contrat de travail et droit commun. Essai de mesure*, préc., p. 506 et s.

⁷⁸⁷ *Ibid.*, p. 507. V. ég. Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préc., p. 307 : « c'est en effet l'employeur qui, dans une large mesure, a la maîtrise des contours de la future relation contractuelle, puisqu'il en décide les modalités. Il a, de surcroît, le pouvoir, lors de l'entretien d'embauche, de vérifier nombre des qualités avancées par le salarié. Les tribunaux admettront par conséquent avec difficulté qu'il a été trompé sur les éléments du contrat, ou l'aptitude du salarié à remplir ses fonctions, et l'erreur qu'il aura pu commettre sera le plus souvent regardée comme inexcusable ».

⁷⁸⁸ Cette position était valable en amont de la réforme du droit des contrats. En effet, avant que l'ordonnance du 10 févr. 2016 ne soit entrée en vigueur, la qualification de « réticence dolosive » résultait de la violation d'une obligation d'information. Dès lors, le silence du candidat à l'embauche ne pouvait revêtir un aspect dolosif : Civ., 3^e, 3 févr. 1981, n° 79-13.774, *D.* 1984. 457, note J. GHESTIN ; J.-Y. FROUIN, « Le contrat de travail et les dérogations au droit commun des contrats », préc. ; M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, Thèse, Paris 1, 1991, spé., n° 354 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Paris, Dalloz, 10^e éd., 2009, spé., n° 233. Depuis la réforme du droit des contrats, le lien entre la réticence dolosive et l'obligation d'information ont été rompus, puisque l'article 1137, alinéa 2, du Code civil, dispose que « constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie ». V. not. M. FABRE-MAGNAN, « Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », *JCP G* 2016. 706. Le rupture entre les deux mécanismes est exprimée dans Soc., 19 juin 2024, n° 23-10.817, *D. actu*, 26 juin 2024, obs. L. MALFETTES, au sein duquel la chambre sociale de la Cour de cassation a prononcé l'annulation d'une rupture conventionnelle en raison d'un vice du consentement dont a été victime l'employeur, « sans faire peser sur le salarié une obligation d'information contractuelle ».

⁷⁸⁹ Soc., 23 sept. 2009, n° 07-44.200, *RDT* 2009. 647, obs. G. AUZERO ; *D.* 2009. 2351, obs. S. MAILLARD ; *D.* 2010. 672, obs. O. LECLERC, E. PESKINE, J. PORTA, L. CAMAJI, A. FABRE, I. ODOUL-ASOREY, Th. PASQUIER, G. BORENFREUND ; *LexbaseHebdo*, 2009, n° 366, note Ch. RADÉ.

⁷⁹⁰ L'article dispose qu'un « contractant, le cédant, peut céder sa qualité de partie au contrat à un tiers, le cessionnaire, avec l'accord de son cocontractant, le cédé. Cet accord peut être donné par avance, notamment dans le contrat conclu entre les futurs cédant et cédé, auquel cas la cession produit effet à l'égard du cédé lorsque le contrat conclu entre le cédant et le cessionnaire lui est notifié ou lorsqu'il en prend acte. La cession doit être constatée par écrit, à peine de nullité ». V. not. F. CHÉNÉDÉ, *Le nouveau droit des obligations*, Paris, Dalloz, 2^e

soumise à son acceptation par le contractant cédé. Cet accord peut être donné par avance, dès la conclusion du contrat. En somme, en application de cette disposition, un employeur pourrait céder cette qualité à une autre personne, sous réserve d'avoir préalablement recueilli l'accord du salarié, que ce soit au moment de la cession ou lors de la conclusion du contrat de travail entre eux. Toutefois, dans une situation identique⁷⁹¹, la chambre sociale de la Cour de cassation énonce sur le fondement de l'article L. 1222-1 du Code du travail qu'un « salarié ne peut accepter par avance un changement d'employeur ». Il en résulte que, puisqu'il est impossible, en même temps, d'autoriser et d'interdire à un même salarié de donner son accord à une éventuelle et future cession de son contrat de travail, les deux règles en concurrence sont incompatibles.

175. Ensuite, la compatibilité de l'un des grands arrêts de la jurisprudence sociale avec deux dispositions issues de la réforme du droit des contrats est également sujette à questions. En 1974, la chambre mixte de la Cour de cassation a interdit à l'employeur l'accès à la résiliation judiciaire du contrat de travail des salariés protégés⁷⁹², solution qui a ensuite été élargie à l'ensemble des salariés, quand bien même n'étaient-ils pas investis d'un mandat de représentation⁷⁹³. Depuis le début du millénaire, sauf exception légale⁷⁹⁴, il est donc interdit à la partie patronale de saisir un Conseil de Prud'hommes d'une résiliation judiciaire d'un contrat

éd., 2018, p. 134 et s. ; G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, préc., p. 546 et s. ; O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, préc., p. 520 et s. ; F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations*, préc., p. 749.

⁷⁹¹ Un salarié, engagé en 1999 par la société Renault France a signé avec celle-ci un avenant à son contrat de travail en 2004, par lequel il acceptait une promotion et se voyait soumettre à une clause de mobilité stipulant que le salarié était susceptible d'exercer ses fonctions dans l'ensemble des sociétés « Renault France automobile » et que cette mutation entraînerait la rédaction d'un nouveau contrat de travail auprès du nouvel employeur.

⁷⁹² Ch. mixte, 21 juin 1974, n° 71-91.225, préc.

⁷⁹³ Soc., 9 mars 1999, n° 96-41.734, préc., lequel énonce à l'encontre d'un employeur qui avait sollicité la résiliation judiciaire d'un contrat de travail que « cependant, [qu'] il appartenait à l'employeur, s'il estimait que le salarié ne respectait pas ses obligations, d'user de son pouvoir disciplinaire et de prononcer le licenciement de l'intéressé », position confortée par Soc., 13 mars 2001, n° 98-46.411, préc., qui rappelle que « l'employeur, qui dispose du droit de résilier unilatéralement un contrat de travail à durée indéterminée par la voie du licenciement, en respectant les garanties légales, n'est pas recevable, hors les cas où la loi en dispose autrement, à demander la résiliation judiciaire du contrat ». De surcroît, en cas de demande de résiliation judiciaire formulée par le salarié auprès de la juridiction prud'homale compétente, l'employeur ne peut solliciter à son tour la résiliation judiciaire de manière reconventionnelle : Soc., 29 juin 2005, n° 03-41.966.

⁷⁹⁴ L'article L. 6222-18 du Code du travail autorise l'employeur à demander judiciairement la résiliation d'un contrat d'apprentissage.

de travail. Il a d'ailleurs été considéré que la seule saisine d'une juridiction à cette fin emporte les conséquences d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse⁷⁹⁵.

Cette solution jurisprudentielle, bien ancrée dans le paysage judiciaire de la matière, paraît aujourd'hui entrer en contradiction avec deux articles du Code civil. En premier lieu, l'article 1195 dudit Code, qui consacre en droit commun des contrats la théorie de l'imprévision⁷⁹⁶, prévoit que chaque partie au contrat peut, aux termes et en cas d'échec d'une procédure relativement lourde⁷⁹⁷, demander au juge de réviser le contrat ou d'y mettre fin. Si la portée que pourrait avoir la théorie de l'imprévision en droit du travail doit impérativement être nuancée⁷⁹⁸, il n'en demeure pas moins que le mécanisme permet théoriquement à chaque partie au contrat de travail de solliciter auprès du juge la résiliation du contrat de travail et rend donc envisageable une résurrection d'une telle résiliation à l'initiative de l'employeur⁷⁹⁹. Dès lors, quand bien même il est évident que les deux règles ne partagent pas un objet commun⁸⁰⁰, elles ne peuvent prétendre à être appliquées ne serait-ce qu'alternativement, telles qu'elles sont prévues, à un même litige.

⁷⁹⁵ Soc., 5 juill. 2005, n° 03-45.058 ; Soc., 17 mars 2010, n° 08-44.887. Les deux décisions énoncent que la saisine du juge, par l'employeur, visant à lui faire prononcer la résiliation judiciaire d'un contrat de travail, s'analyse en une manifestation de volonté de rompre le contrat de travail, ce qui vaut licenciement. Dès lors, le licenciement doit être considéré comme étant dépourvu de cause réelle et sérieuse.

⁷⁹⁶ Contrairement à une jurisprudence pluri-séculaire de la Cour de cassation, qui refusait de reconnaître la théorie de l'imprévision en droit privé : Civ., 6 mars 1876, préc., tandis que le droit administratif l'avait consacré, à condition que l'événement invoqué soit imprévisible, extérieur aux parties et entraîne un bouleversement dans l'économie du contrat : CE, 30 mars 1916, n° 59928, S. 1916. 3. 17, note M. HAURIOU. La position retenue par l'arrêt dit « Canal de Craponne » a cependant connu des assouplissements en droit privé : V. not. Soc., 25 févr. 1992, n° 89-41.634, préc. ; Com., 3 nov. 1992, n° 90-18.547, préc. ; Com., 24 nov. 1998, n° 96-18.357, préc.

⁷⁹⁷ V. *infra*, n° 840. V. ég. C.-E. BUCHER, « La force majeure et l'imprévision, remèdes à l'épidémie de covid-19 ? », CCC 2020, 5, qui parle du « régime graduel » de l'article 1195 du Code civil. V. ég. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, préc., p. 467 et s. ; O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, préc., p. 436 et s, F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, préc., p. 705 et s. Ce n'est donc qu'en dernier et ultime recours qu'une partie peut, seule, demander la résolution judiciaire du contrat frappé par l'imprévision.

⁷⁹⁸ V. not. Y. PAGNERRE, « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », préc., qui estime comme « peu probable » le fait que l'employeur et la chambre sociale de la Cour de cassation se saisissent du mécanisme, position que rejoint Ch. RADÉ, « L'impact de la réforme du droit des contrats en droit du travail », préc. ; S. TOURNAUX, « Chronique d'actualité du régime juridique du contrat de travail », *Dr. soc.* 2016. 650 ; J. MOULY, « La prise d'acte saisie par le nouvel article 1226 du Code civil ? », préc., pour lequel la théorie de l'imprévision n'aura aucun impact en droit du travail. G. AUZERO, F. BERGERON-CANUT, « Le juge et la modification du contrat de travail », *Dr. soc.* 2017. 11, mais aussi M. FABRE-MAGNAN, « la réforme du droit des contrats : quelques contre-feux civilistes à la déréglementation du droit du travail », préc., imaginent cependant que le mécanisme porté par l'article 1195 du Code civil puisse trouver une utilité dans les relations de travail. Pour de plus amples développements, V. *infra*, n° 841 et s.

⁷⁹⁹ Pour la nécessité d'adapter le mécanisme civiliste dans son application en droit du travail, V. *infra*, n° 725 et s.

⁸⁰⁰ Le conflit n'existe donc pas.

La même incompatibilité, nous l'avons mis en exergue⁸⁰¹, se caractérise vis-à-vis de l'article 1227 du Code civil, qui prévoit que « la résolution peut, en toute hypothèse, être demandée en justice »⁸⁰². Pour la contourner, il conviendrait d'adapter la formule lorsqu'il en est fait application en droit du travail : « la résiliation du contrat de travail peut, en toute hypothèse, être demandée en justice par le salarié. Sauf exception légale, elle est fermée à l'employeur ».

176. Qu'en est-il, enfin, de la compatibilité des règles jurisprudentielles relatives à la prise d'acte de rupture du contrat de travail avec l'article 1226 du Code civil ? Si, malgré les débats⁸⁰³, la caractérisation d'un objet commun entre eux est possible, la détermination d'une incompatibilité n'en découle pas automatiquement. D'un côté, la validité de la prise d'acte n'est soumise à rien d'autre que la saisine du Conseil de Prud'hommes compétent, sans quoi le salarié sera réputé être démissionnaire⁸⁰⁴. D'un autre, l'article 1226 du Code civil soumet la validité de la résolution unilatérale par notification aux risques et péril du créancier à une double condition : une mise en demeure préalable et une obligation de motivation de la décision.

Le sujet de la potentielle incompatibilité entre les deux corps de règles n'a guère été débattu par la doctrine postérieurement à l'avis rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 3 avril 2019⁸⁰⁵. Laissé dans l'ombre pour faire une plus grande place aux

⁸⁰¹ V. *supra*, n° 163.

⁸⁰² L'article 1227 du Code civil réécrit l'ancien article 1184 dudit Code, lequel prévoyait en son dernier alinéa que « la résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances ».

⁸⁰³ V. *supra*, n° 160 et s.

⁸⁰⁴ L'article L. 1451-1 rappelle implicitement que la saisine du Conseil de Prud'hommes est impérative en cas de prise d'acte de rupture du contrat de travail. De surcroît, puisque le juge doit apprécier la gravité des faits invoqués par le salarié, l'absence de saisine de la juridiction compétente ne peut entraîner d'autres conséquences que celle de la démission. La position inverse – qui reviendrait à faire produire les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse à une prise d'acte même en l'absence de saisine du Conseil de Prud'hommes – donnerait corps à la formule de G. COUTURIER, J.-E. RAY, note sous Soc., 25 juin 2003, n° 01-42.335, n° 01-42.679, n° 01-43.578, préc., lesquels évoquent une faculté « d'auto-licenciement » laissée entre les mains des salariés.

⁸⁰⁵ Par exemple, S. TOURNAUX, « L'autonomie de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail », préc., concentre son raisonnement autour de l'identité d'objet et l'identité de nature, tandis que L. BENTO DE CARVALHO, « L'étrange sauvetage de l'autonomie de la prise d'acte de rupture du contrat de travail », *RDT* 2019. 328, axe l'essentiel de son développement sur l'altérité de fondement entre les deux règles et la rattache à la question de la communauté d'objet. Le même raisonnement est tenu par J. ICARD, « La prise d'acte de la rupture du contrat de travail ne suppose pas de mise en demeure préalable », *BJT* 2019, p. 21 ; J. MOULY, « La prise d'acte saisie par le nouvel article 1226 du Code civil ? », préc., qui se prononce contre la soumission du mode de rupture du contrat de travail aux conditions prévues par le droit commun des contrats et élude totalement de son raisonnement les critères du conflit de normes et n'évoque donc pas, *de facto*, la question de l'incompatibilité entre les règles. D. CORRIGNAN-CARSIN, « Non-application de l'article 1226 du Code civil à la prise d'acte de la rupture du contrat de travail », *JCP G* 2019. 424, se soustrait également à cette analyse. G. LOISEAU, « La prise d'acte civilisée », préc. ; « Droit civil et droit du travail : une relation instable », préc., met avant tout en exergue l'altérité de nature entre les mécanismes, sans pour autant s'intéresser sur leur éventuelle incompatibilité, à l'instar

discussions centrées autour de la communauté d'objet et de l'altérité de nature des règles en conflit⁸⁰⁶, ce point mérite cependant de rapides développements. En effet, s'il s'avérait que les règles étaient incompatibles, nous arriverions à la conclusion qu'elles sont également antinomiques, légitimant peut-être par-là la position adoptée par la chambre sociale dans l'avis précité, par lequel elle a refusé de soumettre le mode travailliste de rupture du contrat de travail aux conditions prévues par le Code civil. La question est donc celle de déterminer s'il est possible de se conformer alternativement aux deux directives ou si, à l'inverse, cela mènerait le juge et les justiciables vers le « non-sens » mentionné par le professeur Ch. Goldie-Genicon⁸⁰⁷.

Pour caractériser une incompatibilité, cette dernière retient la différence de régime auquel un seul et même mécanisme se retrouve astreint. Ainsi, lorsqu'une même action est soumise, par un texte général et un texte spécial, à deux délais de prescription différents, il convient selon l'auteure de retenir entre eux l'existence d'une incompatibilité⁸⁰⁸. Aussi convient-il selon nous de retenir, puisque la rupture unilatérale d'un contrat par voie de notification⁸⁰⁹ se voit imposer deux régimes distincts par deux corps de règles différents et qu'il s'avère impossible de s'y conformer simultanément ou alternativement⁸¹⁰, l'existence d'une incompatibilité entre l'article 1226 du Code civil et la jurisprudence sociale⁸¹¹.

177. Résultant d'une communauté d'objet et d'une incompatibilité des directives, l'antinomie juridique constitue le point de départ de la recherche d'un conflit entre deux

de Ch. GOLDIE-GENICON, « Droit commun des contrats et contrat de travail, 100 ans après », préc., ainsi que D. HOUTCIEFF, « La prise d'acte tient la résolution unilatérale en état », *Gaz. Pal.* 17 sept. 2019, p. 26. Il semblerait que seul N. ANCIAUX, note sous Soc., avis, 3 avr. 2019, préc., se prononce sur l'incompatibilité de l'article 1226 du Code civil avec la prise d'acte de rupture du contrat de travail, en estimant que les deux mécanismes ne sont pas « contradictoires ».

⁸⁰⁶ Pour rappel, tandis que la règle générale civile est légale, la règle spéciale travailliste est jurisprudentielle.

⁸⁰⁷ Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préc., p. 497.

⁸⁰⁸ *Ibid.* En guise d'exemple, l'auteure donne celui du délai biennal imposé par l'article 1648 du Code civil à l'action en garantie des vices cachés et le délai quinquennal de droit commun prévu par l'article 2224 du même Code.

⁸⁰⁹ Le mode de rupture prévu par 1226 du Code civil et la prise d'acte de rupture du contrat de travail répondent tous deux à cette définition. Comme seule distinction, nous noterons que le Code civil impose une notification écrite au débiteur, tandis que le salarié peut prendre acte de la rupture de son contrat de travail de manière orale.

⁸¹⁰ Une telle application alternative mènerait le mécanisme dans une impasse, car un même dispositif se trouverait d'un côté exempté de toute condition de validité et, d'un autre, soumis à des conditions dont l'inexécution le rendrait non-valable. De plus, le régime civiliste, plus contraignant, risquerait en pratique de perdre toute utilité. Pour une nuance de ce constat, V. *infra*, n° 953 et s.

⁸¹¹ Soc., 16 mai 2012, n° 10-15.238, préc. Pour la compatibilité des deux règles, V. N. ANCIAUX, note sous Soc., avis, 3 avr. 2019, préc.

normes. Un dernier aspect, qui n'est pas unanimement intégré dans la notion d'antinomie⁸¹², doit toutefois être abordé : la question de l'identité de nature entre les normes en conflit.

B. LA QUESTION DE L'IDENTITÉ DE NATURE

178. Si la question de l'antinomie dans la recherche d'un conflit de normes fait l'objet d'une unanimité certaine, celle d'une identité de nature entre lesdites normes ne donne pas lieu à consensus. À ce sujet, la doctrine est divisée en deux camps qui font tous deux valoir leurs arguments, qu'il convient de présenter. À notre sens, toutefois, l'identité de nature entre les deux règles en concurrence doit être érigée comme troisième et dernier critère de la caractérisation d'un conflit de normes (1). Partant, il deviendrait impossible de faire émerger un tel conflit entre la jurisprudence spéciale travailliste et la réforme du droit des contrats, ce qui constitue un argument certain en faveur de l'influence que cette dernière exercera en droit du travail (2).

1. *L'identité de nature, troisième critère du conflit de normes*

179. Avant de présenter, expliquer, voire critiquer les différents arguments doctrinaux avancés au sujet du rejet ou de l'érection de l'identité de nature en tant que critère à part entière du conflit de normes, encore faut-il définir ce qu'est la « nature » d'une règle de droit. La formule est, en effet, susceptible de recouvrir deux réalités bien distinctes ; déterminer ce qu'une règle de droit commande ou situer une règle sur l'échelle de la hiérarchie des normes.

180. La première acception du terme a été mobilisée par celles et ceux qui se sont intéressés à la définition de la « norme juridique » elle-même. Classiquement perçue comme « une règle de conduite dans les rapports sociaux, générale, abstraite et obligatoire, dont la sanction est assurée par la puissance publique »⁸¹³, la règle de droit aurait pour objet une conduite, qu'elle l'autorise, l'interdise ou l'impose⁸¹⁴. Ici, la nature de la règle de droit renvoie au comportement

⁸¹² Plusieurs auteurs font tout de même de l'identité de nature entre les règles en conflit un critère de l'antinomie. À ce sujet, V. *infra*, n° 182 et s.

⁸¹³ R. GUILLIEN, J. VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 8^e éd., 1990. La définition donnée par le Vocabulaire Littré ne diffère que très peu, puisque l'ouvrage évoque « ce qui sert à diriger, à conduire, à régir » : É. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, V. Règle, sens n° 2.

⁸¹⁴ V. not. G. KALINOWSKI, *Introduction à la logique juridique*, Paris, LGDJ, 1965, pour lequel la norme juridique a forcément pour objet un comportement. Les partisans de cette fonction déontique de la règle de droit lient un

qu'elle impose au sujet. Sa nature est prescriptive lorsqu'elle commande au sujet de faire quelque chose, prohibitive lorsqu'elle lui interdit de faire quelque chose et permissive lorsqu'elle l'autorise à faire quelque chose⁸¹⁵. C'est donc l'orientation de la règle, le comportement qu'elle commande, qui est ici recouvert par la formule de « nature de la règle de droit ». Ces aspects de la règle de droit, dans la traque des conflits de normes, sont pleinement intégrés dans la notion d'antinomie, laquelle, nous venons de l'expliciter, s'intéresse à la fois à l'objet et au contenu des normes juridiques⁸¹⁶.

181. Dès lors, en ce qui nous concerne, il conviendrait de retenir la seconde acception qui est couramment faite de la formule. Selon elle, on parle de « nature d'une norme juridique » pour en évoquer la valeur au sein d'un système juridique⁸¹⁷. Ainsi, la valeur d'une règle insérée dans le Code du travail est légale, tandis que celle, par exemple, issue d'un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation est jurisprudentielle. La « nature » permet ici de classer les règles de droit au sein de la hiérarchie des normes, dont la forme pyramidale impose que les normes de nature inférieure respectent impérativement celles qui leur sont supérieures⁸¹⁸. Par suite, lorsque nous nous questionnons sur la nécessité de retenir le critère de l'identité de nature entre deux règles juridiques pour caractériser un conflit entre elles, c'est la valeur respective de chaque norme en concurrence qu'il appartient d'apprécier.

182. Il convient ainsi de déterminer si la valeur normative des règles constitue – ou non – le troisième critère de la caractérisation d'un conflit de normes. Autrement formulé, pour entrer en conflit, faut-il que deux règles en concours soient de même nature ? À cette interrogation, plusieurs auteurs ont estimé que la réponse devait être négative, invoquant plusieurs arguments.

sujet (χ) à une action (α) en usant d'un « foncteur propositionnel normatif » : « χ doit faire, ne doit pas faire ou peut faire α ». Pour une critique de la fonction déontique de la règle de droit, qui pêcherait par « simplisme et irréalisme à la fois », V. not. A. JEAMMAUD, « La règle de droit comme modèle », *RIEJ* 1990/2, p. 125 et s. ; C. GRZEGORCZYK, « Le rôle performatif dans le langage du droit », in *Archives de philosophie du droit*, Paris, Sirey, t. 19, 1974, p. 229 ; P. AMSELEK, « Philosophie du droit et théorie des actes de langage », in *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, PUF, 1986, p. 109 et s.

⁸¹⁵ Selon la présentation qui en est faite par A. JEAMMAUD, *ibid*, spé. n° 5.

⁸¹⁶ V. *supra*, n° 152 et s.

⁸¹⁷ V. not. les développements de D. de BÉCHILLON, « Sur la conception française de la hiérarchie des normes. Anatomie d'une représentation », *RIEJ* 1994/1, p. 81 et s.

⁸¹⁸ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, préc., qui a formulé l'idée selon laquelle l'ordre juridique est hiérarchisé et structuré. Il en résulte que chaque norme puise sa validité dans la norme qui lui est supérieure et doit également être conforme à celle qui lui est supérieure. V. ég. P. PUIG, « Hiérarchie des normes : du système au principe », *RTD civ.* 2001. 753 ; E. JEANSEN, *L'articulation des sources du droit : essai en droit du travail*, Thèse, Paris 2, 2007, spé. p. 60 et s.

Dans un ouvrage consacré à l'antinomie juridique⁸¹⁹, le professeur P. Foriers estime que deux lois peuvent entrer en conflit, tout en prenant le soin particulier de préciser que le mot « loi » ne doit pas être limité « à ce qu'il a d'étroitement et de strictement technique »⁸²⁰, mais devait être entendu comme un « synonyme de « règle de droit », de « norme juridique », importe peu l'origine de la norme »⁸²¹. Il estime ainsi qu'un conflit de normes peut valablement être caractérisé entre deux règles de valeurs distinctes, écartant de ce fait de l'équation le critère de l'identité de nature. Pour l'auteur, l'altérité de nature entre les règles en concours ne constitue donc pas un préalable à la découverte d'un conflit entre elles, nécessitant l'éviction de l'une au profit de l'application de l'autre. À l'inverse, elle constitue selon lui un moyen qui, *a posteriori*, sert le juge dans sa tâche de résoudre le conflit de normes⁸²². En somme, là où l'identité de nature ne constituerait pas une condition du conflit de normes, l'altérité de nature serait un outil qui en permettrait la résolution⁸²³. Au sein du même ouvrage, cette position est reprise par d'autres auteurs, pour lesquels la dissimilitude de nature entre deux règles ne constitue pas un obstacle à la reconnaissance d'un conflit entre elles⁸²⁴.

183. Plus récemment, d'autres arguments ont été avancés au soutien de cette thèse, sur le fondement du nouvel article 1105 du Code civil. La rédaction du second alinéa de celui-ci⁸²⁵ a en effet donné naissance à un argument soulevé par certains auteurs, qui se scinde en deux étapes.

La première s'est nouée autour du mot « disposition », auquel, il est vrai, il est particulièrement complexe de donner une définition exacte⁸²⁶. Or, le sens que l'on donne au terme s'avère primordial pour la suite du raisonnement. En effet, entendue de manière extensive, la « disposition » renvoie à l'ensemble des règles de droit, qu'elles soient légales, réglementaires ou encore jurisprudentielles. Il s'agit-là du même cheminement qui a fait dire à

⁸¹⁹ Ch. PERELMAN (dir.), *Les antinomies en droit*, préc.

⁸²⁰ P. FORIERS, « Les antinomies en droit », préc., p. 21.

⁸²¹ *Ibid.* Sous le terme « loi », l'auteur intègre donc toutes les règles juridiques, peu importe leur valeur.

⁸²² *Ibid.*, p. 26.

⁸²³ Pour de plus amples développements sur l'emploi du « critère hiérarchique » pour résoudre un conflit entre deux règles juridiques, V. *infra*, n° 219 et s.

⁸²⁴ L. SILANCE, « Quelques exemples d'antinomies et essai de classement », préc., p. 63 ; R. VAN ELST, « Antinomies en droit international privé », in Ch. PERELMAN (dir.), *Les antinomies en droit*, préc., p. 138 et s.

⁸²⁵ Pour rappel : « les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux ».

⁸²⁶ V. ég. N. ANCIAUX, note sous Soc., avis, 3 avr. 2019, préc., pour lequel il est impossible de déterminer si les *dispositions* visées par l'article 1105 du Code civil peuvent inclure – ou non – la jurisprudence.

certain auteurs susmentionnés que le mot « loi » devait recevoir un sens plus large que celui le cantonnant aux seuls textes ayant valeur légale⁸²⁷. De cette conception large du mot « disposition », il résulte le fait que le Code civil accueillerait le principe selon lequel un conflit de normes pourrait être découvert entre, d'un côté, une règle générale légale et, de l'autre, une règle jurisprudentielle spéciale. De fait, interprété dans son entièreté, l'article 1105 du Code civil énoncerait alors que les normes légales et jurisprudentielles, entre autres, constituent ce que le texte nomme les « règles particulières à certains contrats ». Concrètement, les « dispositions propres » au contrat de travail seraient à la fois celles du Code du travail et de la chambre sociale de la Cour de cassation⁸²⁸. Par suite, le droit commun des contrats entrerait en conflit lorsqu'il se révélerait être antinomique avec un texte du Code du travail ou une position adoptée par la jurisprudence sociale. Par exemple, un véritable conflit de normes, devant être tranché par le juge, pourrait être caractérisé entre l'article 1139 du Code civil et les arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation qui retiennent de la réticence dolosive une conception atrophiante⁸²⁹.

Au soutien de cette conception large du mot « disposition », il est à noter que dans une étude consacrée au droit commun⁸³⁰, le professeur N. Balat énonce que « le droit commun est donc composé de normes de conduite avalisées – c'est-à-dire directement édictées ou indirectement admises – par l'État. Et, quant aux sources du droit commun, elles peuvent aussi consister, comme les sources du droit lui-même, dans les lois, les usages, la coutume, voire [...] la jurisprudence »⁸³¹. Or, si les décisions de justice contribuent à façonner le droit commun des contrats, il est possible, par analogie, de considérer que les « règles particulières à certains contrats », qui sont « établies dans les dispositions propres à chacun d'eux », puissent être alimentées par la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation. La disposition recouvrirait alors les décisions de justice rendues par la Haute Cour.

De plus, et il s'agit-là de la seconde étape du raisonnement, dans la mesure où l'article 1105 du Code civil n'énonce pas avec précision le sens qu'il convient de donner au terme

⁸²⁷ P. FORIERS, L. SILANCE et R. VAN ELST.

⁸²⁸ Cela rejoindrait la définition donnée au terme par le Vocabulaire Littré : « chaque point réglé par une loi, par un arrêt ».

⁸²⁹ P.-Y. VERKINDT, « Le contrat de travail, modèle ou anti-modèle du droit civil des contrats », préc., parle d'un « refoulement quasi-total du dol » par le juge social.

⁸³⁰ N. BALAT, *Essai sur le droit commun*, préc.

⁸³¹ *Ibid*, p. 30 et s.

« disposition », certains auteurs, sur le fondement de l'adage selon lequel « il n'y a pas lieu de distinguer là où la loi ne distingue pas »⁸³², retiennent du terme un sens large⁸³³. L'adage, qui interdit au juge de créer des exceptions qui n'ont pas été prévues par le législateur sous peine de cassation⁸³⁴, tend ici à signifier que si le Gouvernement, dans la rédaction de l'article 1105 du Code civil, n'a pas pris la peine d'expressément exclure la jurisprudence du champ du mot « disposition », le juge n'a pas à opérer une telle distinction. En conséquence, l'identité de nature ne serait pas une condition propre à caractériser l'existence d'un conflit de normes entre deux règles.

184. L'ensemble de ces arguments prête toutefois le flanc à la critique. La possibilité d'élargir un tel conflit à l'incompatibilité entre un texte à valeur légale et une décision de justice a été remise en cause dès le XVIII^e siècle. Dans l'une de ses œuvres les plus connues⁸³⁵, C.-L. Montesquieu énonçait que pour caractériser un conflit entre deux règles, il convient « d'examiner si les lois qui paraissent se contredire sont du même ordre »⁸³⁶. En effet, contrairement à la position extensive adoptée notamment par le professeur P. Foriers⁸³⁷, s'il existe un rapport hiérarchique entre les deux règles incompatibles et portant sur un objet commun, leur opposition ne peut accoucher d'un conflit entre elles, imposant au juge de trancher pour l'éviction de l'une et l'application de l'autre⁸³⁸. Un auteur synthétise cet aspect en énonçant que, selon lui, « il n'y a pas d'antinomie dans l'opposition de deux règles juridiques qui en raison de la hiérarchie des sources juridiques d'un système sont dans des rapports tels que l'existence de l'une implique l'irrégularité de l'autre »⁸³⁹. Cette pensée se trouve confirmée par l'activité judiciaire quotidienne de notre système juridique, laquelle ne manque pas de

⁸³² Traduction française de l'adage latin *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*.

⁸³³ V. not. L. BENTO DE CARVALHO, « L'étrange sauvetage de la prise d'acte de rupture du contrat de travail », préc.

⁸³⁴ Ce que la Cour de cassation ne manque pas de rappeler ponctuellement. V. not. Ch. réunies, 13 févr. 1930, *D.* 1930. 1. 57, note G. RIPERT ; Soc., 8 juin 1972, n° 71-10.734 ; Soc., 30 sept. 2020, n° 19-12.885. L'adage a même été utilisé en guise de visa d'un arrêt de cassation : Civ., 1^{re}, 5 janv. 1970, n° 67-12.282.

⁸³⁵ Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, Genève, 1748.

⁸³⁶ *Ibid*, chapitre 18.

⁸³⁷ P. FORIERS, « Les antinomies en droit », préc., p. 21. V. *supra*, n° 182.

⁸³⁸ W. MALGAUD, « Les antinomies en droit. À propos de l'étude de G. GAVAZZI », préc., p. 9, nuance quelque peu le constat réalisé par Montesquieu, quand bien même le rejoint-il. Pour lui, comme pour G. GAVAZZI, *Delle Antinomie*, préc., un conflit ne peut être caractérisé qu'entre deux normes écrites. *De facto*, cela entraîne l'exclusion de la jurisprudence des débats qui nous concernent. Par contre, cela permet la découverte d'un tel conflit entre deux normes ayant une nature différente, car sous l'appellation « normes textuelles », les auteurs visent la constitution, la loi et le règlement.

⁸³⁹ H. BUCH, « Conception dialectique des antinomies juridiques », préc., p. 383.

sanctionner le juge qui aurait rendu une décision non conforme à une disposition légale⁸⁴⁰. Partant, s'il était possible de caractériser un véritable conflit de normes entre une loi, au sens strict du terme, et une décision de justice, la Cour de cassation ne pourrait pas automatiquement prononcer la cassation d'un arrêt d'appel qui opérerait pour une solution *contra legem* ; dans cette hypothèse, la Haute Cour devrait en effet mobiliser les outils lui permettant de résoudre le conflit de normes. En conséquence, en application desdits outils, la position jurisprudentielle adoptée par les juges du fond ne serait pas automatiquement censurée ; à l'inverse, la décision de faire application de l'une ou l'autre règle en conflit devrait alors être prise au cas par cas, *in concreto*. Cela mènerait toutefois le système juridique tout entier dans un chaos total et désorganisé, car la loi perdrait toute puissance coercitive.

Pour l'illustrer, prenons l'exemple de l'article L. 1232-1 du Code du travail, qui constitue le socle fondateur de notre droit du licenciement en imposant que chaque rupture de contrat de travail prononcée à l'initiative de l'employeur soit justifiée par une cause réelle et sérieuse⁸⁴¹. Si un arrêt d'appel venait à énoncer explicitement que « la validité d'un licenciement pour motif personnel n'est soumise à aucune condition de justification », il serait logiquement censuré par la Cour de cassation pour violation de la loi. Néanmoins, si un conflit de normes pouvait être caractérisé entre une règle légale et une règle jurisprudentielle, la censure ne pourrait être automatique. En effet, les deux règles portent sur un même objet et sont indubitablement incompatibles ; elles sont donc antinomiques. En amont de la réforme du droit des contrats, pour résoudre ce conflit, le juge aurait dû mobiliser l'un des modes de résolution des conflits mis à sa disposition⁸⁴² pour trancher le litige. Par exemple, le choix du critère chronologique, qui fait primer la dernière règle édictée⁸⁴³, mènerait la Cour de cassation à confirmer la position retenue par l'arrêt d'appel et à ne soumettre le licenciement à aucune justification patronale.

⁸⁴⁰ La traditionnelle formule « la Cour d'appel a violé le texte susvisé » se retrouve dans plus de 66 000 arrêts rendus par la Cour de cassation.

⁸⁴¹ L'article énonce que « tout licenciement pour motif personnel est motivé dans les conditions définies par le présent chapitre. Il est justifié par une cause réelle et sérieuse ». V. ég. G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, préc., p. 595 et s.

⁸⁴² Pour l'explication de chacun de ces critères, V. *infra*, n° 207 et s.

⁸⁴³ À savoir, dans notre exemple, l'arrêt du juge du fond. Il est toutefois vrai que dans une telle situation, les auteurs, unanimement, font primer l'utilisation du critère hiérarchique sur celle du critère chronologique : V. not. N. BOBBIO, « Des critères pour résoudre les antinomies », in Ch. PERELMAN (dir.), *Les antinomies en droit*, préc., p. 237 ; Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préc., p. 507. Néanmoins, avant la réforme du droit des contrats, rien ne l'imposait au juge, qui restait libre d'opter pour le critère qu'il souhaitait pour résoudre un conflit de normes.

Un tel scénario, difficilement imaginable au demeurant, serait néanmoins rendu possible si l'on retenait une conception large de l'article 1105, alinéa 2, du Code civil. En effet, si le terme « disposition » venait à recouvrir également la jurisprudence, l'article permettrait explicitement aux juges de rendre des décisions *contra legem*. Par conséquent, conformément aux lexiques juridiques, il convient de définir la « disposition » comme étant « une prescription énoncée dans un texte »⁸⁴⁴. De plus, pour mettre un terme définitif aux débats, peut-être faudrait-il, à l'instar de ce que la doctrine a pu proposer, modifier l'article 1105, alinéa 2, du Code civil, pour lui faire dire que « les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux, dans le présent code ou tout autre code de loi »⁸⁴⁵. Par là, le Code civil énoncerait explicitement qu'un conflit de normes ne peut résulter que de l'antinomie de deux règles partageant la même nature.

Aussi pouvons-nous compléter la formule si percutante de M. G. Boland ; s'il faut effectivement se retrouver sur le « même terrain » pour combattre⁸⁴⁶, encore faut-il également être à « armes égales ». Par conséquent, la caractérisation d'un conflit de normes nécessite certes celle d'une antinomie, mais aussi celle d'une identité de nature entre les règles. Dès lors, fort logiquement, l'antinomie caractérisée entre deux normes de nature distincte doit entraîner le rejet de la caractérisation d'un conflit de normes.

2. L'antinomie de deux règles de natures différentes

185. Il résulte du raisonnement qui précède que deux règles de nature différente ne peuvent entrer en conflit, même si leur antinomie est démontrée **(a)**. Ce constat est loin d'être anodin ; en de nombreuses hypothèses, la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation, qu'elle soit antérieure ou postérieure à l'entrée en vigueur de la réforme du droit des contrats, se révèle antinomique avec les dispositions que cette dernière a insérées dans le Code civil **(b)**.

⁸⁴⁴ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 12^e éd., 2018, V. Disposition. V. ég. S. TOURNAUX, « L'autonomie de la prise d'acte de rupture du contrat de travail », préc.

⁸⁴⁵ Formule imaginée par J. HUET, A. GHOZI, « L'article 1105 nouveau du Code civil : modification suggérée », *RDC* 2017, p. 168.

⁸⁴⁶ G. BOLAND, « Quelques propos sur les antinomies et pseudo-antinomies en particulier en droit administratif », préc., p. 198.

a. Le rejet de la qualification de conflit de normes

186. La soumission de la notion de conflit de normes à la démonstration d'un troisième critère, l'identité de nature, emporte l'inévitable rétrécissement de son champ de caractérisation. En effet, si un tel conflit pouvait émerger de l'antinomie entre une décision de justice et la loi dans l'esprit de certains auteurs, qui renaient de la notion une conception large⁸⁴⁷, le sens que nous donnons à la notion fait obstacle, dans cette situation, à la caractérisation d'un conflit de normes. Deux interrogations demeurent donc : premièrement, se pose la question de la qualification juridique exacte de la situation dans laquelle la jurisprudence sociale est antinomique avec le droit des contrats issu de la réforme opérée en 2016 et 2018 ; deuxièmement, il est nécessaire d'énoncer comment cette antinomie doit être résolue.

187. Afin d'apporter des éclaircissements au premier questionnement, il semble opportun de revenir à l'articulation des règles spéciales et générales dans ce qu'elle a de plus général. Il résulte de nos développements que les relations que peuvent entretenir les règles travailistes et civilistes sont au nombre de trois : le conflit de normes, la cohabitation des règles et le comblement des lacunes.

Le conflit de normes, nous venons de le mentionner, doit en l'espèce être écarté. En conséquence, en application de l'article 1105, alinéa 3, du Code civil, interprété de manière stricte, la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation ne doit pas être en mesure d'exclure l'application de la législation générale du Code civil⁸⁴⁸. Aussi, il est possible d'affirmer qu'*a minima*, le nouveau droit des contrats a vocation à être appliqué conjointement à la jurisprudence travailiste.

Il semblerait pourtant qu'il ne s'agisse pas là de sa véritable fonction. La cohabitation des règles, qu'elle mène à une application alternative ou cumulative des règles, est selon-nous conditionnée par trois critères, parmi lesquels nous retrouvons l'identité de nature⁸⁴⁹.

⁸⁴⁷ V. not. P. FORIERS, « Les antinomies en droit », préc. ; L. SILANCE, « Quelques exemples d'antinomies et essai de classement », préc. ; R. VAN ELST, « Antinomies en droit international privé », préc.

⁸⁴⁸ Rappelons, en effet, que selon l'article 1105 du Code civil, la seule hypothèse dans laquelle les règles générales peuvent être évincées d'un litige de droit du travail est celle d'un conflit de normes. V. *supra*, n° 34, n° 148 et s.

⁸⁴⁹ En plus de la connexité de la question juridique traitée par chacune des deux règles et la compatibilité de leurs directives : V. *supra*, n° 155 et s. Le critère de l'identité de nature est imposé à la fois par l'obligatorité de la fonction subsidiaire des règles de droit commun des contrats, mais aussi par le principe de hiérarchie des normes,

L'antinomie entre la jurisprudence sociale et les mécanismes codifiés par la réforme du droit des contrats au sein du Code civil ne peut donc aboutir à la caractérisation d'une cohabitation des règles sur le fondement de l'article 1105 du Code civil.

Ce raisonnement, mené par élimination, nous pousse donc à considérer que l'hypothèse d'espèce est celle d'une lacune juridique qui affecte le droit du travail. Et pour cause, nous sommes ici confrontés à une situation dans laquelle le silence du Code du travail est occulté par la jurisprudence. Ce silence correspond au « vide » dont font mention les travaux que l'université de Moncton a menés⁸⁵⁰, sans qu'il ne puisse être perçu comme « l'autre droit » mis en exergue par H. Kelsen⁸⁵¹. Par conséquent, lorsque les décisions de justice de la chambre sociale de la Cour de cassation s'avèrent antinomiques avec le droit commun des contrats, qu'il soit issu ou non de la réforme menée au cours de la décennie passée, il y a lieu de considérer que le droit du travail possède une lacune que le droit commun des contrats doit combler.

188. Ceci nous permet d'apporter une réponse à la seconde interrogation ; la caractérisation de ces lacunes active automatiquement la mise en œuvre de l'article 1105, alinéa 1, du Code civil, en vertu duquel le juge doit combler le vide constaté dans la législation travailliste par le recours au droit commun des contrats ou, par exception, à des règles qui lui sont supérieures. En raison de l'incompatibilité des deux règles⁸⁵², ce recours ne peut entraîner comme conséquence que le brisement de la jurisprudence sociale ; la fonction subsidiaire obligatoire des règles générales doit ici pousser le juge travailliste à revenir sur sa position et en consacrer une nouvelle, conforme au Code civil. C'est d'ailleurs ce à quoi la chambre sociale de la Cour de cassation s'est pliée au mois de septembre 2017, lorsqu'elle est revenue sur sa jurisprudence selon laquelle la promesse unilatérale d'embauche qui précise l'emploi proposé et la date d'entrée en fonction vaut contrat de travail⁸⁵³, pour faire une application stricte du nouvel article 1124 du Code civil⁸⁵⁴. Cette décision, critiquable par ailleurs⁸⁵⁵, a néanmoins été rendue dans

en vertu duquel une règle de valeur inférieure doit impérativement respecter celles qui lui sont supérieures. V. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, préc.

⁸⁵⁰ V. *supra*, n° 43.

⁸⁵¹ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, préc.

⁸⁵² Au sens large du terme, qui englobe aussi bien la loi de la jurisprudence.

⁸⁵³ Soc., 15 déc. 2010, n° 08-42.951, préc.

⁸⁵⁴ Soc., 21 sept. 2017, n° 16-20.103, préc.

⁸⁵⁵ V. not. S. TOURNAUX, « L'autonomie de la prise d'acte de rupture du contrat de travail », préc. ; L. BENTO DE CARVALHO, « L'étrange sauvetage de la prise d'acte de rupture du contrat de travail », préc. ; J. MOULY, « La prise d'acte saisie par le nouvel article 1226 du Code civil ? », préc. ; G. LOISEAU, « Le repli sur soi », préc. ; « La prise d'acte civilisée », préc. ; « La tentation de l'autonomie », préc. ; D. CORRIGNAN-CARSIN, « Non-

une hypothèse où les normes en concurrence n'étaient pas antinomiques, il est d'autres hypothèses dans lesquelles lesdites antinomies entre la jurisprudence sociale et la réforme du droit des contrats survivent encore.

b. L'antinomie de la jurisprudence sociale et de la réforme du droit des contrats

189. Depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016 – voire, selon les cas, de la loi du 20 avril 2018 – plusieurs positions retenues par la chambre sociale de la Cour de cassation ne sont plus être en mesure d'être maintenues⁸⁵⁶, car antinomiques avec les nouvelles règles générales. Il résulte de nos développements précédents, relatifs à la communauté d'objet et à l'incompatibilité, que les illustrations sont au nombre de quatre.

190. La première est celle de la confrontation des arrêts dits « Perrier »⁸⁵⁷ avec le nouvel article 1227 du Code civil. L'antinomie résulte ici du fait que tandis que la disposition légale énonce que « la résolution [judiciaire] peut, en toute hypothèse, être demandée en justice », la décision, elle, en interdit l'accès à l'une des parties au contrat de travail, à savoir l'employeur. Ainsi, la communauté d'objet peut se déceler dans l'accès à la résolution judiciaire⁸⁵⁸, tandis que l'incompatibilité, elle, résulte de la comparaison entre la formule employée par le Code civil, qui énonce que la résolution judiciaire peut être sollicitée « en toute hypothèse », et de l'interdiction pour l'employeur, prononcée par l'arrêt de la chambre mixte, de valablement saisir le Conseil de Prud'hommes d'une demande de résiliation judiciaire. Au-delà de l'incompatibilité juridique⁸⁵⁹, il existe également là une incompatibilité sémantique, car certains

application de l'article 1226 du Code civil à la prise d'acte de rupture du contrat de travail », préc. ; D. HOUTCIEFF, « La prise d'acte tient la résolution unilatérale en état », préc. ; J. ICARD, « La prise d'acte de rupture du contrat de travail ne suppose pas de mise en demeure préalable », préc.

⁸⁵⁶ Cela s'explique par la transmutation normative opérée par ladite réforme. En effet, tant que la règle générale était également jurisprudentielle, la jurisprudence sociale pouvait librement y déroger, car les normes étaient alors de même nature. Suite à la vaste codification de la jurisprudence civile au sein du Code civil, certains arrêts rendus par la chambre sociale de la Cour de cassation sont dorénavant contraires non plus à des décisions des chambres civiles ou commerciale, mais à la loi générale ; ils sont donc devenus *contra legem*. V. not. Y. PAGNERRE, « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », préc.

⁸⁵⁷ Ch. mixte, 21 juin 1974, n° 71-91.225, préc. Aux arrêts dits « Perrier », il est possible d'ajouter Soc., 9 mars 1999, n° 96-41.734, préc., qui étend la solution adoptée par la chambre mixte de la Cour de cassation à l'ensemble des salariés, même ceux qui ne sont pas investis d'un mandat professionnel.

⁸⁵⁸ Quand bien même, en droit du travail, il est plus question de la résiliation judiciaire du contrat de travail que de sa résolution. En effet, la formule « résolution judiciaire du contrat de travail » n'a plus été employée par la chambre sociale de la Cour de cassation depuis Soc., 14 nov. 1991, n° 88-41.346.

⁸⁵⁹ Qui résulte du fait qu'il est impossible d'ouvrir l'accès à la résiliation judiciaire dans l'ensemble des hypothèses et, en même temps, de l'interdire à l'employeur.

termes ou formules, comme « toujours » ou « en toute hypothèse » ne peuvent en réalité pas souffrir d'une exception, puisqu'ils portent en leur sein une idée de permanence absolue⁸⁶⁰.

191. La seconde renvoie au dol et voit l'antinomie se nouer autour de l'arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 3 juillet 1990⁸⁶¹ et le nouvel article 1139 du Code civil. Tous deux portent sur le caractère (in)excusable de l'erreur commise par la victime d'un dol⁸⁶², ce qui tend à constituer le partage, entre les deux normes, d'un objet commun. L'incompatibilité juridique, elle, se caractérise selon le même schéma que nous venons de présenter ; en effet, le Code civil dispose désormais que « l'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable [...] ». Dès lors, comme la jurisprudence sociale apporte une exception à une règle pourtant dotée d'une permanence absolue, les deux normes ne peuvent être qu'incompatibles⁸⁶³.

192. La troisième est aussi la seule qui a émergé depuis le 1^{er} octobre 2016, date de l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février de la même année. Elle présente également la particularité de ne pas trouver son fondement dans la nuance qu'apporte la jurisprudence sociale à un texte qui ne peut en souffrir. En effet, cette fois-ci, l'incompatibilité caractérisée entre l'avis rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 3 avril 2019 et le nouvel article 1226 du Code civil, qui portent tous deux volonté d'un contractant de mettre unilatéralement fin au contrat en raison des faits qu'il reproche à l'autre, résulte de la différence de régime à laquelle la prise d'acte de rupture du contrat de travail et la résiliation unilatérale aux risques et périls du créancier sont soumises⁸⁶⁴.

193. La quatrième a cette fois-ci trait aux relations collectives de travail. Le nouvel article 1186 du Code civil dispose qu'« un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît ». Ainsi, la caducité sanctionne la perte, au cours de l'exécution

⁸⁶⁰ À condition d'interpréter ces termes et formules selon leur acception première et stricte. L'Académie Française définit ainsi le mot « toujours » de la manière suivante : « en tout temps, continuellement, sans cesse, sans relâche, sans fin [...], pour tout le temps à venir », en précisant qu'il existe une seconde acception, qui signifie « le plus souvent, habituellement, ordinairement » : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A8T0850>.

⁸⁶¹ Soc., 3 juill. 1990, n° 87-40.349, préc.

⁸⁶² V. not. Ch. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil*, préc., p. 265.

⁸⁶³ V. not. Y. PAGNERRE, « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », préc.

⁸⁶⁴ Pour rappel, Soc., 16 mai 2012, n° 10-15.238, préc., énonce que la validité d'une prise d'acte de rupture n'est soumise à aucune condition de fond, tandis que l'article 1226 du Code civil soumet la validité de la résiliation unilatérale aux risques et périls du créancier à une mise en demeure préalable (sauf urgence) et à une obligation de motivation.

du contrat, de l'une de ses conditions de validité⁸⁶⁵. La disparition d'une partie signataire d'une convention collective devrait ainsi emporter la caducité de cette dernière⁸⁶⁶, dont le consentement n'existe plus. Pourtant, dans une telle situation, la chambre sociale de la Cour de cassation a considéré que la convention collective n'était pas caduque, mais mise en cause⁸⁶⁷. Le juge social fait ici application de la législation spéciale travailliste⁸⁶⁸, pourtant réservée aux hypothèses où l'entreprise connaît une modification de sa situation juridique⁸⁶⁹, en lieu et place du mécanisme de la caducité qui, seul, est compétent pour traiter des conséquences de la disparition d'une condition de validité d'un acte.

194. En l'espèce, les quatre situations d'antinomie sont caractérisées entre deux normes de natures différentes, ce qui conduit à rejeter la caractérisation d'un conflit de normes entre elles. Ce rejet, conjugué avec celui de la cohabitation des règles⁸⁷⁰, emporte l'activation automatique de la dernière règle d'articulation des normes, qui ne reçoit application qu'en l'absence de réglementation légale particulière : le principe de comblement des lacunes. Il s'avère en effet que la loi travailliste est totalement silencieuse au sujet de la résolution judiciaire, du dol⁸⁷¹, de

⁸⁶⁵ Pour de plus amples développements au sujet de la caducité, V. *infra*, n° 772 et s.

⁸⁶⁶ V. not. Ch. MARIANO, « La caducité de l'accord collectif », *Dr. soc.* 2023. 225. V. déjà P. DURAND, A. VITU, *Traité de droit du travail*, Paris, Dalloz, t. 3, 1956, spé., n° 193 ; M. DESPAX, « Négociations, conventions et accords collectifs », in G.-H. CAMERLYNCK (dir.), *Traité de droit du travail*, Paris, Dalloz, t. 7, 2^e éd., 1989, p. 372.

⁸⁶⁷ Soc., 16 mars 1995, n° 91-40.210, *Dr. soc.* 1995. 372, concl. R. KESSOUS ; *D.* 1995. 369, obs. E. DOCKES ; *JCP* 1995. II. 22418, rapp. J.-Y. FROUIN ; *JCP E* 1995. II. 722, note P. POCHET ; Soc., 13 oct. 2016, n° 14-18.905, *JCP S* 2016. 1434, obs. B. BOSSU.

⁸⁶⁸ La mise en cause d'une convention collective est aujourd'hui visée aux articles L. 2261-14 et s. du Code du travail.

⁸⁶⁹ Comme la fusion, cession, scission ou le changement d'activité : article L. 2261-14 du Code du travail.

⁸⁷⁰ Pour le même motif, à savoir l'altérité de nature entre les deux normes.

⁸⁷¹ L'article L. 1221-6 du Code du travail se contente d'énoncer que le candidat à l'embauche est tenu de répondre en toute bonne foi aux questions, formulées par le recruteur, qui ont un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou avec l'évaluation des aptitudes professionnelles. V. not. F. FAVENNEC-HÉRY, « Vie professionnelle, vie personnelle du salarié et droit probatoire », *Dr. soc.* 2004. 48 ; G. LOISEAU, « La neutralisation du dol du salarié », *D.* 2006. 204 ; S. FANTONI-QUINTON, « Garder le silence ou mentir sur son état de santé : quelles conséquences juridiques pour le candidat à l'embauche ? Une approche comparée France/Québec », *Dr. soc.* 2016. 19 ; L. MORIEUX, « Recruter un salarié : les bonnes pratiques », *JA* 2021. 40 ; F. GEA, « L'entretien d'embauche », *Cah. soc.* 2014, p. 586 ; G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, préc., p. 206 et s.

la prise d'acte de rupture du contrat de travail⁸⁷² ou de la caducité⁸⁷³. Conformément au nouvel article 1105 du Code civil, ces lacunes devraient être comblées par le recours au droit commun des contrats et plus particulièrement aux dispositions nouvellement insérées dans le Code civil par la réforme du droit des contrats. Rien, du point de vue de cet article 1105, ne semble en effet faire obstacle à la mise en œuvre de la fonction subsidiaire obligatoire des règles générales⁸⁷⁴. Sur ce fondement, l'employeur se verrait octroyer le droit de solliciter la résiliation judiciaire d'un contrat de travail, le dol du candidat à l'embauche emporterait automatiquement le caractère excusable de l'erreur commise par l'employeur et la prise d'acte de rupture du contrat de travail devrait se soumettre aux conditions de fond de l'article 1226 du Code civil. La disparition d'une organisation syndicale signataire d'une convention collective, elle, précéderait celle, automatique mais non rétroactive, de l'acte collectif signé, sur le fondement du nouvel article 1186 du Code civil. L'influence produite en droit du travail par la réforme du droit des contrats serait alors particulièrement forte et permettrait au droit des contrats de réinvestir largement le domaine de la rupture du contrat de travail, duquel il a été écarté par vagues successives⁸⁷⁵. Dans les trois premières hypothèses, néanmoins, il y a fort à parier que

⁸⁷² L'article L. 1451-1 du Code du travail se contente d'énoncer que lorsque le Conseil de Prud'hommes est saisi d'une prise d'acte de rupture du contrat de travail, l'affaire est portée immédiatement devant le bureau de jugement, qui doit statuer dans un délai d'un mois à compter de la saisine. V. not. J. MOULY, « La procédure accélérée de l'article L. 1451-1 du Code du travail s'applique également à l'action en requalification d'une démission en prise d'acte », *Dr. soc.* 2019. 1093 ; H. GUYOT, « Prise d'acte et saisine directe du bureau de jugement du Conseil de Prud'hommes », *JCP S* 2019. 1358 ; M. DOUAOU, « Que faire face à une prise d'acte de rupture du contrat de travail ? », *JCP S* 2021. 1291 ; A. BUGADA, « Action en requalification d'une démission : saisine directe du bureau de jugement », *Procédures* 2019. 289 ; B. PATRIGEON, « La procédure de prise d'acte de la rupture du contrat de travail depuis la loi du 1^{er} juillet 2014 », *Cah. soc.* 2015, p. 289 ; J. ICARD, obs. sous Soc., 18 sept. 2019, n° 18-15.765, *BJT* 2019, p. 25.

⁸⁷³ La caducité est visée dans la partie réglementaire du Code du travail, au sujet de l'absence du demandeur devant le bureau de jugement (déclaration de caducité, articles R. 1454-12 et R. 1454-21 du Code du travail) ou de la non-réalisation des démarches numériques tendant à la validation des acquis de l'expérience (article R. 6412-4 du Code du travail). La caducité d'un acte en raison de la disparition de l'une de ses conditions de validité n'est, elle, jamais visée.

⁸⁷⁴ Nous mettons ici en exergue le fait qu'en application du nouvel article 1105 du Code civil, les lacunes susmentionnées devraient être impérativement et automatiquement comblées par le recours aux articles 1227, 1139 et 1226 du Code civil, car rien ne semble y faire obstacle. Cela ne signifie pas, pour autant, que les solutions adoptées par la chambre sociale de la Cour de cassation sont dénuées de tout fondement. Ainsi, deux des trois arrêts dont il est question – ceux relatifs au rejet de la résiliation judiciaire à l'initiative de l'employeur et au cantonnement du dol – ont été motivés par la protection du salarié, auquel l'application stricte de la règle civiliste aurait porté un préjudice certain. À ce sujet, V. *infra*, n° 660 et s. Au sujet du rejet des règles de l'article 1226 du Code civil à la prise d'acte de rupture du contrat de travail, il semblerait que la motivation poursuivie par la chambre sociale soit tout autre et, partant, critiquable : V. *infra*, n° 950.

⁸⁷⁵ La première vague a été celle de l'arrêt dit « Perrier » susmentionné, qui a emporté une « travaillisation » de la résiliation judiciaire qui, contrairement aux dispositions de l'ancien article 1184 du Code civil, n'était accessible qu'à une seule partie du contrat de travail. Plus récemment, c'est la possibilité de rompre amiablement un contrat à durée indéterminée sur le fondement du Code civil (ancien article 1134, nouvel article 1193) qui a été remise en cause, la chambre sociale de la Cour de cassation faisant de la rupture conventionnelle le seul mode de rupture d'un commun accord de ce type de contrat : Soc., 15 oct. 2014, n° 11-22.251, préc. On constate, enfin, que dans le silence du Code du travail, ce sont les règles du licenciement qui ont fréquemment été appliquées en lieu et

le juge social campera sur ses positions, fondées sur des motifs extérieurs au droit des contrats⁸⁷⁶, dans l'optique de ne pas porter une atteinte trop importante à la protection du salarié⁸⁷⁷.

195. Réciproque du principe de cohabitation des règles, le conflit de normes constitue l'unique obstacle à l'application cumulative ou alternative des règles spéciales et générales. Seule sa caractérisation – qui passe par celles, préalables, d'une antinomie et donc d'une identité de nature entre les normes concurrentes – permet au juge d'écarter l'une des règles au profit de l'autre. La caractérisation précitée est toutefois susceptible de produire une influence au-delà même des frontières de la notion, en constituant le socle de la théorie du déclenchement du principe de cohabitation des règles.

C. L'INFLUENCE DU CONFLIT DE NORMES SUR LE DÉCLENCHEMENT DU PRINCIPE DE COHABITATION DES RÈGLES

196. Bien que prévu par le Code civil depuis 1804 et rappelé en 2016, une question demeure au sujet du principe de cohabitation des règles spéciales et générales : se déclenche-t-il automatiquement lorsque deux règles d'un degré de généralité distinct coexistent ou, *a contrario*, sa mise en œuvre est-elle soumise à certaines conditions ? Le Code civil n'en dit rien. Pourtant, il nous semble que pour véritablement cohabiter, c'est-à-dire être applicables toutes deux à un même aspect d'un litige⁸⁷⁸, les règles spéciales et générales doivent présenter *a minima* trois caractéristiques communes, qui s'avèrent être les mêmes – à quelques nuances près – que celles qui permettent la caractérisation d'un conflit de normes.

197. Si la première constitue une lapalissade, il convient à notre sens de ne pas l'occulter totalement de notre raisonnement : pour cohabiter, deux règles doivent exister dans un même système juridique. À défaut, la branche spéciale serait grevée d'une lacune juridique et il

place de celles du droit commun des contrats. Pour autant, le droit commun des contrats n'est pas totalement absent de la phase de rupture du contrat de travail, puisque la résiliation judiciaire demeure autorisée pour le salarié ou que, par exemple, un contrat à durée déterminée est susceptible d'être rompu d'un commun accord sur le fondement du nouvel article 1193 du Code civil : article L. 1243-1 du Code du travail.

⁸⁷⁶ Ce qui ne signifie pas automatiquement qu'ils sont moins opportuns ou pertinents que ceux commandés par le nouvel article 1105 du Code civil ; ils sont par contre indubitablement dotés d'une généralité moindre, en ce qu'ils sont propres au droit du travail, à ses particularités et ses acteurs.

⁸⁷⁷ V. *infra*, n° 715 et s.

⁸⁷⁸ De manière alternative ou cumulative. V. *infra*, n° 109 et s.

conviendrait de faire application de l'article 1105 du Code civil non pas sous sa facette « cohabitation des règles », mais sous celle « comblement des lacunes ». De surcroît, l'existence dont il est ici question doit être concomitante ; les deux règles doivent exister en même temps. Ainsi, par exemple, la promulgation de l'une ne doit pas entraîner l'abrogation de l'autre⁸⁷⁹, sans quoi les deux règles n'ont pas « vécu » ensemble et ne peuvent pas, par conséquent, cohabiter l'une avec l'autre. Les deux règles doivent donc posséder la même temporalité.

De surcroît, elles doivent, selon nous, être de même nature : une règle jurisprudentielle spéciale ne peut donc prétendre à cohabiter avec une règle légale générale car, conformément à nos développements précédents⁸⁸⁰, la fonction subsidiaire du droit commun des contrats doit alors pousser le juge social à faire application de la règle générale, dans l'optique de combler les lacunes du droit spécial.

198. L'identité de nature n'est pas l'unique condition à relever ; les deux règles doivent, en plus, régir une question juridique similaire. Autrement formulé, elles doivent partager un objet commun ; il ne ferait que peu de sens d'évoquer la cohabitation de deux textes qui, sur le fond du droit, traitent de thématiques totalement différentes. Si cette situation ne fait pas obstacle à l'application de chacune des normes, il ne faut pas y voir le résultat du principe de cohabitation des règles. Il est en effet très fréquent qu'au sein d'un arrêt, la chambre sociale de la Cour de cassation mentionne à la fois le Code du travail et le Code civil, sans pour autant que les règles mobilisées ne cohabitent au sens de l'article 1105 du Code civil. Cela s'explique par le fait que l'emploi de chacune des règles sert alors un dessein différent. Ainsi, lorsque les articles L. 1245-1 et L. 1245-2 du Code du travail, qui portent sur la requalification d'un contrat de travail à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, sont portés au visa d'un arrêt à côté de l'ancien article 1315 du Code civil, relatif à la preuve des obligations⁸⁸¹, il n'y a pas lieu d'évoquer leur cohabitation. Le terme « association » serait alors plus adapté, puisque l'utilisation des deux textes s'effectue de manière additionnelle, dans l'optique de régir deux points de droit distincts et d'aboutir à la solution finale souhaitée.

⁸⁷⁹ V. *infra*, n° 224.

⁸⁸⁰ V. *supra*, n° 45 et s., n° 179 et s.

⁸⁸¹ Soc., 10 déc. 2014, n° 13-22.422, *D. actu.* 27 janv. 2015, obs. W. FRAISSE. V. ég. V. SCHOEPFER, obs. sous Soc., 2 juin 2021, n° 19-16.183, *JCP S* 2021. 1207.

La distinction entre l'association de deux règles et leur cohabitation se fonde donc sur l'absence ou l'existence d'une communauté d'objet entre elles. Celle entre la possibilité et l'impossibilité de cohabiter porte, elle, sur une autre facette de l'objet de chacune des deux normes en concours. En effet, s'il faut qu'elles partagent *a minima* un objet commun, il est impératif qu'elles ne portent pas sur un objet totalement identique, sans quoi la cohabitation se heurterait à un double obstacle, logique et juridique.

199. Le premier, s'il n'est pas insurmontable, est toutefois source d'un certain scepticisme. Et pour cause, si deux textes légaux, contenus dans des codes différents et appartenant donc à des branches du droit distinctes, traitent de manière identique d'une même question juridique, l'intérêt de les faire cohabiter semble inexistant, aussi bien pour le justiciable⁸⁸² que pour le juge⁸⁸³. Dans ce cadre, la cohabitation des textes n'est pas *de facto* exclue, mais elle perd en opportunité et en intérêt. Le traitement qui était fait du mécanisme de la bonne foi en amont de la réforme du droit des contrats nous permet d'illustrer cette première constatation, car l'article 1134, alinéa 3, du Code civil et l'article L. 1222-1 du Code du travail énonçaient tous deux, avec les termes qui leur sont propres, que les conventions doivent être exécutées de bonne foi⁸⁸⁴. Dès lors, la mobilisation du premier article ou du second mène à une solution identique en tout point. Par conséquent, il paraît superfétatoire de faire une utilisation alternative ou cumulative des deux textes ; celle du seul Code du travail suffit. La comparaison des articles L. 1221-1 du Code du travail et 1172 du Code civil mène, depuis l'entrée en vigueur de la réforme du droit des contrats, au même constat ; là où le premier affirme notamment que le principe du consensualisme trouve à s'appliquer au contrat de travail⁸⁸⁵, le second énonce que « les contrats sont par principe consensuels »⁸⁸⁶. La mobilisation cumulée des deux textes n'aboutirait donc qu'à un doublon et, une fois encore, l'application du Code du travail semble suffisante.

⁸⁸² Qui ne tire aucun intérêt de l'application alternative ou cumulative des deux règles, puisqu'elles aboutissent exactement au même résultat.

⁸⁸³ Qui ne pourra pas résoudre le litige d'une autre manière sur le fondement de « l'autre article ».

⁸⁸⁴ L'unique différence s'avère être la généralité de l'objet de chacun des deux textes, car le Code civil fait mention de l'ensemble des conventions là où le Code du travail vise expressément « le contrat de travail ». Cela n'emporte néanmoins aucune conséquence pour notre développement, dans la mesure où la mobilisation de l'article 1134, alinéa 3, du Code civil par le juge social concerne forcément le contrat de travail.

⁸⁸⁵ L'article dispose que « le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun. Il peut être établi selon les formes que les parties contractantes décident d'adopter ».

⁸⁸⁶ V. not. Ch. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil*, préc., p. 406 et s.

200. Le second obstacle, lui, est infranchissable et résulte de la promulgation du nouvel article 1105 du Code civil et du rapport remis au Président de la République qui l'accompagne. Il s'avère ainsi que la première condition de mise en application de la règle selon laquelle « les règles générales s'appliquent sous réserve des règles particulières » est l'identité d'objet entre les deux normes en concurrence. Dès lors, sous réserve, notamment, de l'incompatibilité desdites normes, le principe de cohabitation cédera le pas à l'adage *specialia generalibus derogant* et à l'éviction de l'une d'entre elles⁸⁸⁷.

201. La cohabitation des règles spéciales et générales, au sens de l'article 1105 du Code civil, n'est donc envisageable que lorsque celles-ci partagent un objet commun⁸⁸⁸ et, pour produire un effet, les objets en question ne doivent pas être absolument identiques. À notre sens, l'association de ce critère à celui de l'identité de nature demeure insuffisante. En effet, l'application aveugle de deux règles de droit qui régissent un objet commun peut mener le juriste dans une impasse, car les directives données par chacun des deux textes peuvent être incompatibles⁸⁸⁹. Il semble pourtant vain de faire cohabiter deux règles dont les solutions sont diamétralement opposées. La relation qu'entretient le droit du travail avec le nouveau droit des contrats nous en donne plusieurs illustrations concrètes⁸⁹⁰. L'une d'entre elles, qui appellera de plus amples développements ultérieurement⁸⁹¹ concerne la succession de contrats de travail à durée déterminée. Tandis que le Code du travail l'autorise, en laissant par ailleurs les coudées franches aux partenaires sociaux⁸⁹², le Code civil l'admet également, en précisant néanmoins que la succession doit donner lieu à la conclusion d'un contrat à durée indéterminée⁸⁹³.

⁸⁸⁷ V. *infra*, n° 228 et s.

⁸⁸⁸ Il en va de même pour le conflit entre deux normes. V. *supra*, n° 155 et s.

⁸⁸⁹ Elles doivent d'ailleurs l'être, nous l'avons mentionné, pour que l'article 1105, alinéa 3, du Code civil puisse trouver application.

⁸⁹⁰ Néanmoins, l'immense majorité d'entre elles met aux prises la jurisprudence sociale et la loi civiliste. Or, dans une telle situation, il nous paraît pas possible de parler de cohabitation entre les règles, ni même, pour en revenir au titre de notre seconde section, d'évoquer « l'existence de règles spéciales ».

⁸⁹¹ V. *infra*, n° 238 et s.

⁸⁹² Le thème des « contrats successifs avec le même salarié » est traité par le Code du travail entre les articles L. 1244-1 et L. 1244-2-2. Trois des quatre articles contiennent une formule permettant aux partenaires sociaux de déroger aux dispositions légales. Ainsi, selon l'article L. 1244-2 du Code du travail, « une convention ou un accord collectif de travail peut prévoir que tout employeur ayant occupé un salarié dans un emploi à caractère saisonnier lui propose, sauf motif réel et sérieux, un emploi de même nature, pour la même saison de l'année suivante... », tandis que l'article L. 1244-2-1 du Code du travail dispose que « à défaut de stipulations conventionnelles au niveau de la branche ou de l'entreprise... ». De même, les articles L. 1244-3 à L. 1244-4-1 portent sur les « contrats successifs sur le même poste » et octroient également une liberté certaine aux partenaires sociaux, notamment dans le calcul (L. 1244-3-1 du Code du travail) voire même l'existence (L. 1244-4-1 du Code du travail) d'un délai de carence entre deux contrats à durée déterminée successifs.

⁸⁹³ Article 1214 du Code civil.

Inconciliables, les deux textes n'ont dès lors aucune possibilité de cohabiter l'un avec l'autre ; leur application alternative créerait un désordre au sein de la jurisprudence sociale, car des solutions contraires coexisteraient⁸⁹⁴, tandis qu'il ne découlerait de leur application conjointe qu'un achoppement inextricable⁸⁹⁵.

Par conséquent, en l'absence de précisions apportées par le Code civil, il y a, à notre sens, lieu de considérer que la cohabitation des règles, au sens de l'article 1105 du Code civil, n'est possible que lorsque deux règles existent concomitamment et sont de même nature, partageant un objet commun sans être identique et prévoient des solutions conciliables.

202. Le triptyque de l'article 1105 du Code civil se trouve donc formé. Si les deux règles en concours présentent une altérité de nature, il convient alors de faire application du principe général, à savoir la soumission des règles spéciales aux règles générales et donc, par conséquent, de combler les lacunes travailistes par le recours au droit commun des contrats. À l'inverse, si les normes partagent un objet commun, une identité de nature et des solutions compatibles, c'est le principe de cohabitation des règles dont il convient de faire application. Enfin, lorsque lesdites solutions s'avèrent inconciliables, les deux normes sont alors en conflit. Une fois celui-ci caractérisé, encore faut-il déterminer comment le résoudre. Pour ce faire, le juge avait à sa disposition, en amont de l'ordonnance du 10 février 2016 et en l'absence de toute directive légale, plusieurs critères spécifiques, qui permettaient tous de résoudre le conflit en faisant primer une norme sur l'autre. Depuis lors, l'article 1105 du Code civil semble guider plus strictement le juge dans la résolution des conflits de normes.

§2. LA RÉOLUTION DU CONFLIT DE NORMES

203. La lettre de la loi d'habilitation du 16 février 2015⁸⁹⁶ ne confère explicitement aucune faculté au Gouvernement de légiférer sur le sujet du conflit de norme. À sa lecture, l'occultation totale des relations entretenues par le droit commun et les droits spéciaux est frappante, comme

⁸⁹⁴ D'un côté, le second contrat à durée déterminée conclu, ou les suivants, continue(nt) de contenir, en son (leur) sein, un terme extinctif à l'issue duquel il s'éteint, d'un autre, ces contrats deviennent à durée indéterminée et perdurent donc dans le temps.

⁸⁹⁵ Le juge devrait ainsi considérer que la succession de contrats à durée déterminée qui lui est soumise a donné lieu à la conclusion d'un contrat de travail qui s'avère être, à la fois, à durée déterminée et à durée indéterminée.

⁸⁹⁶ Loi n° 2015-177 du 16 févr. 2015, préc.

elle le sera d'ailleurs une semaine plus tard, lors de la publication du projet d'ordonnance⁸⁹⁷. Rien ne laissait donc présager que la réforme du droit des contrats (et des obligations) vienne apporter au juge une directive pour le guider dans la résolution d'un conflit entre une règle spéciale et une règle générale. Pourtant, l'article 2 de l'ordonnance du 10 février 2016, qui modifie notamment l'ancien article 1105 du Code civil, y intègre une phrase en guise de troisième alinéa, qui permet d'y voir plus clair dans le brouillard épais qui régnait depuis quelques deux siècles sur la question de la résolution du conflit de normes.

La réforme du droit des contrats a dû opérer un choix parmi les différentes règles de résolution de conflit qui étaient alors en concurrence. Ce faisant, le législateur a opté pour la consécration du critère dit « de spécialité », permettant par-là aux règles spéciales – et donc au droit du travail –, sous réserve de la caractérisation d'un véritable conflit de normes, de déroger aux règles du droit commun des contrats (**B**). En amont de la réforme, la situation était loin d'être aussi limpide. En effet, dans le silence du droit commun des contrats, plusieurs critères de résolution des conflits de normes pouvaient être utilisés par le juge (**A**). Ce changement contribue à illustrer l'influence de la réforme sur l'articulation des règles spéciales (et donc travailistes) avec les règles générales.

A. LES CRITÈRES DE RÉOLUTION DU CONFLIT DE NORMES

204. Dans sa rédaction originelle, le Code civil ne mentionnait, à l'égard des droits spéciaux, que le simple fait que « les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent titre. Les règles particulières à certains contrats sont établies sous les titres relatifs à chacun d'eux ; et les règles particulières aux transactions commerciales sont établies dans les lois relatives au commerce »⁸⁹⁸. Cette soumission des contrats de droit privé au droit commun des contrats, que nous avons déjà rappelée⁸⁹⁹, s'avère néanmoins inutile lorsqu'une règle travailiste entre en conflit avec une règle civiliste⁹⁰⁰. En effet, si elle offre au juge l'outil lui permettant de combler

⁸⁹⁷ Projet d'ordonnance du 25 févr. 2015, préc. V. not. N. BLANC, « Contrats nommés et innomés, un article disparu ? », préc. V. ég. *supra*, n° 28, n° 42, n° 120.

⁸⁹⁸ Ancien article 1107 du Code civil, demeuré inchangé jusqu'à l'ordonnance du 10 févr. 2016.

⁸⁹⁹ V. *supra*, n° 7, n° 42 et s.

⁹⁰⁰ V. not. N. BALAT, « Réforme du droit des contrats : et les conflits entre droit commun et droit spécial ? », préc., qui écrit que les dispositions de l'ancien article 1107 du Code civil, reprises aux deux premiers alinéas du nouvel article 1105 du Code civil, se contentent de décrire le phénomène de cohabitation des branches du droit,

les lacunes des droits spéciaux par le recours aux règles générales, elle ne le guide pas, en cas de conflit, dans sa décision de faire application de l'une ou de l'autre norme.

205. Ce silence a ouvert la porte à des solutions jurisprudentielles, non pas aléatoires, mais très fluctuantes d'un arrêt à l'autre, puisque le juge était en mesure, pour déterminer qui de la règle spéciale ou générale devait recevoir application, de choisir librement un des critères de résolution des conflits de normes. Ce flou était largement alimenté par la Cour de cassation elle-même, laquelle « [répugnait] à s'enfermer dans les liens d'une règle de conflit qui entraverait sa liberté de jugement, et [préférerait] une résolution opaque et opportuniste des concours qui lui sont soumis »⁹⁰¹. Un auteur faisait ainsi le constat qu'en droit du travail, l'existence même d'une règle de résolution des conflits de normes⁹⁰² constituerait une avancée remarquable, car la matière était, jusqu'en 2016, plongée dans l'indécision⁹⁰³. Celle-ci, conjuguée à la multiplication des droits spéciaux, qui entraîne une inévitable recrudescence des contentieux, est source d'une insécurité juridique pour le justiciable, qui se retrouve dans l'impossibilité de prévoir raisonnablement le sens de la décision judiciaire qui sera rendue à son égard⁹⁰⁴.

206. L'analyse de la notion de conflit de normes tend à mettre en exergue l'utilisation, par la Cour de cassation, de trois critères distincts pour tenter de le résoudre (1). L'absence officielle de hiérarchie claire entre ces derniers, source d'insécurité juridique, a été comblée par certains travaux doctrinaux, dont la présentation constitue un préalable obligatoire pour notre étude (2).

sans offrir de solution au juge pour lui permettre de résoudre les conflits susceptibles de résulter de cette coexistence.

⁹⁰¹ Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préc., p. 407.

⁹⁰² Le principe de faveur, en l'occurrence. V. *infra*, n° 216.

⁹⁰³ R. LIBCHABER, « Propos hésitants sur l'incertaine solution des conflits de normes », *RTD civ.* 1997. 792 qui, à propos du principe de faveur, énonce : « le principe de solution a au moins pour mérite d'exister, ce qui n'est pas négligeable quand on voit à quelle indécision le droit privé général est livré en cas de conflit de normes ».

⁹⁰⁴ H. BATIFFOL, *Problèmes de base de philosophie du droit*, Paris, LGDJ, 1979, p. 131, cité par Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préc., p. 407, énonce que « les hommes veulent savoir ce qu'ils peuvent ou doivent faire ou ne pas faire, et la formulation d'une règle, fût-elle conçue en termes généraux, leur paraît souvent plus sûre que la décision a posteriori d'un juge, fût-il pourvu du sens le plus réaliste ». On retrouve ainsi dans le nouvel article 1105, alinéa 3, du Code civil, l'objectif d'accroissement de la sécurité juridique affiché par la loi d'habilitation du 16 févr. 2015. P. FORIERS, « Les antinomies en droit », préc., estime cependant qu'il « faut renoncer à les encadrer (les antinomies) dans un système trop rigide qui, s'il satisfait apparemment notre tendance à l'ordre et à l'harmonie ne donnerait qu'une très apparente et très illusoire sécurité ».

1. Présentation des critères de résolution du conflit de normes

207. Classiquement, le nombre des modes de résolution des conflits de normes s'élève à trois. Sont ainsi fréquemment cités les critères chronologique, de spécialité et hiérarchique⁹⁰⁵. Un autre, propre au droit du travail, mérite toutefois quelques lignes de développement.

208. Pour pouvoir résoudre un conflit de normes par l'emploi du critère chronologique, il est nécessaire que les deux normes en conflit aient été édictées à une date différente ; l'édiction de l'une doit précéder dans le temps celle de l'autre. L'élément primordial s'avère donc être le temps, la date à laquelle une règle commence à exister⁹⁰⁶. Nous entrevoyons déjà là l'une des principales faiblesses de ce critère, qui devient inapplicable lorsque les règles en concurrence résultent d'un même texte ou, plus globalement, ont été édictées le même jour⁹⁰⁷. Sur ce fondement purement temporel, le juge résout le conflit de normes en faisant application de la norme plus récente. En effet, par la mise en œuvre du critère chronologique, la dernière norme édictée a vocation à évincer la règle la plus ancienne⁹⁰⁸. Il ne s'agit là que de l'application de l'adage *lex posterior derogat priori*, lequel présume que « la dernière volonté de l'organe est la

⁹⁰⁵ V. not. D. FENOUILLET, « Le juge et les clauses abusives », préc. ; S. FROSSART, « La supplétivité des règles en droit du travail », *RDT* 2009. 83 ; Ch. RADÉ, « L'autonomie de l'action en garantie des vices cachés (à propos de Cass, 1^{re} Civ., 14 mai 1996, *Chavanne c./ Scté Lambert Distribution* », *JCP* 1996. I. 4009 ; G. LARDEUX, « *Specialia Generalibus Derogant* » ou la simplicité apparente des fausses évidences », *RDC* 2008, p. 1251 ; L. BENTO DE CARVALHO, S. TOURNAUX, « Chronique d'actualité du régime juridique du contrat de travail », *Dr. soc.* 2019. 941 ; A. JEAMMAUD, « Le principe de faveur », *Dr. soc.* 1999. 115 ; E. CLAUDEL, « L'abus de dépendance économique : un sphinx renaissant de ses cendres ? (commentaire de l'article 1143 nouveau du Code civil et de la proposition de loi visant à mieux définir l'abus de dépendance économique) », préc. ; F. CHÉNÉDÉ, « Interprétation et amélioration du nouveau droit des contrats », préc. ; F. GRUA, « La fée et l'horloge », préc. ; F. POLLAUD-DULIAN, « Du droit commun au droit spécial – et retour », préc., p. 926 et s. ; C.-E. BUCHER, « L'influence de la réforme du droit des contrats sur le droit spécial antérieur », préc. ; N. BLANC, « Contrats nommés et innomés, un article disparu ? », préc. ; R. GASSIN, « Loi spéciale et droit commun », préc. ; R. LIBCHABER, « Propos hésitants sur l'incertaine solution des conflits de normes », préc. ; M. CHAGNY, « Droit commun et droits spéciaux », préc. ; N. BALAT, « Réforme du droit des contrats : et les conflits entre droit commun et droit spécial ? », préc. ; J. PÉLISSIER, « Droit civil et contrat individuel de travail », *Dr. soc.* 1988. 387 ; Ch. GOLDIE-GENICON, « Droit commun des contrats et contrat de travail, 100 ans après », préc. ; G. LOISEAU, « La tentation de l'autonomie », préc. ; M. MEKKI, « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 – une réforme de la réforme ? », préc. ; W. MALGAUD, « Les antinomies en droit. À propos de l'étude de G. GAVAZZI », préc., p. 8 ; P. FORIERS, « Les antinomies en droit », préc., p. 20. ; L. SILANCE, « Quelques exemples d'antinomies et essai de classement », p. 63 ; R. VAN ELST, « Antinomies en droit international privé », préc., p. 138 et s. ; N. BOBBIO, « Des critères pour résoudre les antinomies », préc., p. 240 et s. ; H. BUCH, « Conception dialectique des antinomies juridiques », préc., p. 383. ; Ch. PERELMAN, « Les antinomies en droit. Essai de synthèse », préc., p. 393 et s. ; Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préc., p. 265 et s., p. 466 et s. ; J.-P. CHAZAL, *De la puissance économique en droit des obligations*, préc., p. 466 ; N. BALAT, *Essai sur le droit commun*, préc., p. 106 et s., p. 277 et s.

⁹⁰⁶ N. BOBBIO, *ibid.*, p. 241.

⁹⁰⁷ Ch. GOLDIE-GENICON, *op. cit.*, p. 468 et s.

⁹⁰⁸ N. BOBBIO, *op. cit.*, p. 245.

plus juste »⁹⁰⁹. Ainsi, faire primer la règle la plus ancienne reviendrait à présumer que celle-ci revêt un caractère plus juste que celle qui lui succède⁹¹⁰ et, dans cette hypothèse, il est possible de se questionner sur l'intérêt que peut présenter la dernière règle en date. En effet, quel pourrait bien être son apport véritable si, en cas de conflit avec celle qui l'a précédée, la règle la plus récente venait à être évincée ?

Au-delà de l'irréfragable présomption d'une plus grande justice de la règle nouvelle, M. N. Bobbio explicite le critère chronologique de résolution des conflits de normes juridiques par une analogie avec celle des conflits philosophiques⁹¹¹. Ainsi, lorsque les idées d'un auteur viennent à évoluer sur un sujet donné, il est de coutume de considérer que sa « véritable » pensée est la dernière qu'il a exprimée⁹¹². Il n'y a là rien d'autre que l'application du critère chronologique pour résoudre la difficulté de la compréhension de l'œuvre du penseur.

209. En sus de l'impossibilité concrète de résoudre un conflit entre deux normes édictées en même temps, le critère chronologique présente également le défaut – à l'instar du critère hiérarchique d'ailleurs – de résoudre le conflit sans tenir compte du contenu des règles. Le raisonnement, manichéen⁹¹³, ne peut être nuancé par la matière réglée par chaque disposition. Si cela facilite grandement le travail du juge, l'automatisme du résultat⁹¹⁴ ne peut donner entière satisfaction⁹¹⁵. Pour illustrer ce constat, reprenons l'exemple du régime du contrat de travail à durée déterminée. Tandis qu'en droit du travail le renouvellement d'un contrat à durée

⁹⁰⁹ J. BONNET, A. ROBLLOT-TROIZIER, « Les adages et le temps », *RFDA* 2014. 29, qui évoquent l'adage comme un « défi lancé à l'autorité du passé ». Ils y voient un « impératif démocratique » selon lequel la dernière volonté du législateur doit prévaloir. V. ég. B. SAINTOURENS, *Essai sur la méthode législative : droit commun et droit spécial*, Thèse, Bordeaux 1, p. 277 et s. ; F. BUSSY-DUNAUD, *Les concours d'actions en justice entre les mêmes parties, l'étendue de la faculté de choix du plaideur*, préc., p. 280, rappelle cependant que « loin d'en faire une application systématique, en considérant que la règle postérieure prévaut toujours sur la règle antérieure, la doctrine et la jurisprudence tiennent compte de l'étendue du champ d'application respectif des règles en présence ».

⁹¹⁰ L'objectif de la résolution d'un conflit de normes serait, pour N. BOBBIO, « Des critères pour résoudre les antinomies », préc., de faire application de la règle la plus « juste ».

⁹¹¹ *Ibid.*, p. 246.

⁹¹² L'auteur illustre son exemple par les travaux du philosophe anglais du XVII^e siècle, John Locke, sur la tolérance. Dans ses jeunes années, celui-ci s'est prononcé contre la tolérance religieuse, avant d'en devenir un fervent défenseur à compter de 1760, dans quatre travaux et notamment sa *Lettre sur la tolérance* de 1686 : J. LOCKE, *Lettre sur la tolérance*, Éditions ressources, 1980, p. 19.

⁹¹³ Il s'agit là du propre des adages, qui « obèrent toute nuance » : F. POLLAUD-DULIAN, « Du droit commun au droit spécial – et retour », préc., p. 947.

⁹¹⁴ La règle postérieure évince toujours la règle antérieure, peu importe qu'il s'agisse de la règle de droit commun des contrats ou du droit du travail.

⁹¹⁵ F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.* Pour l'auteur, « [les adages] donnent une impression de systématisme qui n'est pas forcément compatible avec la subtilité de l'application du droit ».

déterminée ne donne pas naissance à un nouveau contrat et ne fait pas perdre à celui-ci son caractère de contrat à terme, en application de l'article L. 1243-13-1 du Code du travail, créé par l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, l'article 1214 du Code civil, issu de l'ordonnance du 10 février 2016⁹¹⁶, prévoit en son deuxième alinéa que « le renouvellement donne naissance à un nouveau contrat dont le contenu est identique au précédent mais dont la durée est indéterminée ». À condition d'y voir un véritable conflit de normes⁹¹⁷, l'utilisation du critère chronologique mènerait le juge social à faire application de l'article L. 1243-13-1 du Code du travail, celui-ci ayant été édicté plus d'une année après l'article 1214 du Code civil. Le régime du contrat de travail à durée déterminée ne serait donc pas modifié. Néanmoins, en amont des ordonnances du 22 septembre 2017, l'article L. 1243-13 du Code du travail⁹¹⁸ prévoyait déjà que le renouvellement d'un contrat de travail à durée déterminée n'entraînait aucune conséquence sur la nature de celui-ci, qui ne se transformait pas *de facto* en contrat à durée indéterminée. Par conséquent, dans le cadre d'un litige porté devant le juge social entre le 1^{er} octobre 2016 et le 23 septembre 2017, l'utilisation du critère chronologique pour résoudre le conflit entre les deux normes aurait inévitablement mené à l'éviction de la règle spéciale travailliste et à l'application de l'article 1214 du Code civil, bouleversant totalement par-là le régime du contrat de travail à durée déterminée et de la pratique contractuelle au sein des entreprises. Puisqu'il suffit que la règle générale soit édictée postérieurement à la règle travailliste pour que cette dernière se retrouve évincée et que le droit du travail subisse de profondes transformations probablement non souhaitées par le législateur, l'application du critère chronologique pour résoudre un conflit de normes paraît particulièrement inadéquate.

210. Si le critère chronologique se propose de résoudre les conflits entre deux normes sans se référer au contenu de chacune d'entre elles, il en va différemment lorsque ladite résolution passe par la mobilisation du critère de spécialité. Celui-ci résulte en effet de l'adage *specialia*

⁹¹⁶ Il semble effectivement que la date à retenir, pour résoudre un conflit par la mise en œuvre du critère chronologique, soit celle de l'édiction de la règle et non pas celle de son entrée en vigueur, celle-ci pouvant être différée dans le temps. L'article 1 du Code civil prévoit en effet que les lois n'entrent pas nécessairement en vigueur le lendemain de leur publication au Journal officiel de la République française : « Les lois et, lorsqu'ils sont publiés au Journal officiel de la République française, les actes administratifs entrent en vigueur à la date qu'ils fixent ou, à défaut, le lendemain de leur publication ». Par exemple, l'article L. 1243-13-1 du Code du travail est entré en vigueur au surlendemain de la publication des ordonnances du 22 sept. 2017, tandis que l'article 1214 du Code civil n'est entré en vigueur que le 1^{er} oct. 2016, soit plus de 9 mois après la publication de l'ordonnance.

⁹¹⁷ V. *infra*, n° 244 et s.

⁹¹⁸ Article modifié par l'article 55 de la loi n° 2015-994 du 17 août 2015, préc.

*generalibus derogant*⁹¹⁹, selon lequel « la règle spéciale déroge à la règle générale ». Fréquemment soulevé par la doctrine, l'argument sous-entend que la règle spéciale est mieux adaptée que la règle de droit commun à la situation qu'elle traite⁹²⁰, idée que le professeur N. Balat qualifie toutefois de « mythe »⁹²¹. Elle exprime également la nécessité d'interdire l'utilisation du droit commun des contrats dans l'objectif de contourner les règles – plus strictes – du droit du travail, situation que l'on lit souvent de la plume des juristes travaillistes⁹²², mais également ailleurs⁹²³.

L'adage demeure toutefois largement ignoré par la jurisprudence⁹²⁴, au point que jamais la Cour de cassation ne l'a expressément visée en tant que règle de résolution des conflits de

⁹¹⁹ Qui, lui-même, descend de la maxime *in toto jure generi per speciam derogatur*, traduit par G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., p. 969, comme « dans tout le droit, il est dérogé au genre par l'espèce ».

⁹²⁰ V. not. A. SIRI, « Des adages *lex posterior derogat priori* et *specialia generalibus derogant*. Contribution à l'étude des modes de résolution des conflits de normes en droit français », *RRJ* 2009, p. 1781, qui parle de « présomption de meilleure adaptation du texte spécial au cas particulier » ; F. POLLAUD-DULIAN, « Du droit commun au droit spécial – et retour », préc., p. 935 ; N. BOBBIO, « Des critères pour résoudre les antinomies », préc., p. 248 et s.

⁹²¹ N. BALAT, *Essai sur le droit commun*, préc., p. 115.

⁹²² Il était ainsi question d'empêcher l'employeur d'user de la résiliation judiciaire pour contourner les règles protectrices du licenciement (indemnisation, procédure...). V. not. Ch. RADÉ, « La figure du contrat de travail », préc. ; « L'autonomie du droit du travail », préc. ; A. POUSSON, « Contrat individuel de travail et droit commun des contrats – influences croisées », préc. Plus tard, il a été émis l'hypothèse selon laquelle le juge social retient une conception si stricte du dol pour éviter, une nouvelle fois, que la mobilisation de ce vice du consentement ait pour effet d'échapper à l'application de la législation propre au licenciement : V. not. J. MOULY, « Des rapports entre la réticence dolosive et l'erreur inexcusable », préc. ; A.-L. MAZAUD, *Contrat de travail et droit commun. Essai de mesure*, préc., p. 500 et s. Il en va de même pour l'exclusion de la résiliation amiable du contrat de travail à durée indéterminée, dont l'utilisation pouvait emporter l'inapplication des protections liées au régime du licenciement. V. nt. Ch. RADÉ, « La résolution amiable du contrat de travail sur la sellette », *D.* 2000. 265.

⁹²³ On pense, par exemple, aux questionnements relatifs au potentiel contournement de la législation française tendant à ne pas reconnaître le mécanisme de la lésion par l'emploi du nouvel article 1143 du Code civil. V. not. Y.-M. LAITHIER, « Remarques sur les conditions de la violence économique », *LPA*, 2004, n° 234, p. 5 ; H. BARBIER, « Le vice du consentement pour cause de violence économique », *Dr. et patr.* 2014. 50, mais aussi à ceux, issus de la réforme du droit des contrats, sur le contournement de l'article 1171 du Code civil, relatif à la lutte contre les clauses abusives, par l'article 1170 dudit Code : O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, préc., p. 333 et s.

⁹²⁴ C'est le constat qu'opère Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préc., p. 262 et s. Elle remarque que nombreux sont les auteurs qui, pour l'accueillir ou le réfuter, dont mention de cet adage. Pour l'accueil de l'adage *specialia generalibus derogant*, V. not. Ch. RADÉ, « L'autonomie de l'action en garantie des vices cachés (à propos de Cass, 1^{re}, Civ., 14 mai 1996, *Chavanne c./ Scté Lambert Distribution* », préc. ; A. TOUFFAIT, concl. sous Ch. mixte, 21 juin 1974, n° 71-91.225, préc. ; A. JEAMMAUD, *Des oppositions de normes en droit privé interne*, préc., p. 718, qui évoque la « positivité indiscutable » de l'adage dans notre système juridique. Pour la réfutation de l'adage *specialia generalibus derogant*, V. not. Civ., 1^{re}, 19 juill. 1960, *Bull. civ. I*, n° 408, *RTD civ.* 1961.333, obs. J. CARBONNIER ; *RTD civ.* 1982. 288, obs. J.-L. AUBERT. Selon l'auteure, si c'est en droit du travail qu'on retrouve « l'empreinte la plus claire » de l'adage, il n'y a guère que le domaine de la résiliation judiciaire au sein duquel on en trouve trace : *ibid.*, p. 264.

normes⁹²⁵. Simplement doté d'un pouvoir incitatif, il ne lie pas le juge⁹²⁶ qui, au moment de trancher un conflit entre deux normes de généralité différente, n'est donc pas forcé de faire primer la règle la plus spéciale⁹²⁷. Tout au plus, en amont de la réforme du droit des contrats, l'adage était-il pour le juge une maxime d'interprétation qui, encore, ne le liait pas⁹²⁸.

211. Pour appliquer le critère de spécialité, il est aussi nécessaire qu'impératif d'apprécier quelle est la « matière réglée »⁹²⁹ par chacune des règles en concurrence, afin de déterminer avec exactitude quelle est la norme qui présente le plus grand degré de spécialité. Dès lors, fort logiquement, pour résoudre un conflit de normes par ce biais, les règles en concours doivent être de généralité différente ; l'une doit être plus spéciale que l'autre. Autrement formulé, cela signifie que l'une des deux normes doit avoir un champ plus restreint que celle avec laquelle elle partage un objet commun, une identité de nature et est incompatible⁹³⁰. Ainsi, là où la généralité renvoie à l'universalisme⁹³¹, la spécialité évoque ce qui se rapporte à un objet déterminé et limité⁹³². En conséquence, le droit commun des contrats est dit « général » puisqu'il a vocation à s'appliquer de manière illimitée dans l'ensemble de notre droit privé

⁹²⁵ *Ibid*, p. 264, p. 459. Seul Civ., 1^{re} 5 nov. 1991, n° 12-11.753 évoque le « principe de spécialité » entendu dans le sens de la dérogation de la règle spéciale à la règle générale. Il s'agissait néanmoins d'une hypothèse particulière propre au territoire de la Polynésie Française. La Cour de cassation énonce que la loi propre à la Polynésie Française, spéciale, peut déroger, selon le principe de spécialité, à la loi française métropolitaine. Il ne s'agit donc pas d'un cas de conflit entre une règle ayant un contenu spécial et une autre dont le contenu serait général ; la « spécialité », ici, est purement géographique. La seconde mention faite au principe de spécialité dans les abstrats d'un arrêt de la Cour de cassation se trouve dans Soc., 2 juill. 2014, n° 13-14.622, n° 13-14.662, *Dr. soc.* 2014. 864, obs. P.-H. ANTONMATTEI ; *Dr. soc.* 2014. 1070, obs. F. PETIT ; *RDT* 2014. 701, obs. G. BORENFREUND ; *D.* 2014. 2374, obs. P. LOKIEC, J. PORTA ; *D. actu* 5 sept. 2014, obs. B. INÈS. Toutefois, il s'agit ici du principe de spécialité propre aux syndicats catégoriels, et non pas de l'application de l'adage *specialia generalibus derogant*.

⁹²⁶ Si certains adages ont été codifiés au sein du Code civil en 1804 (P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, Thèse, Paris 2, 1997, p. 216 et s.), ils n'ont pas de valeur juridique contraignante tant qu'ils ne sont pas repris par une norme juridique contraignante. C'est d'ailleurs ce à quoi a procédé la réforme du droit des contrats, en procédant à la codification de l'adage *specialia generalibus derogant* : V. *infra*, n° 227 et s.

⁹²⁷ V. not. N. BALAT, « Réforme du droit des contrats : et les conflits entre droit commun et droit spécial ? », *préc.*

⁹²⁸ Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, *préc.*, p. 461, qui cite J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil. Introduction générale*, Paris, LGDJ, 4^e éd., 1994.

⁹²⁹ N. BOBBIO, « Des critères pour résoudre les antinomies », *préc.*, p. 243.

⁹³⁰ N. DELEGOVE, *Le droit commun et le droit spécial*, *préc.*, met toutefois en lumière le paradoxe auquel se heurte celui qui tente de distinguer le droit commun du droit spécial, car chacun de ces deux caractères n'existe que par la confrontation de l'un avec l'autre. Une norme ne peut être « générale » que par rapport à une autre, plus restreinte. De même, une norme ne peut être « spéciale » qu'en comparaison avec une autre ayant un domaine plus vaste.

⁹³¹ L'universalité est définie par le dictionnaire de l'Académie Française comme un « ensemble, totalité, ce qui embrasse les différentes espèces » : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A8U0052#:~:text=n.%20f.,biens%2C%20La%20totalit%C3%A9%20des%20biens.>

⁹³² La spécialité est le « caractère de ce qui est propre, particulier à une chose, à une situation donnée », selon le dictionnaire de l'Académie Française : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9S2538>.

interne. De même, le droit du travail est une « branche spéciale du droit » car il ne trouve à s'appliquer qu'au cas, limité, des relations de travail. Une règle juridique serait donc plus spéciale qu'une autre lorsque son domaine d'application est d'une généralité moindre, lorsqu'il est plus étriqué. Ce constat permet d'expliquer l'existence de règles « très spéciales »⁹³³, dont le domaine est encore plus exigu que celui des règles dites « spéciales ». Il explique également pourquoi, dans un conflit mettant aux prises une norme travailliste et une norme civiliste, c'est la première qui est considérée comme « spéciale » et qui, sur le fondement de l'adage *specialia generalibus derogant*, devrait recevoir application.

212. Là où la réponse donnée par le critère chronologique est constante et univoque⁹³⁴, puisqu'il ne s'agit de faire application que de la règle la plus récente⁹³⁵, celle qui résulte du critère de spécialité nécessite du juge l'interprétation de chaque norme ; s'il entend faire primer la règle la plus spéciale, encore faut-il qu'il parvienne à déterminer de laquelle il s'agit. Cette appréciation s'effectue *in concreto*. Le critère de spécialité s'avère donc être plus subjectif que ne l'est le critère chronologique et, par suite, n'offre pas au juge et aux justiciables de solution applicable automatiquement et sans nuance. Puisqu'elle tient compte de la teneur de chaque norme, cette solution ne peut résulter que d'un raisonnement préalablement mené par le juge chargé de les interpréter.

Cette interprétation n'est toutefois rendue nécessaire que lorsque le conflit oppose deux règles d'une même branche, ou deux règles qui appartiennent chacune à une branche spéciale du droit. En effet, lorsque le conflit oppose une règle générale insérée dans le Code civil et une règle spéciale portée par le Code du travail, l'interprétation tendant à déterminer laquelle est la plus spéciale s'avère inutile. En effet, dans cette hypothèse – qui est la seule à nous concerner – la solution devient aussi univoque que si le juge avait fait application du critère chronologique, car la règle travailliste aura toujours un domaine plus restreint et, en conséquence, une spécialité plus importante⁹³⁶. Sur le fondement du critère de spécialité et de l'adage *specialia generalibus*

⁹³³ V. not. J. RAYNARD, « Pour une théorie générales des contrats spéciaux : des insuffisances respectives du droit général et du droit spécial », *RDC* 2016, p. 597 ; P. RÉMY-CORLAY, « Le contrat hors du Code », préc. ; F. POLLAUD-DULIAN, « Du droit commun au droit spécial – et retour », préc.

⁹³⁴ Selon les termes de N. BOBBIO, *Essai sur le droit commun*, préc., p. 257.

⁹³⁵ Cette constance et cette univocité se retrouvent également dans la mise en œuvre du critère hiérarchique, qui commande de faire application de la règle supérieure. V. *infra*, n° 213 et s.

⁹³⁶ Ceci est d'ailleurs confirmé par la lettre de l'article 1105 du Code civil.

derogant, c'est donc elle qui recevra forcément application, aux dépens du droit commun des contrats.

Un arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 2 juillet 2014 illustre le travail de qualification du juge, relatif au degré de spécialité des règles qui lui sont présentées⁹³⁷. La société Radio France, pour s'exonérer de l'obligation prévue par l'article L. 3253-6 du Code du travail, qui impose à toute personne morale de droit privé d'assurer ses salariés contre le risque de non-paiement des salaires en cas de placement en procédure collective⁹³⁸, invoque devant le juge le fait que, selon les articles 44 à 57 de la loi du 30 septembre 1986⁹³⁹, elle est intégralement détenue par l'État⁹⁴⁰. Le moyen soulevé est ainsi fondé sur l'adage *specialia generalibus derogant*. L'application de celui-ci, selon la société demanderesse, devrait en effet mener le juge à considérer que la loi du 30 septembre 1986 revêt un degré de spécialité plus grand que celui de l'article L. 3253-6 du Code du travail et devrait donc en entraîner l'éviction. Par conséquent, elle ne devrait pas être assujettie à l'obligation que le Code du travail prévoit. L'argumentaire est toutefois rejeté par la chambre sociale de la Cour de cassation, qui estime qu'il n'y a pas lieu de « tenir compte du statut particulier [de la personne morale], et notamment de l'origine de son capital, de la nature de ses ressources, du contrôle économique et financier de l'État auquel il est soumis, du mode de désignation de ses administrateurs et de la mission de service public dont il est investi » et qu'en conséquence, Radio France doit être considérée comme une personne morale de droit privé assujettie à l'obligation d'assurer l'ensemble de ses salariés contre le risque de non-paiement des sommes qui leur sont dues⁹⁴¹. Fondée sur l'impératif de protection des salariés contre les risques qui peuvent impacter leur entreprise, la décision fait primer une règle spéciale aux dépens d'une règle très spéciale et rejette, par-là, l'application du critère de spécialité.

⁹³⁷ Soc., 2 juill. 2014, n° 13-15.771.

⁹³⁸ L'article L. 3253-6 du Code du travail prévoit que « tout employeur de droit privé assure ses salariés, y compris ceux détachés à l'étranger ou expatriés mentionnés à l'article L. 5422-13, contre le risque de non-paiement des sommes qui leur sont dues en exécution du contrat de travail, en cas de procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire ».

⁹³⁹ Loi n° 86-1067 du 30 sept. 1986, relative à la liberté de communication.

⁹⁴⁰ Et n'est donc pas une personne morale de droit privé, ce qui l'exonérerait de l'obligation prévue par le Code du travail.

⁹⁴¹ Soc., 2 juill. 2014, n° 13-15.771, *op. cit.*, qui juge que « l'assujettissement de l'employeur à l'obligation d'assurance des salariés résulte de sa seule qualité de personne morale de droit privé, sans qu'il y ait lieu de tenir compte de son statut particulier [...] ».

213. Qualifié « d'argument *ex auctoritate* »⁹⁴², le critère hiérarchique de résolution des conflits de normes⁹⁴³ possède un point commun avec le critère chronologique : la solution à laquelle il aboutit écarte totalement de son cheminement le contenu des règles en concurrence. S'il n'est ici plus question de trancher le conflit par le jeu d'un critère strictement temporel, la norme évincée est automatiquement celle qui se situe le plus bas au sein de la hiérarchie des normes, conformément à l'adage *lex superior derogat inferiori*⁹⁴⁴. Il est ici présumé que la règle la plus juste est celle qui est hiérarchiquement supérieure. Au soutien de cette présomption, il est parfois invoqué l'argument de la compétence de l'organe qui a édicté la règle ; plus la règle est élevée hiérarchiquement dans la pyramide des normes, plus l'organe qui la rédige serait compétent⁹⁴⁵. Plus globalement, il est à retenir que « le constituant et le législateur ont établi une hiérarchie entre certaines normes, en sorte que les normes subordonnées doivent respecter les normes supérieures et que le juge, en présence de deux normes ainsi hiérarchisées, est *obligé* de préférer la norme officiellement dominante »⁹⁴⁶.

214. Pour que la résolution du conflit de normes puisse résulter de l'unique mobilisation du critère hiérarchique, il est impératif que les normes en concurrence soient de nature distincte⁹⁴⁷. En effet, si les normes en concurrence sont toutes deux légales, jurisprudentielles ou constitutionnelles, l'absence de distinction hiérarchique entre elles rendrait l'adage *lex superior derogat inferiori* totalement inopérant. Ainsi, pour en faire application, la concurrence susmentionnée doit s'effectuer, par exemple, entre une norme constitutionnelle et une norme légale ou une norme légale et une norme jurisprudentielle. Le concours mettant aux prises la

⁹⁴² N. BOBBIO, « Des critères pour résoudre les antinomies », préc., p. 247.

⁹⁴³ Pour la remise en question de l'utilisation du critère hiérarchique comme mode de résolution des conflits de normes, V. *infra*, n° 219 et s.

⁹⁴⁴ Adage qu'il est possible de traduire de la manière suivante : « la règle supérieure évince la règle inférieure ». Il résulte d'un « principe d'autorité en fonction de la légitimité de l'organe » qui a édicté la règle : J. BONNET, A. ROBLOT-TROIZIER, « Les adages et le temps », préc. L'adage *lex superior derogat inferiori* ne se retrouve généralement pas dans les ouvrages, quand bien même sont-ils spécialisés. Il ne figure ainsi pas dans H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*, préc.

⁹⁴⁵ V. not. Ch. PERELMAN, L. OLBRECHTS TYTECA, *Traité sur l'argumentation*, Paris, PUF, 1958, p. 416, pour lesquels « le fondement le plus souvent allégué en faveur de l'autorité est la compétence ». Cet argument a également été mentionné en droit du travail à l'heure où les conventions collectives d'entreprise prenaient le pas sur les conventions collectives de branche. P.-H. ANTONMATTEI, « La primauté de l'accord d'entreprise », préc., énonce ainsi que « la crédibilité de l'accord d'entreprise tient certes à la légitimité des acteurs et à celle de l'accord, mais aussi à la compétence des négociateurs [...] ». La formation et les compétences des négociateurs au niveau de l'entreprise ne sont parfois pas au niveau attendu, ce qui nuit à la qualité de l'accord ou de la convention conclue à ce niveau.

⁹⁴⁶ G. BOLAND, « Quelques propos sur les antinomies et pseudo-antinomies en particulier en droit administratif », préc., p. 199.

⁹⁴⁷ Il convient donc, selon-nous, d'exclure le critère hiérarchique des modes de résolution des conflits de normes : V. *infra*, n° 219 et s.

loi et la jurisprudence est d'ailleurs de loin le plus courant lorsqu'il s'agit d'évoquer les relations entre le droit commun des contrats et le droit du travail⁹⁴⁸.

215. À l'instar de ce que nous disions au sujet du critère chronologique, le détachement qu'opère ce critère avec le contenu des règles pourrait poser problème. Il n'est ici pas question d'appliquer la règle la plus adaptée au contexte ou au litige ; la règle inférieure sera automatiquement évincée. Toutefois, la problématique se pose en des termes différents, car la primauté de la règle hiérarchiquement supérieure peut aussi s'expliquer par l'impératif de cohérence et de stabilité du système juridique ; si la jurisprudence primait sur la loi dans le cadre d'un conflit entre normes, la réglementation deviendrait particulièrement instable, la jurisprudence étant par essence « source d'insécurité » et susceptible de revirements⁹⁴⁹. En outre, la généralisation de la dérogation de la norme inférieure en cas de conflit reviendrait à remettre en cause la force obligatoire de la loi. Là où la solution issue du critère chronologique pose problème car elle est susceptible d'entraîner l'éviction d'une loi spéciale dans son propre champ de compétence, celle qui résulte du critère hiérarchique tend au respect de la pyramide des normes et contribue au maintien de la cohérence et de la stabilité de notre système juridique, en interdisant la dérogation de la norme inférieure tant que la norme supérieure ne le prévoit pas expressément⁹⁵⁰. En somme, tandis que l'application aveugle du critère chronologique pouvait mener à de grands bouleversements au sein des droits spéciaux, celle du critère hiérarchique aboutit au strict respect de la hiérarchie des normes. Par-là, les règles portées par

⁹⁴⁸ Le plus souvent, il s'agit d'une concurrence entre une règle générale légale et une règle spéciale jurisprudentielle.

⁹⁴⁹ CEDH, 18 déc. 2008, n° 20153/04, Unedic c./ France, *AJDA* 2009. 878, chron. J.-F. FLAUSS ; *JCP* 2009. I. 143, obs. F. SUDRE, repris ensuite par CEDH, 12 juill. 2018, n° 22008/12, Allègre c./ France, qui énonce dans son considérant n° 52 que « les exigences de sécurité juridique et de protection de la confiance légitime des justiciables ne consacrent pas un droit acquis à une jurisprudence constante. Ainsi, l'évolution de la jurisprudence n'est pas, en elle-même, contraire à la bonne administration de la justice, dès lors que l'absence d'une approche dynamique et évolutive risquerait de faire obstacle à toute réforme ou amélioration ».

⁹⁵⁰ Le Code du travail et son nouvel ordonnancement, résultat de la loi du 8 août 2016 préc., et des ordonnances n° 2017-1385 et 2017-1386 du 22 sept. 2017, préc., autorise ainsi largement les conventions collectives à déroger aux dispositions légales en vigueur. Dans le plan du Code du travail se retrouvent 40 titres (sections, sous-sections, paragraphes) intitulés « champ de la négociation collective », dans divers domaines : contrat à temps partiel, durée du travail (au sens large, comprenant notamment les durées du travail, le travail de nuit, le travail intermittent, les repos et congés...), compte épargne temps, négociation collective obligatoire... Dans l'ensemble de ces domaines, dans le respect de l'ordre public, les conventions collectives sont autorisées par la loi elle-même à lui déroger. Ce phénomène de dérogation de la norme conventionnelle prend de l'ampleur en droit du travail, car il est considéré que « la régulation des relations de travail a toutes les chances d'être appropriée et équitable si elle est décidée localement, au plus près du terrain, dans un cadre de concertation et de négociation propice et loyal » : *Étude d'impact du 27 juin 2017, accompagnant le projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social*, p. 5.

le Code du travail seraient préservées de toute éviction au profit des dispositions générales civilistes⁹⁵¹.

216. Au-delà de ces trois critères, le droit du travail possédait un outil qui lui était propre et qui, dans l'hypothèse d'une antinomie, lui permettait de trancher toute difficulté : le principe de faveur. Celui-ci ne peut toutefois être érigé au rang de mode de résolution des conflits de normes, car il trouvait à s'appliquer quand bien même les normes en concours étaient de nature distincte⁹⁵². Ainsi, lorsque deux normes travaillistes ne pouvaient être appliquées, même alternativement, à un même cas, la mobilisation du principe de faveur entraînait l'application de la norme la plus favorable pour la partie faible au contrat de travail, le salarié. Néanmoins, son application était cantonnée au seul domaine du droit du travail⁹⁵³ et son extension en dehors de ces frontières, pour régler les conflits entre une norme générale et une norme spéciale, n'aurait pas pu être envisagée sans grandes complexités⁹⁵⁴.

217. En amont de la réforme du droit des contrats, le juge, confronté à un conflit de normes, devait donc composer avec trois critères majeurs pour le résoudre. Pour l'aider dans sa mission, la doctrine a tenté de les hiérarchiser.

⁹⁵¹ En effet, la mise en œuvre du critère hiérarchique ne peut entraîner l'éviction d'une règle légale spéciale au profit d'une règle légale générale, car les deux normes possèdent une même nature. Dès lors, trancher le conflit qui les oppose en faisant primer la règle supérieure s'avère impossible. Par conséquent, la loi spéciale travailliste ne peut être remise en cause ou évincée par l'application du critère hiérarchique.

⁹⁵² Loi et convention collective, convention d'entreprise et convention de branche... V. not. R. LIBCHABER, « Propos hésitants sur l'incertaine solution des conflits de normes », préc.

⁹⁵³ L'ancien article 31, alinéa 2 du Code du travail, devenu l'article L. 2251-1 du Code du travail, prévoyait que « la convention et l'accord collectif de travail peuvent comporter des dispositions plus favorables aux salariés que celles des lois et règlements en vigueur », règle qualifiée de principe fondamental du droit du travail par Cons. const., 12 juill. 1967, n° 67-46 L. Le principe de faveur s'est ensuite étendu, dans le carcan du droit du travail uniquement, en étant également considéré par la Cour de cassation comme « un principe fondamental du droit du travail » : Soc., 25 nov. 1992, n° 90-43.112, *RDL* 1993. 35, obs. L. GRISEY-MARTINEZ ; Soc., 25 nov. 1992, n° 89-42.131 ; Soc., 17 juill. 1996, n° 95-41.614, n° 95-41.831, *Dr. soc.* 1996. 1049, concl. P. LYON-CAEN ; *Dr. soc.* 1996. 1054, note J. SAVATIER. Y. CHARALON, « L'application de la disposition la plus favorable », in *Les transformations du droit du travail. Études offertes à G. LYON-CAEN*, Paris, Dalloz, 1989, p. 243 estime que le principe de faveur constitue « l'âme du droit du travail ». V. ég. J. CHORIN, « L'application du principe de faveur au personnel des entreprises publiques à statut », *JCP* 1997. II. 22798 ; A. CHEVILLARD, « La notion de disposition plus favorable », *Dr. soc.* 1993. 363. Sur l'ensemble du sujet, V. S. LAULOM, N. MERLEY, « La fabrication du principe de faveur », *RDT* 2009. 219 ; A. JEAMMAUD, « Le principe de faveur », préc.

⁹⁵⁴ V. not. R. LIBCHABER, « Propos hésitants sur l'incertaine solution des conflits de normes », préc. ; Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préc., p. 439 et s., pour laquelle la mobilisation du principe de faveur pour trancher les conflits entre une norme générale et une norme spéciale est inenvisageable car il n'est pas toujours simple de déterminer quelle est la partie « faible » au contrat, mais également car il n'est guère évident de caractériser la règle la plus favorable pour cette dernière.

2. Hiérarchisation des critères de résolution du conflit de normes

218. Si la Cour de cassation n'a jamais opéré de classement entre les outils qui étaient mis à sa disposition dans l'optique de résoudre les conflits de normes, une frange de la doctrine a, quant à elle, procédé à cette hiérarchisation. Si aucun critère ne fait autorité sur les autres, le juge a alors la possibilité de les utiliser de manière alternative et équivalente, ce qui est inévitablement source de cacophonie judiciaire. En effet, devant un même conflit de normes, les solutions commandées par l'utilisation de l'un ou de l'autre des critères peuvent être diamétralement opposées. Par exemple, quelle est la règle à appliquer lorsqu'un conflit de normes oppose une norme légale générale postérieure et une norme légale spéciale antérieure ? En application du critère chronologique, la règle générale trouverait application. La résolution du conflit par la mise en œuvre du critère de spécialité aboutirait à la solution inverse, la règle spéciale devant alors primer sur la règle générale. Enfin, la mobilisation du critère hiérarchique ne mènerait nulle part, car les deux règles en concurrence sont de même nature. Ainsi, pour résoudre un conflit entre deux normes tout en préservant l'ordre de notre système juridique, il faut parvenir à résoudre, en amont, le conflit qui met aux prises les différents critères de résolution⁹⁵⁵.

Il a ainsi été soumis l'idée selon laquelle la validité de chacun des critères devait être « inversement proportionnelle à leur objectivité »⁹⁵⁶. Néanmoins, l'auteur lui-même concède, dans le même article, que ce raisonnement pouvait pécher par sa simplicité et son absence totale de nuance⁹⁵⁷. Si, comme d'autres après lui⁹⁵⁸, il met aux prises les trois critères pour en tirer un classement hiérarchisé⁹⁵⁹, il nous paraît pourtant critiquable de placer les trois modes de résolution des conflits sur une même ligne de départ, car ces différents critères ne contribuent en effet pas à résoudre les mêmes difficultés. Le cas du critère hiérarchique doit ainsi être traité à part **(a)** et la tentative de hiérarchisation des critères de résolution des conflits de normes ne concernerait alors que les deux restants **(b)**.

⁹⁵⁵ N. BOBBIO, « Des critères pour résoudre les antinomies », préc., p. 253.

⁹⁵⁶ *Ibid*, p. 250.

⁹⁵⁷ *Ibid*.

⁹⁵⁸ Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préc., p. 507 et s.

⁹⁵⁹ N. BOBBIO, *op. cit.*, p. 253 estime en effet que « les situations où les conflits de critères peuvent se produire sont au nombre de trois : 1. conflit entre les critères chronologie et hiérarchique ; 2. conflit entre les critères de spécialité et chronologique ; 3. conflit entre les critères hiérarchique et de spécialité ».

a. L'exclusion du critère hiérarchique des modes de résolution du conflit de normes

219. Dans la mesure où il convient selon nous de retenir une conception stricte du conflit de normes, en caractérisant non seulement une antinomie mais aussi une identité de nature entre les règles, les trois critères ne peuvent entrer en conflit les uns avec les autres, car ils ne partagent finalement pas tous un objet commun. Là où deux d'entre eux – les critères chronologique et de spécialité – permettent, certes de manière différente, de résoudre l'antinomie entre deux règles de même nature, le critère hiérarchique ne peut prétendre à faire de même sans contradiction puisque son utilité est tirée d'une altérité de nature entre deux règles incompatibles. Or, cette altérité tend à exclure automatiquement la qualification de conflit de normes⁹⁶⁰. Dès lors, par un raisonnement logique, puisque deux règles ne peuvent entrer en conflit si leur nature est dissemblable, le critère hiérarchique ne peut être utilisé par le juge dans l'optique d'en résoudre un. Son objet n'est donc pas de trancher un conflit entre deux normes, mais de constituer le fondement permettant l'éviction de la règle inférieure lorsque deux normes de natures différentes ne peuvent être appliquées de concert. Il ne peut donc pas, en conséquence, entrer en conflit avec les critères chronologique et de spécialité, qui ont un objet distinct⁹⁶¹.

Une distinction semble donc s'imposer ici. Lorsque deux normes en concurrence sont véritablement en conflit – c'est-à-dire qu'elles partagent un objet commun, une identité de nature et que leurs directives sont incompatibles – les seuls modes de résolution qui peuvent être mobilisés sont ceux qui font primer la règle postérieure ou la règle spéciale. En effet, seuls ceux-ci peuvent, de manière opportune, trouver application pour trancher un conflit de normes, car ils demeurent les seuls à pouvoir composer avec la variable que constitue l'identité de nature. Par contre, lorsque l'hypothèse d'un conflit de normes est exclue car les deux règles ne sont pas de même nature, seul le critère hiérarchique peut alors être employé, puisqu'il ne s'agit alors que de faire primer la règle supérieure sur la règle inférieure, conformément au principe de la hiérarchie des normes. En effet, lorsque la nature des deux règles est dissemblable, la plus

⁹⁶⁰ V. *supra*, n° 179 et s.

⁹⁶¹ Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préc., p. 507 et s., n'opère pas cette distinction. Quand bien même l'auteure estime que le conflit de normes résulte de la caractérisation « entre une ou plusieurs règles communes et une ou plusieurs règles particulières à un contrat, de même rang » et « par l'existence d'une incompatibilité entre les directives de deux règles relatives à un même objet », elle estime que le critère hiérarchique peut pertinemment être utilisé pour résoudre un conflit entre deux normes concurrentes.

grande spécialité de l'une d'entre elles ne doit pas importer ; la règle jurisprudentielle spéciale doit céder devant la règle légale générale⁹⁶², conformément à la hiérarchie des normes qui ne connaît pas d'exceptions fondées sur la teneur des règles.

Par conséquent, dans les hypothèses qui mettent aux prises deux règles de nature différente, qu'elle soit spéciale et générale, antérieure et postérieure, voire spéciale et antérieure et générale et postérieure⁹⁶³, les antinomies ne doivent être résolues que d'une seule et unique manière, en faisant primer la règle hiérarchiquement supérieure.

220. Ce constat confirme celui que nous dressions ci-dessus⁹⁶⁴, au sujet des antinomies caractérisées entre la loi générale et la jurisprudence sociale. Dans cette situation, qu'elle concerne l'antinomie entre l'article 1226 du Code civil et la prise d'acte de rupture du contrat de travail, celle de l'article 1139 du Code civil avec la conception sociale du dol, la solution devrait toujours être celle de l'application de la règle supérieure, conformément au critère hiérarchique, le seul susceptible de trancher les antinomies.

221. Dès lors, contrairement à ce qu'énonçait M. N. Bobbio⁹⁶⁵, qui retenait du conflit de normes une conception plus vaste, la seule hypothèse de conflit entre deux modes de résolution des conflits de normes est, à notre sens, celle qui oppose le critère chronologique au critère de spécialité.

b. La résolution du conflit entre les critères chronologique et de spécialité

222. Pour déterminer si l'adage *specialia generalibus derogant* doit primer sur le critère chronologique ou s'il convient, au contraire, de tenir comme vraie la solution contraire, deux situations distinctes doivent être analysées.

223. La première renvoie au conflit entre une norme générale antérieure et une norme spéciale postérieure. L'hypothèse, courante lorsque l'on s'intéresse aux relations entretenues

⁹⁶² Sans quoi elle serait *contra legem*.

⁹⁶³ Ainsi, évidemment, que l'hypothèse inverse, à savoir une règle spéciale postérieure et une règle générale antérieure.

⁹⁶⁴ V. *supra*, n° 185 et s.

⁹⁶⁵ N. BOBBIO, « Des critères pour résoudre les antinomies », p. 237 et s.

par le droit commun des contrats et le droit du travail⁹⁶⁶, ne pose aucune difficulté dans sa résolution. En effet, « le critère chronologique se confond avec [le critère de spécialité] : les directives données par les deux règles sont identiques »⁹⁶⁷. La hiérarchisation des deux modes de résolution n'est ici nullement nécessaire, car les solutions commandées par l'un et par l'autre sont absolument identiques. Ainsi, si l'on ne tient compte que de la date d'édiction des règles, la norme spéciale évincera la norme générale, puisqu'elle lui est postérieure. De même, si l'on se réfère uniquement au degré de spécialité de chaque règle, ladite norme spéciale trouvera à nouveau application. Dès lors, dans cette situation, « mieux vaut se détacher de la dimension temporelle du concours pour ne mettre en œuvre que la règle de conflit [...] inspirée de l'adage *specialia generalibus derogant* »⁹⁶⁸.

224. La seconde, plus complexe, est également celle qui nous intéresse le plus. Elle correspond au conflit entre une norme spéciale antérieure et une norme générale postérieure. Ainsi, quand bien même le droit du travail a, lui aussi, été réformé à plusieurs reprises au cours de la décennie passée, la réforme du droit des contrats, opérée en 2016 et 2018, rend tout à fait envisageable la situation dans laquelle la règle civiliste a été édictée postérieurement à la norme travailliste. Dans cette situation, les directives de chaque mode de résolution des conflits sont incompatibles et impossibles à concilier⁹⁶⁹. Dès lors, loin d'être évidente⁹⁷⁰, ce qui illustre « le conflit latent entre les deux règles de solution »⁹⁷¹, la tentative de hiérarchisation des deux

⁹⁶⁶ V. not. Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préc., p. 510, qui rappelle que « la majeure partie des règles relevant du droit commun des contrats sont issues des dispositions du Code civil, dans leur rédaction originale, ou de leur interprétation par la jurisprudence – interprétation qui fait corps avec le texte sur lequel elle se greffe et lui emprunte sa date de naissance. Les dispositions spéciales à certains contrats, quant à elles, sont, pour la plupart, soit issues des dispositions originaires du même Code civil – et la question de l'application du critère chronologique n'a pas à être envisagée –, soit postérieures à l'adoption du Code civil ». Les premières lois sociales, reprises ensuite par le Code du travail en 1910 et ultérieurement, datent du milieu du XIX^e siècle et sont donc, *de facto*, postérieures à l'adoption du Code civil.

⁹⁶⁷ *Ibid.*

⁹⁶⁸ *Ibid.*

⁹⁶⁹ La primauté accordée au critère chronologique entraînerait l'application de la règle générale postérieure, tandis que celle donnée au critère de spécialité déboucherait sur celle de la règle spéciale antérieure. Or, puisqu'elles sont incompatibles, leur application cumulative ou alternative est exclue.

⁹⁷⁰ Malgré l'existence des adages *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, susceptible d'être traduit comme « la loi générale postérieure ne déroge pas à la loi spéciale antérieure » et *legi speciali per generalem non derogatur*, qui renvoie au fait qu'il « n'est pas dérogé à une loi spéciale par une loi générale ». Ces adages ne sont toutefois pas appliqués avec constance par la jurisprudence. On trouve ainsi trace d'une occurrence de l'adage *legi speciali per generalem*... dans un arrêt de la 3^e chambre civile de la Cour de cassation, qui en a rejeté l'application au profit de l'article 1184 du Code civil (Civ., 3^e, 31 oct. 2006, n° 05-10.553, *AJDI* 2007. 390, obs. Y. ROUQUET).

⁹⁷¹ G. GAVAZZI, *Delle Antinomie*, préc., p. 83, cité par N. BOBBIO, « Des critères pour résoudre les antinomies », préc., p. 254.

critères doit ici tenir compte de plusieurs facteurs : l'abolition des privilèges et l'abrogation tacite de la règle antérieure.

Dans sa tentative de hiérarchisation de ces deux critères de résolution des conflits de normes, un auteur estime que la primauté devait toujours être donnée à la règle qui « paraît la plus juste »⁹⁷². Ainsi, lorsqu'une règle spéciale, en raison de sa plus grande adaptation à l'objet qu'elle régit, s'avère être plus juste que la règle générale postérieure, le critère de spécialité devrait alors prendre le pas sur le critère chronologique⁹⁷³. Par contre, la présomption « du plus juste » ne doit pas être automatiquement octroyée à la règle spéciale. M. N. Bobbio estime ainsi que le critère chronologique doit l'emporter sur l'adage *specialia generalibus derogant* lorsque l'édiction de la règle générale – postérieure à celle de la règle spéciale – a pour objet ou effet d'abolir un privilège que cette dernière octroyait⁹⁷⁴. En effet, dans cette hypothèse, au demeurant particulièrement compliquée à illustrer, la règle générale serait perçue comme étant porteuse de la « plus grande justice » recherchée et, en conséquence, devrait primer sur la règle la plus spéciale. Néanmoins, puisqu'aucune mesure portée par la réforme du droit des contrats n'a pour objet ou effet d'entraîner la suppression d'un privilège, prévu par la loi travailiste et qui profiterait à l'un des acteurs des relations de travail, l'hypothèse doit être écartée de notre raisonnement. Il en résulterait la primauté du critère de spécialité sur le critère chronologique et l'application de la loi spéciale aux dépens de la loi générale, même postérieure.

Plus encore, pour prétendre à résoudre un tel conflit de normes, il est impératif, au préalable, de s'assurer que la règle la plus récente n'a pas entraîné, tacitement ou non, l'abrogation de la plus ancienne⁹⁷⁵. Si une telle abrogation résulte de la volonté expresse du

⁹⁷² N. BOBBIO, *ibid*, p. 255.

⁹⁷³ *Ibid*. L'auteur estime que dans cette hypothèse, il convient de se servir de « la valeur suggestive du *suum cuique tribuere* pour infirmer l'action nivellatrice du temps et pour conserver dans le système juridique une règle retenue comme juste, malgré son antériorité ». En faisant fi de leur date d'édiction respective, l'on peut prendre pour exemple celui du conflit entre les articles L. 1244-1 du Code du travail et 1214 du Code civil au sujet de l'effet de la succession – au sens travailiste du terme – de contrats à durée déterminée. La règle spéciale, qui autorise la succession de plusieurs contrats à durée déterminée en la conditionnant au respect d'un délai de carence entre eux (V. les articles L. 1244-3 et s., du Code du travail), est indéniablement plus adaptée à la réalité de la relation de travail et aux besoins des entreprises que ne l'est le texte du Code civil, qui opère la transformation de la durée du second contrat.

⁹⁷⁴ *Ibid*.

⁹⁷⁵ En effet, « si l'abrogation de la loi ancienne par la loi nouvelle est acquise, il n'existe plus de concours à trancher puisqu'une seule des dispositions reste en vigueur » : Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préc., p. 511. Pour R. LIBCHABER, « Propos hésitants sur l'incertaine solution des conflits de normes », préc., l'adage *lex posterior derogat priori* sous-entend ainsi l'idée de l'abrogation tacite de la norme la plus ancienne par la plus récente, ce qui, *de facto*, fait disparaître la potentielle antinomie entre les normes. Dans le cadre d'un conflit entre une norme générale et une norme

législateur, ou peut se déduire des débats qui ont précédé la promulgation de la règle, la caractérisation d'un conflit de normes devient impossible, car les deux règles n'existent alors pas concomitamment dans le système juridique⁹⁷⁶. Ainsi, ce n'est qu'en l'absence d'abrogation de la loi ancienne qu'il peut être question de la hiérarchisation des critères temporel et de spécialité. Une auteure préconise alors l'éviction de la règle générale par la règle spéciale, mais uniquement « dans [son] seul champ d'application »⁹⁷⁷. Le raisonnement accouche ainsi de la même solution que le précédent, et il ressort de l'ensemble de ces travaux doctrinaux⁹⁷⁸ la possibilité de hiérarchiser les deux critères de résolution d'un conflit de normes, en faisant primer le critère de spécialité tiré de l'adage *specialia generalibus derogant* sur le critère chronologique.

225. De ce qui précède, nous sommes en mesure de tirer une conclusion importante pour la suite de nos développements : la règle générale insérée dans le Code civil par l'ordonnance du 10 février 2016 ou la loi du 20 avril 2018, antinomique avec la loi travailiste, ne peut l'évincer quand bien même cette dernière aurait été promulguée antérieurement. De plus, pour mettre un terme définitif aux hésitations qui pouvaient naître de l'absence de hiérarchie officielle entre les différents critères, mais aussi pour guider le juge dans la résolution des conflits de normes, la réforme du droit des contrats a pris le parti de consacrer la dérogation de la règle spéciale, ainsi que son corollaire inévitable, l'éviction de la règle générale.

B. LA NOUVELLE DÉROGATION DU DROIT SPÉCIAL

226. Le Gouvernement, chargé de légiférer par voie d'ordonnance, a fait le choix de codifier l'adage *specialia generalibus derogant* (1). En réalité, dans sa volonté d'insérer dans le Code civil un critère de résolution des conflits de normes, il n'avait guère l'embarras du choix, car seul le critère de spécialité est à même de préserver l'intérêt de la législation spéciale (2).

spéciale, l'abrogation tacite de la loi antérieure est rejetée par certains auteurs : Ch. GOLDIE-GENICON, *op. cit.*, p. 469 ; A. JEAMMAUD, *Des oppositions de normes en droit privé*, préc., p. 678.

⁹⁷⁶ Ch. GOLDIE-GENICON, *ibid.*

⁹⁷⁷ *Ibid.*

⁹⁷⁸ Qui, en amont de la réforme du droit des contrats, n'ont jamais été repris par la loi ou la jurisprudence.

1. *La codification de l'adage specialia generalibus derogant*

227. Absente des projets et avant-projets de réforme⁹⁷⁹, la question de l'articulation des normes entre elles est l'objet de l'un des articles phares de la réforme du droit des contrats. Elle se trouve traitée au sein de l'ordonnance du 10 février 2016 et la loi de ratification du 20 avril 2018 n'y a apporté aucune modification. Ainsi, la substance de l'adage *specialia generalibus derogant*, par lequel les règles spéciales dérogent aux règles générales, se trouve désormais inscrite au sein du troisième alinéa de l'article 1105 du Code civil, lequel est inséré dans un chapitre consacré aux dispositions liminaires, relatives à l'ensemble des contrats de droit privé⁹⁸⁰.

228. Dès lors, s'il ne possédait jusqu'alors aucune force normative, faute pour lui d'avoir été repris par un texte contraignant⁹⁸¹, l'adage *specialia generalibus derogant* se trouve aujourd'hui codifié en droit commun des contrats. Sa consécration légale vient mettre un point d'arrêt définitif aux doutes portés sur sa valeur normative exacte⁹⁸², opérant par-là la transmutation normative de l'adage en véritable loi.

Le Code civil prévoit donc expressément que « les règles générales s'appliquent sous réserve des règles particulières ». Il convient selon-nous de préciser le sens de la formule. Entendue de façon large – et de manière littérale – elle mène à considérer que les règles générales cèdent, en toute circonstance, devant les règles affichant un degré de spécialité plus important. Nous l'avons toutefois mentionné⁹⁸³, en l'absence de conflit entre elles, les normes spéciales et générales cohabitent, permettant au justiciable de choisir entre l'application de

⁹⁷⁹ Les avant-projets dit « CATALA » et « TERRÉ » sont effectivement muets au sujet de l'articulation des règles entre elles. L'article 1103 du premier reprend la substance de l'ancien article 1107 du Code civil, comme le fait en ses propres termes l'article 11 du second. Quant à lui, le projet d'ordonnance publié par la Chancellerie fait totalement fi de l'ancien article 1107 du Code civil. V. not. N. BALAT, « Réforme du droit des contrats : et les conflits entre droit commun et droit spécial ? », préc. V. *supra*, n° 28, n° 42, n° 120.

⁹⁸⁰ Chapitre I du sous-titre I du titre III du livre III du Code civil, intitulé « dispositions liminaires » et contenant les articles 1101 à 1111-1 du Code civil.

⁹⁸¹ Ce qui fait obstacle à la novation de la valeur juridique de l'adage selon P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., p. 218 et s.

⁹⁸² La Cour de cassation, nous l'avons mentionné, ne reconnaissait pas expressément l'adage *specialia generalibus derogant* comme mode de résolution des conflits de normes. Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préc., p. 452 et s. démontre, de surcroît, que l'adage ne pouvait prétendre à être un principe général du droit, contrairement à la position retenue par A. JEAMMAUD, *Des oppositions de normes en droit privé interne*, préc., p. 718, pour lequel l'adage possède une positivité indiscutable. La valeur coutumière peut même lui être refusée : Ch. GOLDIE-GENICON, *op. cit.*, p. 461.

⁹⁸³ V. *supra*, n° 95 et s.

l'une ou de l'autre ou des deux, à sa convenance. La primauté octroyée aux règles particulières, selon les termes du Code civil, n'a donc pas une portée absolue ; elle est strictement cantonnée par l'impérative et préalable caractérisation d'un conflit de normes⁹⁸⁴.

229. Retenir cette interprétation de la règle – et faire fi de la lecture littérale de l'article 1105, alinéa 3, du Code civil – est également nécessaire en raison des insuffisances de l'adage *specialia generalibus derogant*, souvent pointés du doigt par la doctrine⁹⁸⁵. La première renvoie à la lettre de l'adage, laquelle ne parvient pas à « refléter l'état du droit positif »⁹⁸⁶. En effet, au moment d'articuler les règles spéciales et générales, la jurisprudence ne tranche pas automatiquement et forcément pour l'application de premières⁹⁸⁷. Or, une interprétation littérale de l'adage mènerait pourtant à cette solution dénuée de toute nuance. Dès lors, cette conception souple du critère de spécialité ne parvient pas à synthétiser de manière pertinente le paysage jurisprudentiel français et ne peut donc pas y être appliquée. Son application dans la résolution des conflits de normes devait nécessairement passer par une adaptation⁹⁸⁸, chose faite lorsqu'on la cantonne aux uniques hypothèses dans lesquelles les règles en concurrence partagent un même objet, une même identité et s'avèrent incompatibles. La seconde, qui ne concerne guère les relations entre le droit du travail et le droit commun des contrats, renvoie aux difficultés de trancher certains litiges par la mise en œuvre du critère de spécialité, lorsque les deux règles semblent présenter peu ou prou un même degré de spécialité. L'on peut ici citer l'exemple parlant d'un arrêt rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation au début de l'année 2017⁹⁸⁹, au sein duquel le juge devait estimer, pour déterminer si l'action en

⁹⁸⁴ Pour qu'elle puisse trouver application, il convient donc de caractériser une communauté d'objet, une identité de nature et une incompatibilité entre les deux règles en concours.

⁹⁸⁵ Pour H. BARBIER, « L'essor des règles d'identification des conflits de normes en droit des contrats », préc., « il est plus que jamais vain de penser que l'adage *specialia generalibus derogant* [...] suffira à ordonner l'ensemble des normes applicables aux contrats qui ont éclos ces dernières années ». V. ég. P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, Paris, LGDJ, 2^e éd., 2013, spé., n° 294 ; G. LARDEUX, « L'adage *specialia generalibus derogant*, ou la simplicité apparente des fausses évidences », préc.

⁹⁸⁶ Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préc., p. 266 et s.

⁹⁸⁷ Pour ne citer qu'un exemple, V. Soc., 21 sept. 2017, n° 16-20.103, préc., par lequel la chambre sociale, aux dépens d'une position jurisprudentielle propre à la relation de travail, a fait application des articles 1113 et s. et 1124 du Code civil à la promesse d'embauche. V. *supra*, n° 33 et s., n° 62.

⁹⁸⁸ Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préc., p. 504, propose une règle de conflit de normes inspirée de cet adage, qui rejoint notre raisonnement développé ci-dessus : « les contrats, lorsqu'ils sont soumis à des règles particulières, demeurent soumis aux règles communes gouvernant les contrats, pourvu qu'il n'y ait pas d'antinomie entre ces règles communes et ces règles particulières. En cas d'antinomie entre une ou plusieurs de ces règles communes et une ou plusieurs des règles particulières à un contrat, concomitantes et de même rang, la ou les règles particulières évincent la ou les règles communes, dans le seul champ d'application des règles particulières [...] ».

⁹⁸⁹ Civ., 3^e, 26 janv. 2017, n° 15-27.580, D. 2017. 388, note V. PEZZELLA ; D. 2017. 1149, obs. N. DAMAS.

justice intentée par un bailleur était prescrite ou non – qui de l'article 7-1 de la loi du 6 juillet 1989⁹⁹⁰ ou de l'article L. 137-2 du Code de la consommation⁹⁹¹ devait recevoir application en vertu de l'adage *specialia generalibus derogant*⁹⁹².

230. Si une interprétation stricte de l'adage *specialia generalibus derogant*⁹⁹³ ne résoudra pas cette seconde difficulté, elle permet cependant de refléter avec plus de fidélité l'état de la jurisprudence relative à l'articulation des règles spéciale et générale, qui n'entraîne pas automatiquement l'éviction de la règle générale. Par conséquent, selon-nous, il convient de faire application du troisième alinéa de l'article 1105 du Code civil uniquement lorsque les conditions d'un conflit de normes sont réunies.

231. Surprenante à la vue du silence des textes préparatifs à ce sujet, la codification du critère de spécialité n'en demeure pas moins logique. En effet, à compter du moment où le codificateur avait fait le choix d'inscrire dans le Code civil un mode de résolution des conflits de normes, seul l'adage *specialia generalibus derogant* pouvait, à la fois, trancher ces conflits et préserver l'intérêt des législations spéciales.

2. La préservation de l'intérêt du droit spécial

232. Parce qu'il est légal et positif, le droit du travail doit recevoir pleine application au sein de son champ de compétences. Cependant, son caractère spécial, par rapport au droit commun

⁹⁹⁰ Loi n° 89-462 du 6 juill. 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 déc. 1986, dite « loi ALUR ». Son article 7-1 énonce « toutes actions dérivant d'un contrat de bail sont prescrites par trois ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer ce droit ».

⁹⁹¹ Abrogé par l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 mais applicable au litige d'espèce. Il prévoyait que « l'action des professionnels, pour les biens ou les services qu'ils fournissent aux consommateurs, se prescrit par deux ans ».

⁹⁹² La Cour de cassation a fait application de la loi du 6 juill. 1989 : « qu'en statuant ainsi, alors que le bail d'habitation régi par la loi du 6 juillet 1989 obéit à des règles spécifiques exclusives du droit de la consommation, de sorte que la prescription édictée par l'article 7-1 de cette loi est seule application à l'action en recouvrement des réparations locatives et des loyers impayés [...] ». Pour H. BARBIER, « De la légitimité douteuse de l'adage *specialia generalibus derogant* pour articuler les droits spéciaux entre eux », *RTD civ.* 2017. 372, la solution est loin d'être aussi évidente : « peut-on réellement penser que la loi ALUR, applicable à tout contrat de bail et uniquement au contrat de bail, est davantage spéciale que le droit de la consommation applicable à tout consommateur mais seulement en face d'un professionnel ? ». L'auteur estime, en conséquence que l'utilisation de l'adage *specialia generalibus derogant* et du critère de spécialité dans la résolution des conflits de normes est souvent insatisfaisante. Il conviendrait, pour lui, d'en exclure l'application pour se référer à l'intention du législateur, dussent-elle être déduite par un juge.

⁹⁹³ En cantonnant son application aux seuls conflits de normes, eux-mêmes étroitement entendus.

des contrats, impose qu'il ne s'applique qu'au sein dudit champ, au risque de porter atteinte à la subsidiarité naturelle du droit commun. Ainsi, le droit du travail n'est utile que pour régir les relations individuelles et collectives du travail. En dehors, il n'est pas susceptible d'être mis en œuvre.

233. Cette constatation, logique au demeurant, contribue néanmoins à expliquer pour quelles raisons le législateur, dans l'ordonnance du 10 février 2016, a fait le choix de résoudre les conflits de normes en faisant primer la règle spéciale sur la règle générale. La solution inverse – la primauté de la règle générale sur la règle spéciale – reviendrait en effet à ôter à cette dernière « toute effectivité »⁹⁹⁴. Et pour cause ; quelle serait l'utilité d'une législation spéciale si, dans son propre champ d'application, elle devait céder face à la législation générale qui porte sur un même objet et avec laquelle elle est incompatible ? Dans cette hypothèse, elle ne serait même plus souveraine sur son propre territoire⁹⁹⁵. Par suite, alors même que les cas dans lesquels elle est susceptible de pouvoir être appliquée sont réduits – car limités à son domaine d'application, les relations de travail, par exemple – la législation spéciale deviendrait simplement inutile si elle ne pouvait primer sur le droit commun des contrats en cas de conflit de normes⁹⁹⁶, puisqu'elle ne trouverait alors plus de « terrain sur lequel s'exercer »⁹⁹⁷. Les seules situations dans lesquelles le droit du travail pourrait encore s'appliquer pleinement sont ceux où il n'entrerait pas en conflit avec une règle dotée d'une généralité plus large que la sienne⁹⁹⁸.

234. Le même raisonnement pousse à faire primer le critère de spécialité sur le critère chronologique. Nous l'avons mentionné⁹⁹⁹, l'application aveugle de ce dernier, qui pousse à l'éviction automatique de la règle antérieure, peut entraîner de grands bouleversements au sein des droits spéciaux lorsque la règle générale s'avère postérieure. L'effet serait alors similaire à celui que nous venons de décrire et le droit spécial perdrait de son effectivité en son propre sein. Nous ne pouvons alors que faire écho aux réflexions du professeur N. Balat, lequel se demandait « pourquoi une règle spéciale existe-t-elle, si c'est pour être happée par les règles plus générales même dans son domaine d'application restreint, alors qu'il s'agit précisément là de sa seule

⁹⁹⁴ N. BALAT, *Essai sur le droit commun*, préc., p. 105.

⁹⁹⁵ V. les développements de N. DELEGOVE, *Le droit commun et le droit spécial*, préc., spé., n° 389.

⁹⁹⁶ N. BALAT, *op. cit.*, p. 106.

⁹⁹⁷ Selon la formule de H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*, préc., p. 845.

⁹⁹⁸ Ce qui constitue tout de même, il est vrai, un périmètre important.

⁹⁹⁹ V. *supra*, n° 208 et s.

arme ? »¹⁰⁰⁰. Dès lors, sauf à « manquer de bon sens »¹⁰⁰¹, le codificateur n'avait pas d'autre option que celle de consacrer l'adage *specialia generalibus derogant* et de faire primer la règle spéciale sur la règle générale pour préserver l'utilité et l'intérêt des droits spéciaux dans l'hypothèse spécifique d'un conflit de normes¹⁰⁰². Il s'agissait là du seul moyen de garantir l'application intégrale des droits spéciaux dans leur champ d'application.

235. Si elle répond donc à une logique certaine¹⁰⁰³, la directive selon laquelle les règles générales s'appliquent sous réserve des règles spéciales produira – théoriquement au moins – une influence significative en droit du travail, car l'articulation du droit du travail et du droit commun des contrats gravite autour d'elle. Sa mise en œuvre concrète peut ainsi mener à la découverte de nouveaux conflits de normes, caractérisés entre la législation travailliste et les dispositions insérées dans le Code civil par la réforme du droit des contrats.

Section 2. LES NOUVEAUX CONFLITS DE NORMES

236. La détermination de l'exacte influence de cette réforme en droit du travail ne peut faire l'économie de l'actualisation de la recherche des conflits de normes entre les dispositions du Code du travail et du Code civil (§1). Il n'est en effet pas à exclure que, depuis le 1^{er} octobre 2016, date d'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016, le Code civil contienne de nouveaux mécanismes qui, vis-à-vis des textes du Code du travail, remplissent l'ensemble des conditions de la caractérisation d'un conflit de normes. De ce constat résulterait l'éviction de la règle générale et son corollaire, la relativisation de l'influence de la réforme du droit des contrats en droit du travail. À l'étude, il semble cependant que l'argument du conflit de normes est loin d'être suffisant pour expliquer le nuancement de ladite influence au sein des relations de travail. À l'inverse, il contribue activement à son extension (§2).

¹⁰⁰⁰ N. BALAT, *Essai sur le droit commun*, préc., p. 106.

¹⁰⁰¹ Expression de P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, préc., spé., n° 293.

¹⁰⁰² La seule option dont disposait le Gouvernement, à l'heure de rédiger l'ordonnance du 10 février 2016 était de ne pas rompre avec le droit des contrats antérieur en ne consacrant pas dans le Code civil un mode de résolution des conflits de normes. Le juge aurait alors été, comme depuis 1804 et jusqu'en 2016, en mesure de trancher lesdits conflits par le recours, à son gré, au critère chronologique et au critère de spécialité, quand bien même, nous l'avons mentionné, ce dernier doit primer sur le premier dans les cas où ils commanderaient des solutions incompatibles.

¹⁰⁰³ Une fois encore, à compter du moment où il a été décidé d'insérer au sein du Code civil une règle de résolution des conflits de normes.

§1. L'IDENTIFICATION DES NOUVEAUX CONFLITS DE NORMES

237. L'étude des « nouveaux » conflits de normes entre les dispositions des deux branches du droit n'est pas orpheline de toute littérature. Plusieurs auteurs se sont ainsi penchés sur le sujet, notamment suite à l'avis rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 3 avril 2019¹⁰⁰⁴. En ce qui nous concerne, la recherche des conflits mettant aux prises la législation travailliste et le nouveau droit des contrats a déjà débuté. En effet, pour rappel, les relations entre le droit du travail et le droit commun des contrats ne peuvent emprunter que trois chemins qui s'excluent mutuellement ; celui de la lacune, celui de la cohabitation ou celui du conflit. Seules les deux dernières voies sont ouvertes lorsqu'une règle spéciale coexiste avec une règle générale portant sur un objet au moins connexe. Or, nous l'avons détaillé¹⁰⁰⁵, les hypothèses dans lesquelles les mécanismes insérés dans le Code civil par la réforme du droit des contrats viendront combler les lacunes du droit du travail sont nombreuses. De surcroît, bien que rarement, des situations de cohabitation existent également¹⁰⁰⁶. Par élimination, il est donc d'ores et déjà possible d'affirmer que le nombre de conflits de normes est – au mieux – particulièrement limité.

En réalité, il n'est possible de caractériser que deux nouveaux conflits de normes suite à la promulgation de l'ordonnance du 10 février 2016 et de sa loi de ratification du 20 avril 2018. Ils présentent la particularité de concerner, tous deux, le thème du contrat à durée déterminée. Le premier renvoie ainsi à la succession de plusieurs contrats à durée déterminée (**A**), tandis que le second concerne l'effet de l'exécution d'un tel contrat une fois le terme extinctif atteint (**B**).

A. LA SUCCESSION DE CONTRATS À DURÉE DÉTERMINÉE

238. En 1804, le Code civil était totalement muet au sujet des contrats à terme. Les avant-projets doctrinaux, rédigés sous la direction de P. Catala et du Professeur F. Terré n'y font pas plus mention¹⁰⁰⁷, à l'inverse du projet d'ordonnance de février 2015, lequel réservait ses articles

¹⁰⁰⁴ Soc., avis, 3 avr. 2019, n° 19-70.001, préc.

¹⁰⁰⁵ V. *supra*, n° 59 et s.

¹⁰⁰⁶ V. *supra*, n° 117 et s.

¹⁰⁰⁷ Le premier fait mention de « formalités déterminées » (articles 1102-4 et 1127-1), de « conditions unilatéralement déterminées » (article 1102-5), de « conditions déterminées » (article 2234), de « personne

1211 à 1216 à une section intitulée « la durée du contrat ». En y apportant quelques modifications, l'ordonnance du 10 février 2016 a procédé à la codification dudit projet. Pour le juriste travailliste, il paraît inévitable que cette nouvelle section du Code civil devienne le théâtre d'éventuels conflits de normes avec les dispositions du Code du travail. Et pour cause, il n'est pas fréquent que le Code civil et le Code du travail traitent d'un objet identique ; la situation s'observe, par exemple, au sujet du corps humain¹⁰⁰⁸ ou de la succession¹⁰⁰⁹, mais il ne s'agit là que de l'emploi d'un terme civiliste en droit du travail. Au sujet des contrats à durée déterminée, le Code civil ne se contente cependant pas d'y faire simplement mention ; il en pose un régime, certes succinct, mais qui sert désormais de réglementation à l'ensemble des contrats à durée déterminée de droit privé, sauf exception. À cet égard, le contrat de travail à durée déterminée constitue l'une de ces exceptions, puisque le Code du travail lui consacre une législation particulièrement fournie¹⁰¹⁰ et l'intégralité du titre IV de son livre I.

La situation, qui a pu déboucher sur la cohabitation des règles travaillistes et civilistes¹⁰¹¹, aboutie également à la caractérisation d'un premier conflit de normes, noué entre les articles L. 1244-1 du Code du travail et 1214 du Code civil. Dans l'optique de démontrer l'existence de ce conflit, il semble opportun de procéder critère par critère.

239. Afin de déterminer si deux normes partagent – ou non – un objet commun, il est au préalable impératif de prendre connaissance de leur contenu. Le texte de la législation travailliste reconnaît aux parties la faculté de conclure plusieurs contrats à durée déterminée de manière successive¹⁰¹², tout en la conditionnant¹⁰¹³. Le Code du travail permet donc la

déterminée ou indéterminée » (articles 1105-1 et 1105-4), de « conventions déterminées » (article 1110-2), de « chose déterminée » (articles 1121-3 et 1227-1), d'une « époque déterminée » (article 1129-4), de « date déterminée » (article 1185), mais n'évoque jamais la durée déterminée ou indéterminée d'un contrat. Le second, lui, évoque en son article 91 le « contrat conclu pour une durée indéterminée », mais uniquement pour rappeler l'interdiction des engagements perpétuels. Aucune mention du contrat à durée déterminée n'y est faite.

¹⁰⁰⁸ Articles 16 à 16-9 du Code civil, article R. 4534-86 du Code du travail.

¹⁰⁰⁹ Articles 720 à 892 du Code civil, article L. 1224-1 du Code du travail.

¹⁰¹⁰ Il évoque ainsi, successivement, la conclusion du contrat à durée déterminée, les motifs de recours autorisés et interdits, la fixation du terme extinctif du contrat, la durée du contrat et celle de la période d'essai qui peut y être insérée, la rupture anticipée (cas autorisés, cas interdits), le renouvellement et la succession du contrat et la requalification du contrat.

¹⁰¹¹ V. *supra*, n° 134 et s. Pour rappel, a été évoquée la cohabitation des articles L. 1231-1 du Code du travail et 1210, 1211 du Code civil (au sujet du contrat à durée indéterminée) et L. 1243-13 et 1213 du Code civil (au sujet du contrat à durée déterminée).

¹⁰¹² L'article L. 1244-1 du Code du travail prévoit « les dispositions de l'article L. 1243-11 ne font pas obstacle à la conclusion de contrats de travail à durée déterminée successifs avec le même salarié [...] ».

¹⁰¹³ Le conditionnement s'opère au regard du motif de la succession de contrats à durée déterminée envisagée. Elle n'est possible que si le contrat est conclu en vue de remplacer un salarié absent, un chef d'entreprise artisanale,

conclusion d'un nouveau contrat à durée déterminée après la rupture du précédent, emportée automatiquement par l'arrivée du terme extinctif qui y était prévu¹⁰¹⁴. On parle alors de « succession de contrats à durée déterminée », par opposition au renouvellement dudit contrat, qui renvoie à l'action de repousser dans le temps la date de rupture du contrat.

En employant un vocabulaire différent, l'article 1214 du Code civil autorise, lui aussi, la conclusion successive d'au moins deux contrats de travail à durée déterminée. Il dispose en effet que « le contrat à durée déterminée peut être renouvelé par l'effet de la loi ou par l'accord des parties. Le renouvellement donne naissance à un nouveau contrat dont le contenu est identique au précédent mais dont la durée est indéterminée ». Nous l'avons mentionné¹⁰¹⁵, il y a ici lieu de considérer les termes « succession » et « renouvellement » comme étant synonymes, car ils couvrent une même réalité concrète, à savoir la conclusion de deux ou plusieurs contrats à durée déterminée successive, après l'extinction du précédent. Ainsi, au-delà même des termes employés, propres à chacune des branches, les deux règles traitent bel et bien d'un même objet, à savoir, selon le jargon travailliste, la succession de contrats à durée déterminée.

240. Les deux règles n'en deviennent pas pour autant *de facto* antinomiques ; encore faut-il qu'elles soient également incompatibles l'une avec l'autre. Pour cela, il convient d'analyser les directives données par chaque texte. Dans le but de mettre en exergue l'incompatibilité de la manière la plus limpide, il paraît nécessaire – une fois n'est pas coutume – d'entamer l'analyse par le texte civiliste. S'il reconnaît la possibilité de conclure un second contrat à durée déterminée après la rupture du premier¹⁰¹⁶, le Code civil énonce également que le second contrat est exempté de tout terme extinctif et est transformé, en conséquence, en un contrat à durée indéterminée¹⁰¹⁷. Il ne s'agit donc pas, à proprement parler, de la succession de contrats à durée

industrielle ou commerciale ou d'une exploitation agricole, d'une personne exerçant une profession libérale, est motivé par un caractère saisonnier ou qu'il est d'usage dans la profession de ne recourir qu'au contrat à durée déterminée : article L. 1244-1 du Code du travail.

¹⁰¹⁴ V. not. G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, préc., p. 358 et s.

¹⁰¹⁵ V. *supra*, n° 141 et s.

¹⁰¹⁶ Rupture qui, pour que le schéma soit celui d'une succession de contrats à durée déterminée, doit avoir pour motif l'échéance du terme extinctif du premier contrat. Cela s'avère d'ailleurs absolument conforme à l'article 1212 du Code civil, selon lequel le contrat conclut pour une durée déterminée doit être exécuté jusqu'à son terme, ce que dispose également l'article L. 1243-1, alinéa 1, du Code civil. Il y a dès lors lieu de considérer que « tant que le terme extinctif n'est pas survenu, le contrat [à durée déterminée] déploie sa force obligatoire entre les parties » : F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations*, préc., p. 738.

¹⁰¹⁷ Article 1214, alinéa 2, du Code civil.

déterminée, mais de celle d'un contrat à durée indéterminée à l'issue d'un contrat à durée déterminée.

Le régime de la succession de contrats, prévu par le Code du travail, diffère très largement. La législation travailliste n'énonce toutefois pas expressément les effets de la succession de contrats sur la durée du second. Aucun texte ne dispose, par exemple, que « la succession donne naissance à un nouveau contrat dont la durée est déterminée ». Il en va pourtant ainsi, la loi¹⁰¹⁸ et la jurisprudence¹⁰¹⁹ rappelant, de manière plus ou moins explicite, qu'en cas de succession de plusieurs contrats à durée déterminée, ces derniers conservent un terme extinctif à l'issu duquel le lien contractuel se rompt automatiquement.

Ainsi, si les deux textes autorisent la succession de contrats, leurs directives respectives ne peuvent se cumuler, ni même pertinemment donner lieu à une option. C'est là le signe de leur incompatibilité. En effet, l'application alternative des textes pose une problématique inextricable dès la conclusion du second contrat de travail successif, car l'un lui impose une durée déterminée tandis que l'autre ordonne une transformation en contrat à durée

¹⁰¹⁸ Les articles L. 1244-3 et s. du Code du travail soumettent, sauf mention contraire de la convention ou accord de branche applicable, la succession de contrats de travail à durée déterminée au respect d'un délai de carence entre les différents contrats. Le non-respect du délai de carence légalement ou conventionnellement prévu est sanctionné, selon l'article L. 1245-1 du Code du travail, par la requalification des différents contrats à durée déterminée en un seul contrat de travail à durée indéterminée. La combinaison des deux articles permet de démontrer que les contrats successivement conclus conservent une durée déterminée. Ce n'est qu'à titre de sanction que le juge peut modifier la durée des contrats, en les requalifiant en un contrat à durée indéterminée.

¹⁰¹⁹ Plusieurs arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation sous-entendent le caractère déterminé de la durée du contrat en cas de succession de contrats à durée déterminée. Ainsi, Soc., 25 avr. 1990, n° 86-45.706, censure la Cour d'appel qui a débouté un salarié de sa demande de requalification de six contrats de travail à durée déterminée successifs en un seul et même contrat de travail à durée indéterminée. Pourtant, si comme l'article 1214 du Code civil le prévoit, la succession de contrat donnait automatiquement et obligatoirement naissance à un contrat à durée indéterminée, cette requalification de l'ensemble des contrats de travail serait vidée de toute substance. Soc., 5 févr. 1992, n° 88-40.965, illustre brillamment cette constatation, en disposant « qu'en cas de succession de contrats à durée déterminée suivie de la conclusion d'un contrat à durée indéterminée [...] », ce qui confirme bel et bien qu'en droit du travail, la succession de contrats à durée déterminée n'emporte pas la transformation de la durée de ces contrats. V. ég. Soc., 4 déc. 1996, n° 93-41.891, *D.* 1997. 460, note J. MOULY, lequel rappelle que « la succession de ces contrats autonomes les uns par rapports aux autres ne peut dès lors avoir pour effet de créer entre les parties une relation de travail à durée indéterminée » ; Soc., 23 janv. 2008, n° 06-44.197, *RDT* 2008. 170, note G. AUZERO, *D.* 2008. 420, obs. L. PERRIN ; *D.* 2008. 1321, obs. Ch. VIGNEAU ; *D.* 2008. 2306, obs. B. REYNÈS ; *JCP S* 2008. 1164, note F. BOUSEZ, A. MARTINON ; *JCP* 2007. 10050, note D. JACOTOT, qui rappelle aux juges du fond le devoir de vérifier si les conditions de validité d'un contrat à durée déterminée demeurent respectées lors de la conclusion des contrats successifs. Enfin, Soc., 29 janv. 2020, n° 18-15.359, *Dr. soc.* 2020. 847, étude L. BENTO DE CARVALHO, S. TOURNAUX ; *RDT* 2020. 114, obs. D. BAUGARD ; *D.* 2020. 1740, chron. A. DAVID, M.-P. LANOUE, A. PRACHE, T. SILHOL ; *D. actu* 27 févr. 2020, obs. L. MALFETTES, vise « le terme du dernier contrat » en évoquant la conclusion de plusieurs contrats à durée déterminée successifs.

indéterminée. Or, aussi bien qu'il ne puisse pas être à la fois maintenu et rompu, un contrat ne peut pas être assorti d'un terme extinctif et, en même temps, être à durée indéterminée.

241. Aussi, puisque l'identité de nature entre les deux textes ne fait aucun doute, il y a lieu de considérer que l'article L. 1244-1 du Code du travail est, depuis le 1^{er} octobre 2016, entré en conflit avec le nouvel article 1214 du Code civil. Leur cohabitation est alors à exclure ; seul l'un des deux textes peut être mis en œuvre, l'application de l'autre devenant de ce fait impossible.

Saisi d'un litige portant sur une succession de contrats de travail à durée déterminée, le juge social doit passer outre le conflit de normes caractérisé, en le résolvant. Si, en amont de la réforme du droit des contrats, la solution à appliquer aurait théoriquement pu donner lieu à hésitations¹⁰²⁰, le nouvel article 1105, alinéa 3, du Code civil oriente désormais le juge vers l'application de la règle qui présente le plus faible degré de généralité. Dès lors, conformément à l'adage *specialia generalibus derogant*, l'article L. 1244-1 du Code du travail doit évincer l'article 1214 du Code civil dans le cadre d'un litige de droit du travail qui porterait sur la succession de contrats. Il y a donc lieu de considérer que le second contrat pourra, lui aussi, être assorti d'un terme extinctif.

242. Paradoxalement, dans l'ensemble des hypothèses de conflit de normes, le Code civil organise l'application de la règle travailliste et donc, également, l'inapplication de la règle civiliste. Si l'on observe la situation en prenant un prisme plus éloigné, le Code civil consacre, lorsqu'un conflit de normes est avéré, l'absence d'influence de la réforme du droit des contrats au sein des relations de travail. À tout le moins, en l'espèce, il empêche l'article 1214 du Code civil de produire son influence sur la réglementation de la succession de contrats de travail à durée déterminée. Il n'en demeure pas moins que l'obligation faite au juge d'appliquer la règle spéciale résulte du Code civil et de son article 1105, alinéa 3. Par suite, si le principe de cohabitation des règles fait produire une influence à la réforme du droit des contrats en droit du travail¹⁰²¹, il n'y a pas lieu de considérer que le conflit de normes, lui, emporte inévitablement

¹⁰²⁰ Car il ne ferait guère de sens, pour le juge, de considérer que le second contrat de travail conclu soit impérativement à durée indéterminée. Cela constituerait très certainement un frein à la politique de l'emploi menée. De surcroît, le texte travailliste ayant été édicté postérieurement au texte civiliste, le choix de faire application du critère chronologique afin de résoudre le conflit de normes aurait, lui aussi, conduit à l'application de la législation travailliste.

¹⁰²¹ V. *infra*, n° 259 et s.

l'atrophie de cette influence. À l'inverse, puisque l'inapplication de la règle civiliste est imposée par une autre règle générale, il y a tout lieu de penser que l'article 1105 du Code civil produit là également une influence, certes toute relative, en droit du travail.

243. Positionnée au cœur du conflit de normes qui oppose les articles L. 1244-1 du Code du travail et 1214 du Code civil, le régime du renouvellement du contrat à durée déterminée – au sens civiliste du terme – est également central dans la caractérisation du second conflit qui oppose la législation travailliste et la réforme du droit des contrats.

B. L'EXÉCUTION DU CONTRAT À DURÉE DÉTERMINÉE APRÈS ÉCHÉANCE DU TERME

244. Sauf exception¹⁰²², le contrat à durée déterminée est d'être assorti d'un terme extinctif, qui y met immédiatement et automatiquement fin¹⁰²³. Les parties ne sont alors plus liées par un lien contractuel, mais conservent la faculté de conclure un second contrat successif qui, en droit du travail, pourra conserver sa qualité de contrat de travail à durée déterminée¹⁰²⁴. Le Code du travail, en son article L. 1243-11, se charge néanmoins de régir une situation spécifique ; celle de la poursuite, par les cocontractants, de la relation contractuelle après l'arrivée du terme extinctif du contrat. Il dispose que la relation de travail à durée déterminée qui se poursuit après l'échéance du terme emporte la transformation dudit contrat en un contrat de travail à durée indéterminée, qui s'exécute dans les conditions qui étaient celles du contrat à durée déterminée échu¹⁰²⁵ et sans que le salarié ne perde le bénéfice de son ancienneté jusqu'alors cumulée¹⁰²⁶.

¹⁰²² L'article L. 1242-7 du Code du travail énonce que « le contrat de travail à durée déterminée comporte un terme fixé avec précision dès sa conclusion. Toutefois, le contrat peut ne pas comporter de terme précis lorsqu'il est conclu dans l'un des cas suivants [...] ». On parle alors de « contrat à durée déterminée sans terme fixe ». Dans cette hypothèse, le contrat est conclu pour une durée minimale et l'évènement qui y mettra fin – comme le retour du salarié absent remplacé, par exemple – doit y être expressément indiqué.

¹⁰²³ La formule « terme extinctif » n'a été employée qu'une seule fois par la chambre sociale de la Cour de cassation : Soc., 22 janv. 1981, n° 79-41.194, au sujet d'une clause couperet insérée dans le contrat de travail d'un journaliste.

¹⁰²⁴ Article L. 1244-1 du Code du travail. V. *supra*, n° 240 et s.

¹⁰²⁵ Soc., 5 janv. 1995, n° 90-45.732, *JCP E* 1995. II. 670, note D. CORRIGNAN-CARSIN.

¹⁰²⁶ L'article dispose : « lorsque la relation contractuelle de travail se poursuit après l'échéance du terme du contrat à durée déterminée, celui-ci devient un contrat à durée indéterminée. Le salarié conserve l'ancienneté qu'il avait acquise au terme du contrat de travail à durée déterminée. La durée du contrat de travail à durée déterminée est déduite de la période d'essai éventuellement prévue dans le nouveau contrat de travail ». V. not. Soc., 17 déc. 1985, n° 83-40.107 ; Soc., 13 nov. 1986, n° 83-44.744, *Dr. soc.* 1987. 407, note R. SAVATIER. Le contrat de travail devient à durée indéterminée même si, postérieurement, un nouveau contrat à durée déterminée est signé entre les parties au contrat : Soc., 14 juin 2000, n° 99-43.279, *Dr. soc.* 2000. 911, obs. C. ROY-LOUSTAUNAU. V. ég. J.-

L'exécution du contrat après l'intervention de son terme extinctif ne peut donc être analysée comme un renouvellement tacite du contrat à durée déterminée¹⁰²⁷.

245. En disposant que « lorsqu'à l'expiration du terme du contrat conclu à durée déterminée, les contractants continuent d'en exécuter les obligations, il y a tacite reconduction. Celle-ci produit les mêmes effets que le renouvellement du contrat », le nouvel article 1215 du Code civil reprend d'abord à l'identique la solution donnée par la législation travailliste, en énonçant que l'exécution d'un contrat en aval du terme extinctif emporte la transformation de la durée dudit contrat, qui devient à durée indéterminée¹⁰²⁸. L'on pourrait alors estimer que, compatibles et partageant un objet commun¹⁰²⁹, les deux règles légales doivent cohabiter l'une avec l'autre. Ce serait toutefois omettre un élément : la transformation de la durée du contrat, selon l'article L. 1243-11 du Code du travail, s'effectue *de facto*, sans aucune intervention des parties, comme le rappelle la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation¹⁰³⁰. À l'inverse, la tacite reconduction du contrat évoquée par l'article 1215 du Code civil¹⁰³¹ « produit les mêmes effets que le renouvellement du contrat », lequel « donne naissance à un nouveau contrat dont le contenu est identique au précédent mais dont la durée est indéterminée »¹⁰³², ce qui permet de mettre fin aux hésitations de la jurisprudence civile antérieure à la réforme¹⁰³³.

P. KARAQUILLO, « La protection du salarié partie à un contrat à durée déterminée lors d'actions en rupture anticipée ou en requalification », *D.* 1997. 345.

¹⁰²⁷ Soc., 5 oct. 2016, n° 15-17.458, *JCP S* 2016. 1403, obs. L. DRAI ; *Cah. soc.* 2016, p. 542, note J. ICARD ; *JSL* 2016, n° 420-2, obs. J.-P. LHERNOULD, qui dispose que « la seule circonstance que la salariée avait travaillé après le terme du contrat à durée déterminée ne permettait pas de déduire son accord, antérieurement à ce terme, pour le renouvellement du contrat initial ».

¹⁰²⁸ Pour rappel, V. art. 1214 du Code civil.

¹⁰²⁹ À savoir la poursuite de la relation contractuelle après l'échéance d'un contrat à durée déterminée.

¹⁰³⁰ Soc., 21 nov. 2012, n° 10-27.429, *JCP S* 2013. 1192, note F. BOUSEZ.

¹⁰³¹ Dont la mobilisation est critiquée par G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, préc., p. 543 pour le double emploi inutile qu'elle réalise avec la notion de renouvellement. Le Code civil, en amont de l'ordonnance du 10 févr. 2016, faisait toutefois d'ores et déjà mention de la tacite reconduction à son article 1738, relatif au bail. La jurisprudence commerciale avait, quant à elle, opté pour la généralisation de la tacite reconduction à l'ensemble des contrats à durée déterminée, si tant est qu'ils soient à exécution successive : Com., 6 juill. 1976, n° 75-12.982. Sur la notion de tacite reconduction, V. not. C. NAJM-MAKHLOUF, *Tacite reconduction et volonté des parties*, Thèse, Paris 2, 2009.

¹⁰³² Article 1214 du Code civil.

¹⁰³³ Civ., 3^e, 10 juin 1998, n° 96-15.626, *RTD civ.* 1999. 93, obs. J. MESTRE ; *RDI* 1998. 696, obs. F. COLLART DUTILLEUL ; Com., 13 mars 1990, n° 88-18.251, *RTD civ.* 1990. 464, obs. J. MESTRE ; Civ., 1^{re}, 15 nov. 2005, *Bull. civ. I*, n° 413, *D.* 2006. 587, note M. MEKKI ; *RTD civ.* 2006. 114, obs. J. MESTRE évoquent effectivement la durée indéterminée du second contrat. Par contre, Com., 22 janv. 1980, *Bull. civ. IV*, n° 36 ; Com., 15 janv. 2008, n° 06-14.698, *D.* 2008. 350, obs. E. CHEVRIER ; *RTD civ.* 2008. 299, obs. B. FAGES renaient le caractère déterminé de la durée de ce second contrat. V. not. F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations*, préc., p. 740 ; A. ETIENNEY de SAINTE MARIE, « La durée du contrat et la réforme du droit des obligations », *D.* 2011. 2672.

246. De la comparaison de ces deux articles découle un constat, celui d'une dissemblance de régime ; du côté travailliste, l'exécution du contrat après l'échéance du terme extinctif emporte la poursuite du même contrat, qui devient à durée indéterminée ; du côté civiliste, ladite exécution mène à la conclusion d'un second contrat, qui est à durée indéterminée. Dès lors, conformément à la thèse défendue par le professeur Ch. Goldie-Genicon¹⁰³⁴, il y a lieu de considérer que cette différence de régime, qui interdit la mise en œuvre alternative ou cumulative des articles¹⁰³⁵, caractérise l'incompatibilité des solutions respectives de chaque texte. Celle-ci, conjuguée avec la communauté d'objet et l'identité de nature, contribue à la démonstration d'un conflit de normes entre les articles L. 1243-11 du Code du travail et 1215 du Code civil. La situation est alors similaire à celle que nous décrivions plus haut, au sujet de l'incompatibilité de l'avis du 3 avril 2019 avec le nouvel article 1226 du Code civil¹⁰³⁶ : les normes travaillistes et civilistes énoncent des directives juridiquement comparables¹⁰³⁷, mais enfermées dans des régimes incompatibles. Or, « [deux normes sont incompatibles lorsqu'elles] soumettent à un régime divergent une action, un acte ou un fait de même nature »¹⁰³⁸. Aussi, puisqu'il s'avère impossible d'imposer aux parties à un contrat de travail à durée déterminée échu de poursuivre l'exécution du même contrat, devenu à durée indéterminée et, concomitamment, de leur imposer d'en conclure un nouveau, il faut considérer qu'ici, l'incompatibilité caractérisée entre les deux normes ne découle directement pas de leur directive, mais du régime qu'elles imposent.

247. Cet exemple illustre de manière probante l'influence que produit alors le nouvel article 1105 du Code civil. En effet, le texte travailliste, en vigueur depuis le 1^{er} mai 2008, résulte de l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007, relative au Code du travail. Partant, confronté au conflit entre les deux normes en conflit, le juge aurait pu, avant le 1^{er} octobre 2016, statuer de deux manières diamétralement opposées ; en application du critère chronologique, il aurait fait application du texte le plus récent, à savoir l'article 1215 du Code civil. L'exécution du contrat de travail après l'échéance de son terme aurait alors poussé les parties à en conclure un nouveau,

¹⁰³⁴ Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préc., p. 497.

¹⁰³⁵ V. ci-dessous.

¹⁰³⁶ V. *supra*, n° 176.

¹⁰³⁷ À savoir, en l'espèce, la possibilité de poursuivre l'exécution d'un contrat à durée déterminée dont le terme extinctif est intervenu.

¹⁰³⁸ Ch. GOLDIE-GENICON, *op. cit.*, p. 497.

aux mêmes conditions et à durée indéterminée¹⁰³⁹. Le schéma aurait alors été exactement identique à celui, classique, de la conclusion d'un contrat à durée indéterminée à l'issue d'un contrat à durée déterminée, et non pas celui de la poursuite d'un même contrat assorti de la transformation de sa durée. À l'inverse, en application du critère de spécialité, c'est l'article L. 1243-11 du Code du travail qui aurait trouvé application, le Code civil étant alors évincé du litige en raison de sa plus grande généralité.

La consécration légale de l'adage *specialia generalibus derogant* oriente désormais le juge dans la résolution des conflits de norme, en lui imposant d'exclure du litige la règle la plus générale. Les deux voies qui étaient jusqu'alors ouvertes au juge – critère chronologique et critère de spécialité – sont dorénavant réduites à une seule : l'application du Code du travail et l'éviction du Code civil. Ainsi, lorsque les parties à un contrat de travail à durée déterminée arrivent à son terme en poursuivent l'exécution, elles ne trouvent pas dans l'obligation de conclure un nouveau contrat de travail ; c'est bel et bien le même contrat qui se poursuit, à l'identique, si l'on excepte la transformation de sa durée¹⁰⁴⁰.

248. Le nouvel article 1105, alinéa 3, du Code civil influence donc l'activité judiciaire travailliste, en soumettant le juge social à des directives auxquelles il ne peut, en principe¹⁰⁴¹, contrevenir. Si cela peut, en certaines circonstances, engendrer de véritables conséquences sur la réglementation du travail¹⁰⁴², il est ici nécessaire de se questionner sur l'influence que produit – ou non – la préférence donnée en l'espèce à l'application du droit du travail aux dépens de l'article 1215 du Code civil. Elle semble minime. En effet, sur le fondement de l'article L. 1243-11 du Code du travail, le contrat initial se poursuit aux mêmes conditions, si ce n'est que sa durée devient automatiquement indéterminée. Le résultat final s'avère donc être l'exécution d'un contrat de travail à durée indéterminée à des conditions identiques que celles prévues dans

¹⁰³⁹ Alors même que la jurisprudence sociale rappelle que la conclusion d'un nouveau contrat après l'expiration du contrat de travail à durée déterminée peut emporter la modification des conditions d'exécution de la relation de travail : Soc., 21 nov. 2012, n° 10-27.429, préc.

¹⁰⁴⁰ La transformation de la durée du contrat ne constitue pas, selon la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation, une modification du contrat de travail : Soc., 9 févr. 1989, *Bull. civ. V*, n° 110 ; D. 1989. 75.

¹⁰⁴¹ Ch. GOLDIE-GENICON, « Droit commun des contrats et contrat de travail, 100 ans après », préc. ; G. LOISEAU, « Le rôle matriciel du droit commun des contrats en droit du travail », préc., estiment toutefois que la chambre sociale de la Cour de cassation va réaliser sa propre interprétation des directives données par le nouvel article 1105, alinéa 3, du Code civil et ne pas en faire une application stricte et conforme. Pour de plus amples développements sur ce sujet, V. *infra*, n° 703 et s.

¹⁰⁴² Notamment, par exemple, lorsque la qualification de conflit de normes est rejetée car la jurisprudence sociale et la loi civiliste sont antinomiques.

le contrat à durée déterminée antérieurement conclu par les parties contractantes. L'application du nouveau droit des contrats mène à une situation similaire¹⁰⁴³ ; les parties sont engagées par un contrat à durée indéterminée qui, conformément à l'article 1214, alinéa 2, du Code civil, possède un contenu identique au précédent¹⁰⁴⁴, si l'on excepte la transformation de sa durée. Dès lors, la mobilisation de chacun des deux articles paraît aboutir à un même résultat ; seul le chemin emprunté pour y parvenir – à savoir le régime de chacun des textes – diffère. L'influence produite par la mise en œuvre du critère de spécialité, imposée par la réforme du droit des contrats, s'avère donc en réalité difficilement perceptible sur le fond du droit. À l'instar du conflit de normes présenté ci-dessus, cette influence se distingue surtout dans la directive générale donnée par l'article 1105, alinéa 3, du Code civil qui impose au juge de faire application du texte spécial travailliste.

249. Les hypothèses dans lesquelles la législation du travail et le droit issu de la réforme du droit des contrats entrent en conflit sont donc extraordinaires. Ce constat a un impact direct sur notre recherche ; l'argument du conflit de normes ne peut être brandi avec pertinence dans l'optique d'expliquer le nuancement de l'influence de la réforme du droit des contrats en droit du travail.

§2. LE CONFLIT DE NORMES : FONDEMENT DE L'INFLUENCE DE LA REFORME EN DROIT DU TRAVAIL

250. Le conflit de normes constitue l'unique hypothèse dans laquelle la règle générale civiliste ne peut trouver application en droit du travail, car elle se trouve évincée par une règle spéciale travailliste. À défaut, si les règles qui partagent un objet commun contiennent des directives compatibles, elles quittent ce rapport d'éviction pour cohabiter l'une avec l'autre. Dès lors, la rareté de ces conflits entre le droit du travail et la réforme du droit des contrats a pour corollaire la faculté du nouveau droit des contrats à s'appliquer largement au sein des relations individuelles et collectives du travail, car aucun obstacle ne s'y oppose (**A**). En conséquence, la faible fréquence des conflits de normes permet à la réforme du droit des

¹⁰⁴³ À ceci près que l'on peut se questionner si, sur le fondement du nouvel article 1215 du Code civil, l'ancienneté du salarié serait également reprise lors de la conclusion du contrat de travail à durée indéterminée.

¹⁰⁴⁴ Pour rappel, l'article 1214, alinéa 2, du Code civil dispose « le renouvellement donne naissance à un nouveau contrat dont le contenu est identique au précédent mais dont la durée est indéterminée ». Cette disposition trouve ici à s'appliquer, car la tacite reconduction produit les effets du renouvellement du contrat.

contrats de participer, en droit du travail, à la production de l'influence minimale contrainte (B).

A. LA LARGE APPLICATION DE LA RÉFORME EN DROIT DU TRAVAIL

251. Lorsque deux règles d'un degré de généralité différent coexistent dans un système juridique, les relations qu'elles entretiennent sont en principe paisibles. Ce n'est que par exception que la règle la plus spéciale se trouve dotée de la faculté d'interdire l'application de la plus générale. Ainsi, en règle générale, le droit du travail et le droit des contrats cohabitent et leurs dispositions peuvent être toutes deux mobilisées par le juge du travail. Par exception, il se peut cependant que deux normes entrent en conflit et il convient, dans ce cas et seulement dans ce cas, de ne faire application que de la règle travailliste. Ces deux alternatives couvrent l'intégralité du champ des possibles, ce qui explique qu'à côté de la cohabitation et du conflit de normes, il n'existe pas de troisième voie. Or, puisque les conflits qui mettent aux prises le droit du travail et la réforme du droit des contrats ne sont qu'exceptionnels et – de surcroît – cantonnés au seul thème du contrat à durée déterminée, une conclusion s'impose : dans l'immense majorité des cas, la loi travailliste et le nouveau droit des contrats doivent cohabiter. En d'autres termes, parmi les mécanismes présentés jusqu'alors, très nombreux sont ceux qui devront être appliqués en droit du travail, conformément à l'article 1105, alinéa 3, du Code civil¹⁰⁴⁵.

252. De manière unanime, la doctrine travailliste estime que la réforme du droit des contrats ne produira en droit du travail qu'une influence relative¹⁰⁴⁶. Plusieurs arguments – qui militent

¹⁰⁴⁵ Il est en effet ici question d'aborder l'application des règles de la réforme du droit des contrats en droit du travail sous l'angle des trois facettes de cet article, qui s'avère être le seul à régir l'articulation entre les branches du droit. D'autres arguments, majoritairement travaillistes, peuvent être brandis dans l'optique d'empêcher la mobilisation des nouvelles règles civilistes au sein des relations individuelles et collectives du travail : V. *infra*, n° 655 et s.

¹⁰⁴⁶ G. LOISEAU, « Le contrat de travail dans la réforme de droit des contrats », préc., estime que « le droit du travail est peu concerné par les nouvelles règles issues de l'ordonnance du 10 février 2016 ». Ch. RADÉ, « Entre espoir et désespoir », préc., considère que la réforme du droit des contrats « ne remettra pas substantiellement en cause la place prise par les techniques civilistes en droit du travail », et rappelle, au sein d'un second article (« L'impact de la réforme du droit des contrats en droit du travail », préc), qu'elle devrait avoir un « impact nul en matière de rupture du contrat de travail » et un « impact modéré en matière de formation et d'exécution du contrat de travail ». L. BENTO DE CARVALHO, « L'incidence de la réforme du droit des contrats sur le régime du contrat de travail : renouvellement ou *statu quo* ? », préc., rappelle que du point de vue du droit du travail, la réforme du droit des contrats manque à plusieurs égards d'attractivité. J. MOULY, « La prise d'acte saisie par le nouvel article 1226 du Code civil ? », préc., dresse un constat plus grave encore, en écrivant que ladite réforme « ne paraît pas vouée à un grand avenir en droit du travail ».

en faveur¹⁰⁴⁷ ou à l'encontre¹⁰⁴⁸ de l'étendue de cette influence – peuvent pertinemment être soulevés au soutien de cette thèse¹⁰⁴⁹ ; la récurrence des conflits de normes, qui ferait obstacle à l'application des mécanismes tirés de la réforme en droit du travail, n'en fait cependant pas partie. Une caractérisation fréquente de ces conflits contribuerait effectivement à expliciter le faible degré de l'influence du nouveau droit des contrats en droit du travail. Et pour cause, comment la réforme pourrait-elle produire une influence au sein d'une autre branche du droit – le droit du travail en l'occurrence – si les textes qu'elle codifie dans le Code civil ne peuvent pas s'y appliquer ?

253. Là n'est toutefois pas le constat auquel notre étude nous a menés. Selon toute vraisemblance, les textes de l'ordonnance du 10 février 2016, modifiés ou non par la loi du 20 avril 2018, trouveront en droit du travail un vaste terrain d'application, en raison, justement, de la rareté des conflits de normes. En somme, cette notion, loin de participer à la négation de l'influence de la réforme, constitue en réalité une fraction de son socle, à savoir l'influence minimale contrainte, d'ores et déjà composée du principe de comblement des lacunes.

B. L'INFLUENCE DU PRINCIPE DE CONFLIT DE NORMES EN DROIT DU TRAVAIL

254. Le concept d'influence minimale contrainte, composé des trois facettes de l'article 1105 du Code civil, est la première source de l'influence produite par la réforme du droit des contrats en droit du travail. Tandis que nos premières constatations faisaient émerger une influence minime¹⁰⁵⁰, la notion de conflit de normes modifie la donne, en procédant indirectement au

¹⁰⁴⁷ À savoir la large application du nouveau droit des contrats en droit du travail sur le fondement de la triple dimension de l'article 1105 du Code civil (comblement des lacunes, cohabitation, rareté des conflits de normes), l'attractivité des mécanismes dits de « solidarisme contractuel » (V. *infra*, n° 271 et s.), mais aussi la mobilisation volontaire et pertinente de certaines dispositions civilistes par la chambre sociale de la Cour de cassation (V. *infra*, n° 770 et s.).

¹⁰⁴⁸ À savoir le cantonnement des mécanismes dits de « solidarisme contractuel » dans des champs d'application particulièrement stricts (V. *infra*, n° 564 et s.) ou la subjectivation des règles d'articulation des normes opérée par le juge social (V. *infra*, n° 660 et s.).

¹⁰⁴⁹ On évoque des arguments « en faveur » et « à l'encontre » car pour qu'une influence soit « nuancée », il est nécessaire qu'elle connaisse plusieurs gradations, positives et négatives. L'absence de gradation positive ne conduirait, par exemple, à estimer que l'influence de la réforme du droit des contrats en droit du travail est inexistante, nulle. L'absence de gradation négative ne pousserait à estimer qu'elle est prégnante, immense. Au sujet de la nécessité de ces différentes gradations, V. not. la définition du mot « nuance » donnée par Académie Française : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9N0773>.

¹⁰⁵⁰ V. *supra*, n° 146.

rehaussement du seuil de cette influence. Deux raisons peuvent ici être mises en exergue : la conception stricte du conflit de normes qui a été retenue – qui n'autorise la caractérisation de la notion que lorsque les deux règles en concurrence sont d'identique valeur – étend, par un effet rebond, le champ du principe de comblement des lacunes à l'ensemble des situations dans lesquelles la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation est antinomique avec le nouveau droit des contrats (1). Au-delà, en présence d'une législation spéciale travailliste, le principe de cohabitation des règles apporte également sa pierre à l'édifice de l'influence minimale contrainte, à un degré semble-t-il moindre toutefois (2).

1. L'influence issue de la conception stricte du conflit de normes

255. En ajoutant au critère de l'antinomie celui de l'identité de nature, il est fait une interprétation stricte de la notion de conflit de normes, qui ne peut être caractérisée qu'entre deux normes de même valeur. En cas d'altérité de valeur, la difficulté issue de l'antinomie n'emprunte ainsi pas le chemin du conflit de normes, mais bel et bien celui de la pyramide des normes ; en conséquence, lorsqu'une antinomie est constatée entre une solution jurisprudentielle travailliste et le droit commun des contrats, le juge ne peut la résoudre par la mise en œuvre de l'adage *specialia generalibus derogant* ; il doit évincer la règle inférieure – la jurisprudence sociale – pour faire application, conformément au principe de comblement des lacunes¹⁰⁵¹, de la règle légale supérieure.

256. L'apport de cette conception limitative du conflit de normes à l'influence minimale contrainte de la réforme en droit du travail se comprend alors aisément. Bien ancrées dans le paysage jurisprudentiel travailliste, plusieurs solutions sont, depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016, antinomiques avec le nouveau droit des contrats. Or, puisqu'il appartient, dans ce cas de figure, de faire application de la règle générale, la conception stricte du conflit de normes doit, selon l'article 1105 du Code civil, emporter le revirement de l'ensemble desdites solutions jurisprudentielles, afin de les mettre en conformité avec le nouveau droit des contrats. À cet égard, la conception stricte du conflit de normes qui a été

¹⁰⁵¹ En l'espèce, les principes de hiérarchie des normes et de comblement des lacunes se recoupent. Nous avons effectivement défini la lacune juridique comme « l'absence de texte pour régir un litige », comme « le silence d'une législation sur un sujet donné ». Le silence du Code du travail, qui caractérise la lacune juridique en droit du travail, doit être comblé par le recours au droit commun des contrats. Dès lors, en cas d'antinomie entre la jurisprudence spéciale travailliste et la législation générale civiliste, en application des deux principes susmentionnés, il convient d'exclure du litige la jurisprudence pour ne mobiliser que la règle générale.

retenue élargie le champ du principe de comblement des lacunes. Celui-ci permet, certes, de passer outre les silences de la législation travailliste en imposant le recours au droit commun des contrats, mais il fonde également l'obligation pour le juge social de revirer le pan de sa jurisprudence qui n'est pas en adéquation avec le nouveau droit des contrats. En somme, le principe de comblement des lacunes est, lui aussi, composé de deux termes : pallier au vide du Code du travail et briser la jurisprudence spéciale contraire.

257. Aussi, notre premier constat – selon lequel la première facette dudit principe n'influence le droit du travail que de manière marginale – doit être actualisé. En effet, le fait qu'au-delà de combler les lacunes du Code du travail, il contraint à la modification de la jurisprudence sociale emporte une conséquence d'ampleur sur l'étendue de son influence. Cela s'explique par le fait que certains pans importants du droit du travail se trouvent impactés. L'importance, ici, n'est pas quantitative ; seules quatre décisions de la chambre sociale de la Cour de cassation paraissent directement antinomiques avec le nouveau droit des contrats. Elle est donc qualitative, car la remise en cause de chacune d'entre elles bouleverserait le droit du travail et sa pratique, à des degrés divers.

En effet, là où la soumission de la prise d'acte de rupture du contrat de travail aux conditions posées par le nouvel article 1226 du Code civil pourrait avoir des effets positifs pour les acteurs de la rupture du contrat de travail¹⁰⁵², les revirements de jurisprudence relatifs à la conception sociale du dol et à l'interdiction faite à l'employeur de solliciter la résiliation judiciaire d'un contrat de travail ébranleraient l'ensemble de la matière. Par exemple, autoriser l'employeur à solliciter valablement la résiliation judiciaire d'un contrat de travail produirait une influence de grande ampleur en droit du travail, en portant une atteinte historique au droit du licenciement¹⁰⁵³. Certes, le juge n'accéderait à la demande de l'employeur que si le salarié

¹⁰⁵² V. *infra*, n° 953 et s.

¹⁰⁵³ Dont le champ n'a eu de cesse de s'élargir depuis la loi du 13 juill. 1973 et qui, par plusieurs auteurs, est considéré comme le « droit commun de la rupture du contrat de travail » : V. not. F. FAVENNEC-HÉRY, « Faut-il brûler le contrat de travail ? », in J.-F. CESARO, A. MARTINON (dir.), *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, préc., p. 163 ; « Un nouveau droit de la rupture du contrat de travail », *Dr. soc.* 2008. 660 ; B. SAINTOURENS, « Articulation du droit commun de la rupture du contrat de travail et du droit spécial des procédures collectives », *Rev. proc. coll.* 2012. 2 ; M. FABRE-MAGNAN, « Le droit du travail vu du droit civil : l'unité du droit des obligations », *SSL* 2002. 1095 ; P.-Y. VERKINDT, « Résiliation judiciaire par l'employeur : une voie sans issue », *JCP S* 2006. 1045, énonce que « la Cour de cassation réaffirme de façon constante que le licenciement est le mode normal (et de droit commun) de rupture du contrat de travail à durée indéterminée et que le droit du licenciement est devenu le droit commun de la rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur ».

s'était rendu coupable d'une « inexécution suffisamment grave »¹⁰⁵⁴. La rupture du contrat de travail resterait donc conditionnée à la démonstration d'un manquement du salarié¹⁰⁵⁵. Toutefois, la protection du salarié, assurée, en cas de licenciement, par le respect d'une procédure stricte et la perception d'une indemnité – sauf exception – serait très largement remise en question. En effet, la saisine du juge autorise l'employeur à ne pas organiser d'entretien préalable au licenciement¹⁰⁵⁶. Le salarié ne prendra donc connaissance des griefs de l'employeur qu'au sein des conclusions et ne pourra se défendre que le jour de l'audience. De surcroît, il n'aura pas à rédiger de lettre de licenciement, qui contiendrait l'ensemble des motifs sur lesquels la rupture du contrat de travail est fondée et dont l'absence ou l'insuffisance de motivation ôte au licenciement tout caractère réel et sérieux¹⁰⁵⁷.

Le prononcé judiciaire de la rupture du contrat empêcherait le salarié de percevoir des dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse dont le montant, bien

¹⁰⁵⁴ L'article 1224 du Code civil prévoit effectivement que « la résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice ».

¹⁰⁵⁵ L. BENTO DE CARVALHO, *L'apport du droit du travail à la théorie générale de l'acte juridique*, préc., p. 573, énonce que « l'exigence d'une cause réelle et sérieuse, portée par la loi du 13 juillet 1973, s'inscrit à l'opposé de la logique que sous-tend la référence à l'abus du droit de rompre. Avec elle, on est passé d'un droit discrétionnaire à un droit causé, d'un licenciement opportunité à un licenciement nécessité ». V. ég. M.-C. BONNETETE, « La notion de cause réelle et sérieuse dans la loi du 13 juillet 1973 sur la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée : bilan de la nouvelle jurisprudence », *JCP CI* 1975. 11906 ; X. LAGARDE, « Réflexions de civiliste sur la motivation et autres aspects de la procédure de licenciement », *Dr. soc.* 1998. 891 ; A. MARTINON, *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, Thèse, Paris 2, 2003 ; J. MOULY, « La réactivation de la théorie du licenciement abusif. Un expédient illusoire au plafonnement des indemnités prud'homales », préc.

¹⁰⁵⁶ La résolution judiciaire n'est soumise à aucune autre procédure que la saisine du juge. V. not. F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations*, préc., p. 875 et s.

¹⁰⁵⁷ Soc., 29 nov. 1990, n° 88-40.618, *Dr. soc.* 1991. 99, note J. SAVATIER ; *Dr. soc.* 1991. 105, note G. COUTURIER : « qu'en statuant ainsi, alors que l'employeur n'avait énoncé dans la lettre de notification du licenciement, prononcé à titre disciplinaire, aucun motif précis, ce qui équivalait à une absence de motif, la Cour d'appel a violé le texte susvisé ». V. déjà Soc. 26 oct. 1976, n° 75-40.659, *D.* 1977. 544, note A. JEAMMAUD ; *JCP* 1979. II. 19254, note H. DUVAL ; *Gaz. Pal.* 1977. 1. 137, note M. RAYROUX. V. ég. S. TOURNAUX, « Les garanties procédurales fondamentales », *Dr. soc.* 2015. 389.

qu'aujourd'hui plafonné¹⁰⁵⁸, peut atteindre jusqu'à vingt mois de salaire¹⁰⁵⁹. La perte financière pourrait donc être conséquente, surtout lorsque le salarié était présent depuis longtemps au sein de l'entreprise. Vis-à-vis d'eux, la résiliation judiciaire serait le moyen idéal de contourner le droit du licenciement ; si la résiliation est prononcée, l'employeur n'aura pas à verser de dommages et intérêts, ni d'indemnité compensatrice de préavis¹⁰⁶⁰. À l'inverse, si la résiliation est rejetée, c'est-à-dire que le juge a considéré que les faits invoqués par l'employeur étaient insuffisamment graves, le salarié serait également privé de dommages et intérêts, car dans cette hypothèse, le contrat de travail ne serait pas rompu aux torts de l'employeur ; conformément au nouvel article 1228 du Code civil, il se poursuivrait¹⁰⁶¹. L'employeur pourrait ainsi multiplier les demandes de résiliation judiciaire à l'encontre des salariés les plus anciens avec lesquels il ne souhaite plus collaborer, et cela sans risque aucun, si ce n'est finalement celui de l'abus.

¹⁰⁵⁸ Article L. 1235-3 du Code du travail, codifié par l'ordonnance n° 2017-1387 et modifié par la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018. Cet article cantonne les dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse entre un « plancher » et un « plafond », tous deux exprimés en nombre de mois de salaire. Par exemple, dans une entreprise qui emploie habituellement plus de 11 salariés, un salarié qui, au moment de son licenciement injustifié, possédait 5 années d'ancienneté, pourra percevoir entre 3 et 6 mois de salaire en guise d'indemnisation. Parmi une littérature particulièrement fournie, V. not. N. COLLET-THIRY, « Le plafonnement des indemnités prud'homales : analyse critique et perspectives de mise en échec », *JCP S* 2018. 1150 ; A. LYON-CAEN, « Plafond », *RDT* 2015. 489 ; « Complexité du barème », préc. ; G. BARGAIN, T. SACHS, « La tentation du barème », *RDT* 2016. 251 ; Ch. RADÉ, « Le nouveau « barème » d'indemnisation des salariés licenciés sans cause réelle et sérieuse », préc. ; Ch. DAGBEDJI, « Le plafonnement des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse, vers une application flexible », *LPA* 2020, n° 69, p. 11 ; P. HENRIOT, « La réception du barème par le juge : quel impact sur sa mission ? », *Dr. soc.* 2019. 318 ; L. BENTO DE CARVALHO, « Indemnisation de la rupture conventionnelle viciée : quelles stratégies contentieuses face au « barème Macron » ? », *JCP S* 2020. 1 ; E. SERVERIN, « Forfaits, minima, maxima, référentiels : les outils de maîtrise des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse », préc. ; C. WOLMARK, « L'encadrement de l'indemnisation du licenciement injustifié », préc. V. ég. Soc., 11 mai 2022, n° 21-14.490, n° 21-15.247.

¹⁰⁵⁹ Les montants plancher et plafond varient avec l'ancienneté du salarié. Aussi, lorsqu'un salarié possède au moins 29 ans d'ancienneté dans une même entreprise, il peut prétendre à percevoir des dommages et intérêts équivalents à 20 mois de salaire en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse.

¹⁰⁶⁰ L'article L. 1234-1, 2°, du Code du travail prévoit que lorsqu'un licenciement est prononcé pour faute grave, le salarié n'a pas droit de percevoir d'indemnité compensatrice de préavis. Et pour cause, la faute grave étant celle qui « rend impossible le maintien le salarié dans l'entreprise » (Soc., 27 sept. 2007, n° 06-43.867, *RDT* 2007. 650, obs. G. AUZERO ; *D.* 2008. 442, obs. G. BORENFREUND ; F. GUIOMARD, O. LECLERC, E. PESKINE, C. WOLMARK, A. FABRE, J. PORTA ; *JCP* 2007. II. 10188, note D. CORRIGNAN-CARSIN ; Soc., 18 mars 2009, n° 07-44.247, *Dr. soc.* 2010. 267, chron. J.-E. RAY ; *D.* 2009. 1093, obs. C. DECHRISTE ; *CCE* 2009. 43, note É.-A. CAPRIOLI ; Soc., 5 juill. 2017, n° 16-15.623, *Dr. soc.* 2017. 882, obs. J. MOULY ; *JCP S* 2017. 1278, obs. A. BAREGE. V. ég. P. ADAM, « Variations (partiellement iconoclastes) autour du droit disciplinaire », *RDT* 2022. 387), elle est naturellement antinomique avec l'exécution d'un préavis : Soc., 15 mai 1991, n° 87-42.473 ; Soc., 12 juill. 2005, n° 03-41.536, *JCP S* 2005. 1208, note Th. LAHALLE. Le contrat de travail doit donc être rompu immédiatement. Il en va de même en matière de résiliation judiciaire sollicitée par le salarié ; le contrat de travail est rompu à la date fixée par le juge et, par conséquent, le salarié n'exécute pas de préavis.

¹⁰⁶¹ L'article 1228 du Code civil dispose que « le juge peut, selon les circonstances, constater ou prononcer la résolution ou ordonner l'exécution du contrat, en accordant éventuellement un délai au débiteur, ou allouer seulement des dommages et intérêts ».

258. En impactant directement le droit du licenciement et, plus largement, deux modes de rupture du contrat de travail, la conception stricte de la notion de conflit de normes – et l’élargissement du domaine du principe de comblement des lacunes qui en résulte – opèreraient en droit du travail un chamboulement difficilement imaginable au moment de l’entrée en vigueur de la réforme. Ainsi, l’influence produite par ledit principe en droit du travail n’est plus accessoire ; elle est devenue substantielle. Par ricochet, cela emporte plusieurs conséquences.

Tout d’abord, l’ensemble de l’influence minimale contrainte profite de la conception stricte de la notion de conflit de normes pour gagner en intensité. Subséquemment, dans la mesure où, comme nous l’avons mentionné¹⁰⁶², cette influence minimale contrainte contribue activement à déterminer l’étendue totale de l’influence de la réforme du droit des contrats en droit du travail, cette dernière grossit également. Si le juge social risque fort de s’opposer à un tel bouleversement de la réglementation travailliste¹⁰⁶³, notre analyse de l’intensité de l’influence minimale contrainte doit encore être alimentée par l’apport qu’y apporte le principe de cohabitation des règles spéciales et générales.

2. L’influence issue du principe de cohabitation des règles

259. Le principe de comblement des lacunes, élément premier de l’influence minimale contrainte produite par la réforme en droit du travail, régit l’articulation des règles en l’absence de règle spéciale. Il y a également lieu, fort logiquement, de tenir compte des directives qui régissent ladite articulation en présence de règles spéciales. À cet égard, deux principes coexistent donc l’un à côté de l’autre ; la cohabitation des règles et le conflit de normes.

260. En l’espèce, ces deux directives attirent l’influence qui nous intéresse dans des directions opposées ; là où une cohabitation fréquente des règles travaillistes et civilistes contribue à l’accroissement de l’influence de la réforme du droit des contrats en droit du travail, la récurrence des conflits de normes en emporte la réduction automatique. Cependant, nous

¹⁰⁶² V. *supra*, n° 41.

¹⁰⁶³ L’influence produite par l’article 1105 du Code civil en droit du travail est dite « contrainte », justement car ce dernier ne peut s’y opposer, si l’on fait une application stricte et conforme de l’article. Cela n’empêche pas le droit du travail de brandir d’autre argument pour s’en émanciper, comme nous le détaillerons ci-dessous : V. *infra*, n° 655 et s.

l'avons mis en exergue¹⁰⁶⁴, on ne recense que deux situations de conflit de normes, dans lesquelles le droit du travail est habilité à faire obstacle à l'application du nouveau droit des contrats. Aussi, la réforme doit largement et obligatoirement être mise en œuvre au sein des relations de travail¹⁰⁶⁵. Largement car, même si l'on excepte les articles 1214 et 1215 du Code civil¹⁰⁶⁶, on dénombre encore plus d'une soixantaine d'articles, issus de la réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016 et la loi du 20 avril 2018, qui concernent, certes avec une intensité variable, le droit du travail. Obligatoirement parce que l'article 1105 du Code civil dispose que les contrats sont soumis aux règles générales.

261. Avant de pousser plus loin notre développement, un rappel semble s'imposer : la soumission des contrats de droit privé – dont le contrat de travail ou les conventions collectives – aux règles générales, prévue par l'article 1105 susmentionné, n'emporte pas la mise en œuvre obligatoire et forcée du nouveau droit des contrats en droit du travail ; elle mène à la cohabitation des règles et autorise simplement le justiciable à fonder son action en justice sur la règle spéciale, la règle générale ou les deux conjointement. L'apport du principe de cohabitation à l'influence de l'article 1105 du Code civil en droit du travail est donc le suivant : la possibilité de mobiliser les nouvelles dispositions du droit des contrats au soutien d'une action en justice dans le domaine travailliste.

262. L'étendue de cet apport à l'influence minimale contrainte est loin d'égaliser celle du principe de comblement des lacunes. Pourtant, au premier abord, la rareté des conflits de normes et la vaste mobilisation du principe de cohabitation des règles qui en découle participent activement à rehausser le seuil de cette influence. En effet, puisque les dispositions du droit du travail ne peuvent évincer l'application du droit des contrats, ce dernier retrouve sa vocation à s'appliquer dans l'ensemble de la matière travailliste. Néanmoins, cette application est dénuée de tout automatisme ; elle est conditionnée par la mobilisation du texte par le devant le juge social. Or, puisque le demandeur dispose d'une option – celle de faire une application alternative ou cumulative des normes – le choix de mobiliser l'une ou l'autre ne dépend pas de

¹⁰⁶⁴ V. *supra*, n° 237 et s.

¹⁰⁶⁵ À tout le moins en ce qui concerne sa fraction qui est susceptible d'être appliquée en droit du travail. En effet, toutes les dispositions du Code civil n'ont pas vocation à s'exporter en droit du travail. Par exemple, les deux premiers titres du Livre III du Code civil, relatif aux « différentes manières dont on acquiert la propriété », qui concernent respectivement les successions et les libéralités, n'entretiennent pas de lien avec les relations de travail et ne peuvent donc pas s'y appliquer.

¹⁰⁶⁶ Dont, nous l'avons mentionné, l'application en droit du travail est exclue en raison du premier de normes qui émerge, respectivement, avec les articles L. 1244-1 et L. 1243-11 du Code du travail.

la réforme elle-même, mais bel et bien des objectifs poursuivis et de la stratégie adoptée par les acteurs du procès. Ainsi, sur la soixantaine d'articles susmentionnée, il est plus que probable que nombre d'entre eux ne soient en réalité jamais invoqués devant la chambre sociale de la Cour de cassation ou les juridictions travaillistes du fond. Dès lors, la fréquente cohabitation des règles travaillistes et civilistes, qui découle de la quasi-absence des conflits de normes, apporte à l'influence minimale contrainte une certitude théorique – la possibilité de mobiliser le droit des contrats au sein des relations de travail – mais dont la transcription concrète est totalement incertaine. Une forte mobilisation des nouvelles règles civilistes dans le cadre des contentieux travaillistes octroierait au principe de cohabitation des règles une place de choix au sein de l'influence minimale contrainte. *A contrario*, si les acteurs dudit contentieux fondent largement leur action en justice sur les textes du Code du travail, cette place se trouverait alors réduite à portion congrue.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

263. Ignoré par le Code civil de 1804, le conflit de normes a été source de plusieurs difficultés pour le juge, aussi bien dans sa caractérisation que dans sa résolution. Sans apporter une réponse à l'ensemble des interrogations, l'ordonnance du 10 février 2016 a inséré au sein de l'article 1105 du Code civil un élément de solution qui, dans la législation civiliste, fait office de véritable nouveauté.

264 En disposant que « les règles générales s'appliquent sous réserve [des] règles particulières », le nouvel article 1105, alinéa 3, du Code civil n'est néanmoins d'aucune utilité dans la traque des conflits de normes qui se sont noués entre le droit du travail et le droit des contrats issu de la réforme. Par contre, plusieurs travaux doctrinaux peuvent servir le juge. Les auteurs sont en effet unanimes pour considérer qu'un conflit de normes ne peut résulter que de la caractérisation d'une antinomie entre les deux normes en concurrence. Notion polymorphe, l'antinomie peut se définir comme « la situation au cours de laquelle deux ou plusieurs règles, qui portent sur un objet commun, prévoient des solutions incompatibles ». À l'égard du premier critère et dans l'optique de ne pas retenir de la notion d'antinomie une conception trop stricte, il y a lieu, comme le suggère le professeur L. Gannagé¹⁰⁶⁷, de substituer à l'identité d'objet la démonstration de l'existence d'un objet commun entre les deux règles de droit. Ainsi, à condition que leurs directives soient inconciliables l'une avec l'autre, c'est-à-dire qu'elles ne peuvent donner lieu ni à une application cumulée ni à une application alternative sous peine de conduire le raisonnement dans une impasse¹⁰⁶⁸, deux règles sont antinomiques dès lors que l'une régit *a minima* un fragment de l'objet de l'autre.

Si plusieurs auteurs estiment que la démonstration d'une antinomie suffit à caractériser un conflit entre deux normes¹⁰⁶⁹, il convient, à notre sens, d'ajouter un troisième et dernier critère : l'identité de nature entre les deux règles en concours¹⁰⁷⁰. Dès lors, seules des règles de

¹⁰⁶⁷ L. GANNAGÉ, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé. Étude de droit international privé de la famille*, préc., p. 81 et s.

¹⁰⁶⁸ Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préc., p. 497.

¹⁰⁶⁹ P. FORIERS, « Les antinomies en droit », préc., p. 20 et s. ; L. SILANCE, « Quelques exemples d'antinomies et essai de classement », p. 63 et s. ; R. VAN ELST, « Antinomies en droit international privé », préc., p. 138 et s.

¹⁰⁷⁰ V. déjà, Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, préc.

même valeur deviennent susceptibles d'entrer en conflit et la difficulté qui résulte de l'antinomie entre deux règles de valeurs distinctes doit alors être résolue par l'appel au principe de hiérarchie des normes¹⁰⁷¹. Avec l'ajout d'un nouveau critère, qui empêche de tenir les notions d'antinomie et de conflit de normes pour synonymes¹⁰⁷², le conflit de normes est interprété de manière restrictive, ce qui, inévitablement, réduit le nombre de ses occurrences¹⁰⁷³.

265. Par le truchement de la codification de l'adage *specialia generalibus derogant*, la réforme guide désormais le juge dans la résolution d'un conflit de normes, en lui imposant de faire primer la règle qui présente le grand degré de spécialité sur celle qui possède la généralité la plus importante. Ainsi, la caractérisation d'un conflit de normes constitue l'unique hypothèse dans laquelle la législation travailliste est autorisée à évincer les règles générales d'un litige du travail. Cette directive n'emporte toutefois qu'un effet relatif dans les relations qu'entretiennent les deux branches, car celles-ci ne font apparaître l'existence que de deux conflits de normes. Les règles entretiennent ainsi un rapport paisible de cohabitation.

266. La rareté des conflits de normes, elle, entraîne des conséquences fondamentales pour notre étude. En interdisant de faire primer la jurisprudence sociale sur la loi civiliste, la conception restrictive du conflit de normes étend le champ d'application du principe de comblement des lacunes, qui fonde l'injonction faite à la chambre sociale de la Cour de cassation de revenir sur certaines de ses solutions, comme celle, par exemple, d'interdire l'accès à la résiliation judiciaire du contrat de travail à l'employeur. Par ce biais, la dimension de l'influence minimale contrainte se trouve très largement étendue. Elle est également impactée – certes de manière moindre – par la très fréquente cohabitation des règles travaillistes et civilistes. Les deux sources positives de l'influence minimale contrainte – le principe de comblement des lacunes et le principe de cohabitation des règles spéciales et générales – ne peuvent effectivement être placées sur un pied d'égalité ; l'apport du premier à l'influence minimale contrainte est de très loin supérieur à celui du second. Il n'en demeure pas moins que

¹⁰⁷¹ Et, par conséquent, à la mobilisation du critère hiérarchique afin de résoudre l'antinomie entre elles. V. *supra*, n° 219 et s.

¹⁰⁷² Et qui, également, permet d'assurer la sécurité juridique, en interdisant à la jurisprudence de déroger à la loi : V. *supra*, n° 185 et s.

¹⁰⁷³ Le cantonnement de la notion de conflit de normes à la démonstration d'une antinomie et de l'identité de nature entre les deux règles en concurrence en empêche la caractérisation entre un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation et la nouvelle législation civiliste. Dès lors, le nombre de conflits de normes s'appauvrit.

l'addition des deux fait produire à la réforme du droit commun des contrats une influence bien supérieure à celle qui était envisagée par la doctrine majoritaire.

CONCLUSION DU TITRE 1

267. L'analyse de l'influence globale de la réforme du droit des contrats en droit du travail ne pouvait, à notre sens, débiter que par l'appréciation de son degré incompressible. Nous ne pouvions alors pas faire l'économie de l'étude détaillée du régime d'articulation des règles spéciales et générales, qui se trouve désormais placé à l'article 1105 du Code civil. Ce régime n'a pourtant pas évolué de manière significative avec la réforme du droit des contrats, qui s'est contentée de le compléter. Ainsi, comme depuis 1804 et la promulgation du Code civil, les droits spéciaux demeurent soumis au droit civil général. Le Code civil continue donc d'imposer au juge social de combler les lacunes du Code du travail par le recours au droit commun des contrats¹⁰⁷⁴. De même, la présence d'une législation spéciale n'emporte pas l'éviction automatique des règles civilistes des frontières travaillistes¹⁰⁷⁵ ; dans cette hypothèse, la soumission évoquée ci-dessus, impose aux deux règles de cohabiter ensemble.

268. Si elle n'a pas été bouleversée, la réglementation de l'articulation des règles spéciales et générales a tout de même été opportunément complétée, par la codification bienvenue de l'adage *specialia generalibus derogant* dans le Code civil. Alors que la résolution d'un conflit de normes portait jusqu'alors atteinte au principe de sécurité juridique, car le juge pouvait, alternativement, mobiliser le critère chronologique ou le critère de spécialité¹⁰⁷⁶, rendant par-là possible le dérèglement de la réglementation du travail¹⁰⁷⁷, il lui est désormais imposé de ne faire application que de la règle spéciale travailliste et, par conséquent, d'exclure du litige la règle générale civiliste incompatible.

¹⁰⁷⁴ En raison de la fonction subsidiaire obligatoire des règles générales. V. not. N. BALAT, *Essai sur le droit privé*, préc., p. 54 ; Ch. GOLDIE-GENICON, « Droit commun et droit spécial, 100 ans après », préc. ; M. POUMARÈDE, « Les régimes particuliers de responsabilité civile, ces oubliés de l'avant-projet Catala », préc.

¹⁰⁷⁵ V. not. M. MEKKI, « Les dispositions liminaires », préc., p. 18.

¹⁰⁷⁶ Et non pas, à notre sens, le critère hiérarchique qui, si nous retenons une conception stricte du conflit de normes, devient totalement inopérant. En effet, la soumission du conflit de normes à la démonstration selon laquelle les deux règles en concurrence sont de même valeur empêche *de facto* le juge de résoudre ledit conflit en faisant application de la règle hiérarchiquement supérieure.

¹⁰⁷⁷ Il se peut, en effet, que la mise en œuvre du critère chronologique – qui contraint le juge à faire application de la règle la plus récente – emporte l'application du nouveau droit des contrats aux dépens de la législation travailliste. Par exemple, résolu par le recours au critère chronologique, le conflit de normes caractérisé entre les articles L. 1243-11 du Code du travail et 1215 du Code civil emporterait l'éviction du premier et l'application du second. En conséquence, les parties à un contrat à durée déterminée dont l'exécution s'est poursuivie après l'échéance du terme extinctif se trouverait dans l'obligation de conclure un second contrat, dont les stipulations seraient identiques à celles du premier, si ce n'est que sa durée devient indéterminée.

269. À eux trois, les principes du nouvel article 1105 du Code civil forment le concept d'influence minimale contrainte, autour duquel nous avons théorisé ce premier titre. Cette influence constitue l'unique base solide sur laquelle l'influence globale de la réforme peut prendre appui. Le rôle qu'elle joue est tout bonnement crucial, puisque c'est elle qui permet à la réforme de rayonner vers les droits privés spéciaux. Et pour cause, si le nouvel article 1105 du Code civil énonçait, comme le souhaitait en son temps M. G.-H. Camerlynck¹⁰⁷⁸, que « les contrats ne sont soumis qu'aux règles particulières établies dans les dispositions propres à chacun d'eux », l'intensité de l'influence de la réforme du droit des contrats en droit du travail aurait très probablement été minime, puisqu'elle aurait été tributaire de l'utilisation qui en serait faite par les acteurs des relations de travail.

270. Les fondations de l'influence globale de la réforme en droit du travail sont désormais posées. De même, son étendue a été abordée. Néanmoins, cette influence ne prend pas intégralement appui sur l'article 1105 du Code civil et l'articulation des règles spéciales et générales. Il est en effet une graine qui germe ailleurs, dans la directive implicitement donnée au Gouvernement par la loi d'habilitation du 16 février 2015 d'accroître la protection de la « partie faible » à un contrat. En poussant, cette graine pourrait contribuer à la protection du salarié¹⁰⁷⁹. Cependant, contrairement à l'ensemble de nos développements précédents, la source d'influence de ces différents mécanismes, susceptibles d'être rattachés à la notion de « solidarisme contractuel »¹⁰⁸⁰, ne semble pas être la contrainte. Certes, à leur égard, les principes de l'article 1105 du Code civil trouvent également à s'appliquer. Néanmoins, en l'absence même de coercition, l'employeur, le salarié ou le juge se saisiraient volontairement

¹⁰⁷⁸ G.-H. CAMERLYNCK, « L'autonomie du droit du travail », préc.

¹⁰⁷⁹ L'attrait du droit du travail pour ces différents mécanismes est évident si l'on se souvient qu'au XIX^e siècle, l'objectif premier du droit du travail naissant était la protection du salarié. V. *supra*, n° 5.

¹⁰⁸⁰ Le professeur D. MAZEAUD, qui est l'un des plus fervents défenseurs du solidarisme contractuel, définit trivialement la notion comme « la troisième voie, entre un libéralisme « sauvage et béat » et un socialisme « dirigiste et bigot », en vertu de laquelle l'altruisme, la patience, le respect mutuel, l'indulgence, le sens de la mesure, la cohérence, l'entraide, la tolérance et d'autres vertus encore constituent un code de bonne conduite, une éthique que chaque contractant doit respecter dans l'univers contractuel » : D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit*, Mélanges F. TERRE, Paris, PUF, 1999, p. 603. Cette idée de « troisième voie » est également mise en exergue par les travaux de Ch. JAMIN, « Henri Capitant et René Demogue : notation sur l'actualité d'un dialogue doctrinal », in *L'avenir du droit*, Mélanges F. TERRE, Paris, PUF, 1999, p. 125 et s. ; « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXI^e siècle*, Études remises à J. GHESTIN, Paris, LGDJ, 2001, p. 441 et s.). Au-delà, d'autres auteurs ont défini le solidarisme contractuel comme une « nouvelle manière de penser le contrat » (F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations*, préc., p. 53), ou comme une « façon de tendre à une plus grande égalité contractuelle » (C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997. 357).

de ces nouvelles dispositions. Cette application délibérée des règles civilistes traduit l'existence, à côté de la contrainte, de la seconde source de l'influence minimale de la réforme, qui se noue dans le concept d' « influence minimale accueillie ».

Titre 2 : UNE INFLUENCE MINIMALE ACCUEILLIE

271. Le droit commun des contrats est, depuis sa création, dirigé par de grands principes, parmi lesquels se trouve notamment le principe d'égalité des contractants¹⁰⁸¹. Celui-ci, parfois qualifié de « fiction »¹⁰⁸² et défini comme « une aspiration à une égalité dans les faits, non pas postulée et absolue, mais concrète et relative au contrat conclu »¹⁰⁸³, destinée « à marquer que le consentement des deux parties doit être pareillement libre et éclairé, lors de la conclusion du contrat de telle sorte que chacune ait la pleine maîtrise des éléments qui sont susceptibles d'influer sur sa décision »¹⁰⁸⁴, empêche le Code civil, selon la doctrine travailliste, de régir efficacement les relations contractuelles déséquilibrées¹⁰⁸⁵. Ainsi, lorsqu'un contrat met aux prises deux parties qui, en raison de leur qualité ou de leur puissance respective¹⁰⁸⁶, ne peuvent être placées sur un même pied d'égalité¹⁰⁸⁷, le droit commun des contrats est dans l'impossibilité pratique de saisir l'ensemble des subtilités qui découlent de ce déséquilibre. La législation civiliste postule ainsi que les contractants sont automatiquement et nécessairement égaux¹⁰⁸⁸ et, en conséquence, fait « abstraction de la réalité des situations contractuelles et des rapports de force qui leur sont bien souvent inhérents »¹⁰⁸⁹. Par exemple, il a été rappelé que les relations de consommation ne peuvent s'accommoder d'un « principe d'égalité abstraite entre les contractants »¹⁰⁹⁰, car le consommateur ne peut pertinemment pas être considéré comme l'égal du professionnel au moment de la formation du contrat¹⁰⁹¹.

¹⁰⁸¹ M. LATINA, « Contrat : généralités – principes directeurs du droit des contrats », *Rep. civ.*, Dalloz, 2017, spé., n° 99 et s., qui vise, à ce titre, le principe de la liberté contractuelle, la force obligatoire du contrat et la bonne foi. V. ég. F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations*, préc., p. 157 et s.

¹⁰⁸² P. LOKIEC, « La décision et le droit privé », *D.* 2008, 2293.

¹⁰⁸³ C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », préc.

¹⁰⁸⁴ F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *op. cit.*, p. 51 et s.

¹⁰⁸⁵ G. COUTURIER, « Droit du travail : le renouvellement des techniques », préc., regrette cependant que, trop souvent selon lui, le juriste travailliste fait du droit civil une « représentation anachronique [...] d'un droit [...] resté indéfiniment fidèle au dogme de l'autonomie de la volonté, à l'égalité de principe entre les contractants, à la liberté contractuelle etc. ».

¹⁰⁸⁶ Qu'elle soit informationnelle, économique ou encore contractuelle. V. not. J.-P. CHAZAL, *De la puissance économique en droit des obligations*, préc., p. 365 et s.

¹⁰⁸⁷ En cela, le principe d'égalité des contractants a pu être qualifié « d'illusoire » : M. LATINA, *op. cit.*

¹⁰⁸⁸ V. not. M. LAHOVAZI, « L'inapplicabilité du droit des pratiques restrictives de concurrence au contrat administratif », *AJDA* 2022, 197, qui estime que « les contrats civils supposent deux contractants placés sur un pied de parfaite égalité ».

¹⁰⁸⁹ G. LOISEAU, « La puissance du contractant en droit commun des contrats », préc.

¹⁰⁹⁰ X. LAGARDE, « Droit commun et crédit aux particuliers », *RD banc. fin.* 2004, 100033.

¹⁰⁹¹ Depuis l'ordonnance n° 2021-1734 du 22 déc. 2021, entrée en vigueur le 28 mai 2022, le Code de la consommation possède un article liminaire, qui définit le consommateur comme « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole » et le professionnel comme « toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, y compris lorsqu'elle

C'est notamment sur la base de ce constat que le droit du travail s'est forgé au courant du XIX^e siècle¹⁰⁹², alors que les relations de travail étaient intégralement soumises aux règles du Code civil de 1804¹⁰⁹³.

272. Conscient de ces limites, le législateur a chargé le Gouvernement de consacrer, dans le Code civil, « en particulier le devoir d'information et la notion de clause abusive et [d'introduire] des dispositions permettant de sanctionner le comportement d'une partie qui abuse de la situation de faiblesse de l'autre »¹⁰⁹⁴. La loi d'habilitation du 16 février 2015 impose ainsi l'introduction en droit commun des contrats de mécanismes à même de tenir compte du déséquilibre des pouvoirs de chaque contractant, afin de (mieux) l'appréhender. Cela a fait dire au professeur Ch. Radé que la réforme a « socialisé » le Code civil¹⁰⁹⁵. Elle a, en ce sens, contribué au renouvellement de « son attrait pour le droit du travail »¹⁰⁹⁶. Dès lors, conformément à l'article 8, 2°, de la loi d'habilitation susmentionnée, l'ordonnance du 10 février 2016 érige au rang légal un devoir précontractuel d'information¹⁰⁹⁷, un vice de violence pour abus de l'état de dépendance¹⁰⁹⁸ et fait basculer le mécanisme du contrat d'adhésion¹⁰⁹⁹, ainsi que son régime¹¹⁰⁰, dans notre droit positif.

agit au nom ou pour le compte d'un autre professionnel ». V. not. J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE, M. DÉPINCÉ, *Droit de la consommation*, Paris, Dalloz, 10^e éd., 2020, p. 1, qui débute leur ouvrage en énonçant : « or, la relation entre professionnel et consommateur est naturellement déséquilibrée. La compétence du professionnel, les informations dont il dispose, et souvent sa dimension financière, lui permettent de dicter sa loi au consommateur [...]. Il n'en est pas moins vrai que les professionnels sont, par la nature des choses, en position de supériorité, et que les consommateurs risquent d'en être les victimes ».

¹⁰⁹² V. not. A. SUPLOT, « Pourquoi un droit du travail ? », préc.

¹⁰⁹³ G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, préc., p. 2 ; J.-Y. FROUIN, « Protection de la personne du salarié, intérêt de l'entreprise et construction prétorienne du droit du travail », *JCP S* 2010. 1087. V. *supra*, n° 2 et s.

¹⁰⁹⁴ Loi n° 2015-177, article 8, 2°, préc.

¹⁰⁹⁵ Ch. RADÉ, « L'autonomie du droit du travail », *préc.*, p. 402.

¹⁰⁹⁶ *Ibid.*

¹⁰⁹⁷ Article 1112-1 du Code civil.

¹⁰⁹⁸ Article 1143 du Code civil.

¹⁰⁹⁹ Article 1110 du Code civil.

¹¹⁰⁰ Articles 1171 et 1190 du Code civil.

273. À l'heure où la législation du travail « épouse les thèses libérales »¹¹⁰¹ et délaisse, dans ses récentes réformes, son objectif premier¹¹⁰² qu'était la protection du salarié¹¹⁰³, la codification dans le Code civil de dispositions susceptibles de mettre un frein à la « déréglementation du droit du travail »¹¹⁰⁴ possède un attrait évident pour les acteurs travaillistes et notamment le salarié. Dans notre recherche actuelle, qui vise à déterminer quelle est l'ampleur de l'influence minimale produite par la réforme au sein des relations de travail, cet attrait constitue la seconde et dernière source. En effet, là où le droit du travail est contraint d'accueillir en son sein certains mécanismes ou de revirer plusieurs pans de sa jurisprudence en application du nouvel article 1105 du Code civil, il s'affranchit totalement de cette contrainte lorsque le droit des contrats peut avantageusement servir l'un de ses objectifs ; l'application subie des règles générales cède alors la place à leur mise en œuvre délibérée. Aussi, aux côtés de l'influence minimale contrainte, d'ores et déjà présentée, il convient de mettre en évidence l'existence d'une influence minimale accueillie.

274. À l'examen, il apparaît que les trois mécanismes qui composent cette seconde source de l'influence minimale exercée par la réforme du droit des contrats dans les relations de travail – à savoir, le devoir précontractuel d'information, la violence pour abus de l'état de dépendance et le contrat d'adhésion – poursuivent un unique but, d'où résulte l'intégralité de leur attrait pour

¹¹⁰¹ Selon l'expression de Y. LEROY, « Paradoxe(s) sur ordonnances », préc.

¹¹⁰² V. not. Y. LEROY, « L'articulation entre droit civil et droit du travail ou comment sortir de l'impasse », *Dr. soc.* 2022. 326, qui évoque « un droit civil prônant la stricte égalité entre les contractants » là où le droit du travail « s'est construit pour assurer une certaine protection – à défaut d'une protection certaine – aux salariés ». V. ég. J. KRIVINE, « Le droit commercial peut-il venir au secours des salariés ? », *Dr. soc.* 2019. 489 ; G. COUTURIER, « Droit du travail : le renouvellement des techniques », préc. ; F. GÉA, « À quoi sert le droit du travail ? », préc. ; A. SUPLOT, « Pourquoi un droit du travail ? », préc. ; G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, préc., p. 7 et s.

¹¹⁰³ V. not. A. SUPLOT, *ibid*, qui énonce que « jusqu'à la fin des années soixante, la question posée en doctrine est celle du but du droit du travail, et la réponse unanime se laisse résumer en un mot : celui de *protection* du salarié ». J.-P. SOISSON, « Liberté, égalité, fraternité... et droit du travail », *Dr. soc.* 1990. 1, rappelle que « le droit du travail est né de l'inégalité de fait qui caractérisait les rapports de travail : à l'exclusivité de l'autorité patronale s'opposait la précarité de la condition ouvrière. Face à ce déséquilibre, il n'est pas possible – aujourd'hui pas plus qu'hier – de s'en remettre à l'autonomie des volontés individuelles, selon une logique purement libérale, sous peine d'accentuer encore les inégalités et de détériorer la condition salariale. C'est pourquoi le droit du travail s'est construit comme un droit de la protection des salariés [...] ». V. ég. A. VILLEGGER, « Pourquoi un droit du travail ? Libres propos sur la justification du point de vue des sciences de gestion », *Dr. soc.* 2019. 344 ; J.-M. OLIVIER, « Un nouveau droit de la relation de travail ? », *Dr. soc.* 2018. 681 ; A. PERULLI, « Les ordonnances Macron et *Jobs Act* : valeurs et fonctions dans le nouveau paradigme du droit du travail », *Dr. soc.* 2018. 86 ; F. GÉA, « Un changement de paradigme ? », *Dr. soc.* 2017. 997 ; P. VERGE, G. VALLÉE, *Un droit du travail ? Essai sur la spécificité du droit du travail*, Cowansville, éd. Yvon Blais, 1997 ; P. DURAND, *Traité de droit du travail*, Paris, Dalloz, t. 1, 1947, p. 261 ; J.-C. JAVILLIER, *Droit du travail*, Paris, LGDJ, 1^{re} éd., 1978, p. 39 ; G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, préc., p. 9 et s.

¹¹⁰⁴ Selon l'expression de M. FABRE-MAGNAN, « La réforme du droit des contrats : quelques contre-feux civilistes à la déréglementation du droit du travail », préc.

le droit du travail : la protection de la partie faible. L'influence minimale accueillie a en effet pour visée de réduire les déséquilibres de puissance qui existent, dans cette matière, entre les contractants. Son domaine est donc avant tout¹¹⁰⁵ axé autour de l'intérêt que possèdent les mécanismes susmentionnés pour le salarié ou ses représentants à la négociation collective. Dès lors, si l'on fait fi de quelques très rares exceptions, la dimension de l'influence minimale accueillie dépend exclusivement de la mobilisation de ces nouvelles règles par ces « parties faibles ».

275. Nous présentons le concept d'influence minimale contrainte comme étant la fondation de l'influence de la réforme et un moyen d'en déterminer l'intensité. L'influence minimale accueillie possède un champ plus restreint. En effet, elle prend appui sur le postulat selon lequel certains acteurs des relations et du contentieux du travail vont volontairement faire usage des nouvelles dispositions civilistes qui présentent un attrait pour eux. Nous rejoignons là l'esprit de nos développements précédents, relatifs à l'influence du principe de cohabitation des règles en droit du travail¹¹⁰⁶ : lorsque l'efficacité d'un principe ou d'un concept est intégralement tributaire de considérations qui lui sont extérieures, rien ne peut assurer qu'il sera effectivement en mesure de produire une influence sur autrui. Ainsi, tandis que l'influence minimale contrainte est construite sur la solide base de l'article 1105 du Code civil, l'influence minimale accueillie possède, quant à elle, une base molle et susceptible d'évoluer avec le temps et la pratique travailliste. Autrement formulé, là où la première est impérative, car imposée par le Code civil, la seconde est abstraite et conditionnée par le comportement des salariés, ses représentants, voire des employeurs. Par conséquent, conjointement avec la facette contrainte, l'influence minimale accueillie ne peut servir qu'à déterminer l'intensité exacte du rayonnement du nouveau droit des contrats en droit du travail¹¹⁰⁷. Il ne faut cependant pas s'arrêter à la tournure négative de la phrase qui précède ; si le rôle de l'influence minimale accueillie est indéniablement plus sommaire que celui de l'influence minimale contrainte, il

¹¹⁰⁵ Il se peut effectivement que, de manière très résiduelle, l'une des dispositions qui composent l'influence minimale accueillie puisse servir l'intérêt de l'employeur. Cela peut être le cas du devoir précontractuel d'information : V. *infra*, n° 340 et s.

¹¹⁰⁶ Nous énoncions ci-dessus que l'influence produite, en droit du travail, par le principe de cohabitation des règles risque de n'être que théorique, car elle dépend exclusivement de la récurrence de la mobilisation des règles générales en droit du travail. V. *supra*, n° 261.

¹¹⁰⁷ Pour reprendre la même métaphore architecturale (V. *supra*, n° 41), l'influence minimale accueillie contribue, elle-aussi, à calculer la surface « au sol » de l'édifice que représente l'influence globale de la réforme du droit des contrats en droit du travail.

n'en demeure pas moindre que son impact, théoriquement à tout le moins, peut se révéler important.

276. L'étude consacrée à l'influence minimale accueillie doit s'effectuer sur deux fronts distincts. En effet, l'essence du solidarisme contractuel dans la réforme du droit des contrats diffuse dans deux directions : le rééquilibrage de puissance informationnelle (**chapitre 1**) et le rééquilibrage de puissance contractuelle (**chapitre 2**).

Chapitre 1. Le rééquilibrage de puissance informationnelle

Chapitre 2. Le rééquilibrage de puissance contractuelle

Chapitre 1 : LE RÉÉQUILIBRAGE DE PUISSANCE INFORMATIONNELLE

277. Le Code Napoléon de 1804, qui prend largement appui sur le principe d'égalité des parties, ne faisait aucune mention de l'existence d'un devoir précontractuel d'information mis à la charge des parties à un contrat. Dans le silence global de la loi¹¹⁰⁸, il est revenu à la jurisprudence la tâche de consacrer l'existence de certaines obligations d'information en droit privé¹¹⁰⁹. Considérée par une auteure comme « la principale consécration jurisprudentielle du 20^{ème} siècle en matière du droit des contrats »¹¹¹⁰, cette avancée, initiée par le juge, a été accueillie et consacrée par le législateur dans plusieurs branches du droit privé¹¹¹¹. En effet, alors même que le Code du travail ignore largement la phase précontractuelle¹¹¹², il impose tout de même la transmission de certaines informations en amont de toute conclusion d'un contrat, qu'il s'agisse de celle d'un contrat de travail¹¹¹³ ou d'une convention collective¹¹¹⁴. Plus encore, l'information précontractuelle des parties fait l'objet d'une réglementation européenne. Par

¹¹⁰⁸ Le défaut d'information, dans le Code civil de 1804, n'était sanctionné que par le mécanisme de la réticence dolosive. V. not. P. REMY-CORLAY, D. FENOUILLET, « Le consentement », in F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, préc., p. 150. Il était donc nécessaire de réunir les conditions de caractérisation du dol, à savoir le caractère déterminant de la manœuvre pour le consentement de la victime, mais aussi l'intention de l'auteur de tromper l'autre partie. V. not. F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations*, préc., p. 336 et s.

¹¹⁰⁹ M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats*, préc., p. 138, dresse une liste – non exhaustive – de 18 obligations d'information consacrées par la Cour de cassation. On y retrouve celles qui pèsent sur l'agent immobilier (Civ., 1^{re}, 18 avr. 1989, n° 87-12.053, *RTD civ.* 1990. 267, J. MESTRE), de l'assureur (Civ., 1^{re}, 7 mars 1989, n° 87-13.053), du conseil juridique (Civ., 1^{re}, 28 févr. 1989, n° 87-14.731, *RTD civ.* 1990. 651, obs. J. MESTRE) ou du médecin (Civ., 1^{re}, 29 mai 1984, n° 82-15.804, *D.* 1985. 281, note F. BOUVIER ; Civ., 1^{re}, 11 févr. 1986, n° 84-10.845, *JCP* 1987. II. 20775, note A. DORSNER-DOLIVET ; Civ., 1^{re}, 7 févr. 1990, n° 88-14.797, *RTD civ.* 1992. 109, obs. P. JOURDAIN). V. not. Ch. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil*, préc., p. 293 et s. ; 299 et s.

¹¹¹⁰ V. not. M. FABRE-MAGNAN, « Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », *JCP G* 2016. 706.

¹¹¹¹ J. CARBONNIER, in *L'évolution contemporaine du Droit des Contrats*, Journée René Savatier (Poitiers 24-25 oct. 1985), Publications de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, PUF, t. 15, 1986, p. 36, déclarait que « l'idéologie de l'information qui a contribué à déplacer l'intérêt scientifique de la violence vers l'erreur, militerait, sans doute, pour la reconnaissance explicite d'une obligation générale de renseignement ».

¹¹¹² V. *supra*, n° 60.

¹¹¹³ Article L. 1221-6 du Code du travail, qui rappelle que le candidat doit répondre de bonne foi aux questions, posées par le recruteur, qui portent sur la sphère professionnelle. De même, l'article L. 1225-1 du Code du travail consacre, implicitement, le droit aux femmes de cacher leur état de grossesse à leur (futur) employeur. Par ailleurs, l'article L. 1242-12 du Code du travail impose que le contrat de travail à durée déterminée comporte certaines mentions informatives obligatoires, qu'il liste.

¹¹¹⁴ Article L. 2222-3-1 du Code du travail, qui prévoit la faculté de conclure une convention ou un accord collectif qui précise « la nature des informations partagées entre les négociateurs, notamment, au niveau de l'entreprise, en s'appuyant sur la base de données définie à l'article L. 2323-8 ». Il est toutefois à signaler que cette base de données n'est plus en vigueur, car l'article L. 2323-8 du Code du travail a été abrogé par l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 sept. 2017.

exemple, l'article 2 de la directive du Conseil du 14 octobre 1991¹¹¹⁵ impose à l'employeur de « porter à la connaissance du travailleur salarié auquel la présente directive s'applique¹¹¹⁶ [...] les éléments essentiels du contrat ou de la relation de travail », obligation qui peut être satisfaite par la remise au travailleur d'un exemplaire de son contrat de travail¹¹¹⁷.

278. En droit du travail, on constate que, bien souvent, le devoir d'information ne pèse que sur un seul contractant : l'employeur. Deux explications peuvent rationnellement expliquer cet unilatéralisme, qui n'est cependant pas absolu. En premier lieu, il existe une véritable asymétrie de puissance informationnelle entre les parties à la négociation, aussi bien dans les relations individuelles que dans les relations collectives de travail ; qu'il négocie avec un candidat à l'embauche, un salarié, des syndicats représentatifs ou un salarié mandaté¹¹¹⁸, l'employeur est, bien souvent, l'unique titulaire de l'information. Il est alors logiquement le seul à pouvoir – et à devoir – la communiquer. En second lieu, spécifiquement au cours de la période de recrutement d'un salarié, l'employeur est jurisprudentiellement soumis à un devoir¹¹¹⁹ en vertu duquel il doit se renseigner sur le candidat, à défaut de quoi la dissimulation de certaines informations par celui-ci ne saurait être sanctionnée¹¹²⁰. Dans un cas comme dans l'autre, la codification du nouvel article 1112-1 du Code civil, qui dispose que « celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant [...] »¹¹²¹ apporte sa contribution à l'édifice de la réduction du déséquilibre de puissance informationnelle entre les parties à l'acte.

¹¹¹⁵ Directive n° 91/533/CEE du 14 oct. 1991.

¹¹¹⁶ À savoir « tout travailleur salarié ayant un contrat ou une relation de travail défini par le droit en vigueur dans un État membre et/ou soumis au droit en vigueur dans un État membre ». Ces derniers conservent cependant la faculté de ne pas faire application de la directive si la durée du contrat de travail est inférieure à un mois ou une durée de travail mensuelle inférieure à 9 heures, mais aussi si le contrat de travail « a un caractère occasionnel et/ou particulier » : article 1 de la directive n° 91/533/CEE précitée.

¹¹¹⁷ Article 3 de la directive n° 91/533/CEE précitée.

¹¹¹⁸ Les articles L. 2232-23-1 et L. 2232-24 du Code du travail autorisent l'employeur, dans le cadre de la négociation collective d'entreprise, à négocier avec un salarié mandaté par une organisation syndicale représentative et / ou membre du Comité Social et Économique, lorsque l'effectif de l'entreprise est habituellement compris entre 11 et 49 salariés ou plus de 49 salariés, en l'absence de délégués syndicaux. V. *infra*, n° 375 et s, n° 419, n° 534 et s., n° 610.

¹¹¹⁹ Soc., 3 juill. 1990, n° 87-40.349, préc. V. *infra*, n° 336 et s.

¹¹²⁰ *Ibid.*

¹¹²¹ Article 1112-1, alinéa 1, du Code civil.

Le devoir précontractuel d'information protège ainsi, sous certaines conditions il est vrai¹¹²², le consentement de celui qui ignore. Dans les relations de travail, l'ignorant s'avère être, l'immense majorité du temps, la partie faible au contrat en cours de négociation. Ce constat illustre le fait selon lequel, dans les frontières travaillistes, la mobilisation du devoir précontractuel d'information se fera avant tout à l'initiative du salarié ou de ses représentants au niveau collectif.

279. Le nouvel article 1112-1 du Code civil dresse intégralement le régime du devoir précontractuel d'information (**section 1**). Doté de la subsidiarité obligatoire propre aux règles de droit commun des contrats¹¹²³, le mécanisme peut être mobilisé en droit du travail, malgré l'existence de certains formalismes informatifs spéciaux (**section 2**).

Section 1. LA COMMUNICATION PRÉCONTRACTUELLE DE L'INFORMATION EN DROIT GÉNÉRAL DES CONTRATS

280. L'article 1112-1 du Code civil, qui s'inspire largement des articles 1110 de l'avant-projet Catala¹¹²⁴, 33 de l'avant-projet Terré¹¹²⁵ et des travaux du professeur J. Ghestin¹¹²⁶, rompt très largement avec le droit civil antérieur, selon lequel, à défaut de disposition légale expresse, « la règle est le devoir de s'informer soi-même »¹¹²⁷ et non pas d'informer autrui. Désormais,

¹¹²² V. *infra*, n° 280 et s.

¹¹²³ V. *supra*, n° 45 et s.

¹¹²⁴ Article 1110 de l'avant-projet dit « CATALA », qui dispose que « celui des contractants qui connaît ou aurait dû connaître une information dont il sait l'importance déterminante pour l'autre a l'obligation de le renseigner. Cette obligation de renseignement n'existe cependant qu'en faveur de celui qui a été dans l'impossibilité de se renseigner par lui-même ou qui a légitimement pu faire confiance à son cocontractant, en raison, notamment, de la nature du contrat, ou de la qualité des parties. Il incombe à celui qui se prétend créancier d'une obligation de renseignement de prouver que l'autre partie connaissait ou aurait dû connaître l'information en cause, à charge pour le détenteur de celle-ci de se libérer en prouvant qu'il avait satisfait à son obligation. Seront considérées comme pertinentes les informations qui présentent un lien direct et nécessaire avec l'objet ou la cause du contrat ».

¹¹²⁵ Article 33 de l'avant-projet dit « TERRÉ », qui dispose que « la partie qui connaît ou devrait connaître une information dont elle sait le caractère déterminant pour l'autre partie doit la renseigner, lorsque l'ignorance de celle-ci est légitime. L'ignorance d'une partie est légitime lorsqu'elle est dans l'impossibilité de s'informer ou lorsqu'elle fait raisonnablement confiance à son cocontractant, du fait de la nature du contrat ou de la qualité des parties. Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie ».

¹¹²⁶ J. GHESTIN, *La formation du contrat*, Paris, LGDJ, 3^e éd., 1993, spé., n° 665 : « celle des parties qui connaissait, ou qui devait connaître, en raison spécialement de sa qualification professionnelle, un fait dont elle savait l'importance déterminante pour l'autre contractant, est tenue d'en informer celui-ci, dès l'instant qu'il était dans l'impossibilité de se renseigner lui-même ou qu'il pouvait légitimement faire confiance à son cocontractant, en raison de la nature du contrat, de la qualité des parties, ou des informations inexacts que ce dernier lui avait fournies ».

¹¹²⁷ F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations*, préc., p. 367.

même en l'absence de disposition spéciale, celui qui a connaissance d'une information déterminante pour le consentement de l'autre partie a le devoir¹¹²⁸ de l'informer, à condition que l'ignorance de cette dernière puisse être considérée comme légitime¹¹²⁹. À défaut, il engage sa responsabilité extracontractuelle et, dans l'hypothèse où l'inexécution du devoir précontractuel d'information a accouché d'un vice du consentement, le contrat peut être frappé de nullité relative. L'article 1112-1 susmentionné dresse ainsi le régime global du devoir précontractuel d'information, en faisant mention du caractère de l'information (§1), de son destinataire (§2) et de la sanction de sa violation (§3).

§1. LE CARACTÈRE DE L'INFORMATION

281. Le caractère de l'information concernée par le devoir précontractuel d'information est saisi de deux manières distinctes par le nouveau droit des contrats. Temporellement, tout d'abord. Puisque l'information à communiquer est celle qui est « déterminante pour le consentement de l'autre partie », elle doit naturellement être transmise en amont de la conclusion du contrat, ce qui lui confère sa nature « précontractuelle » (A). Qualitativement, ensuite, car le devoir précontractuel d'information, bien que général, ne contraint pas le débiteur

¹¹²⁸ Selon la formule employée par le paragraphe 2 de la sous-section 1 de la section 2 du chapitre 2 du projet. L'utilisation du terme « devoir » en lieu et place de celui « d'obligation » a fait débat. Pour M. FABRE-MAGNAN, « Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », préc., dans la mesure où l'information est « une prestation due et fournie par le débiteur », ce dernier est soumis à une obligation et non à un devoir. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, préc., p. 165 et s. ; D. GALLOIS-COCHET, « L'avant-contrat », préc., p. 42, estiment, à l'inverse, qu'il s'agit d'un devoir qui s'avère « non matérialisé dans une obligation contractuelle précise ». La distinction entre les deux notions est floue, au point que, selon une auteure, la Chancellerie les a tenues comme synonymes : N. HAGE-CHAHINE, « La notion d'obligation dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *LPA* 2015, n° 219, p. 7. Historiquement, la doctrine considère toutefois que l'obligation doit être distinguée du devoir, sans parvenir à s'accorder sur le critère de distinction à retenir : V. not. P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 1963, spé., n° 89 et s. ; M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats*, préc., spé., n° 6 ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, préc., spé., n° 547 ; W. YUNG, « Devoirs généraux et obligations », in *Mélanges en l'honneur de W. Schönenberger*, Éditions universitaires de Fribourg, p. 163 ; Ch. DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, Paris, Librairie Auguste Durand, t. 1, 1868, spé., n° 4 ; S. TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats : essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, Thèse, Paris 1, 2010 ; N. HAGE-CHAHINE, *La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé*, Thèse, Paris 2, 2014. Nous nous contenterons d'employer le vocabulaire retenu par l'ordonnance du 10 févr. 2016 et évoquerons donc l'existence d'un « devoir » précontractuel d'information.

¹¹²⁹ V. not. P. JOURDAIN, « Le devoir de « se » renseigner (Contribution à l'étude du devoir de renseignement) », *D.* 1983. 139, selon lequel un devoir d'information ne peut exister que lorsqu'est caractérisée, entre les parties, une inégalité d'accès à l'information. V. ég. M. FABRE-MAGNAN, *ibid*, p. 126, pour laquelle « [l'obligation d'information] est due, dès l'origine, à la constatation d'une inégalité d'information ou, plus précisément, d'une inégalité d'accès à l'information entre les contractants. Par conséquent, lorsque les deux parties au contrat disposent du même accès à une information, l'ignorance de l'une d'entre elle doit être considérée comme illégitime ».

à communiquer l'ensemble des informations dont il a connaissance ; seules certaines d'entre elles, les plus importantes en vue de la conclusion du contrat, doivent être transmises (B).

A. LE MOMENT DE L'INFORMATION

282. Le plan du Code civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016 – à l'instar de celui du projet d'ordonnance avant elle – indique clairement que le devoir d'information de l'article 1112-1 du Code civil est cantonné à la seule période précontractuelle¹¹³⁰. La formule revêt néanmoins plusieurs réalités distinctes ; si elle renvoie forcément à une phase « antérieure à l'établissement d'un contrat »¹¹³¹, l'existence d'une « période précontractuelle » n'est pas impérativement conditionnée par l'absence totale de lien contractuel entre deux parties. Il se peut parfaitement, en effet, que deux contractants entendent en négocier un second contrat¹¹³² ; dans cette hypothèse, eu égard au premier, les parties se trouvent dans une phase d'exécution, tandis que vis-à-vis du second, elles n'en sont qu'à la période précontractuelle, dont l'existence n'est d'ailleurs pas soumise à la réalité de négociations¹¹³³. Partant de ce constat, l'influence que le devoir précontractuel d'information est susceptible de produire en droit du travail ne se limite pas à la situation dans laquelle les parties n'entretiennent encore aucun lien contractuel.

283. Ainsi, l'information « déterminante pour le consentement de l'autre [partie] »¹¹³⁴ doit impérativement être communiquée avant la conclusion du contrat projeté, que la phase précontractuelle ait été – ou non – le théâtre de négociations. L'objectif poursuivi par le législateur, avec l'insertion dans le Code civil du devoir précontractuel d'information, était clairement – bien qu'implicitement – énoncé par le projet d'ordonnance. En effet, le paragraphe

¹¹³⁰ L'article 1129 du projet d'ordonnance est inséré dans un chapitre 2 qui porte sur la formation du contrat, tandis que le nouvel article 1112-1 du Code civil se trouve, lui, dans une sous-section 1 intitulée « les négociations ».

¹¹³¹ L'Académie Française définit le terme « pré » comme un « élément de composition qui [...] marque l'antériorité temporelle ou spatiale [...] » : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9P3857>. Ainsi, la période précontractuelle est celle qui se situe en amont de la conclusion d'un contrat.

¹¹³² Il est possible de donner un exemple commun : un employeur négocie avec l'un de ses salariés la conclusion d'un avenant à son contrat de travail.

¹¹³³ V. not. M. FABRE-MAGNAN, « Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », préc., qui rappelle que « même dans les contrats non négociés, les parties ne pourront taire les informations de nature à influencer sur le consentement de leur partenaire ». Et pour cause, s'il était autorisé de cacher des informations déterminantes pour le consentement de son cocontractant lorsque la conclusion du contrat se passe de toute négociation, les vices d'erreur et du dol deviendraient *de facto* admis dans l'ensemble des contrats d'adhésion, qui sont justement définis par le nouvel article 1110 du Code civil comme ceux « qui comportent un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties ». Pour de plus amples développements sur la notion de contrat d'adhésion et son influence en droit du travail, V. *infra*, n° 391 et s.

¹¹³⁴ Article 1129 du projet d'ordonnance. V. *infra*, n° 286 et s.

relatif au devoir précontractuel d'information, intégré dans une sous-section dédiée au consentement, précédait celui consacré aux vices du consentement. L'ambition du texte était donc de « prévenir de tels vices »¹¹³⁵, et plus particulièrement la réticence dolosive, en permettant à celui qui ignorait l'information d'exprimer un consentement éclairé¹¹³⁶, condition *sine qua non* de la validité des contrats¹¹³⁷. Si le placement de l'article 1112-1 dans le nouveau plan du Code civil souligne la déconnexion du devoir précontractuel d'information et des vices du consentement¹¹³⁸, l'objectif initial n'a pas été abandonné : assurer la clarté et la liberté du consentement du contractant placé en situation d'ignorance. Ainsi, comme sa place dans le Code civil en témoigne¹¹³⁹, le devoir d'information est cantonné à la seule période précontractuelle, quand bien même, nous l'avons mentionné avec l'exemple de l'article L. 1221-1 du Code du travail, la place d'une disposition dans le plan d'un code ne détermine pas forcément avec fermeté son champ d'application¹¹⁴⁰.

284. La question de l'extension du devoir d'information à la communication d'information(s) au cours de l'exécution du contrat doit donc être posée. Au cours de l'exécution d'un contrat, la loi ou la jurisprudence imposent ponctuellement à l'une des parties de communiquer certaines informations à son cocontractant. Par exemple, en droit du travail, l'employeur se trouve dans l'obligation d'informer ses salariés de l'installation d'une vidéosurveillance dans les locaux de l'entreprise, sans quoi les preuves rapportées par ce biais ne pourront être recevables¹¹⁴¹, sauf

¹¹³⁵ M. FABRE MAGNAN, « Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », préc.

¹¹³⁶ V. not. R. BOFFA, « La validité du contrat », *Gaz. Pal.* 30 avr. 2015, p. 18 ; F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations*, préc., p. 368 ; G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, préc., p. 161 et s.

¹¹³⁷ V. not. R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, Paris, Dalloz, 15^e éd., 2022, p. 66 et s. ; F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *ibid*, p. 37 : « si le consentement n'est pas libre et éclairé, s'il est entaché d'un vice – erreur, dol, violence –, le contrat est nul, ce qui est un hommage rendu à la volonté ». Le devoir précontractuel d'information de l'article 1112-1 du Code civil entre donc au sein de la catégorie des « obligations ayant une incidence sur le consentement d'un contractant », créée par le professeur M. FABRE-MAGNAN, en opposition aux « obligation ayant une incidence sur l'exécution d'un contrat », qui doivent, elles, être communiquées au cours de l'exécution d'un contrat : M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, préc., p. 219 et s., p. 332 et s.

¹¹³⁸ V. *infra*, n° 321 et s. Les vices du consentement se trouvent, quant à eux, dans une section 2, relative à « la validité du contrat ».

¹¹³⁹ Articles 1112 à 1187 du Code civil, consacrés à la « formation du contrat ».

¹¹⁴⁰ V. *supra*, n° 60, n° 119.

¹¹⁴¹ L'article L. 1222-4 du Code du travail énonce qu'« aucune information concernant personnellement un salarié ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à sa connaissance » et porte donc en son sein le devoir, pour l'employeur, d'informer ses salariés s'il entend collecter des informations à leur égard. V. not. Soc., 20 nov. 1991, n° 88-43.120 ; Soc., 2 févr. 2011, n° 10-14.263, *D.* 2012. 901, obs. P. LOKIEC, J. PORTA ; *JCP S* 2011. 1313, note B. BOSSU ; Soc., 7 nov. 2018, n° 16-26.126, *JCP S* 2018. 1390, note B. THELLIER.

exceptions¹¹⁴². Pour autant, les dispositions de l'article 1112-1 du Code civil peuvent-elles fonder la généralisation en droit privé interne d'un « devoir contractuel d'information » ? Une interprétation extensive de la place de l'article 1112-1 du Code civil dans ledit code le permettrait en effet. Cette solution pêcherait néanmoins en opportunité. Mme A.-L. Mazaud a en effet démontré dans son travail de thèse¹¹⁴³ que l'enrichissement d'un contrat par l'adjonction de nouvelles obligations passe historiquement, en droit commun des contrats, par le recours à l'ancien article 1135 du Code civil¹¹⁴⁴, qui constitue un « fondement préférable »¹¹⁴⁵ à d'autres, et notamment à celui de la bonne foi¹¹⁴⁶. On constate, au demeurant, que les arrêts qui portent la création d'une obligation d'information sont fréquemment rendus au visa de l'ancien article 1135 du Code civil¹¹⁴⁷. Or, le nouvel article 1194 du Code civil reprend – quasiment à l'identique – la formule de l'ancien article 1135 et rappelle que « les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi ». Aussi, en lieu et place d'étendre le champ d'un article cantonné à la seule période précontractuelle, il semble ainsi préférable de rattacher le devoir contractuel d'information à une disposition qui régit la période d'exécution du contrat. L'extension du champ d'application de l'article 1112-1 du Code civil doit donc être rejetée, au profit de l'application du nouvel article 1194, qui appartient au chapitre dédié aux « effets du contrat »¹¹⁴⁸.

285. Il doit donc y avoir lieu de limiter le champ d'application du devoir précontractuel d'information à la seule phase de formation d'un contrat. Ce cantonnement temporel est accompagné d'un second, qui tient, quant à lui, à la nature des informations à communiquer.

¹¹⁴² Les images collectées par une caméra de vidéosurveillance peuvent être valablement utilisées dans le cadre d'un procès pénal, même si les salariés n'ont pas été informés de l'installation du dispositif : Crim., 6 avr. 1994, n° 93-82.717, *Gaz. Pal.* 1994, p. 489, note J.-P. DOUCET ; *RSC* 1994. 776, note G. GIUDICELLI-DELAGE. De même, l'employeur peut se passer de toute information des salariés lorsque ladite caméra ne surveille que des lieux dont l'accès est interdit aux salariés : Soc., 19 avr. 2005, n° 02-46.295, *D.* 2005. 1248, obs. E. CHEVRIER ; *RTD civ.* 2005. 572, obs. J. HAUSER ; *JCP S* 2005. 1032, note J.-F. CESARO ; *JCP* 2005. I. 183, obs. Y.-M. SERINET ; *JCP E* 2005. 1394, obs. S. BEAL, A. DEVEAUX.

¹¹⁴³ A.-L. MAZAUD, *Contrat de travail et droit commun. Essai de mesure*, préc., p. 102 et s.

¹¹⁴⁴ *Ibid*, p. 96 et s. L'auteure donne l'exemple de Civ., 1^{re}, 19 févr. 1991, n° 89-19.999, *RTD com.* 1991.647, obs. B. BOULOC, relatif à la « découverte de l'obligation de sécurité ». La chambre sociale de la Cour de cassation a néanmoins fait émerger les obligations d'adaptation et de reclassement sur le fondement de la fonction complétive de la bonne foi : Soc., 25 févr. 1992, n° 89-41.634, préc. : *ibid*, p. 99 et s. V. ég. M. BUY, « L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail », in *Le juge et l'exécution du contrat*, PU Aix-Marseille, 1993, p. 57.

¹¹⁴⁵ *Ibid*, p. 102.

¹¹⁴⁶ V. not. Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, Thèse, Aix-Marseille 3, 1999, p. 85 ; Ph. JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Thèse, Paris 12, 2003, spé., n° 166 et s.

¹¹⁴⁷ Civ., 1^{re}, 8 nov. 2007, n° 08-14.421 ; Civ., 1^{re}, 19 avr. 2005, n° 03-12.052.

¹¹⁴⁸ Chapitre IV du titre III du livre III du Code civil, prévu par le projet d'ordonnance du 25 févr. 2015.

B. LA NATURE DE L'INFORMATION

286. À l'instar du projet de la Chancellerie et des deux avant-projets doctrinaux qui l'ont précédée, l'ordonnance du 10 février 2016 prévoit que le débiteur du devoir précontractuel d'information ne doit transmettre au créancier que des informations déterminantes pour son consentement¹¹⁴⁹. Cependant, avant même de s'intéresser à l'adjectif qui y est accolé, il est nécessaire de définir ce qu'est une « information ». Le terme peut en effet être à la fois perçu à travers des prismes objectif et subjectif. Selon le premier, l'information est vue comme « une donnée exacte ou supposée telle »¹¹⁵⁰. Partant, seul le renseignement certain – ou considéré par son titulaire comme l'étant – serait objet du devoir précontractuel d'information. Selon le second, doit être considérée comme une information l'ensemble des « données subjectives »¹¹⁵¹. Entreraient alors dans le champ de l'article 1112-1 du Code civil l'ensemble des opinions, intentions et suppositions, qui devraient obligatoirement être communiquées à celui qui les ignore légitimement. Pour l'heure, malgré un arrêt isolé de la chambre commerciale de la Cour de cassation¹¹⁵², le droit privé interne fait une appréciation objective de la notion d'information. Cette conception fait obstacle à l'extension incontrôlée de la notion, dont le versant subjectif s'apparente à une « exigence de transparence »¹¹⁵³.

287. Seul ce qui est – ou supposé être – exact doit être communiqué. Cependant, se limiter à ce constat contraindrait le débiteur du devoir précontractuel d'information à transmettre toutes les informations exactes dont il a connaissance, même si elles n'entretiennent aucun lien avec le contrat négocié. Aussi, fort opportunément, le Code civil limite l'étendue du devoir précontractuel d'information aux « informations déterminantes pour le consentement de l'autre [partie] ». L'adjectif était déjà employé par l'ensemble des trois (avant)-projets susmentionnés. Il l'est également dans d'autres dispositions du nouveau droit des contrats et notamment à l'article 1130 du Code civil, qui dispose que « l'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas

¹¹⁴⁹ Article 1129 du projet d'ordonnance. V. déjà Civ., 1^{re}, 4 oct. 1977, n° 75-10.473.

¹¹⁵⁰ H. BARBIER, « Que doit-on entendre par « l'information » lors de l'application du devoir général d'information et de la sanction du dol par dissimulation intentionnelle ? », *RTD civ.* 2016. 843. V. ég. M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, préc., p. 135 et s.

¹¹⁵¹ *Ibid.*

¹¹⁵² Com., 12 févr. 2013, n° 11-22.641, *D.* 2014. 630, obs. S. AMRANI-MEKKI, M. MEKKI ; *RTD civ.* 2013. 368, obs. B. FAGES ; *Rev. sociétés* 2013. 547, note T. MASSART ; *JCP E* 2013. 1356, note B. DONDERO ; *Bull. Joly* 2013, p. 462, note D. PORACCHIA.

¹¹⁵³ H. BARBIER, *op. cit.*

contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes. Leur caractère déterminant s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné ». Cet article nous apprend que le caractère « déterminant » d'un vice du consentement doit être apprécié *in concreto* ; le juge doit tenir compte de plusieurs facteurs, parmi lesquels la personne de la victime et les circonstances dans lesquelles celle-ci a donné son consentement vicié. L'on peut alors se demander s'il est envisageable d'étendre ce raisonnement au devoir précontractuel d'information. Dans ce cas, ne serait déterminante que l'information qui, si elle avait été connue du créancier, l'aurait poussé à ne pas contracter ou à contracter à des conditions substantiellement différentes. Ce serait là faire une conception stricte – et peu convaincante – de la notion. En effet, si le terme « déterminante » devait être entendu conformément à l'article 1130 susmentionné, l'inexécution du devoir précontractuel d'information devrait être sanctionnée conformément au droit des vices du consentement, par la nullité relative de l'acte¹¹⁵⁴. En effet, perçue de la sorte, la notion laisse supposer que « le manquement [au devoir d'information] n'est pas sanctionné s'il est établi que le cocontractant aurait tout de même conclu le contrat s'il avait été informé »¹¹⁵⁵. Pourtant, en son dernier alinéa, l'article 1112-1 du Code civil énonce que « outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants ». Cet alinéa réfute doublement la conception stricte du caractère « déterminant » de l'information. Il énonce, premièrement, le fait que la sanction première de l'inexécution du devoir précontractuel d'information est l'engagement de la responsabilité délictuelle du débiteur, ce qui signifie que, de prime abord, ledit devoir est exclu du carcan des vices du consentement¹¹⁵⁶. Deuxièmement, en énonçant que l'inexécution du devoir d'information « peut » provoquer un tel vice, la seconde partie de la phrase affirme – par un raisonnement *a contrario* – que la caractérisation de celui-ci n'est ni automatique, ni présumée. Aussi, pour prétendre à l'annulation du contrat, la victime doit apporter deux preuves différentes : le caractère déterminant de l'information et le fait que, si elle l'avait connue, elle n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes. Par conséquent, l'analyse de l'article 1112-1 du Code civil interdit d'apprécier le caractère « déterminant » de l'information à la lumière de l'article 1130 dudit Code.

¹¹⁵⁴ V. not. M. FABRE-MAGNAN, « Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », préc.

¹¹⁵⁵ M. MEKKI, « Pour une ratification minimaliste de l'ordonnance du 10 février 2016 », préc.

¹¹⁵⁶ Pour de plus amples développements sur les sanctions prévues par l'article 1129 du projet d'ordonnance, V. *infra*, n° 321 et s.

Partant de ce constat, le professeur M. Fabre-Magnan estime que le devoir précontractuel d'information ne se limite en réalité pas uniquement l'information « déterminante pour le consentement de l'autre partie », mais concerne l'ensemble des « informations pertinentes », eu égard au contrat en cours de négociation¹¹⁵⁷. Selon l'auteure, la « pertinence » d'une information résulte du lien qu'elle entretient avec le contenu du contrat ou la qualité des parties¹¹⁵⁸ et de l'utilité qu'elle présente pour le cocontractant¹¹⁵⁹, si tant est que sa révélation¹¹⁶⁰ ou que son utilisation¹¹⁶¹ ne soient pas prohibées. L'avant-projet de réforme dirigé par P. Catala dispose, quant à lui, que « seront considérées comme pertinentes les informations qui présentent un lien direct et nécessaire avec l'objet ou la cause du contrat »¹¹⁶². Le nouveau langage du Code civil, consacré par l'ordonnance du 10 février 2016, doit emporter la modification de la formule, bien que celle-ci ne soit que de pure forme ; le lien direct et nécessaire dont il est question n'est aujourd'hui plus à caractériser vis-à-vis de l'objet ou de la cause du contrat, mais envers le « contenu du contrat ».

288. En octroyant à l'« information déterminante » ce sens étendu, le champ du devoir précontractuel d'information s'élargit considérablement ; il ne concerne plus seulement l'information qui, si elle avait été connue du créancier, l'aurait empêché de contracter ou l'aurait fait contracter à des conditions bien différentes, mais bel et bien toutes celles qui l'aurait conduit à amender le contrat, même de manière non substantielle¹¹⁶³. Cette interprétation de la notion

¹¹⁵⁷ M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, préc., p. 132. C'est également en ce sens que disposait l'article 1110 de l'avant-projet dit « CATALA ».

¹¹⁵⁸ *Ibid.* L'auteure parvient en effet à la conclusion selon laquelle « la portée de l'obligation d'information pesant sur un contractant doit donc s'apprécier à la lumière du contenu concret du contrat [...]. En définitive, une information n'est pertinente que si elle se rapporte à l'objet des obligations nées du contrat » (*Ibid.*, p. 137). On constate que l'article 1112-1 du Code civil, issu de l'ordonnance du 10 févr. 2016, énonce clairement en son alinéa 3 qu'« ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties ». V. ég. O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, préc., p. 104 et s.

¹¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 139 et s. Pour que l'information puisse être considérée comme étant « pertinente », elle doit intéresser le destinataire du devoir précontractuel d'information. À défaut, même si elle porte sur le contenu du contrat ou la qualité des parties, elle n'a pas à être communiquée. Le professeur M. FABRE-MAGNAN estime que l'utilité d'une information doit être appréciée de manière abstraite par le juge : *ibid.*, p. 142.

¹¹⁶⁰ Le titulaire de l'information peut avoir le devoir de ne pas la divulguer. C'est l'hypothèse du secret professionnel, qui concerne notamment les médecins, en vertu de l'article R. 4127-4 du Code de la santé publique. M. FABRE-MAGNAN, *ibid.*, p. 149 et s. dresse une liste non exhaustive des « secrets » auxquels certains professionnels peuvent être tenus et qui viennent limiter la portée d'un devoir d'information.

¹¹⁶¹ *Ibid.*, p. 143 et s. L'article L. 1132-1 du Code du travail en donne une illustration topique, en interdisant à l'employeur de fonder, notamment, sa décision de recruter (ou ne pas recruter) ou de sanctionner une personne sur le fondement de certaines informations, au risque de se rendre coupable de discrimination.

¹¹⁶² Article 1110, alinéa 4, de l'avant-projet dit « CATALA ».

¹¹⁶³ O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*

est d'ailleurs consacrée par la réforme du droit des contrats, en des termes légèrement différents, puisqu'il est expressément énoncé qu' « ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties ». Partant, à l'instar de la « condition déterminante » dont l'article 1130 du Code civil fait mention, l' « information déterminante » doit être appréciée subjectivement, de manière propre à chaque créancier.

289. Cette subjectivité empêche de déterminer avec exactitude l'étendue du champ du devoir précontractuel d'information. La tâche demeure toutefois plus aisée à l'aune de l'article 1112-1 du Code civil qu'elle ne l'était à celui de l'article 1129 du projet d'ordonnance. En effet, très probablement involontairement, ledit projet prenait le parti de briser un pan de la jurisprudence civile antérieure, en vertu de laquelle le débiteur du devoir précontractuel d'information n'a pas à communiquer « son estimation de la valeur de la prestation » au créancier¹¹⁶⁴. Conformément à la jurisprudence constante, cette valeur était soustraite du champ du devoir précontractuel d'information ; le titulaire de l'information n'avait donc pas à avertir son cocontractant de l'estimation qu'il faisait du prix de la chose ou de la prestation. Néanmoins, le silence de l'article 1129 du projet d'ordonnance, additionné à la formule de l'article 1139 de celui-ci¹¹⁶⁵, a fait dire à certains auteurs¹¹⁶⁶ que cette solution était abandonnée et que, par conséquent, l'appréciation faite par le débiteur de la valeur du bien ou de la prestation devait être intégrée dans le champ du devoir d'information.

¹¹⁶⁴ Selon la formule désormais retenue par l'article 1112-1, alinéa 2, du Code civil. V. not. Civ., 1^{re}, 3 mai 2000, n° 98-11.381, *D.* 2002. 928, obs. O. TOURNAFOND ; *RTD civ.* 2000. 566, obs. J. MESTRE, B. FAGES ; *JCP* 2000. I. 272, obs. G. LOISEAU ; *JCP* 2001. II. 1050, note Ch. JAMIN ; *CCC* 2000. 140, note L. LEVENEUR ; *Defrénois* 2000. 1110, obs. D. MAZEAUD ; *Defrénois* 2000. 1114, obs. Ph. DELEBECQUE ; Civ., 3^e, 17 janv. 2007, n° 06-10.442, *D.* 2007. 1051, note D. MAZEAUD ; *D.* 2007, p. 1054, note Ph. STOFFEL-MUNCK ; *D.* 2007. 2966, obs. S. AMRANI-MEKKI, B. FAUVARQUE-COSSON ; *RTD civ.* 2007. 335, obs. J. MESTRE, B. FAGES ; *AJDI* 2007. 416, obs. S. BIGOT DE LA TOUANNE ; *JCP* 2007. II. 10042, note Ch. JAMIN ; *CCC* 2007. 117, obs. L. LEVENEUR ; *RDC* 2007, p. 703, obs. Y.-M. LAITHIER ; *RDC* 2007, p. 798, obs. F. COLLART-DUTILLEUIL ; *Defrénois* 2007. 443, obs. E. SAVAUX ; *Dr. et patr.* 2007. 83, obs. L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, qui confirment la jurisprudence dite « Baldus », en énonçant que « l'acquéreur, même professionnel, n'est pas tenu d'une obligation d'information au profit du vendeur sur la valeur du bien acquis ». Pour de plus amples développements, V. *infra*, n° 570 et s.

¹¹⁶⁵ Selon lequel « l'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable [...] ». Aussi, une réticence dolosive pouvait être caractérisée en cas de silence gardé sur la valeur du prix à la prestation. V. not. N. DISSAUX, « La réforme du droit des contrats : de l'ordonnance du 10 février 2016 à la loi de ratification du 20 avril 2018 », préc. ; M. MEKKI, « Pour une ratification minimaliste de l'ordonnance du 10 février 2016 », préc. ; O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, préc., p. 236.

¹¹⁶⁶ V. not. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, préc., p. 280 ; O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *ibid*, p. 236.

La maladresse du projet d'ordonnance a été corrigée par le Gouvernement à l'heure de la rédaction de l'ordonnance du 10 février 2016 ; afin « de ne pas susciter une insécurité juridique et de répondre aux inquiétudes des entreprises »¹¹⁶⁷, l'article 1112-1, alinéa 2, du Code civil énonce « ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation ». Brisée par le projet d'ordonnance, la jurisprudence dite « Baldus » a donc été ressuscitée et le champ du devoir précontractuel d'information ne comprend donc pas l'ensemble des informations qui ont trait à la valeur d'un bien ou d'une prestation¹¹⁶⁸.

290. Le fait que ce champ soit cantonné aux seules informations qui entretiennent un lien direct et nécessaire avec le contrat négocié appelle une remarque et un questionnement. La remarque, d'abord : celui qui, par excès de zèle ou par abus, transmet une énorme quantité d'information à son cocontractant encourt la condamnation¹¹⁶⁹. La Cour de cassation a en effet estimé que la communication d'informations inutiles traduit l'intention du débiteur de « détourner l'attention de son cocontractant sur des informations importantes »¹¹⁷⁰. La communication de l'information sur le fondement de l'article 1112-1 du Code civil doit donc se limiter aux seules informations pertinentes, au risque pour celui qui la transmet d'être sanctionné.

291. La question, ensuite : dans le cadre de la conclusion d'un contrat de travail, quelles sont les informations qui peuvent être perçues comme étant « déterminantes » du consentement des parties ? Il serait possible, dans un premier temps, de raisonner par analogie avec le « socle contractuel du contrat de travail »¹¹⁷¹, qui est composé de l'ensemble des éléments dont la modification nécessite l'accord exprès du salarié, sauf exception¹¹⁷². Dans cette hypothèse, les informations déterminantes pour le consentement du futur salarié seraient celles qui concernent

¹¹⁶⁷ Selon la formule du rapport remis au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131, préc.

¹¹⁶⁸ V. not. N. DISSAUX, « La réforme du droit des contrats : de l'ordonnance du 10 février 2016 à la loi de ratification du 20 avril 2018 », préc.

¹¹⁶⁹ Civ., 3^e, 26 juin 1991, n° 89-21.325, *Defrénois* 1991. 1094, obs. G. VERMELLE ; *RDI* 1992. 131, obs. J. FOYER, J. HUDAULT.

¹¹⁷⁰ *Ibid.*

¹¹⁷¹ Expression de Ph. WAQUET, « Le renouveau du contrat de travail », préc.

¹¹⁷² En cas de modification du contrat de travail pour cause économique, le contrat de travail peut se trouver modifié alors même que le salarié n'a pas donné son accord exprès. En effet, l'article L. 1222-6 du Code du travail prévoit que le salarié dispose d'un délai d'un mois à compter de la réception de la demande de modification, formulée par l'employeur, pour faire connaître son refus. S'il s'abstient de répondre, il est réputé avoir accepté la modification proposée.

sa rémunération¹¹⁷³, sa durée de travail¹¹⁷⁴, sa qualification¹¹⁷⁵ et son lieu de travail¹¹⁷⁶. Néanmoins, au sein même du droit du travail, la notion d'« éléments essentiels du contrat de travail » est susceptible de recouvrir deux réalités distinctes. Celle présentée ci-dessus concerne le droit de la modification du contrat de travail et, par conséquent, la phase d'exécution dudit contrat. En amont de la conclusion du contrat – période qui nous intéresse ici –, la notion fait écho à la nouvelle législation relative à l'offre et à la promesse d'embauche¹¹⁷⁷. En effet, les articles 1114 et 1124 du Code civil, tous deux issus de la réforme, conditionnent la qualification d'offre et de promesse unilatérale au fait, notamment, que l'acte détermine « les éléments essentiels » du contrat envisagé¹¹⁷⁸. Il conviendrait alors de parvenir à déterminer quels sont les éléments essentiels à la conclusion d'un contrat de travail. Or, à cet égard, la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation s'est révélée particulièrement mouvante et il semblerait que les quatre éléments susmentionnés¹¹⁷⁹ ne soient pas tous « essentiels » à l'heure de conclure le contrat de travail. En effet, un arrêt non publié daté de 2004 énonce que la rémunération et la durée du travail ne sauraient être incluses dans le champ des éléments essentiels¹¹⁸⁰, tandis qu'il a été décidé, à l'inverse, que la lettre qui ne mentionnait ni l'emploi occupé, ni la rémunération, ni la date d'embauche, ni le temps de travail, ne comportait pas les

¹¹⁷³ V. not. Soc., 28 janv. 1998, n° 95-40.275, *Dr. soc.* 1998. 523, note G. COUTURIER ; *Dr. soc.* 1999. 566, étude Ph. WAQUET ; Soc., 3 mars 1998, n° 95-43.274 ; Soc., 19 mai 1998, n° 96-41.573 ; Soc., 30 mai 2000, n° 98-44.016, *D.* 2001. 738, obs. P. LOKIEC. V. ég. E. DOCKÈS, « Consécration de la nature contractuelle du salaire », *RJS* 3/98. 168.

¹¹⁷⁴ En ce qui concerne l'augmentation de la durée du travail, V. not. Soc., 20 oct. 1998, n° 96-40.614, *Dr. soc.* 1998. 1045, obs. Ph. WAQUET ; *D.* 1999. 173, obs. I. DESBARATS. Au sujet de la réduction de la durée du travail, V. not. Soc., 19 nov. 1997, n° 95-45.139 ; Soc., 2 avr. 2003, n° 01-40.361 ; Soc., 24 mars 2004, n° 02-45.130. La réalisation d'heures supplémentaires, ou la suppression de l'exécution d'heures supplémentaires n'entrent pas dans le champ du socle contractuel et ne nécessitent donc pas, sauf exception (pour la mauvaise foi de l'employeur, V. not. Soc., 19 juin 2008, n° 07-40.876), l'accord du salarié : V. not. Soc., 9 mars 1999, n° 96-43.718, *Dr. soc.* 1999. 630, obs. P.-H. ANTONMATTEI ; Soc., 10 oct. 2012, n° 11-10.455, *JCP S* 2012. 1494, note M. MORAND ; Soc., 14 mai 2014, n° 13-14.176.

¹¹⁷⁵ V. not. Soc., 16 juin 1998, n° 95-45.033, préc. ; Soc., 1^{er} oct. 2003, n° 01-43.724. V. ég. Ch. RADÉ, « Contrat de travail. Modification. Qualification accordée dès l'origine des relations contractuelles. Nécessité d'un accord des parties », *Dr. soc.* 2001. 762.

¹¹⁷⁶ Une nuance est à apporter : au sein du même « bassin d'emploi », l'employeur peut unilatéralement modifier le lieu de travail d'un salarié : Soc., 4 mai 1999, n° 97-40.576, *D.* 2000. 85, obs. S. FROSSARD ; *RTD civ.* 2000. 85, obs. J. HAUSER ; Soc., 12 déc. 2012, n° 11-23.762 ; Soc., 23 mai 2013, n° 12-15.461 ; Soc., 20 févr. 2019, n° 17-24.094 ; Soc., 4 mars 2020, n° 18-24.473. L'identité de bassin d'emploi est appréciée *in concreto* par le juge : V. not. Soc., 12 juin 2014, n° 13-15.139. Par contre, lorsque le nouveau lieu de travail se situe au sein d'un autre bassin d'emploi, la modification doit être approuvée par le salarié : V. not. Soc., 26 janv. 2011, n° 09-40.286. V. ég. Y. PAGNERRE, « Le secteur géographique : la fin d'un mystère ? », *RDT* 2017. 181 ; J.-P. TRICOIT, « La modification du lieu de travail par l'employeur », *JT* 2022.26.

¹¹⁷⁷ Articles 1114 et 1124 du projet d'ordonnance. V. *supra*, n° 64 et s.

¹¹⁷⁸ Ce qui complexifie évidemment la distinction entre les deux notions. V. *supra*, n° 60 et s.

¹¹⁷⁹ À savoir la rémunération, la durée du travail, la qualification et le lieu de travail.

¹¹⁸⁰ Soc., 10 mars 2004, n° 01-45.518, *Cah. soc.* 2004, p. 258, obs. F.-J. PANSIER, solution confirmée par la suite, en ce qui concerne la rémunération, par Soc., 16 févr. 2011, n° 09-67.607.

éléments essentiels du contrat¹¹⁸¹. Enfin, dernièrement et en aval de la réforme, la chambre sociale a retenu une conception très restrictive des « éléments essentiels à la formation du contrat de travail », en n'y faisant figurer que l'emploi proposé, la rémunération et la date d'entrée en fonction¹¹⁸². Au sein des relations individuelles du travail, le champ du devoir précontractuel d'information se révélerait donc être particulièrement étriqué, notamment lorsqu'on le compare à l'article 2 de la directive du Conseil du 14 octobre 1991, pour lequel les éléments essentiels du contrat de travail sont au nombre de dix¹¹⁸³. Aussi, raisonner par analogie avec la jurisprudence sociale confère au devoir précontractuel d'information un domaine trop limité.

Dans un second temps, à défaut d'interprétation par analogie fondée sur le droit spécial travailliste, on en reviendrait à faire une application stricte de la règle générale civiliste, et le débiteur du devoir d'information se trouve alors dans l'obligation de communiquer à son créancier l'ensemble des informations qui entretiennent un lien direct et nécessaire avec l'objet du contrat ou la qualité des parties¹¹⁸⁴. Le devoir serait alors doté d'un champ plus étendu et, par-là, contribuerait à faire respecter l'obligation posée par l'article 2 de la directive européenne précitée¹¹⁸⁵. Aussi, en l'absence de disposition spéciale avec laquelle il entre en conflit, il convient de faire, en droit du travail, une application conforme du devoir précontractuel d'information tel qu'entendu par le Code civil.

292. La même question doit être posée à l'égard des conventions collectives. Vis-à-vis d'elles, il n'est pourtant pas possible d'affirmer le caractère « déterminant » d'une information. En effet, ledit caractère va naturellement varier en fonction de la nature de l'accord négocié. Un auteur estime, par exemple, que dans le cadre de la conclusion d'un accord instaurant une convention de forfait en jours, l'employeur doit indiquer à son cocontractant « que le temps de travail n'est plus calculé en heures mais en jours ; ensuite, que le temps de travail n'est plus calculé sur la semaine mais sur l'année ; enfin, il doit les informer sur le nombre exact de jours travaillés et sur les conséquences, notamment en terme de rémunération, de ces nouvelles modalités de décompte du temps de travail qui ont incontestablement un « lien direct et

¹¹⁸¹ Soc., 12 juill. 2006, n° 04-47.938.

¹¹⁸² Soc., 21 sept. 2017, n° 16-20.103, préc.

¹¹⁸³ V. *infra*, n° 347.

¹¹⁸⁴ M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, préc., p. 132.

¹¹⁸⁵ V. *infra*, n° 347 et s.

nécessaire avec le contenu du contrat »¹¹⁸⁶. L'on comprend ainsi que ces éléments, déterminants en l'espèce, ne le sont plus forcément lorsque la négociation porte sur un accord de performance collective conclu dans l'objectif de faciliter la mobilité géographique des salariés. Le caractère « déterminant » des informations à communiquer dans le cadre de la négociation collective est donc propre à chaque accord ou convention et il serait aussi faste qu'inutile d'en dresser une liste exhaustive ici.

293. En vertu de l'article 1112-1 du Code civil, le devoir précontractuel d'information comporte ainsi l'obligation, pour son débiteur, de se renseigner afin d'informer au mieux son futur cocontractant sur les informations déterminantes¹¹⁸⁷ ayant trait au contrat. Le créancier, quant à lui, ne peut cependant se contenter d'attendre d'être informé ; il doit se montrer actif dans la quête d'information(s), sans quoi il ne saurait reprocher à son cocontractant de s'être abstenu.

§2. LE DESTINATAIRE DE L'INFORMATION

294. Implicitement, le devoir précontractuel d'information prévoit que la totale passivité du créancier du devoir d'information doit être sanctionnée. En effet, le débiteur n'est tenu de communiquer l'information déterminante que lorsque l'ignorance de son futur cocontractant est légitime **(A)** ou si, légitimement à nouveau, celui qui ignore l'information fait confiance à celui qui en a connaissance **(B)**.

A. L'IGNORANCE LÉGITIME DE L'INFORMATION

295. Le devoir auquel la partie qui connaît l'information est soumise ne revêt aucune automaticité. Il se trouve en effet conditionné par un élément extérieur au débiteur lui-même, à

¹¹⁸⁶ B.-M. HAMADA, « L'application de l'article 1112-1 du Code civil au processus de conclusion de l'accord référendaire », *LPA* 2021, n° 219, p. 7. Nous rejoignons l'analyse de l'auteur en ce qui concerne les trois premières informations. L'on peut toutefois se demander si l'employeur est effectivement tenu de communiquer aux salariés les conséquences que la conclusion d'une convention de forfait en jours entraînera sur leur rémunération ; s'il semble naturel qu'il le fasse, en est-il contraint par l'article 1112-1 du Code civil ? Il nous semble, en effet, que cette information ne porte plus sur l'objet de l'accord, mais bel et bien sur ses effets. Dès lors, elle devrait être exclue du champ des informations à transmettre.

¹¹⁸⁷ Formule qu'il convient donc de tenir pour synonyme de celle d' « information pertinente ».

savoir le caractère de l'ignorance du créancier, qui se doit d'être légitime¹¹⁸⁸. *A contrario*, si cette ignorance se révèle illégitime, le débiteur se trouve déchargé de tout devoir et n'a plus, par conséquent, à informer l'autre partie¹¹⁸⁹.

296. L'idée d'ignorance légitime de l'information n'a guère fait l'objet de précision au sein de l'article 1112-1 du Code civil, mais les travaux de la Cour de cassation offrent certains éclaircissements. Au début du siècle, la première chambre civile a effectivement posé comme principe le fait que « l'existence d'une obligation de renseignement ne dispense pas le créancier de toute obligation de diligence »¹¹⁹⁰. Le créancier doit donc, activement et réellement, chercher à prendre connaissance des informations susceptibles d'être déterminantes pour son propre consentement¹¹⁹¹. Ce n'est que si ses recherches se révèlent infructueuses que le devoir précontractuel d'information devient obligatoire¹¹⁹². Il n'est donc pas nécessaire d'informer celui qui aurait dû savoir¹¹⁹³. L'infructuosité dont il est question est appréciée par le juge en cas de litige¹¹⁹⁴ ; il a par exemple été décidé que si l'information ignorée était « à la connaissance de tous », l'ignorance ne pouvait être légitime et l'absence d'information ne devait donc pas être sanctionnée¹¹⁹⁵. Le devoir précontractuel d'information est donc conditionné par le comportement du créancier et seul « celui qui était en droit de ne pas savoir »¹¹⁹⁶ doit être renseigné. Cette nécessaire légitimité de l'ignorance emprunte à la fois à « la loyauté qui devrait présider à la formation des rapports contractuels »¹¹⁹⁷ et à « la prudence, voire la méfiance, qui doit être de mise, ce qui traduit l'évolution du droit commun des contrats depuis la promulgation

¹¹⁸⁸ Pour rappel, l'article 1129 du projet d'ordonnance énonce que « celui des contractants qui connaît ou devrait connaître l'information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, ce dernier ignore cette information [...] ».

¹¹⁸⁹ Sauf hypothèse spécifique de la caractérisation d'une réticence dolosive.

¹¹⁹⁰ Ph. LE TOURNEAU, M. POUMAREDE, « La bonne foi dans la formation du contrat », *Rep. civ.*, Dalloz, 2017, spé., n° 62, au sujet de Civ., 1^{re}, 25 mars 2003, n° 99-15.198.

¹¹⁹¹ V. not. Civ., 1^{re}, 30 nov. 2004, n° 01-14.314, *RTD civ.* 2005. 381, obs. J. MESTRE, B. FAGES. V. ég. Ph. LE TOURNEAU, « De l'allègement de l'obligation de renseignement ou de conseil », *D.* 1987. 101.

¹¹⁹² V. not. Civ., 1^{re}, 7 juin 1995, n° 93-13.187, *D.* 1996. 12, obs. G. PAISANT ; *RTD com.* 1996. 104, obs. B. BOULOC ; Civ., 1^{re}, 20 juin 1995, n° 93-15.948, *RTD civ.* 1996. 177, obs. P. JOURDAIN ; *RTD civ.* 1996. 384, obs. J. MESTRE ; *JCP E* 1996. I. 523, obs. D. MAINGUY ; *RDI* 1996. 70, obs. Ph. MALINVAUD, B. BOUBLI ; *Com.*, 28 mai 2002, n° 99-19.806, *CCC* 2002. 138, note L. LEVENEUR.

¹¹⁹³ V. not. Civ., 3^e, 14 mai 2013, n° 12-22.459.

¹¹⁹⁴ V. not. J. GHESTIN, Y.-M. SERINET, G. LOISEAU, *La formation du contrat*, Paris, LGDJ, 4^e éd., 2013, spé., n° 1341 et s.

¹¹⁹⁵ Civ., 3^e, 6 mars 2002, n° 99-20.637, *RDI* 2002. 211, obs. B. BOUBLI ; *RGDA* 2002. 387, obs. L. MAYAUX.

¹¹⁹⁶ Selon la formule d'O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, préc., p. 106.

¹¹⁹⁷ F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations*, préc., p. 369.

du Code civil »¹¹⁹⁸. Elle contribue, également, à expliquer pourquoi la notion d'information doit être entendue de manière objective ; puisque le créancier ne peut pas avoir connaissance des opinions, intentions ou suppositions de son débiteur, son ignorance ne pourrait être que légitime. L'existence du devoir précontractuel d'information serait alors automatique, contrairement à la lettre de l'article 1112-1 du Code civil, et la charge qui pèse sur le débiteur serait particulièrement lourde.

297. À l'instar du caractère « pertinent » de l'information¹¹⁹⁹, la légitimité de l'ignorance du créancier du devoir précontractuel d'information ne peut faire l'objet que d'une appréciation *in concreto*. Pour ce faire, le juge peut s'aider d'un faisceau d'indices, notamment composé de l'accessibilité de l'information¹²⁰⁰, mais aussi de la qualité ou des connaissances des parties¹²⁰¹. La Cour de cassation a ainsi estimé que celui qui ignore une information publiée dans la presse¹²⁰² ou un journal d'annonces légales¹²⁰³, ce qui traduit son caractère aisément accessible, n'a pas réalisé des recherches suffisamment diligentes et ne peut donc reprocher à son cocontractant de ne pas l'avoir informé. Par contre, ont été considérées comme étant inaccessibles les informations relatives à la révision des règles d'urbanisme par une commune¹²⁰⁴ ou ayant trait à la qualité d'un sous-sol d'un immeuble mis en vente¹²⁰⁵. Le devoir

¹¹⁹⁸ H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*, préc., p. 199, font mention de l'adage « *emptor debet esse curiosus* », selon lequel « l'acheteur se doit d'être curieux ». De même, dans son discours préliminaire du premier projet de Code civil, J.-E.-M. PORTALIS énonçait expressément qu'un « homme qui traite avec un autre homme, doit être attentif et sage ; il doit veiller à son intérêt, prendre les informations convenables, et ne pas négliger ce qui est utile ». Pour une reproduction dudit discours : https://mafr.fr/IMG/pdf/discours_1er_code_civil.pdf, p. 61.

¹¹⁹⁹ V. *supra*, n° 287.

¹²⁰⁰ V. not. l'article 4 :107 (b) et (c) des Principes du droit européen des contrats, qui impose au juge de rechercher « ce qu'il aurait coûté [au créancier] pour se procurer l'information » et si « l'autre partie aurait pu raisonnablement se procurer l'information pour son compte »

¹²⁰¹ *Ibid.* V. ég. l'article 4 :107 (a) des Principes du droit européen des contrats, qui fait des « connaissances techniques spéciales » un indice pour déterminer si l'ignorance du créancier était – ou non – légitime.

¹²⁰² Civ., 1^{re}, 30 sept. 2015, n° 14-11.761, *D.* 2016. 566, obs. M. MEKKI ; *D.* 2016. 620, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *RDI* 2015. 590, obs. Ph. MALINVAUD ; *Gaz. Pal.* 3 déc. 2015, p. 3776, obs. C. ALBIGES ; *Gaz. Pal.* 5 janv. 2016, p. 34 obs. D. HOUTCIEFF.

¹²⁰³ Pour l'exemple de la publication de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire, V. not. Com., 24 sept. 2003, n° 00-21.863, *RTD civ.* 2004. 86, obs. J. MESTRE, B. FAGES ; *RDC* 2004, p. 260, obs. D. MAZEAUD ; *RDC* 2004, p. 263, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK.

¹²⁰⁴ Civ., 3^e, 27 mars 1991, n° 89-16.975, *D.* 1992. 196, obs. G. PAISANT ; *RTD civ.* 1992. 81, obs. J. MESTRE ; *CCC* 1991. 133, obs. L. LEVENEUR ; *Defrénois* 1991. 102, obs. J.-L. AUBERT ; Civ., 3^e, 11 sept. 2012, n° 11-22.389, *RDC* 2013, p. 63, obs. E. SAVAUX.

¹²⁰⁵ Civ., 3^e, 15 nov. 2000, n° 99-11.203, *D.* 2002. 928, obs. O. TOURNAFOND ; *RTD civ.* 2001. 355, obs. J. MESTRE, B. FAGES ; *JCP* 2001. I. 301, obs. Y.-M. SERINET ; *CCC* 2001. 23, note L. LEVENEUR ; *Defrénois* 2001. 242, obs. E. SAVAUX.

précontractuel d'information retrouve alors toute sa vigueur et impose à celui qui a connaissance de l'information d'informer l'autre partie¹²⁰⁶.

298. La question du caractère de l'ignorance des acteurs des relations individuelles et collectives du travail doit immanquablement être posée. En effet, pour déterminer s'il leur est possible de mobiliser avec efficacité le dispositif de l'article 1112-1 du Code civil, il est impératif d'apprécier si l'ignorance qu'ils sont susceptibles d'invoquer peut être qualifiée de « légitime ». Devant l'impossibilité de réaliser une étude commune, le raisonnement doit s'effectuer acteur par acteur.

299. Dans la mesure où le devoir précontractuel d'information participe à la réduction du déséquilibre de puissance informationnelle entre deux parties, l'employeur en est le débiteur principal puisque, dans l'immense majorité des situations, il est le seul titulaire de l'information. Aussi, dans les relations individuelles du travail, le salarié en est le créancier. S'il est certain qu'il souffre d'une inégalité de l'accès aux informations déterminantes de son consentement¹²⁰⁷, la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation ne le décharge pour autant pas totalement de tout devoir de renseignement et apprécie concrètement son comportement¹²⁰⁸. La passivité du salarié dans la recherche d'une information peut ainsi être retenue par les juges pour minorer l'indemnisation qui lui est due. Un arrêt rendu le 27 février 2001¹²⁰⁹ en donne un exemple topique ; une entreprise en proie à des difficultés financières a mis en place un plan social qui proposait, entre autres, de verser aux salariés adhérents une « indemnité d'aide à la réorientation ». La direction a cependant caché aux salariés l'information – dont elle avait connaissance – selon laquelle l'indemnité était assujettie à l'impôt sur le revenu, en craignant qu'elle ne soit de nature à fonder leur refus d'adhérer au plan social. Les salariés, quant à eux, n'ont procédé à aucune recherche au sujet du régime fiscal de l'indemnité et, de surcroît, ont refusé de saisir la juridiction compétente d'une action en nullité de l'imposition, quand bien même l'employeur se proposait de prendre intégralement en charge les frais qui en résulteraient.

¹²⁰⁶ Cela explique le fait, mis en avant par le professeur M. FABRE-MAGNAN, selon lequel l'existence d'un devoir d'information résulte de l'inégalité d'accès de chaque partie à l'information pertinente. L'auteure estime que « le principe reste que chacun doit prendre l'initiative de s'informer sur ce qui l'intéresse : il convient de déroger à ce principe uniquement lorsque le contractant ne peut découvrir par lui-même tous les éléments pouvant avoir une incidence sur son consentement ou sur l'exécution du contrat » : M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, préc., p. 197 et s.

¹²⁰⁷ Ce qui, selon le professeur M. FABRE-MAGNAN, *ibid*, p. 126, justifie l'existence du devoir d'information.

¹²⁰⁸ V. not. Ch. WILLMANN, « Obligation d'information et responsabilité civile de l'employeur », *D.* 2001. 507.

¹²⁰⁹ Soc., 27 févr. 2001, n° 98-44.761.

Saisie une seconde fois du litige, la chambre sociale de la Cour de cassation confirme la position retenue avant elle par la Cour d'appel de renvoi et dispose que « l'employeur aurait dû informer les salariés afin qu'ils soient à même de négocier leur départ en pleine connaissance de cause des risques de redressement que l'administration des impôts lui avait signalés [...] ; [la Cour d'appel] a pu en déduire, d'une part, que la faute de l'employeur était en relation de cause à effet avec le préjudice, d'autre part, que l'attitude passive des salariés exonérait partiellement l'employeur de sa responsabilité ». Dès lors, si le professeur B. Fages estimait peu de temps avant que « le devoir de se renseigner n'est plus que très rarement reconnu par la jurisprudence qui a ainsi tendance à toujours placer le créancier de l'obligation d'information en situation d'ignorance légitime »¹²¹⁰, force est de constater que le manque de diligence du salarié, qui caractérise l'illégitimité de son ignorance, constitue un argument susceptible d'exonérer – au moins partiellement – la responsabilité de l'employeur qui a manqué à son devoir précontractuel d'information. La légitimité de l'ignorance du salarié n'est donc pas automatiquement acquise et ne découle pas *de facto* de son statut de « partie faible au contrat de travail », à tout le moins lorsque le devoir précontractuel d'information est mobilisé lors de la phase de négociation d'un acte distinct et ultérieur au contrat de travail lui-même.

300. En va-t-il de même lorsqu'une information est recélée par l'employeur au cours de la période de formation du contrat de travail ? Le professeur G. Loiseau soulignait, en amont de l'ordonnance du 10 février 2016, l'importance d'une parfaite information de l'aspirant salarié¹²¹¹, puisque celui-ci, bien souvent, ne dispose pas de la faculté de négocier le contrat de travail¹²¹². Que la conclusion du contrat de travail soit précédée d'une véritable négociation ou non, le seul moyen concret pour le salarié de rechercher certaines informations qui pourraient être déterminantes pour son consentement – et qui ne sont pas mentionnées dans le contrat de travail lui-même¹²¹³ – est de questionner son interlocuteur au cours de l'entretien préalable à l'embauche. Le point de débat est donc de déterminer si l'ignorance de l'aspirant salarié qui n'a pas cherché à prendre connaissance d'une information lors dudit entretien doit – ou non – être considérée comme illégitime. Il semblerait qu'aucun argument propre au contexte travailliste

¹²¹⁰ B. FAGES, *Rev. Lamy dr. contrats*, 1999.

¹²¹¹ G. LOISEAU, « Le contrat de travail dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats », préc.

¹²¹² Pour de plus amples développements au sujet de la notion de contrat d'adhésion, V. *infra*, n° 391 et s.

¹²¹³ La chambre sociale de la Cour de cassation juge classiquement que l'action en nullité fondée sur la réticence dolosive de l'employeur ne peut aboutir si l'information supposée « non communiquée » était inscrite dans le contrat de travail signé par le salarié. V. not. au sujet d'une clause de non-concurrence : Soc., 18 juin 2002, n° 00-43.013, D. 2003. 903, note M. GOMY.

ne puisse, en l'espèce, justifier l'exclusion du régime de l'article 1112-1 du Code civil. Pour prétendre à être indemnisé sur le fondement du devoir précontractuel d'information, le candidat – futur salarié – doit donc démontrer qu'il était en droit de ne pas connaître l'information objet du litige. Or, en l'absence de toute présomption, le seul moyen de démontrer la légitimité de l'ignorance est de prouver la diligence du comportement adopté au cours de l'entretien qui a précédé l'embauche, dans l'optique de prendre connaissance de l'information déterminante. Ne pas tenir compte de l'attentisme de l'aspirant salarié reviendrait à le traiter de manière plus favorable que le salarié lui-même, qui, nous venons de le mentionner¹²¹⁴, est sanctionné s'il se montre insuffisamment diligent dans la recherche des informations déterminantes pour son consentement. Pourtant, à l'inverse de celui qui est engagé par un contrat de travail, le candidat à l'embauche ne peut que difficilement être considéré comme étant placé en état de dépendance vis-à-vis du recruteur¹²¹⁵. De plus, il semblerait qu'il ne puisse pas, au sens de l'article 1112-1 du Code civil, légitimement accorder sa confiance à ce dernier¹²¹⁶, si bien que son inertie doit entraîner l'illégitimité de son ignorance. Nous ne pouvons toutefois pas occulter le fait que la démonstration de la diligence du candidat au cours de l'entretien peut s'avérer particulièrement malaisée à apporter.

301. En théorie à tout le moins, le salarié n'est pas l'unique créancier du devoir précontractuel d'information au sein des relations individuelles du travail. Il se peut effectivement que, dans de très rares hypothèses, l'employeur puisse faire valoir une créance d'information. Néanmoins, au cours de la période précédant la conclusion du contrat de travail, son ignorance est très souvent jugée illégitime, en raison de la lourde obligation de renseignement qui est mise à sa charge et qui sera étudiée plus amplement ci-après¹²¹⁷. Au cours de l'exécution du contrat de travail, en revanche, l'obligation de se renseigner de l'employeur ne semble plus être alourdie. Celui-ci, en cas de conclusion d'un nouvel acte contractuel, est alors tenu de la même diligence qu'un salarié ; pour prétendre que son ignorance était légitime et obtenir la condamnation du salarié pour violation de son devoir précontractuel d'information, l'employeur doit ainsi justifier des démarches réalisées afin de prendre connaissance de l'information qu'il juge déterminante pour son consentement.

¹²¹⁴ Soc., 27 févr. 2001, n° 98-44.761, préc.

¹²¹⁵ V. *infra*, n° 508 et s.

¹²¹⁶ V. *infra*, n° 308.

¹²¹⁷ V. *infra*, n° 336 et s.

302. Il en va de même, selon nous, au sein des relations collectives de travail. La légitimité de l'ignorance de la partie salariée doit être appréciée *in concreto*. Son identité et sa qualité peuvent ici servir d'indices. En effet, dans les entreprises non dotées de délégués syndicaux, la négociation collective peut désormais se dérouler entre l'employeur et un salarié, qu'il soit – ou non – membre du Comité Social et Économique et mandaté – ou non – par une organisation syndicale représentative¹²¹⁸. Or, le professeur G. Auzero a fait remarquer que si la négociation a été menée entre l'employeur et un salarié mandaté par une organisation syndicale représentative, il sera aisé de démontrer que ce dernier ignorait légitimement certaines informations, notamment lorsqu'elles sont relatives à la situation économique et financière de l'entreprise¹²¹⁹. Il en va autrement lorsque la négociation s'est déroulée entre l'employeur et un conseil d'entreprise¹²²⁰, celui-ci ayant plus aisément accès à certaines informations qu'un salarié qui n'est pas automatiquement membre du Comité Social et Économique¹²²¹. L'interprétation de l'ignorance des parties à la négociation collective s'effectue ainsi

¹²¹⁸ L'article L. 2232-16 du Code du travail dispose que « la convention ou les accords d'entreprise sont négociés entre l'employeur et les organisations syndicales de salariés représentatives dans l'entreprise. Une convention ou des accords peuvent être conclus au niveau d'un établissement ou d'un groupe d'établissements dans les mêmes conditions ». Ainsi, dans les entreprises qui en sont pourvues, la négociation d'une convention ou d'un accord collectif s'effectue entre l'employeur et les délégués syndicaux. Toutefois, puisque les délégués syndicaux ne sont nommés, sauf disposition conventionnelle contraire, que dans les entreprises qui ont employé 50 salariés sur 12 mois consécutifs (L. 2143-3 et s. du Code du travail), il a fallu envisager des modes substitutifs de négociation collective pour les entreprises qui n'atteignent pas ce seuil : V. not. P.-H. ANTONMATTEI, L. ENJOLRAS, Ch. MARIANO, « Actualité du droit et de la pratique de la négociation collective », *Dr. soc.* 2020. 947 ; G. FRANCOIS, « Le préalable de négociation obligatoire », *Dr. soc.* 2021. 356 ; « Promouvoir la négociation collective dans les petites entreprises », *Dr. soc.* 2019. 1066 ; Ch. MARIANO, « Les zones d'ombre de la négociation collective en l'absence de délégué syndical », *BJT* 2020, p. 44 ; G. LOISEAU, A. MARTINON, « Négociation, articulation et disparition des conventions collectives de travail », *BJT* 2020, p. 38 ; J. ICARD, « Négociation collective et petite entreprise », *Cah. soc.* 2018, p. 363 ; L. ALUOME, V. ARMILLEI, « La négociation collective des accords de substitution en l'absence de délégué syndical », *JCP S* 2020. 3114 ; Y. LEROY, « La négociation collective sans négociation : coup de maître ou hérésie ? », *Dr. soc.* 2020. 854 ; G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, préc., p. 1693 et s. Ainsi, pour l'entreprise qui, au cours des 12 derniers mois, employait moins de 11 salariés, ou moins de 21 et est dépourvue d'un Comité Social et Économique, la mise en œuvre de la négociation collective passe par la rédaction unilatérale d'un projet d'accord par l'employeur, soumis à un référendum d'entreprise (L. 2232-21 et s. du Code du travail). Pour de plus amples développements, V. *infra*, n° 375 et s., n° 419, n° 534 et s., n° 610. Dans les entreprises employant entre 11 et 49 salariés et pourvus d'un Comité Social et Économique, l'employeur peut négocier avec un membre du Comité Social et Économique mandaté par une organisation syndicale représentative, un membre du Comité Social et Économique non mandaté ou un salarié qui ne fait pas partie de la représentation élue et mandaté (L. 2232-23 et s. du Code du travail). Enfin, si l'entreprise emploie plus de 50 salariés sur 12 mois consécutifs mais est dépourvue de délégués syndicaux, la négociation s'effectue selon les mêmes modalités que pour les entreprises de 11 à 49 salariés dotées d'un Comité Social et Économique, à ceci près que lesdites modalités sont désormais hiérarchisées.

¹²¹⁹ G. AUZERO, « L'exigence de loyauté en matière de négociation collective », in *Mélanges offerts à Geneviève Pignarre : un droit en perpétuel mouvement*, Paris, LGDJ, 2018, p. 40.

¹²²⁰ Selon l'article L. 2321-1 du Code du travail, le conseil d'entreprise est une institution représentative du personnel élue qui « est le seul compétent pour négocier, conclure et réviser les conventions et accords d'entreprise ou d'établissement ».

¹²²¹ G. AUZERO, *op. cit.*, p. 40.

conformément à la lettre de l'article 1112-1 du Code civil et ne diffère pas de celle qui est faite au sein des relations individuelles de travail.

303. L'existence même du devoir précontractuel d'information dépend donc du comportement de celui qui subit le déséquilibre de puissance informationnelle, qui doit se montrer suffisamment curieux et diligent pour prétendre être en droit « de ne pas savoir ». L'appréciation de la légitimité de l'ignorance, évoquée ci-dessus, doit cependant composer avec une dernière variable : la confiance accordée par le créancier à son futur cocontractant.

B. LA CONFIANCE LÉGITIME DU CRÉANCIER

304. L'article 1112-1 du Code civil aménage une hypothèse dans laquelle l'ignorance du créancier doit être considérée comme légitime¹²²², quand bien même celui-ci s'est insuffisamment renseigné. Il s'avère effectivement que lorsque le créancier accordait une confiance particulière à son débiteur au moment de la conclusion du contrat, la question de la légitimité de son ignorance se pose en des termes différents. L'existence, entre les deux parties, d'un lien spécifique de confiance, antérieur à la conclusion du contrat, peut ainsi être retenue pour accroître le devoir du titulaire de l'information¹²²³ et il est donc des cas où l'ignorance d'une information pourtant accessible ne pourra être reprochée¹²²⁴. Il est pourtant malaisé de donner un sens clair et précis à la notion de « confiance légitime ». En effet, là où il était possible de circonscrire avec une certaine précision le champ que recouvre la notion d'« ignorance légitime », la tâche de déterminer ce qu'il convient d'entendre comme une « confiance légitime » est bien plus ardue. Le professeur C. Grimaldi estime par exemple, que « délimiter [...] le devoir précontractuel d'information en tenant compte de ce que l'une des parties a ou non « fait confiance à son cocontractant » [...] est non seulement naïf, mais aussi source d'insécurité : dans quelles circonstances est-on (ou n'est-on pas) censé faire confiance à son cocontractant ? »¹²²⁵. Un élément de réponse peut toutefois être recherché dans les travaux du groupe placé sous la direction du professeur F. Terré. Des auteurs estiment ainsi que « cette

¹²²² V. not. S. BROS, « Les standards dans la réforme du droit des contrats : entre tradition et innovation », préc., p. 34.

¹²²³ V. not. M. MEKKI, « Réforme des contrats et des obligations : l'obligation précontractuelle d'information », *JCP N* 2016. 1155.

¹²²⁴ O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, préc., p. 106 évoquent le cas dans lequel « la victime de l'ignorance [s'est abandonnée] à celui avec lequel elle négociait ».

¹²²⁵ C. GRIMALDI, « En attendant la loi de ratification... », *D.* 2016. 606.

hypothèse générale de confiance légitime entre les parties correspond au droit positif et semble convaincante. L'est également la méthode du texte qui pose une condition générale et la concrétise ensuite en donnant deux exemples particuliers, à savoir le cas de la nature du contrat [...] et celui de la qualité des parties »¹²²⁶. En somme, afin de déterminer si le créancier du devoir d'information pouvait légitimement – ou non – faire confiance à son débiteur, il conviendrait pour le juge saisi d'un litige de mêler appréciation *in concreto* de la situation, pour apprécier tout ce qui a trait à la qualité des parties, notion qui, selon les auteures, renvoie aussi bien à l'existence d'un lien familial entre les contractants, mais aussi au pouvoir ou aux compétences respectif(s) de ces derniers, et appréciation *in abstracto*, pour tenir compte de la nature du contrat ou, selon le langage du Code civil de 1804, de son objet.

305. Concrètement, la relation de confiance tirée de la qualité des parties peut d'abord être illustrée par l'exemple d'un contrat passé entre deux personnes qui partagent un lien familial. Dans ce cadre, celle qui n'a pas connaissance de l'information peut s'attendre à ce que son parent l'informe sans qu'elle ne l'enjoigne expressément à le faire. À tout le moins, c'est en ce sens qu'a jugé la Cour d'appel de Paris¹²²⁷ : un contrat de cession d'actions a été conclu entre une tante et son neveu, pour un montant de 330 francs l'unité. Au cours des négociations, il apparaît cependant que l'acquéreur s'était abstenu d'informer la cédante de l'information – dont il avait connaissance – selon laquelle, au même moment, d'autres actions de la même société avaient été acquises pour un montant de plus de 12 000 francs l'unité. En raison de la violation de son obligation d'information, « renforcée »¹²²⁸ par le lien familial qui unissait les deux parties, le cessionnaire a été condamné au paiement de dommages et intérêts et la cession a été annulée sur le fondement de la réticence dolosive, quand bien même le cédant n'a pas pris la peine de rechercher quelle était la véritable valeur unitaire des actions.

¹²²⁶ P. REMY-CORLAY, D. FENOUILLET, « Le consentement », préc., p. 154. J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat : formation*, Paris, LGDJ, t. 2, 2^e éd., 1988, p. 554 et s., estime quant à lui que la « confiance légitime » peut être fondée sur la qualité des parties ou sur les informations fournies par le débiteur.

¹²²⁷ Paris, 29 avr. 1994, *RTD civ.* 1994. 852, obs. J. MESTRE.

¹²²⁸ Selon la formule de J. MESTRE, *ibid*, selon lequel « la confiance justifie une obligation renforcée d'information, et facilite manifestement la sanction [...] ». V. ég. G. GUERLIN, « Contrats et confiance familiale », in E. LENOIR-WAYMEL, M. LIVOIR (dir.), *Contrats et famille font-ils bon ménage ?*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 93, cité par G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, préc., p. 169.

306. Le droit des sociétés offre une seconde illustration. Le dirigeant de société s'avère en effet être débiteur d'un devoir de loyauté, non seulement vis-à-vis de la société elle-même¹²²⁹, mais aussi à l'égard de ses associés ou actionnaires¹²³⁰. Si la référence au devoir de loyauté, jugée par certains comme trop floue¹²³¹, a pu être critiquée¹²³², il n'en demeure pas moins que le devoir mis à la charge du dirigeant lui impose d'agir dans l'intérêt social de la société et dans celui de ses associés ou actionnaires. Une confiance particulière en découle et justifie l'existence d'un devoir précontractuel d'information renforcé, que l'arrêt dit « Vilgrain » met en évidence en imposant au dirigeant d'une société de communiquer aux associés auxquels il entend céder des parts sociales l'estimation de la valeur qu'il fait de celles-ci¹²³³, même si les cessionnaires n'ont pas satisfait à leur obligation de se renseigner.

L'exemple du dirigeant de société est susceptible d'un élargissement à l'ensemble des cas dans lesquels les parties à la négociation entretenaient déjà, auparavant, des liens contractuels. La « préexistence de liens »¹²³⁴, notamment s'ils ont été nombreux ou de longue

¹²²⁹ Com., 24 févr. 1998, n° 96-12.638, *D.* 1999. 100, obs. Y. PICOD ; *RTD com.* 1998. 612, obs. C. CHAMPAUD, D. DANET ; *Rev. sociétés* 1998. 546, note M.-L. COQUELET ; *JCP* 1999. II. 10003, note M. KEITA ; *Bull. Joly*, 1998, p. 813, note B. PETIT ; Com., 6 juin 2001, n° 98-16.390, *CCC* 2001. 158, note M. MALAURIE-VIGNAL ; Com., 12 févr. 2002, n° 00-11.602, *D.* 2003. 1032, obs. Y. PICOD ; *Rev. sociétés* 2002. 702, note L. GODON ; *Bull. Joly* 2002, p. 617, note B. SAINTOURENS ; Com., 15 nov. 2011, n° 10-15.049, *D.* 2012. 134, obs. A. LIENHARD, *D.* 2012. 134, note T. FAVARIO ; *JCP E* 2001. 16, note A. COURET, B. DONDERO ; *Bull. Joly* 2012, p. 112, obs. H. LE NABASQUE. V. ég. A. CONSTANTIN, « Loyauté des dirigeants : l'obligation de loyauté et de fidélité pesant sur le gérant d'une SARL lui interdit de négocier, en qualité de gérant d'une autre société, un marché dans le même domaine d'activité », *RTD com.* 2012. 137 ; A. CONSTANTIN ; J. GHESTIN ; G. LOISEAU ; N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; Y.-M. SERINET, « Droit des obligations », *JCP* 2004. 123, spé., n° 6.

¹²³⁰ Com., 27 févr. 1996, n° 94-11.241, *D.* 1996. 342, obs. J.-C. HALLOUIN ; *D.* 1996. 518, note Ph. MALAURIE ; *D.* 1996. 591, note J. GHESTIN ; *RTD civ.* 1997. 114, obs. J. MESTRE ; *JCP* 1996. II. 22665, note J. GHESTIN ; *Bull. Joly* 1996, p. 485, obs. A. COURET ; *Defrénois* 1996. 1205, obs. Y. DAGORNE-LABBÉ ; Paris, 25^e ch. B, 4 juill. 2003, *Bull. Joly* 2003, p. 1156, obs. J.-J. DAIGRE.

¹²³¹ V. not. A. CONSTANTIN ; J. GHESTIN ; G. LOISEAU ; N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; Y.-M. SERINET, « Droit des obligations », préc.

¹²³² *Ibid.* Les auteurs estiment qu'il est préférable de rattacher le devoir du dirigeant de la société à ses « obligations fiduciaires ». À ce sujet, V. not. J.-J. DAIGRE, « Le petit air anglais du devoir de loyauté des dirigeants », in *Mélanges P. Bézard, Le juge et le droit de l'économie*, Paris, Montchrestien, 2002, p. 79.

¹²³³ Com., 27 févr. 1996, n° 94-11.241, préc. En amont de la réforme du droit des contrats, cette solution a constitué un îlot de résistance à la jurisprudence dite « Baldus », selon laquelle aucun devoir d'information n'existe au sujet de l'adéquation de la valeur du prix à la prestation. En effet, jamais la Cour de cassation n'a remis en cause la position en vertu de laquelle, lorsqu'un lien de confiance particulier existe entre les parties au contrat, le devoir d'information du débiteur porte également sur ladite valeur : Com., 27 mars 2010, n° 08-13.060, *JCP G* 2010. 921, note J. GHESTIN ; *RDC* 2010, p. 811, note D. MAZEAUD ; *Bull. Joly* 2010, p. 707, note J.-J. DAIGRE ; Com., 12 mars 2013, n° 12-11.970, *RTD civ.* 2013. 373, note B. FAGES ; *Dr. sociétés* 2013. 78, note R. MORTIER ; *Rev. sociétés* 2013. 689, note T. MASSART ; *Dr. et patr.* 2014. 102, obs. D. PORACCHIA ; Com., 23 juin 2015, n° 14-10.760, *JCP E* 2015. 1577, obs. B.-O. BECKER. V. ég. H. LE NABASQUE, « Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés », *RTD com.* 1999. 273.

¹²³⁴ Selon l'expression d'O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, préc., p. 106.

durée, peut effectivement susciter la confiance de celui qui ignore l'information. De manière analogue, « la transmission préalable d'informations suffisantes de la part de l'autre partie »¹²³⁵, débitrice du devoir précontractuel d'information, semble suffisante pour créer une confiance légitime chez le créancier.

307. L'objet du contrat passé peut également contribuer à la reconnaissance de l'existence d'un lien particulier de confiance entre les parties. Il peut notamment en aller ainsi lorsque celles-ci, par la conclusion du contrat, poursuivent un intérêt commun¹²³⁶.

308. Les relations de travail, qu'elles soient individuelles ou collectives, peuvent-elles être, elles aussi, le théâtre d'une relation spécifique de confiance justifiant l'extension du devoir d'information aux situations dans lesquelles le créancier n'a pas respecté sa propre obligation ? Le caractère *intuitu personnae* du contrat de travail pourrait le laisser croire¹²³⁷. Il semble pourtant clair que, bien souvent, la conclusion d'un contrat de travail ne satisfait non pas un intérêt commun partagé par l'employeur et son cocontractant, mais bel et bien un intérêt personnel et propre à chacun d'entre eux. Sur le fondement de l'objet du contrat, l'aggravation du devoir précontractuel d'information – qui, pour rappel, pèse quasi-exclusivement sur l'employeur – ne devrait donc pas pouvoir être envisagée. Celui de la qualité des parties, par contre, peut faire naître le doute. En effet, l'article relatif au consentement qui accompagne – entre autre – l'article 33 de l'avant-projet Terré fait de la « qualité des parties » une notion « fourre-tout » au sein de laquelle peuvent être insérés le pouvoir, l'autorité ou la compétence respectif de chaque partie à la négociation¹²³⁸. Se pose alors la question de déterminer si le pouvoir ou l'autorité de l'employeur peuvent faire naître une confiance telle chez le candidat à l'embauche qu'elle justifierait l'accroissement du devoir précontractuel d'information de ce premier. À notre sens, la réponse doit être négative. Si une telle relation de confiance peut émerger dans certaines situations exceptionnelles, comme celle du conjoint salarié¹²³⁹ ou de la

¹²³⁵ J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, préc., spé., n° 1772.

¹²³⁶ Exemple du contrat-partage, du contrat-coopération ou encore du contrat-alliance. F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations*, préc., p. 372 citent également le mandat. V. ég. M. MEKKI, « Réforme des contrats et des obligations : l'obligation précontractuelle d'information », préc. ; O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, préc., p. 106.

¹²³⁷ Sur le caractère *intuitu personnae* du contrat de travail, V. not. G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, préc., p. 441.

¹²³⁸ P. REMY-CORLAY, D. FENOUILLET, « Le consentement », préc., p. 154.

¹²³⁹ En amont de la recodification du Code du travail de 2008, l'article L. 784-1 dudit Code posait une présomption de salariat pour le conjoint qui percevait *a minima* la rémunération légale minimale. La recodification

conclusion d'un contrat à durée indéterminée à l'arrivée du terme extinctif du contrat à durée déterminée antérieur¹²⁴⁰, les intérêts poursuivis par chacune des parties au contrat de travail divergent suffisamment pour que l'on puisse considérer que le candidat pouvait légitimement faire confiance au recruteur et réciproquement¹²⁴¹. L'impérative légitimité de la confiance dresse ainsi un obstacle contre ce qui pourrait être qualifié de « naïveté contractuelle » et, par conséquent, les cas dans lesquels la confiance légitime pourra être caractérisée dans les relations individuelles de travail ne devraient être qu'« exceptionnels »¹²⁴² au cours de la formation du contrat de travail.

309. Il n'en va pas nécessairement de même lorsqu'un acte est conclu entre les deux mêmes parties au cours de l'exécution du contrat de travail. Il est indubitable, à ce moment-ci, que l'employeur dispose aussi bien d'un pouvoir que d'une autorité sur le salarié. L'aggravation de son devoir précontractuel d'information ne peut cependant pas automatiquement en découler, au risque de réaliser une interprétation sans nuance de la relation qui les lie. Il est en effet nécessaire de tenir compte des circonstances dans lesquelles l'accord de la partie lésée a été donné. Pour ce faire, plusieurs indices peuvent aider le juge, comme la qualité de la relation entre les deux parties ou encore l'ancienneté du salarié. En effet, s'il est établi que l'employeur et le salarié entretenaient de relations tendues avant la conclusion de l'acte, l'existence d'un lien de « confiance particulière » pourrait aisément être remise en cause. De même, un tel lien serait plus facilement caractérisable à l'égard d'un salarié ayant trente années d'ancienneté au service du même employeur qu'à celui d'un salarié tout nouvellement recruté¹²⁴³. Alors que la jurisprudence relative au devoir précontractuel d'information ne porte que très rarement sur la

susmentionnée, pourtant censée être opérée à droit constant, a fait disparaître la présomption. À ce sujet, V. not. G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *op. cit.*, p. 285. V. ég. G. AUZERO, « Le conjoint salarié victime de la recodification ? », *SSL* 2008, n° 1372.

¹²⁴⁰ Qui rejoint l'hypothèse susmentionnée de l'existence d'un lien contractuel antérieur entre les deux parties, susceptible de faire naître une confiance légitime chez le salarié. V. *supra*, n° 304 et s.

¹²⁴¹ V. not. Versailles, ch. 15, 31 mars 2021, n° 19/00111, qui indique, dans une affaire où une salariée avait indiqué une information erronée sur son *curriculum vitae*, que l'employeur « est mal [fondé] [...] à soutenir avoir légitimement ignoré l'information selon laquelle Mme E n'était pas titulaire du diplôme d'assistant dentaire et sa négligence avérée ne lui permet pas de se prévaloir de la confiance qu'elle aurait faite à l'intéressée [...] ».

¹²⁴² Selon la formule d'O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, préc., p. 106.

¹²⁴³ Bien qu'une relation de confiance puisse être caractérisée entre des personnes qui se rencontrent pour la première fois, comme en témoigne l'applicabilité de l'article 1112-1 du Code civil en amont de la conclusion du contrat de travail. En matière commerciale, Paris, pôle 05, ch. 10, 7 juin 2021, n° 19/19105 met en lumière l'existence d'une confiance particulière entre une personne et un « établissement réputé en vente de véhicule [...] ».

notion de « confiance légitime »¹²⁴⁴, il y a lieu, à notre avis, de considérer qu'il est possible d'identifier une relation particulière de confiance entre ces deux contractants, au cours de l'exécution du contrat de travail. Dans ce cas, le devoir précontractuel d'information qui pèse sur le titulaire de l'information – très probablement l'employeur – se trouve accru. Néanmoins, cette identification ne peut résulter que d'une appréciation concrète des liens qu'entretenaient les deux contractants au cours de la période de formation de l'acte conclu postérieurement au contrat de travail, ce qui est de nature à exclure tout manichéisme. En somme, si certaines circonstances de fait, judiciairement appréciées, permettent au créancier d'être « en droit de ne pas savoir », d'autres peuvent l'autoriser à être « en droit de faire confiance ».

310. Demeure, enfin, la question de la confiance légitime au sein des relations collectives de travail. Bien que ces relations soient parfois perçues à travers une « idéologie conflictuelle »¹²⁴⁵, exclusive de toute « confiance particulière », il semblerait que le raisonnement développé ci-dessus à l'égard des accords conclus en cours d'exécution du contrat de travail puisse être ici repris. Par exemple, dans une entreprise où l'employeur a, de longue date, pris soin d'assurer la loyauté de la négociation collective, il se pourrait que la partie salariée puisse légitimement lui donner sa confiance au bout d'un certain temps. Méconnaîtrait alors son devoir précontractuel d'information l'employeur qui s'abstient de communiquer une information importante à l'autre partie, quand bien même celle-ci n'a pas tenté d'en prendre connaissance de son propre chef, en raison de la confiance qu'elle avait accordée à l'employeur. À l'inverse, si, dans une entreprise, la négociation collective a historiquement été un lieu de conflit, il sera impossible, pour les parties, de nouer un lien spécifique de confiance.

311. Ainsi, ce n'est que lorsque le créancier du devoir d'information s'est montré suffisamment actif dans la recherche de l'information – ou qu'il faisait confiance à son créancier – que son ignorance pourra être qualifiée de légitime. Si tel est le cas, le débiteur qui s'est abstenu de l'informer se rend coupable d'une inexécution contractuelle.

§3. L'INEXÉCUTION DU DEVOIR PRÉCONTRACTUEL D'INFORMATION

¹²⁴⁴ V. quand même Versailles, ch. 16, 5 avr. 2018, n° 16/03806, qui reconnaît l'existence d'un lien de confiance particulière entre une personne physique et son agence bancaire.

¹²⁴⁵ S. NADAL, « Conventions et accords collectifs de travail : droit de la négociation collective – Accomplissement et fin de la négociation collective », *Rep. trav.*, Dalloz, 2019.

312. Chacun des trois derniers alinéas de l'article 1112-1 du Code civil évoque une facette distincte de l'inexécution du devoir précontractuel d'information. Le cinquième, inédit en ce qu'il n'était ni prévu par le projet d'ordonnance de la Chancellerie ni par les avant-projets doctrinaux, rappelle que le devoir précontractuel d'information est d'ordre public¹²⁴⁶. Les parties ne peuvent donc y renoncer conventionnellement ; le créancier ne peut pas, à l'avance, abandonner son droit à être informé. Réciproquement, le débiteur ne peut pas, par la rédaction d'une clause contractuelle, être libéré de son devoir d'informer lorsque les circonstances de fait le lui imposent¹²⁴⁷. Le caractère d'ordre public du devoir précontractuel d'information fait également et logiquement obstacle aux clauses exclusives ou limitatives de responsabilité en cas d'inexécution¹²⁴⁸.

Puisqu'aucune manœuvre contractuelle ne peut exclure la responsabilité du débiteur, l'inexécution du devoir précontractuel d'information doit être sanctionnée (**B**). Pour ce faire, cette inexécution doit évidemment être démontrée, sans pour autant que la charge de la preuve ne pèse que sur le créancier (**A**).

A. LA PREUVE DE L'INEXÉCUTION

313. La célèbre formule de l'ancien article 1315 du Code civil, selon laquelle « celui qui réclame l'exécution doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation » n'a pas été modifiée par la réforme du droit des contrats, si ce n'est qu'elle se trouve désormais à l'article 1353 dudit Code. À cet égard, le droit commun de la preuve demeure donc intact¹²⁴⁹. Aussi, le créancier qui estime qu'il aurait dû être informé avant la conclusion du contrat doit démontrer qu'un renseignement lui était dû et ne lui a pas été fourni¹²⁵⁰. Ce n'est là, également, que la stricte

¹²⁴⁶ Il énonce que « les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir ». V. not. D. GALLOIS-COCHET, « L'avant-contrat », préc., p. 43.

¹²⁴⁷ À savoir la connaissance d'une information « déterminante » pour le consentement de l'autre partie, qui l'ignore légitimement.

¹²⁴⁸ V. not. F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations*, préc., p. 373.

¹²⁴⁹ L'ordonnance du 10 févr. 2016 a également réformé la thématique de la preuve des obligations. Alors que le droit de la preuve était, en 1804, « enfermé » au sein du droit des contrats (selon la formule du rapport remis au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131, préc.), il fait désormais l'objet d'un titre spécifique qui lui est intégralement consacré (articles 1353 à 1386-1 du Code civil).

¹²⁵⁰ V. not. Y. BOYER, *L'obligation de renseignement dans les contrats*, Thèse, Aix-Marseille 3, 1975, spé., n° 250 ; M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, préc., p. 188.

application de l'article 9 du Code de procédure civile, en vertu duquel « il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention ».

314. Selon les deux dispositions légales susmentionnées, la charge de la preuve de l'inexécution du devoir précontractuel d'information pèse intégralement sur le créancier. Il doit ainsi démontrer que l'autre partie – le débiteur – avait connaissance de l'information¹²⁵¹ et que celle-ci était déterminante pour son consentement, c'est-à-dire qu'elle entretenait un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties. Surtout, il doit prouver que cette information, qui lui était due, ne lui a pas été communiquée. Autrement formulé, le créancier d'un devoir précontractuel d'information inexécuté doit parvenir à démontrer un « fait négatif »¹²⁵² : le fait que le débiteur ne lui a rien dit¹²⁵³. Or, il est depuis longtemps considéré que « prouver ce qui n'existe pas ou n'a pas été exécuté semble impossible »¹²⁵⁴. La Cour de cassation, en plusieurs occurrences, affirme d'ailleurs qu'on ne peut exiger la démonstration d'une preuve négative¹²⁵⁵, parfois qualifiée de *probatio diabolica*¹²⁵⁶, sans pour autant que la solution ne soit totalement généralisée¹²⁵⁷. Toutefois, vis-à-vis du devoir précontractuel d'information, la jurisprudence s'est emparée de la problématique de la preuve négative, pour aménager le régime de la charge de la preuve ; il est opéré une distinction entre la preuve de l'existence du devoir d'information, qui est à la charge du créancier, et celle de l'exécution

¹²⁵¹ Contrairement à ce que prévoyait l'article 1129 du projet d'ordonnance, qui faisait peser le devoir précontractuel d'information aussi bien sur la partie qui connaissait l'information, mais aussi sur celle qui « devrait connaître » l'information. Pour de plus amples développements sur le cantonnement du champ dudit devoir, V. *infra*, n° 577 et s.

¹²⁵² V. not. F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations*, préc., p. 374.

¹²⁵³ *Ibid.*

¹²⁵⁴ J. LARGUIER, « La preuve d'un fait négatif », *RTD civ.* 1953. 1.. V. ég. G. LARDEUX, « Preuve : règles de preuve – Les règles techniques », *Rep. civ.* Dalloz, 2018, spé., n° 84

¹²⁵⁵ V. not. Civ., 3^e, 13 déc. 1989, n° 88-15.205 ; Com., 28 mars 2018, n° 17-10.600, *D.* 2019. 157, obs. J.-D. BRETZNER, A. AYNÈS ; *Rev. sociétés* 2018. 413, obs. P. ROUSSEL GALLE ; *LEDEN* 2018, p. 2, obs. O. STAES ; Soc., 15 févr. 1989, n° 86-18.354, qui refuse de « mettre à la charge du praticien la preuve négative de l'absence d'envoi d'une mise en demeure ».

¹²⁵⁶ Expression que l'on peut traduire par « la preuve du diable ». De nombreux auteurs utilisent la formule dans le titre de leur article. V. not. P. LYON-CAEN, « La preuve, par l'assuré social, de l'exécution des formalités qui lui incombent : une *probatio diabolica* ? », *Dr. soc.* 1996. 414 ; P.-Y. GAUTHIER, « Exécution forcée du pacte de préférence : un peu victoire à la Pyrrhus, beaucoup *probatio diabolica* », *D.* 2006. 1861. Du même auteur, « Opinion dissidente : la « double connaissance » par le tiers d'une violation du pacte de préférence reste une *probatio diabolica* », *RTD civ.* 2021. 663 ; R. SALOMON, « Abus de bien sociaux et fin de la *probatio diabolica* de l'intérêt de groupe ? », *Dr. sociétés* 2016. 10 ; A. DANIS-FATÔME, « Paiement à distance et preuve de la négligence grave de l'utilisateur d'un service de paiement : une nouvelle *probatio diabolica* ? », *RDC* 2017, p. 270.

¹²⁵⁷ Exemple de Civ., 1^{re}, 6 févr. 1996, n° 94-13.388, *CCC* 2003. 37, note L. LEVENEUR ; *RDC* 2003, p. 130, obs. J.-B. SEUBE ; *Defrénois* 1996. 1435, obs. A. BÉNABENT, qui énonce, dans une affaire dans laquelle un chalet, prêté par les propriétaires à un couple d'amis, avait été ravagé par un incendie dont la cause demeure inconnue, que le couple emprunteur « peut s'exonérer en rapportant la preuve de l'absence de faute de sa part [...] ». V. ég. Com., 18 janv. 2017, n° 15-18.102.

dudit devoir, qui pèse sur le débiteur¹²⁵⁸. Cette avancée a d'abord été consacrée dans le domaine médical, avant d'être généralisée. Il était d'abord considéré qu'il « appartient au malade [...] de rapporter la preuve que [le chirurgien] a manqué à son obligation contractuelle en ne l'informant pas de la véritable nature de l'opération [...] »¹²⁵⁹. La Cour de cassation est cependant revenue sur sa position pour retenir une conception duale du régime de la preuve du devoir précontractuel d'information en droit médical et au-delà¹²⁶⁰. Ainsi, s'il appartient au créancier du devoir précontractuel d'information de prouver qu'une information lui était due¹²⁶¹, son devoir probatoire s'arrête ici. En effet, la charge de la preuve est partagée avec le débiteur qui, de son côté, doit démontrer qu'il a communiqué l'information¹²⁶². De la sorte, le spectre de la *probatio diabolica* est écarté ; le créancier n'a pas à rapporter la preuve de l'abstention de son débiteur, c'est ce dernier qui doit justifier qu'il ne s'est pas abstenu. La réforme du droit des contrats a d'ailleurs fait sienne de ce régime de preuve partagée, en codifiant la jurisprudence en vigueur au sein du quatrième alinéa de l'article 1112-1 du Code civil, qui dispose qu'« il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie ».

315. Ce n'est ainsi que lorsque le créancier est parvenu à prouver qu'une information lui était due que la charge de la preuve se déplace vers le débiteur. Si celui-ci ne peut démontrer qu'il a

¹²⁵⁸ V. not. M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, préc., p. 427 et s.

¹²⁵⁹ Civ., 1^{re}, 29 mai 1951, *Bull. civ. I*, n° 162, *D.* 1952. 53, note R. SAVATIER ; *RTD civ.* 1951. 508, note H. MAZEAUD, L. MAZEAUD ; *JCP* 1951. II. 6421, note R. PERROT. V. ég. M. BACACHE, « L'obligation d'information du médecin », article consulté en ligne : https://lyon-sud.univ-lyon1.fr/medias/fichier/l-obligation-d-information-du-medecin_1441026054303-pdf, p. 7.

¹²⁶⁰ V. not. Civ., 1^{re}, 29 avr. 1997, n° 95-12.777 ; Civ., 1^{re}, 28 oct. 2010, n° 09-16.913, *D.* 2010. 2580, obs. X. DELPECH ; *D.* 2011. 2891, obs. Ph. DELEBECQUE, J.-D. BRETZNER, I. GELBARD-LE DAUPHIN ; *RDI* 2010. 616, obs. Ph. MALINVAUD ; *RDC* 2011, p. 531, obs. S. PIMONT ; Civ., 3^e, 12 janv. 2011, n° 09-70.262, *RTD civ.* 2011. 122, obs. B. FAGES ; *RDI* 2011. 220, obs. B. BOUBLI ; *RDI* 2011. 231, obs. J.-P. TRICOIRE ; *RLDC* 2011/81, n° 4197, obs. A. PAULIN ; Com., 22 mars 2011, n° 10-13.727, *D.* 2011. 1010, obs. X. DELPECH ; *D.* 2011. 1600, note H. CAUSSE ; *RTD com.* 2011. 382, obs. M. STORCK ; *RDC* 2011, p. 857, note S. CARVAL ; *LPA* 2011, p. 8, note M. BURGARD.

¹²⁶¹ En prouvant, comme nous l'avons mentionné ci-dessus, que le débiteur avait connaissance de l'information et que celle-ci a été déterminante pour son consentement. V. not. J. ALISSE, *L'obligation de renseignement dans les contrats*, Thèse, Paris 2, 1975, p. 183 ; M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, préc., p. 428 ; Y. BOYER, *L'obligation de renseignements dans la formation du contrat*, préc., p. 432.

¹²⁶² L'obligation de communiquer l'information déterminante pour le consentement de l'autre partie est considérée comme étant de résultat, aussi bien par le professeur M. FABRE-MAGNAN, *ibid*, p. 401 et s., p. 431 que par la jurisprudence : Civ., 1^{re}, 25 févr. 1997, n° 94-19.685, *D.* 1997. 319, obs. J. PENNEAU ; *RTD civ.* 1997. 434, obs. P. JOURDAIN ; *RTD civ.* 1997. 924, obs. J. MESTRE ; *JCP* 1997. 1. 274, rapp. P. SARGOS ; *JCP* 1997. I. 4025, obs. G. VINEY ; *CCC* 1997. 5, chron. L. LEVENEUR ; *Defrénois* 1997. 751, obs. J.-L. AUBERT ; *LPA* 1997, n° 85, p. 17, note A. DORSNER-DOLIVET ; *RGDA* 1997. 852, obs. Ph. REMY ; *RDSS* 1997. 288, obs. L. DUBOUIS ; *RCA* 1997. 8, chron. C. LAPOYADE-DESCHAMPS.

communiqué l'information, son inexécution est caractérisée et les sanctions encourues sont de deux ordres.

B. LA SANCTION DE L'INEXÉCUTION

316. En son dernier alinéa, l'article 1112-1 du Code civil dispose qu'« outre la responsabilité de celui qui en est tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants ». La violation du devoir précontractuel d'information se trouve donc sanctionnée de deux manières distinctes. Tout d'abord, en toute circonstance, le créancier du devoir inexécuté dispose de la faculté d'engager la responsabilité de son débiteur défaillant (1). Ensuite, dans l'hypothèse particulière où la rétention de l'information a vicié le consentement de son destinataire¹²⁶³, le contrat peut être frappé de nullité relative, conformément au droit des vices du consentement (2).

1. L'allocation de dommages et intérêts sur le fondement de la responsabilité civile du débiteur

317. À l'heure où la réforme du droit des contrats n'était qu'un projet sans traduction concrète, la doctrine et la jurisprudence optaient toutes deux pour sanctionner la violation du devoir précontractuel d'information par l'engagement de la responsabilité de l'auteur de la réticence. Ainsi, l'avant-projet rédigé sous la direction de P. Catala dispose clairement en son article 1110-1 que « le manquement à une obligation de renseignement¹²⁶⁴, sans intention de tromper, engage la responsabilité de celui qui était tenu ». De même, dans un arrêt de rejet, la première chambre civile de la Cour de cassation énonçait que « [...] la Cour d'appel, qui n'était pas saisie d'une demande tendant à l'annulation de la vente, a pu, sans avoir à se prononcer expressément sur le caractère intentionnel de la réticence qu'elle constatait et qui s'analysait aussi en un manquement à l'obligation précontractuelle d'information du vendeur, allouer des dommages et intérêts à l'acquéreur en réparation de son préjudice »¹²⁶⁵. Dès lors, la

¹²⁶³ Le recel de l'information peut être considéré comme une réticence dolosive (article 1137, alinéa 2, du Code civil). Le professeur M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, préc., p. 229 estime que si la violation du devoir précontractuel d'information peut entraîner l'annulation du contrat conclu, c'est parce que celui-ci « ne correspond plus au contrat escompté » par le créancier.

¹²⁶⁴ Pour les écrits de l'immense majorité des auteurs consultés, les termes « devoir » et « obligation », ainsi que « information » et « renseignement » sont employés de manière indifférente.

¹²⁶⁵ Civ., 1^{re}, 28 mai 2008, n° 07-13.487, *RTD civ.* 2008. 476, obs. B. FAGES ; *JCP* 2008. I. 218, obs. F. LABARTHE ; *JCP* 2008. II. 10179, note I. BEYNEIX ; *RDC* 2008, p. 1118, obs. D. MAZEAUD.

caractérisation d'un devoir précontractuel d'information inexécuté ouvre toujours, pour son créancier, la voie à l'indemnisation. Le vocabulaire employé par le nouvel 1112-1 du Code civil confirme cette automaticité ; en énonçant que l'annulation du contrat « dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivant [du Code civil] » est envisageable « outre la responsabilité de celui qui en était tenu », la disposition affirme, sans pour autant le dire, que l'octroi de dommages et intérêts sur le fondement de la responsabilité civile du débiteur défaillant est toujours possible dès lors que la violation du devoir est démontrée.

318. Demeure alors la question du régime de la responsabilité du débiteur, qui ne pose cependant aucune difficulté. Nous avons précédemment cantonné le domaine de l'article 1112-1 du Code civil à la seule période précontractuelle¹²⁶⁶. Fort logiquement, le contrat n'était donc pas encore conclu au moment de l'inexécution du devoir précontractuel d'information. Il en résulte que les dommages et intérêts octroyés au créancier doivent être fondés sur la responsabilité civile délictuelle de son débiteur défaillant¹²⁶⁷. Pour être indemnisé, le créancier doit donc apporter la preuve d'un fait générateur, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre eux¹²⁶⁸. Et pour cause, si le recel de l'information n'a causé aucun préjudice à son destinataire, celui-ci ne peut prétendre à être indemnisé¹²⁶⁹.

319. Dans le contexte travailliste, l'engagement de la responsabilité du débiteur du devoir précontractuel d'information concerne exclusivement l'employeur. En effet, la sanction de (l'aspirant) salarié qui méconnaît les dispositions de l'article 1112-1 du Code civil s'écarte des

¹²⁶⁶ V. *supra*, n° 282 et s.

¹²⁶⁷ V. not. Ph. LE TOURNEAU, M. POUMAREDE, « Contrat et période précontractuelle », *Dalloz action Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 2021, spé., n° 3112.13 ; M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, préc., p. 231. Le nouvel article 1178 du Code civil le confirme, en disposant, en son dernier alinéa, que la violation des conditions de validité d'un contrat ouvre droit, pour la partie lésée, à l'obtention de dommages et intérêts attribués « dans les conditions du droit commun de la responsabilité extracontractuelle ».

¹²⁶⁸ V. not. Ch. GUETTIER, Ph. LE TOURNEAU, C. BLOCH, A. GIUDICELLI, J. JULIEN, D. KRAJESKI, M. POUMAREDE, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris, Dalloz, 2020, spé., n° 011, 212 et s. Le projet de réforme de la responsabilité civile, présenté par le Garde des Sceaux le 13 mars 2017, propose d'intégrer dans le Code civil le triptyque « fait générateur, préjudice, lien de causalité », aux articles 1235 et s.

¹²⁶⁹ V. not. Civ., 1^{re}, 3 juill. 1990, n° 87-12.386, *JCP* 1991. II. 21643, note J. BIGOT ; *RGAT* 1990. 819, note H. MARGEAT, J. LANDEL. Dans cette espèce, une personne a acheté une voiture dont la carte grise a été établie au nom de son père et pour laquelle la souscription de la police d'assurance avait été réalisée par sa mère, notamment pour couvrir les risques d'incendie. Alors que le véhicule a été incendié, l'assurance a dénié sa garantie, en invoquant le fait qu'au moment de souscrire, la mère avait énoncé être la conductrice habituelle du véhicule, alors qu'il s'agissait en réalité de son fils. La Cour de cassation, comme la Cour d'appel de Pau avant elle, a considéré que « l'identité du conducteur était sans incidence sur le risque particulier d'incendie, assurance de chose, dont l'assureur avait connu exactement l'étendue ». La fausse déclaration n'entretenant aucun lien avec le risque et le dommage, l'assurance était donc tenue d'indemniser l'assuré.

sentiers de la responsabilité civile pour emprunter ceux du licenciement disciplinaire¹²⁷⁰. Les deux sanctions civilistes – la responsabilité civile et la nullité relative pour vice du consentement – sont donc déformées, afin d’être mieux adaptées à la réalité des relations de travail. Dès lors, seul le salarié qui, s’il avait connu l’information recelée par l’employeur, aurait *a minima* amendé le contrat conclu est placé en position de solliciter et d’obtenir des dommages et intérêts pour violation des dispositions de l’article 1112-1 du Code civil. Cette première sanction, à l’inverse de la seconde¹²⁷¹, se transpose facilement en droit du travail et ne porte donc pas atteinte à l’attrait du mécanisme pour celui qui ignorait l’information.

320. Conformément à la jurisprudence antérieure, la réforme du droit des contrats consacre l’autonomie « intellectuelle et procédurale »¹²⁷² de l’article 1112-1 du Code civil, dont la sanction générale est déconnectée du régime des vices du consentement. Il n’en demeure pas moins que la nullité relative du contrat conclu après le recel de l’information peut être prononcée, ce qui tend grandement à relativiser ladite autonomie.

2. L’annulation de l’acte sur le fondement des vices du consentement

321. En disposant que le manquement au devoir précontractuel d’information peut entraîner l’annulation du contrat sur le fondement du droit commun des vices du consentement, ce qui traduit son absence d’automaticité¹²⁷³ et son conditionnement¹²⁷⁴, la réforme du droit commun des contrats fait sienne de la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation, qui énonçait que « le manquement à l’obligation précontractuelle d’information, à le supposer établi, ne peut suffire à caractériser le dol par réticence, si ne s’y ajoute pas la constatation du caractère intentionnel de ce manquement et d’une erreur déterminante provoquée par celui-

¹²⁷⁰ Dont la validité est fréquemment remise en cause par le juge. V. *infra*, n° 332 et s.

¹²⁷¹ V. *infra*, n° 321 et s.

¹²⁷² G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l’ordre du Code civil*, préc., p. 170. On retrouve l’idée de l’autonomie du mécanisme chez A. GALLAND, « L’obligation de délivrance impose au vendeur d’immeuble à construire de fournir à l’acquéreur une information précise sur les caractéristiques du bien vendu », *RDI* 2019. 282, qui écrit que l’article 1112-1 du Code civil consacre un devoir précontractuel d’information « autonome et d’ordre public ».

¹²⁷³ Le terme « pouvoir » traduit la faculté d’accomplir une tâche. Si la violation du devoir précontractuel d’information entraînait toujours l’annulation du contrat conclu, l’article 1112-1, alinéa 5, du Code civil disposerait qu’« outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d’information entraîne l’annulation du contrat ».

¹²⁷⁴ Au régime des vices du consentement, ce que traduit la référence explicite aux articles 1130 et suivants du Code civil.

ci »¹²⁷⁵. Ainsi, le seul fait, pour le créancier du devoir précontractuel d'information, de prouver que son futur cocontractant avait connaissance et ne lui a pas communiqué une information déterminante pour son consentement, que lui-même ignorait légitimement, ne peut lui permettre d'obtenir l'annulation judiciaire du contrat. Cela s'explique par le fait que la violation du devoir précontractuel d'information n'ouvre droit qu'à l'octroi de dommages et intérêts¹²⁷⁶. Ce n'est que lorsque la rétention de l'information a causé un vice du consentement que la nullité relative du contrat peut être demandée. Cependant, dans cette optique, le régime probatoire à mettre en œuvre est celui de la réticence dolosive et non plus celui prévu par l'article 1112-1 du Code civil.

322. Il convient donc d'apprécier les conditions dans lesquelles un contrat peut être annulé sur le fondement d'une réticence dolosive, afin de déterminer dans quelles hypothèses le créancier du devoir précontractuel d'information peut obtenir l'annulation du contrat vicié par la rétention d'une information. La lecture du nouvel article 1137, alinéa 2, du Code civil offre des premiers éléments de réponse. Il dispose que « constitue également un dol la dissimulation par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie ».

On s'aperçoit d'abord que, par rapport au régime de l'article 1112-1 du Code civil, cette disposition ajoute un nouvel élément probatoire, à savoir le caractère intentionnel de la dissimulation. En effet, la caractérisation d'une réticence dolosive, comme de l'ensemble des vices du consentement, est notamment conditionnée par la preuve d'un élément moral, à savoir l'intention fautive de son auteur¹²⁷⁷. Cette condition s'ajoute à celles prévues par l'article 1112-1 du Code civil ; il ne suffit donc plus, pour le créancier, de démontrer que son débiteur avait connaissance d'une information déterminante pour son consentement et qu'il ne l'a pas communiquée, il est nécessaire de prouver qu'il s'est *intentionnellement* abstenu de la transmettre. Or, si cet élément intentionnel est aisément démontrable en matière de dol actif¹²⁷⁸, il en va autrement en matière de réticence dolosive ; il est en effet particulièrement complexe

¹²⁷⁵ Com., 28 juin 2005, n° 03-16.794, D. 2005. 2836, obs. S. AMRANI MEKKI, B. FAUVARQUE-COSSON ; D. 2006. 2774, note P. CHAUVEL ; RTD civ. 2005. 591, obs. J. MESTRE, B. FAGES ; Com., 9 févr. 2016, n° 14-23.210, Dalloz actualité 21 mars 2016, obs. X. DELPECH. Au sujet de l'erreur déterminante, V. not. Ch. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil*, préc., p. 264 et s.

¹²⁷⁶ V. *supra*, n° 317 et s.

¹²⁷⁷ V. not. F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations*, préc., p. 338 et s.

¹²⁷⁸ Il s'agit alors, pour la victime, d'apporter la preuve des manœuvres réalisées ou des mensonges proférés par l'autre partie dans l'optique de le tromper : *ibid*, p. 340.

de déterminer la cause d'un silence. Celui-ci peut en effet résulter d'un oubli, d'une négligence ou, effectivement, de la volonté de tromper¹²⁷⁹. Ainsi, la jurisprudence a parfois éludé l'élément intentionnel de la réticence dolosive, en considérant, par exemple, qu'un garagiste « ne pouvait ignorer que le compteur indiquait un kilométrage bien inférieur à celui de la voiture avait parcouru en réalité [et] avait dissimulé cette circonstance à [l'acheteur] qui, s'il l'avait connue, n'aurait pas contracté »¹²⁸⁰. La solution n'a cependant aucune portée générale et, dans l'arrêt susmentionné du 28 juin 2005¹²⁸¹, la chambre commerciale a refusé de prononcer la nullité d'un contrat de prêt au motif que le créancier n'était pas parvenu à démontrer que l'organisme prêteur avait « sciemment manqué à son obligation précontractuelle d'information dans l'intention de provoquer dans [son] esprit une erreur déterminante de son consentement ». Le créancier du devoir précontractuel d'information inexécuté – le salarié par exemple – est donc, en principe, tenu de prouver que le silence gardé par l'autre partie était fondé sur une intention malicieuse, tendant à surprendre son consentement. Il est donc indubitablement plus difficile d'obtenir la nullité pour violation du devoir précontractuel d'information que de percevoir des dommages et intérêts pour le même motif¹²⁸².

323. Cette constatation est, de surcroît, confirmée par le sens particulièrement restreint donné à l'« information déterminante » par les articles 1130 et suivants du Code civil. Si, en dépit du vocabulaire employé, l'article 1112-1 dudit Code dispose que l'objet du devoir précontractuel d'information est constitué de l'ensemble des informations pertinentes relatives au contrat projeté¹²⁸³, rappelons que l'existence d'une réticence dolosive est conditionnée par le fait que l'information recélée aurait, si elle avait été connue de son destinataire, substantiellement modifié son comportement contractuel.

324. Ainsi, pour obtenir la nullité du contrat sur le fondement de la violation d'un devoir précontractuel d'information, le destinataire doit démontrer que l'autre partie avait connaissance d'une information qu'il ignorait légitimement et dont l'importance était telle que, s'il l'avait connu, elle l'aurait poussé à ne pas contracter ou à contracter à des conditions substantiellement

¹²⁷⁹ *Ibid.*

¹²⁸⁰ Civ., 1^{re}, 19 janv. 1977, n° 74-12.783. La Cour de cassation estime ici qu'en sa qualité de professionnel, le professionnel ne pouvait pas ignorer cette information. Artificiellement, elle assimile cette ignorance à une réticence dolosive, quand bien même ne caractérise-t-elle pas expressément l'intention fautive dudit garagiste.

¹²⁸¹ Com., 28 juin 2005, n° 03-16.794, préc.

¹²⁸² G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, préc., p. 170.

¹²⁸³ V. *supra*, n° 287.

différentes. De plus, il doit prouver que le titulaire a volontairement recelé l'information, dans le but de vicier son consentement. En l'absence d'un de ces éléments, et notamment de l'intention fautive du débiteur, la nullité du contrat ne peut être prononcée, puisque l'élément moral caractéristique de la réticence dolosive ferait défaut.

325. Contrairement à l'engagement de la responsabilité civile du débiteur défaillant, la nullité de l'acte vicié d'une réticence dolosive peut poser problème dans un contexte travailliste spécifique. Le droit du travail, pourtant, mobilise la sanction de la nullité en de multiples situations. Ainsi, le licenciement prononcé en violation d'une liberté fondamentale du salarié ou consécutif à des faits de harcèlement moral ou sexuel¹²⁸⁴ ne se trouve pas sanctionné par l'absence de cause réelle et sérieuse, mais par sa nullité¹²⁸⁵. De même, la clause de non-concurrence qui ne respecte pas les conditions de validité posées par la jurisprudence¹²⁸⁶ est nulle¹²⁸⁷. Il en va également de la sorte au sein des relations collectives du travail, où l'on peut trouver trace, par exemple, de la nullité d'un accord collectif lorsque la négociation qui l'a précédé ne s'est pas déroulée loyalement. Le célèbre arrêt dit « SEB », rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation¹²⁸⁸, énonce ainsi que « la nullité d'une convention ou d'un accord collectif est encourue lorsque toutes les organisations syndicales n'ont pas été convoquées à la négociation, ou si l'existence de négociations séparées est établie, ou encore si elles n'ont pas été mises à même de discuter les termes du projet soumis à la signature en demandant le cas échéant la poursuite des négociations jusqu'à la procédure prévue pour celle-ci ».

¹²⁸⁴ La liste n'est pas exhaustive. V. l'article L. 1235-3-1 du Code du travail.

¹²⁸⁵ V. not. G. COUTURIER, « Les nullités du licenciement », *Dr. soc.* 1977. 215 ; « Petites histoires de nullité du licenciement », *Dr. soc.* 2011. 1218 ; B. GAURIAU, « Variations sur la nullité du licenciement », *Dr. soc.* 2014. 44 ; J.-Y. FROUIN, « Les cas de nullité du licenciement », *JCP S* 2005. 1237 ; G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, préc., p. 617 et s. Plusieurs auteurs craignent d'ailleurs que les demandes de nullité du licenciement s'accroissent, dans l'optique de contourner le plafonnement des dommages et intérêts en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse : V. not. P. LOKIEC, « Barèmes d'indemnisation en cas de licenciement abusif : la résistance des juges », *D.* 2019. 248 ; M.-L. MORIN, « Derrière le pragmatisme des ordonnances, la perversion des droits fondamentaux du travail », *Dr. ouvr.* 2017. 655 ; Ch. RADÉ, « Le nouveau « barème » d'indemnisation des salariés licenciés sans cause réelle et sérieuse », préc. ; N. COLLET-THIRY, « Le plafonnement des indemnités prud'homales : analyse critique et perspectives de mise en échec », préc. ; C. WOLMARK, « L'encadrement de l'indemnisation du licenciement injustifié », préc.

¹²⁸⁶ Soc., 10 juill. 2002, n° 00-45.135, préc.

¹²⁸⁷ V. not. Soc., 9 juill. 1985, n° 83-46.113, *D.* 1986. 340, obs. Y. SERRA.

¹²⁸⁸ Soc., 10 oct. 2007, n° 06-42.721, *Dr. soc.* 2008. 182, chron. P.-H. ANTONMATTEI ; *RDT* 2008. 188, obs. M.-A. SOURIAU.

La sanction de la nullité d'un acte ou d'une clause est donc loin d'être étrangère au droit du travail. Il est cependant un acte vis-à-vis duquel elle s'avère être particulièrement inappropriée : le contrat de travail. À son égard, le prononcé de la nullité est doublement inopportun¹²⁸⁹. En premier lieu, l'effet rétroactif inhérent au mécanisme fait obstacle à ce que la nullité d'un contrat de travail soit prononcée. La disparition rétroactive de celui-ci, et l'obligation qu'elle emporte de remettre les parties dans l'état qui était le leur avant la conclusion du contrat¹²⁹⁰, créées des difficultés inextricables pour chacune des parties. Ainsi, le salarié se verrait contraint de rendre à l'employeur l'ensemble des sommes perçues au cours de la relation de travail. Autrement formulé, il doit restituer ce qui constituait, depuis la conclusion du contrat de travail, son « moyen de subsistance »¹²⁹¹. La jurisprudence, dans les rares hypothèses dans lesquelles la nullité du contrat de travail a été prononcée, a d'ailleurs permis au salarié de conserver l'intégralité de ses salaires¹²⁹² et même de réclamer le paiement des salaires dus et pas encore versés¹²⁹³.

L'effet rétroactif de la nullité est encore plus problématique vis-à-vis de l'employeur, au point de rendre inenvisageable la restitution prévue par l'article 1178 du Code civil¹²⁹⁴. En effet, selon le langage civiliste antérieur à la réforme du droit des contrats, la conclusion du contrat de travail emporte pour le salarié une « obligation de faire [qui rend] impossible toute restitution »¹²⁹⁵. L'objet de cette dernière serait la « force de travail » du salarié¹²⁹⁶. Or, dans la

¹²⁸⁹ Au point que, comme le fait remarquer S. TOURNAUX, « L'autonomie de la prise d'acte de rupture du contrat de travail », préc., les principaux ouvrages de droit du travail « font l'économie de l'étude des conditions de validité du contrat de travail ».

¹²⁹⁰ V. not. Ch. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil*, préc., p. 501 et s.

¹²⁹¹ V. not. R. BERNARD-MENORET, V. FRAISSINIER-AMIOT, « Le contrôle de proportionnalité par le juge judiciaire en droit du travail », préc. ; A. MARTINON, « Le contrat de travail, laboratoire d'un droit commun des contrats spéciaux ? », préc. ; G.-H. CAMERLYNCK, « L'autonomie du droit du travail », préc.

¹²⁹² Soc., 22 nov. 1979, n° 78-40.808.

¹²⁹³ Soc., 3 oct. 1980, n° 79-40.129, qui dispose que « lorsqu'en cas de nullité de contrat à exécution successive les parties ne peuvent être replacées dans leur situation antérieure, elles doivent être indemnisées des prestations fournies, ainsi que des conséquences des fautes commises par l'une au préjudice de l'autre ».

¹²⁹⁴ Le nouvel article 1178 du Code civil dispose qu'« un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul. La nullité doit être prononcée par le juge, à moins que les parties ne la constatent d'un commun accord. Le contrat annulé est censé n'avoir jamais existé. Les prestations exécutées donnent lieu à restitution dans les conditions prévues aux articles 1353 à 1352-9. Indépendamment de l'annulation du contrat, la partie lésée peut demander réparation du dommage subi dans les conditions du droit commun de la responsabilité extracontractuelle ».

¹²⁹⁵ J. DJOUDI, « Les nullités dans les relations individuelles de travail », *D.* 1995. 192.

¹²⁹⁶ V. not. A. POUSSON, « Contrat individuel de travail et droit commun des contrats – influences croisées », préc., qui énonce que « l'impossibilité pour l'employeur de restituer la prestation de travail fournie par le salarié explique que le contrat de travail, quoique détruit, produit normalement ses effets. Le salarié n'a pas à restituer les salaires perçus au titre de l'activité exercée [...] ». V. ég. A. JEAMMAUD, « Les principes dans le droit français du travail », *Dr. soc.* 1982. 619 ; Th. REVET, « L'objet du contrat de travail », préc. ; A. SUPLOT, « Les nouveaux visages de la subordination », *Dr. soc.* 2000. 131 ; X. LAGARDE, « Aspects civilistes des relations individuelles

mesure où la nullité du contrat de travail « n’efface pas le travail fourni »¹²⁹⁷, cette restitution se heurte à un achoppement infranchissable. Ces deux constats sont les témoins, selon un auteur, de « l’impuissance de la fiction de la rétroactivité devant la nature juridique du contrat de travail. Ce contrat apparaît incontestablement comme une « limite naturelle » à la réalisation effective de la nullité »¹²⁹⁸.

326. Il résulte de ce qui précède que la mobilisation du devoir précontractuel d’information lors de la phase de négociation du contrat de travail est difficilement envisageable, ce qui porte une atteinte certaine à son attractivité en droit du travail et, par ricochet, à l’étendue de l’influence minimale accueillie qui y est produite par la réforme du droit des contrats. La doctrine travailliste n’a d’ailleurs pas manqué de le mettre en avant¹²⁹⁹. Toutefois, la nullité de l’acte prévu par l’article 1112-1, alinéa 5, du Code civil ne porte pas un coup définitif à l’utilisation du mécanisme au sein des relations individuelles du travail, car il reste pleinement mobilisable à l’endroit des actes conclus au cours de l’exécution du contrat de travail ou à celui des accords ou conventions collectives. Il est cependant nécessaire de ne pas définitivement tirer un trait sur la mobilisation du devoir précontractuel d’information au cours de la période de formation du contrat de travail, car des solutions, connues du droit du travail, existent pour restaurer l’attractivité du mécanisme. Il est par exemple envisageable que la violation de l’article 1112-1 du Code civil soit sanctionnée, par la chambre sociale de la Cour de cassation, non pas par la nullité relative de l’acte vicié, mais par des sanctions propres au paysage travailliste et compatibles avec la nature du contrat de travail¹³⁰⁰.

de travail », *RTD civ.* 2002. 435 ; F. GÉA, « À quoi sert le droit du travail ? », préc. ; G. DUCHANGE, « Réflexions sur l’objet du contrat de travail », in J.-F. CÉSARO, A. MARTINON (dir.), *Mélanges en l’honneur du Professeur Bernard Teyssié*, préc., p. 145 et s. ; S. TOURNAUX, *L’essai en droit privé. Contribution à l’étude de l’influence du droit du travail sur le droit privé*, Thèse, Bordeaux 4, 2008, p. 11, p. 140 ; F. KHODRI-BENAMROUCHE, *Le Code civil dans les relations de travail*, préc., p. 249.

¹²⁹⁷ J. DJOUDI, « Les nullités dans les relations individuelles de travail », préc.

¹²⁹⁸ *Ibid.* V. ég. C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Paris, LGDJ, 1992, p. 420.

¹²⁹⁹ V. not. S. TOURNAUX, « Le contrat de travail et les dérogations au droit commun des contrats », préc. ; A. LYON-CAEN, F. LOYSEAU DE GRANDMAISON, « L’impact de la réforme du droit des obligations sur le droit du travail », Travail commissions ouvertes du Barreau de Paris, mars 2018. Ces derniers estiment que l’article 1112-1 du Code civil possède un « intérêt certain en droit du travail », mais dont la « portée sera limitée car la nullité envisagée par le dernier alinéa ne semble pas forcément adaptée au contrat de travail [...] ».

¹³⁰⁰ S. TOURNAUX, *ibid.*, considère, en cas de violation du devoir précontractuel d’information en droit du travail, que seule « l’attribution de dommages et intérêts est réaliste ». La modification de la sanction posséderait un double effet positif ; son absence d’effet rétroactif la rend, d’abord, compatible avec le contrat de travail. Ensuite, il s’agit d’ores et déjà de la sanction retenue en cas de défaut d’information lié à la convention collective applicable (même si le défaut de mention de la convention collective applicable ne cause plus nécessairement un préjudice au salarié (Soc., 17 mai 2016, n° 14-21.872, *D.* 2017. 840, obs. P. LOKIEC, J. PORTA) : V. not. Soc., 12 juill. 2018, n° 17-14.699. L’absence d’information serait donc sanctionnée de manière uniforme en droit du travail, lorsque l’employeur est l’auteur de la violation. À l’inverse, lorsque (l’aspirant) salarié s’est rendu coupable de ladite

327. Le Code civil sanctionne ainsi le devoir précontractuel d'information fidèlement à la jurisprudence antérieure. Cette dualité de sanctions – dommages et intérêts fondés sur la responsabilité civile délictuelle et annulation de l'acte fondée sur les vices du consentement – a pu être critiquée par une auteure, qui lui reproche son insuffisance dans certaines situations, qui ont surtout trait au contrat de vente¹³⁰¹. Au sein des relations de travail, les difficultés posées par la nullité relative de l'acte n'épuisent pas l'ensemble des situations dans lesquelles le devoir précontractuel d'information pourrait y être utilisé.

Section 2. LA COMMUNICATION PRÉCONTRACTUELLE DE L'INFORMATION DANS LES RELATIONS DE TRAVAIL

328. La question de l'utilisation du devoir précontractuel d'information dans les relations de travail est directement liée à l'influence que produit le nouvel article 1112-1 du Code civil en droit du travail. À l'instar de l'ensemble des mécanismes jusqu'alors présentés, l'article 1105 du Code civil impose la mise en œuvre du devoir précontractuel d'information dans l'ensemble

violation, le régime de la sanction pourrait suivre celui retenu par la chambre sociale de la Cour de cassation en matière de vice du consentement, à savoir le licenciement. Le juge opère ici un « déplacement de l'appréciation [du vice] de la conclusion à l'exécution du contrat de travail » : A.-L. MAZAUD, *Contrat de travail et droit commun. Essai de mesure*, préc., p. 523 et s. ; G. LOISEAU, « L'application de la théorie des vices du consentement au contrat de travail », in *Le contrat au début du XXI^e siècle*, Études J. GHESTIN, Paris, LGDJ, 2001, p. 579 et s. En effet, le mécanisme de la nullité sanctionne le défaut de validité du contrat au moment de sa formation, alors que le licenciement sanctionne la mauvaise exécution du contrat de travail. L'objectif poursuivi par ce déplacement est la protection du salarié par l'interdiction faite à l'employeur de contourner les dispositions d'ordre public relatives au licenciement par la mobilisation du droit des vices du consentement (V. not. A.-L. MAZAUD, *op. cit.*, p. 526 et s. ; V. déjà, J.-C. JAVILLIER, « Une nouvelle illustration du conflit des logiques (droit à l'emploi et droit des obligations) : « normalisation » du licenciement et sauvegarde des pouvoirs du chef d'entreprise », in *Tendances du droit du travail français contemporain*, Paris, Dalloz, 1978, p. 112 et s. ; J. PELISSIER, « Droit civil et contrat individuel de travail », préc. ; J. MOULY, « Des rapports entre la réticence dolosive et l'erreur inexcusable », préc. ; Ch. RADÉ, « L'autonomie du droit du licenciement », préc. ; « L'autonomie du droit du travail », préc., p. 403 et s. ; « Feu la résolution judiciaire du contrat de travail », *Dr. soc.* 2001. 624 ; A. POUSSON, « Contrat individuel de travail et droit commun des contrats – influences croisées », préc.). Par exemple, Soc., 25 nov. 2015, n° 14-21.521, *Dr. soc.* 2016. 9, chron. S. TOURNAUX, qui reconnaît l'existence d'un dol commis par un aspirant salarié, dispose que « la Cour d'appel [...] a fait ressort l'existence de manœuvres dolosives pouvant justifier un licenciement ».

¹³⁰¹ M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, préc., p. 507 et s. L'auteure donne l'exemple d'une entreprise qui procède à l'acquisition de nouveaux ordinateurs pour son service de paie. La publicité indiquait effectivement que le vendeur s'engageait à intervenir dans la journée en cas de panne du matériel informatique. Cependant, si le vendeur nie toute valeur contractuelle à la publicité et que les ordinateurs tombent en panne le jour de l'établissement des fiches de paie, l'octroi de dommages et intérêts ne présente qu'un intérêt minime pour l'acheteur, tandis que l'annulation de la vente ne lui sera d'aucune utilité. L'auteure propose alors une troisième sanction, à savoir « l'effet obligatoire de l'information ». L'objectif est de contraindre celui qui, par la communication d'une information erronée, a poussé une personne à contracter avec lui, à exécuter le contrat conformément aux informations communiquées. L'information, bien que fausse, entre alors dans le champ contractuel et le contrat doit être exécuté en en tenant compte.

de la matière, que ce soit sur le fondement du principe de comblement des lacunes¹³⁰² ou sur celui de la cohabitation des règles spéciales et générales¹³⁰³. À cet égard, le devoir précontractuel d'information participe à la production de l'influence minimale contrainte et contribue, à son échelle, à en augmenter l'intensité¹³⁰⁴.

Pour autant, selon nous, la principale source de son influence dans les frontières travaillistes n'est pas à chercher dans l'impérativité de l'article 1105 du Code civil, ni dans un raisonnement de pur droit. Elle ne peut être découverte, en effet, qu'au terme d'une analyse plus subjective, relative au droit du travail et à l'objectif qui a d'abord poussé à sa création, puis à son développement : la protection de la partie faible¹³⁰⁵, à savoir le salarié ou ses représentants. Dès lors, si, comme le prévoyait le projet d'ordonnance publié le 25 février 2015, aucune disposition n'imposait le recours au droit commun des contrats au sein des droits spéciaux¹³⁰⁶, il nous semble le devoir précontractuel d'information – tout comme la violence pour abus de l'état de dépendance et le contrat d'adhésion – serait volontairement mobilisé par certains acteurs des relations de travail, dans l'optique de réduire le déséquilibre de puissance informationnelle qui y est inhérent. La source première dont il est question est ainsi l'attractivité que possède le mécanisme pour le droit du travail. Pour cette raison, il contribue à la production de l'influence minimale accueillie en droit du travail. Cette attractivité, bien que nuancée par le caractère inapproprié de la nullité relative prévue par l'article 1112-1, alinéa 5, du Code civil, demeure perceptible, aussi bien dans les relations individuelles (§1) que collectives (§2) du travail.

§1. LE DEVOIR PRÉCONTRACTUEL D'INFORMATION DANS LES RELATIONS INDIVIDUELLES DE TRAVAIL

¹³⁰² Dans l'ensemble des hypothèses dans lesquelles le Code du travail ne prévoit aucun devoir d'information.

¹³⁰³ Au sujet de la cohabitation du devoir précontractuel d'information avec l'accord de méthode, V. *infra*, n° 358 et s.

¹³⁰⁴ V. *infra*, n° 381 et s.

¹³⁰⁵ V. *supra*, n° 2 et s.

¹³⁰⁶ Pour rappel, le projet d'ordonnance du 25 févr. 2015 avait, par inadvertance certainement, supprimé sans le remplacer l'ancien article 1107 du Code civil, qui régissait l'articulation des règles spéciales et générales. V. not. N. BLANC, « Contrats nommés et innomés, un article disparu ? », préc. ; N. BALAT, « Réforme du droit des contrats : et les conflits entre droit commun et droit spécial ? », préc.

329. L'emploi du devoir précontractuel d'information dans les relations individuelles du travail doit être apprécié à travers un double prisme. Nous énonçons en effet en préambule¹³⁰⁷ que la notion de « période précontractuelle » possède deux sens distincts : la phase qui précède la conclusion du contrat initial et la phase antérieure à la conclusion d'un nouvel acte entre les mêmes contractants. Aussi, l'existence d'un devoir précontractuel d'information peut d'abord être caractérisée en amont de la conclusion d'un contrat de travail (**A**), mais aussi au cours de l'exécution de celui-ci, lorsque les parties négocient un nouvel acte (**B**).

A. LE DEVOIR PRÉCONTRACTUEL D'INFORMATION DANS LA NÉGOCIATION DU CONTRAT DE TRAVAIL

330. L'étude qui précède a mis en exergue le fait que les sanctions du devoir précontractuel d'information peuvent se révéler inadaptées en droit du travail, et plus particulièrement au sein des relations individuelles. Cette inadaptation ne constitue cependant pas un obstacle insurmontable qui empêcherait définitivement de faire usage du nouvel article 1112-1 du Code civil. Il se peut, en effet, que la chambre sociale de la Cour de cassation vienne substituer à la sanction de la nullité celle du licenciement, comme elle en a déjà eu l'occasion en matière de dol¹³⁰⁸. Il demeure ainsi possible de déceler une utilité au devoir précontractuel d'information dans la formation du contrat de travail (**2**), quand bien même la législation travailliste, par le truchement de l'article L. 1221-6 du Code du travail, vient nettement en limiter l'intérêt (**1**).

1. *Les atteintes travaillistes*

331. Puisque la partie en situation de faiblesse n'y court pas de véritable risque, la phase de formation du contrat de travail est largement délaissée par le Code du travail. L'unique risque identifié est celui de la discrimination. Dans l'optique d'en protéger le candidat à l'embauche, il est fait interdiction au recruteur de procéder à la recherche de certaines informations personnelles. Le premier alinéa de l'article L. 1221-6 susmentionné dispose effectivement que « les informations demandées, sous quelque forme que ce soit, au candidat à un emploi ne

¹³⁰⁷ V. *supra*, n° 282.

¹³⁰⁸ V. not. Soc., 30 mars 1999, n° 96-42.912, préc., qui énonce, au visa de l'ancien article 1116 du Code civil, relatif au dol, que « pour décider que le licenciement de Mme. X... était fondé sur une cause réelle et sérieuse, l'arrêt relève que la salariée a manqué à son obligation de loyauté en ne fournissant pas à la société E... lors de son engagement en 1991, des informations exactes concernant ses diplômes ».

peuvent avoir comme finalité que d'apprécier sa capacité à occuper l'emploi proposé ou ses aptitudes professionnelles ». Il en résulte, en écho à l'article L. 1132-1 du Code du travail, l'interdiction de questionner le candidat sur des éléments qui n'entretiennent pas de lien avec la sphère professionnelle¹³⁰⁹. De surcroît, si le recruteur venait à outrepasser cette interdiction, le Code du travail octroie au candidat, au terme d'une lecture *a contrario* de son article L. 1221-6, alinéa 3, un droit à la « dissimulation » qui cantonne indubitablement son devoir précontractuel d'information **(a)**. Celui-ci connaît d'ailleurs une seconde limite, cette fois-ci propre au recruteur, sur lequel pèse, selon une jurisprudence constante¹³¹⁰, le devoir de se renseigner sur son futur cocontractant **(b)**.

a. Le droit à la dissimulation du candidat

332. En droit du travail, la notion de « dissimulation » est bien connue et se trouve expressément dans la législation aux articles L. 8221-1 à L. 8224-6, qui portent sur le travail dissimulé¹³¹¹. L'objet de ces dispositions est de lutter contre le travail illégal¹³¹², en interdisant à l'employeur de cacher l'embauche d'un salarié aux autorités administratives¹³¹³. Le droit à la dissimulation qui nous préoccupe ici n'entretient avec le délit de travail dissimulé qu'un lien sémantique. En effet, alors que les articles L. 8221-1 et suivants du Code du travail font notamment obstacle à la dissimulation d'une embauche à l'initiative de l'employeur, l'article

¹³⁰⁹ Ainsi, l'article L. 1225-1 du Code du travail énonce expressément que « l'employeur ne doit pas prendre en considération l'état de grossesse d'une femme pour refuser de l'embaucher, pour rompre son contrat de travail au cours d'une période d'essai ou, sous réserve d'une affectation temporaire réalisée dans le cadre des dispositions des articles L. 1225-7, L. 1225-9, L. 1225-12, pour prononcer une mutation d'emploi. Il lui est en conséquence interdit de rechercher ou de faire rechercher toutes informations concernant l'état de grossesse de l'intéressée ». Plus encore, l'article L. 1221-6 du Code du travail énonce que le candidat à l'emploi n'a pas à répondre aux questions portant sur la sphère extraprofessionnelle. À ce sujet, V. not. M.-A. PEANO, « *L'intuitu personae* dans le contrat de travail », *Dr. soc.* 1995. 129 ; A. LEPAGE, « La vie privée du salarié, une notion civiliste en droit du travail », *Dr. soc.* 2006. 364 ; S. TOURNAUX, « Le contrat de travail et les dérogations du droit commun des contrats », préc. ; E. LEMOINE, « Les principes civilistes dans le contrat de travail », préc. ; Ph. WAQUET, « Le juge et l'entreprise », préc. ; R. BERNARD-MENORET, V. FRAISSINIER-AMIOT, « Le contrôle de proportionnalité par le juge judiciaire en droit du travail », préc. ; K. ADOM, « Le dol dans la formation du contrat de travail », préc. ; Ch. RADÉ, « L'impact de la réforme du droit des contrats en droit du travail », préc. ; A. POUSSON, « Contrat individuel de travail et droit commun des contrats – influences croisées », préc. ; A. MAZEAUD, « Proportionnalité en droit social », préc.

¹³¹⁰ V. *infra*, n° 336 et s.

¹³¹¹ Titre II du livre II de la huitième partie du Code du travail.

¹³¹² Le livre II de la huitième partie du Code du travail s'intitule « lutte contre le travail illégal ».

¹³¹³ L'article L. 8221-5 du Code du travail définit la dissimulation de travail salarié comme le fait, pour un employeur, de se soustraire intentionnellement à l'accomplissement de la déclaration préalable à l'embauche

L. 1221-6 dudit code autorise le salarié à cacher certaines informations au cours de son processus d'embauche¹³¹⁴. Ainsi, l'auteur et l'objet de la dissimulation diffèrent.

333. Dans un travail de thèse consacré à la notion en droit pénal, la dissimulation a été définie comme « le fait, volontaire, de ne pas laisser apparaître la réalité d'une information ou d'une infraction, en la taisant ou en la transformant, dans le but de défendre des intérêts personnels, d'attenter aux intérêts d'autrui ou à l'intérêt public »¹³¹⁵. Cette définition sied parfaitement au cadre qui nous concerne ; lorsque le salarié ne divulgue pas une information personnelle à un recruteur, il tente de défendre ses intérêts afin de favoriser sa future embauche. Une espèce déjà mentionnée l'illustre parfaitement : un salarié a été licencié par une association pour avoir, selon les termes de la lettre de licenciement, « sérieusement omis de signaler une condamnation pénale avec sursis qui lui [a] été infligée » au cours de la période de formation de son contrat de travail¹³¹⁶. La chambre sociale de la Cour de cassation, à l'instar de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence avant elle¹³¹⁷ a débouté l'association de l'ensemble de ses prétentions, en considérant que « [le salarié] n'avait pas l'obligation de faire mention d'antécédents judiciaires », ce dont il résulte que « son silence n'avait pas de caractère dolosif » et que son licenciement était dépourvu de cause réelle et sérieuse. La solution s'explique par le fait que l'état du casier judiciaire d'une personne n'entre pas dans la catégorie des « informations

¹³¹⁴ En son dernier alinéa, l'article L. 1221-6 du Code du travail dispose que « le candidat est tenu de répondre de bonne foi à ces demandes d'informations ». Les informations en question sont celles qui « présentent un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou avec l'évaluation des aptitudes professionnelles » du salarié. Entendu *a contrario*, la disposition confère donc au candidat à l'embauche le droit de dissimuler des informations lorsqu'elles n'entrent pas dans la sphère professionnelle. Certaines informations sont toujours réputées être « professionnelles », comme celles ayant trait aux diplômes, à l'expérience professionnelle ou aux autorisations nécessaires à l'exercice de certains métiers réglementés (V. not. L. PECAUT-RIVOLIER, « Donner l'information : les obligations du salarié », *Dr. soc.* 2013. 13). D'autres informations, par contre, sont constamment exclues de la sphère professionnelle, comme par exemple l'existence d'un handicap (V. not. Soc., 21 sept. 2005, n° 03-44.855, *Dr. soc.* 2006. 106, obs. J. SAVATIER ; *D.* 2006. 204, obs. E. CHEVRIER ; *D.* 2006. 204, note G. LOISEAU ; *RTD civ.* 2006. 303, obs. J. MESTRE, B. FAGES ; *JCP* 2005. II. 10163, note J. MOULY ; Soc., 7 nov. 2006, n° 05-41.380, *RDT* 2007. 117, note M. VERICEL. V. ég. Th. HAAS, « La loyauté en droit du travail », *Justice et Cassation* 2014. 69 ; S. FANTONI-QUINTON, A.-M. LAFLAMME, « Garder le silence ou mentir sur son état de santé : quelles conséquences juridiques pour le candidat à l'embauche ? Une approche comparée France / Québec », préc.). Enfin, le caractère professionnel de certaines informations peut s'avérer incertain et, par conséquent, s'apprécier *in concreto*. L. PECAUT-RIVOLIER, *op. cit.*, en donne un exemple topique : lorsqu'un candidat postule à un poste de chauffeur routier, savoir s'il est titulaire du permis de conduire constitue, pour l'employeur, une information qui entretient un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé. Il est donc en mesure de questionner le candidat, qui ne sera pas autorisé à cacher l'information. À l'inverse, si le poste visé ne nécessite aucunement de conduire un véhicule, le fait de savoir si le candidat est – ou non – titulaire du permis de conduire ne constitue pas une information professionnelle. En conséquence, l'aspirant salarié sera en droit, s'il est questionné à ce sujet, de dissimuler l'information.

¹³¹⁵ M. CARRASCO-DAËRON, *La dissimulation en droit pénal*, Thèse, Toulouse 1, 2015.

¹³¹⁶ Soc., 25 avr. 1990, n° 86-44.148, *D.* 1991. 507, note J. MOULY ; *Dr. ouvr.* 1990. 393, note M. RICHEVAUX.

¹³¹⁷ Aix-en-Provence, 9^e ch. soc., 9 juill. 1986.

professionnelles ». Par conséquent, conformément à l'interprétation *a contrario* de l'article L. 1221-6, alinéa 3, du Code du travail, l'aspirant salarié n'est pas tenu de la communiquer. De surcroît, l'information revêtant un caractère « personnel » au candidat, le recruteur n'est pas autorisé à en tenir compte dans sa décision de (ne pas) l'embaucher¹³¹⁸.

334. Le candidat à l'embauche n'est donc tenu de communiquer que les informations qui présentent un lien avec le poste sollicité ou ses aptitudes professionnelles. Vis-à-vis de l'employeur, cette limite prévue par le Code du travail semble restreindre l'étendue – et, par-là, l'attractivité – du devoir précontractuel d'information au cours de la période de formation du contrat de travail. Il se peut néanmoins qu'elle soit en réalité sans effet. En effet, le droit à la dissimulation conféré par le Code du travail porte, nous l'avons mentionné, sur les informations étrangères au contrat de travail à conclure. Autrement formulé, et pour faire écho au vocabulaire employé par l'article 1112-1 du Code civil, l'information qui est susceptible d'être dissimulée est celle qui n'a « aucun lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties »¹³¹⁹. Dès lors, la limitation posée par la règle spéciale travailliste n'emporte pas la réduction du champ d'application du devoir précontractuel d'information ; à l'inverse, elle est tout à fait conforme à l'article 1112-1, alinéa 3, du Code civil. Le droit à la dissimulation des informations personnelles, qui bénéficie au salarié au cours de la phase de formation du contrat de travail, ne semble donc pas nuire à l'attrait du devoir précontractuel d'information en l'espèce.

335. Il se peut tout de même que le contexte travailliste vienne freiner la mise en œuvre de l'article 1112-1 du Code civil en amont de la conclusion du contrat de travail. En effet, en sus du droit à la dissimulation accordé à l'aspirant salarié, la jurisprudence sociale impose au recruteur un devoir de se renseigner, dont l'exécution est appréciée strictement.

b. Le devoir de renseignement du recruteur

336. Selon un courant de pensée représenté au premier chef par le professeur J. Mouly, l'existence d'un devoir précontractuel d'information est exclusive de celle d'un devoir de se

¹³¹⁸ Au risque de se rendre coupable de discrimination, selon l'article L. 1132-1 du Code du travail.

¹³¹⁹ Il existe toutefois une exception, puisque la chambre sociale de la Cour de cassation considère que le salarié dont le handicap est incompatible avec le poste proposé n'a pas à en communiquer l'existence au recruteur : Soc., 21 sept. 2005, n° 03-44.855, préc., cette information ne pouvant être recueillie que par le médecin du travail.

renseigner, et réciproquement¹³²⁰. Les deux devoirs ne peuvent coexister ; soit l'une des parties a le devoir d'informer l'autre, soit l'autre a le devoir de se renseigner¹³²¹. Pour l'auteur, il ne fait effectivement pas sens de sanctionner une partie pour le recel d'une information alors même que son cocontractant avait l'obligation de la rechercher par lui-même¹³²². Ce raisonnement, qui n'a pas unanimement convaincu la doctrine travailliste¹³²³, reçoit les faveurs de la chambre sociale de la Cour de cassation depuis un arrêt du 3 juillet 1990. En l'espèce, un employeur a sollicité auprès du Conseil de Prud'hommes la nullité d'un contrat de travail en raison d'une réticence commise par l'un de ses salariés au cours de la période de formation du contrat de travail. Celui-ci avait en effet caché, lors de son embauche, « que le 25 avril 1984 une société, dont il était président-directeur général, avait été mise en liquidation de biens ». Pour casser l'arrêt de la Cour d'appel, qui avait annulé le contrat de travail pour dol¹³²⁴, la chambre sociale retient que l'erreur commise par l'employeur – qui arguait du fait que l'information recelée par le salarié avait été déterminante de son consentement – était inexcusable, car des « investigations plus poussées [lui aurait] permis de découvrir que M. Z venait de déposer le bilan de cette société »¹³²⁵. Ainsi, la jurisprudence travailliste considère que le devoir de se renseigner dont l'employeur est débiteur libère le candidat à l'embauche de son devoir d'information. Par conséquent, son silence ne peut ni être qualifié de réticence dolosive, ni constituer une violation de son devoir précontractuel d'information.

337. L'incompatibilité des deux devoirs se conçoit aussi bien en droit du travail qu'en droit commun des contrats. Il ne s'agit en effet pas là d'une spécificité inhérente aux seules relations

¹³²⁰ J. MOULY, « Des rapports entre la réticence dolosive et l'erreur inexcusable », préc. ; « Une règle de nature à induire en erreur ; « la réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée », préc. ; « La réticence du salarié sur un empêchement à l'exécution du contrat », *D.* 2008. 1594. V. ég. ; J.-Y. FROUIN, « Le contrat de travail et les dérogations au droit commun des contrats », préc. ; G. LARDEUX, « La réticence dolosive n'est pas un dol comme les autres », préc. ; F. KHODRI-BENAMROUCHE, *Le Code civil dans les relations de travail*, préc., p. 402 et s. ; A.-L. MAZAUD, *Contrat de travail et droit commun. Essai de mesure*, préc., p. 109 et s. V. ég. Soc., 2 avr. 1996, n° 93-42.082, n° 93-42.084, préc.

¹³²¹ V. not. D. GALLOIS-COCHET, « L'avant-contrat », préc., p. 43.

¹³²² *Ibid.*

¹³²³ V. not. J. GHESTIN, « La réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée », préc. Selon l'auteur, qui assimile la réticence dolosive au dol actif, le caractère intentionnel inhérent à la qualification de réticence dolosive prévaut sur la faute de la victime qui s'est laissée tromper. V. ég. J. BETOULLE, *L'aspect « délictuel » du dol dans la formation du contrat. Illustration récente de la Cour de cassation en matière de vente d'immeuble*, Rapport annuel de la Cour de cassation 2001 : Études et documents, p. 259. D. MAZEAUD, note sous Civ., 3^e, 21 févr. 2001, n° 98-20.817, préc., *D.* 2001. 2704, abonde en ce sens en écrivant que « la faute commise par l'auteur du dol neutralise celle imputable à l'errans, lequel en dépit de son erreur inexcusable, pourra prétendre à l'annulation du contrat ».

¹³²⁴ Versailles, 5^e ch., 18 nov. 1986.

¹³²⁵ Soc., 3 juill. 1990, n° 87-40.349, préc.

de travail. Le traitement de cette incompatibilité varie cependant en fonction des branches du droit, car là où la troisième chambre civile de la Cour de cassation rejoint la position soutenue par le professeur J. Ghestin, en considérant qu'une « réticence dolosive, à la supposer établie, rend toujours excusable l'erreur provoquée »¹³²⁶, la chambre sociale estime, à l'inverse, que l'erreur de l'employeur est inexcusable s'il n'a pas satisfait avec suffisamment de diligence à son devoir de se renseigner par ses propres moyens.

L'obstacle travailliste à l'application du devoir précontractuel d'information à l'initiative de l'employeur dans le cadre de la formation du contrat de travail est donc à rechercher dans l'existence du devoir de se renseigner qui pèse sur ce dernier, mais aussi et surtout dans l'interprétation qui en est faite par la jurisprudence sociale. En effet, si la chambre sociale de la Cour de cassation s'était alignée sur la position retenue après elle par la troisième chambre civile, le silence gardé par un aspirant salarié sur une information qualifiée de professionnelle constituerait une violation de son devoir précontractuel d'information et, potentiellement, une réticence dolosive¹³²⁷. En faisant le choix, en lieu et place, de faire prévaloir le manque de diligence de l'employeur sur la dissimulation intentionnelle du candidat à l'embauche, la chambre sociale étend considérablement le champ de l'illégitimité de l'ignorance de l'employeur et, par-là, décharge le salarié de son devoir d'information. Elle a ainsi estimé qu'il appartient au recruteur de procéder à des recherches très poussées, au sujet de l'expérience professionnelle de l'aspirant salarié¹³²⁸ ou encore de l'existence des autorisations nécessaires pour exercer certains métiers¹³²⁹. Selon une auteure, la jurisprudence sociale « érige en postulat [que l'employeur] a les moyens nécessaires pour s'informer » sur le candidat à l'embauche et, qu'en conséquence, son ignorance révèle son manque d'investissement dans la recherche de l'information qui a déterminé son consentement¹³³⁰. Ainsi, là où l'erreur d'un

¹³²⁶ Civ., 3^e, 21 févr. 2001, n° 98-20.817, *op. cit.* V. not. Ch. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil*, préc., p. 279.

¹³²⁷ Si la rétention d'information a accouché d'un vice du consentement, conformément à l'article 1112-1, alinéa 5, du Code civil.

¹³²⁸ Soc., 3 juill. 1990, n° 87-40.349, préc. ; Soc., 30 mars 1999, n° 96-42.912, préc. ; Soc., 26 sept. 2002, n° 00-42.581, D. 2003. 1223, obs. I. OMARJEE ; JCP E 2002. 1754, obs. F. TAQUET, en vertu duquel la dissimulation, par une salariée embauchée en qualité de directrice d'un centre de loisir au cours d'un été, de sa « démission antérieure d'un poste similaire au sein d'un établissement » (I. OMARJEE, *op. cit.*), ne peut valablement justifier son licenciement.

¹³²⁹ Montpellier, 18 janv. 2000, RJS 5/2000, n° 492, cité par Y. AUBREE, « Formation du contrat de travail », *Rep. trav.* Dalloz, 2014, spé., n° 371. En l'espèce, un aspirant salarié a caché à son futur employeur le fait qu'il n'était pas inscrit à l'ordre des pharmaciens, inscription pourtant impérative à l'exercice du métier. Soc., 15 mai 2002, n° 00-41.730 censure l'arrêt d'appel, qui avait prononcé le licenciement du salarié pour faute grave.

¹³³⁰ A.-L. MAZAUD, *Contrat de travail et droit commun. Essai de mesure*, préc., p. 504.

contractant n'est considérée comme inexcusable que lorsque « sa victime aurait pu l'éviter et s'en est abstenue » en droit commun des contrats¹³³¹, le droit du travail obère toute nuance pour « apprécier avec sévérité »¹³³² l'ignorance de l'employeur. Cette sévérité, justifiée par la « position de force [dans laquelle] l'employeur est placé lors de l'entretien d'embauche »¹³³³ ne laisse finalement que peu de place pour envisager la sanction d'un aspirant salarié pour violation de son devoir précontractuel d'information. En effet, ce n'est que « lorsque l'information omise [...] est difficilement accessible [au recruteur], et qu'il n'a légitimement pas songé à interroger le salarié sur cet élément, parce qu'il lui était difficile de l'envisager, que le silence intentionnellement gardé par le salarié sur une circonstance qu'il savait déterminante du consentement de l'employeur pourra être regardé comme coupable »¹³³⁴. Ceci illustre avec acuité le fait que le devoir de renseignement du recruteur – et l'interprétation qui en est judiciairement faite – constitue un obstacle bien supérieur à la mobilisation du devoir précontractuel d'information que ne l'est le droit à la dissimulation de l'article L. 1221-6 du Code du travail. Tandis que ce dernier autorise le salarié à ne receler que des informations extérieures à la sphère professionnelle, la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation procède à l'extension de cette immunité, en considérant que le silence du candidat sur des informations appartenant au domaine professionnel ne peut être sanctionné si l'employeur n'a pas satisfait à son devoir de renseignement. Partant, puisque la réalisation dudit devoir n'est jamais – ou presque – judiciairement reconnue, nous rejoignons le constat dressé par le professeur Ch. Radé, selon lequel le devoir de se renseigner imposé à l'employeur – et son interprétation jurisprudentielle particulièrement stricte – risque « d'ôter tout intérêt à l'article 1112-1 du Code civil [en droit du travail] »¹³³⁵.

Néanmoins, à la vue de ce qui précède, il est possible, à notre sens, de faire preuve de moins de généralité. En effet, l'on peine à déceler dans quelles hypothèses un employeur pourrait soulever avec succès la violation du devoir précontractuel d'information d'un candidat au cours de la période qui a précédé la conclusion du contrat de travail. Au cours de cette seule période, et vis-à-vis de ce seul acteur, l'intérêt de l'article 1112-1 du Code civil est nul, ce qui

¹³³¹ *Ibid.*

¹³³² *Ibid.*

¹³³³ Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préc., p. 393.

¹³³⁴ *Ibid.*

¹³³⁵ Ch. RADÉ, « L'impact de la réforme du droit des contrats en droit du travail », préc. V. ég. S. BRISSY, « L'avant-projet de réforme du droit des obligations : une source d'évolution pour le droit du travail ? », *Dr. soc.* 2007. 8.

tend naturellement à relativiser l'intensité de l'influence minimale accueillie de la réforme du droit des contrats en droit du travail. Il demeure toutefois au moins un interstice dans lequel l'employeur peut encore se prévaloir d'une créance d'information¹³³⁶. De surcroît, les candidats à l'embauche, à l'instar des salariés ou de leurs représentants, conservent une faculté intacte de mobiliser le devoir précontractuel d'information à l'encontre de l'employeur. Aussi, l'article 1112-1 du Code civil ne perd pas totalement intérêt en droit du travail ; cette perte demeure cantonnée à la période qui précède la conclusion du contrat de travail et à l'égard du seul employeur.

338. Les spécificités inhérentes aux relations individuelles du travail – et notamment le devoir de renseignement imposé à l'employeur – réduisent l'intérêt que le droit du travail porte au devoir précontractuel d'information. Néanmoins, même au cours de la période de formation du contrat de travail, l'attrait dudit devoir n'est pas totalement anéanti.

2. Les intérêts du devoir précontractuel d'information dans la formation du contrat de travail

339. La mobilisation du devoir précontractuel d'information lors de la formation du contrat de travail se heurte ainsi à une double difficulté. La première – la nullité relative de l'acte – semble pouvoir être contournée par l'adaptation judiciaire de la sanction, tandis que la seconde – le devoir de se renseigner et son interprétation judiciaire – ne concerne qu'une des deux parties au contrat de travail, l'employeur¹³³⁷. Dès lors, rien ne paraît empêcher totalement la mise en œuvre de l'article 1112-1 du Code civil au cours de la phase antérieure à la conclusion dudit contrat. Néanmoins, les possibilités d'application, si elles existent, sont minces et dénuées de toute généralité. Cela s'explique aussi bien par les obstacles susmentionnés que par l'existence de règles spéciales travaillistes qui imposent un formalisme informatif aux contractants¹³³⁸ et qui, en conséquence, contribuent à réduire l'intérêt du devoir précontractuel d'information en

¹³³⁶ V. *infra*, n° 340 et s.

¹³³⁷ Qui, de toute manière, est fréquemment le seul titulaire de l'information et le débiteur du devoir précontractuel d'information.

¹³³⁸ V. not. G. LOISEAU, « Le contrat de travail dans la réforme du droit des contrats », préc. ; S. TOURNAUX, « Chronique d'actualité du régime juridique du contrat de travail », préc., « Le contrat de travail et les dérogations au droit commun des contrats », préc.

droit du travail¹³³⁹. Cet intérêt survit toutefois, aussi bien pour le recruteur que pour le futur salarié. Le premier se trouve en capacité de mobiliser l'article 1112-1 du Code civil lorsque l'aspirant salarié lui a dissimulé l'existence d'une clause de non-concurrence **(a)**. Il se pourrait également qu'il puisse en user dans l'ensemble des espèces dans lesquelles la chambre sociale de la Cour de cassation refuse de caractériser un vice du consentement **(b)**. Le second, quant à lui, semble avoir tout intérêt à employer le devoir précontractuel d'information pour contraindre l'employeur à lui communiquer l'ensemble des éléments essentiels du contrat de travail projeté **(c)**.

a. La communication de l'existence d'une clause de non-concurrence

340. En dépit du devoir de se renseigner qui lui est imposé, l'utilisation du devoir précontractuel d'information par celui qui embauche demeure envisageable dans une hypothèse particulière : celle dans laquelle le salarié nouvellement recruté n'a pas communiqué, avant la conclusion du contrat de travail, l'information selon laquelle il était soumis à une clause de non-concurrence à l'égard de son ancien employeur. Il est en effet incontestable que cette information entretient un « lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat »¹³⁴⁰ et entre dans le champ de l'article 1112-1 du Code civil. De là, son recel justifie la sanction du salarié, à condition que l'ignorance du recruteur puisse être qualifiée de légitime. En effet, de prime abord, le recruteur dispose de la faculté de prendre connaissance de cette information, quand bien même ne serait-il pas informé par le candidat. S'il est considéré que l'employeur dispose des moyens nécessaires pour s'informer sur les antécédents judiciaires ou professionnels de l'aspirant salarié¹³⁴¹, rien ne semble faire obstacle à ce qu'il parvienne à prendre connaissance de l'existence d'une clause de non-concurrence qui le lie à son ancien employeur¹³⁴². C'est d'ailleurs en ce sens que s'est prononcée la chambre commerciale de la Cour de cassation à la

¹³³⁹ À tout le moins au cours de la phase qui nous préoccupe actuellement, à savoir celle qui précède la conclusion du contrat de travail. Pour l'étude de l'influence du devoir précontractuel d'information lors de la négociation d'un acte postérieur à la conclusion du contrat de travail, V. *infra*, n° 350 et s.

¹³⁴⁰ Article 1112-1, alinéa 3, du Code civil.

¹³⁴¹ V. not. A.-L. MAZAUD, *Contrat de travail et droit commun. Essai de mesure*, préc., p. 504 ; Soc., 25 avr. 1990, n° 86-45.709, préc. ; Soc., 3 juill. 1990, n° 87-40.349, préc.

¹³⁴² L'on aperçoit ici la limite de l'interprétation stricte du devoir de renseignement imposé à l'employeur par la jurisprudence sociale. En effet, il est possible de se demander comment le nouvel employeur pourrait soupçonner l'existence d'une clause de non-concurrence si, par exemple, son salarié n'a pas fait mention de sa dernière expérience professionnelle sur son *curriculum vitae*. A.-L. MAZAUD, *ibid*, fait ainsi remarquer qu'il « est difficile pour l'employeur de procéder à des investigations concernant des éléments dont il n'avait aucune connaissance. Il ne peut être dans la capacité de poser toutes les questions « possibles et imaginables » relatives au candidat à l'embauche ».

fin du siècle dernier. Dans une espèce où une société a assigné l'un de ses anciens salariés et son nouvel employeur, respectivement pour violation de la clause de non-concurrence et concurrence déloyale, la Cour de cassation a jugé qu'ayant « énoncé que [le nouvel employeur], exerçant une activité exactement concurrentielle de [l'ancien employeur], qui a manifestement permis la violation de l'obligation souscrite par [le salarié] en intégrant celui-ci dans son activité, sans procéder à une quelconque vérification qu'imposait l'expérience professionnelle [du salarié], doit répondre sur le fondement quasi-délictuel du préjudice causé par l'auteur de la violation dont elle s'est rendu complice »¹³⁴³. Cet arrêt, qui confirme la position précédemment adoptée par la même chambre¹³⁴⁴, met à la charge du nouvel employeur l'obligation de se renseigner sur « la réalité de l'étendue de la liberté du salarié » qu'il entend recruter¹³⁴⁵, notamment lorsque « le marché professionnel dans lequel [il recrute] est étroit » car, dans cette hypothèse, l'information est facilement accessible¹³⁴⁶. Appliquée conformément à la situation de l'embauche d'un salarié, cette solution rend inexcusable l'erreur commise par un employeur qui a embauché un salarié lié à l'un de ses concurrents par une clause de non-concurrence, et ce même si le salarié s'est abstenu de mentionner l'état de ses engagements contractuels en amont de la conclusion du contrat. La porte du devoir précontractuel d'information se fermerait donc à nouveau sur l'employeur.

Cependant, la chambre commerciale de la Cour de cassation a depuis lors nuancé sa position. Si l'inertie totale du recruteur est toujours analysée comme une erreur inexcusable, il est désormais précisé qu'il appartient au créancier de la clause de non-concurrence, à savoir l'ancien employeur, de démontrer que le nouvel employeur a eu connaissance de l'existence de ladite clause¹³⁴⁷. En somme, la violation de la clause de non-concurrence par le recruteur doit être intentionnelle pour que ce dernier puisse être sanctionné. La recherche de cet élément moral signifie que l'ignorance du recruteur peut, sous certaines conditions¹³⁴⁸, être considérée comme

¹³⁴³ Com., 11 juill. 2000, n° 95-21.888.

¹³⁴⁴ Com., 27 janv. 1982, n° 80-14.175 ; Com., 7 févr. 1995, n° 93-14.569, *JCP* 1995. II. 22408, note Ph. LE TOURNEAU. Cet arrêt fait présumer la connaissance de la clause de non-concurrence par le nouvel employeur lorsque « celle-ci est habituelle dans le secteur professionnel en cause ».

¹³⁴⁵ Y. PICOD, Y. AUGUET, S. ROBINNE, « Obligation de non-concurrence », *Rep. travail*, Dalloz, 2018, spé., n° 120 et s.

¹³⁴⁶ Paris, 11 janv. 1989, *D.* 1989. 53. V. not. M. MALAURIE-VIGNAL, « Précisions sur les conditions nécessaires pour engager la responsabilité d'un employeur qui embauche un salarié lié par une clause de non-concurrence », *CCC* 2002. 59.

¹³⁴⁷ Par exemple, en prouvant que le nouvel employeur avait été prévenu par écrit de l'existence de la clause de non-concurrence : Paris, 20 févr. 1984, *D.* 1984. 444.

¹³⁴⁸ Le fait que le recruteur ait procédé à certaines recherches, demeurées infructueuses, qu'il n'ait pas été informé, par l'ancien employeur, le salarié ou le certificat de travail de celui-ci, de l'existence de la clause de non-

excusable. En effet, si la méconnaissance de l'existence de la clause était automatiquement considérée comme illégitime – solution que commande l'état de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation – le juge pourrait s'épargner la recherche du caractère intentionnel de sa violation car, dans tous les cas, le nouvel employeur ne pourrait reprocher au salarié de ne pas lui avoir communiqué l'information avant la conclusion du contrat de travail. Un arrêt rendu en 2001 illustre ce développement. Dans une affaire absolument similaire à celle décrite ci-dessus, la chambre commerciale, qui rejette les prétentions de l'ancien employeur, dispose qu'il « ne résulte ni des conclusions, ni de l'arrêt, qu'ait été discutée la question du caractère usuel des clauses de non-concurrence dans le secteur d'activité des sociétés en cause ; qu'en cet état des faits et moyens soumis à son appréciation et dès lors qu'elle a constaté que [l'ancien employeur] n'établissait pas la connaissance par [le nouvel employeur], quand elle a embauché [le salarié], d'une clause de non-concurrence liant celui-ci, cette preuve incombant à celui qui se prévaut de l'existence d'une telle clause, et que c'est seulement à la réception du contrat d'embauche et de la transaction adressés à sa demande par [l'ancien employeur] que [le nouvel employeur] a eu connaissance certaine de la clause de non-concurrence, la Cour d'appel [...] a pu statuer comme elle a fait »¹³⁴⁹.

341. La chambre commerciale de la Cour de cassation procède donc à une interprétation plus souple – et plus conforme à l'article 1112-1 du Code civil – de l'ignorance de l'employeur que ne le fait la chambre sociale, en considérant que la faute nécessaire pour le sanctionner ne peut découler de sa simple qualité d'« employeur avisé »¹³⁵⁰. L'ignorance de celui qui recrute un salarié pourtant tenu par une clause de non-concurrence est ainsi qualifiée d'excusable si tant est qu'il a tenté de prendre connaissance de cette information par ses propres recherches, restées infructueuses. La dissimulation, par l'aspirant salarié, de l'existence d'une clause de non-concurrence peut donc être sanctionnée sur le fondement du devoir précontractuel d'information, comme l'indique d'ailleurs le professeur G. Loiseau : « sans réserver l'obligation précontractuelle d'information à la seule protection des salariés, celle-ci pourrait être également mise à profit dans l'intérêt de l'employeur lorsque le salarié lui a dissimulé lors de l'embauche une donnée essentielle – comme l'existence d'une clause de non-concurrence

concurrence, qu'il parvienne à renverser la présomption de connaissance qui existe dans les secteurs d'activité dans lesquels la clause de non-concurrence est habituelle. V. M. MALAURIE-VIGNAL, « Précisions sur les conditions nécessaires pour engager la responsabilité d'un employeur qui embauche un salarié lié par une clause de non-concurrence », préc.

¹³⁴⁹ Com., 18 déc. 2001, n° 00-10.978, *D.* 2002. 644, obs. E. CHEVRIER ; *D.* 2003. 1029, obs. Y. PICOD.

¹³⁵⁰ E. CHEVRIER, obs. sous Com., 18 déc. 2001, n° 00-10.978, *ibid.*

[...] »¹³⁵¹. Il s'agit d'ailleurs à notre sens de l'unique hypothèse dans laquelle l'employeur peut opportunément se prévaloir de la violation du devoir précontractuel d'information. En effet, la mobilisation du mécanisme en lieu et place du droit des vices du consentement nous semble vouée à l'échec.

b. Le contournement de la conception atrophiante du dol de l'aspirant salarié

342. Il n'est pas hyperbolique d'écrire que la chambre sociale de la Cour de cassation retient du dol du candidat à l'embauche une conception particulièrement étriquée. Nombreuses sont en effet les situations dans lesquelles le juge social a exclu la qualification de dol alors même que l'ensemble des conditions imposées par le Code civil semblaient être réunies. Ainsi, les manœuvres par lesquelles un salarié qui, pour contourner le test graphologique réalisé par le recruteur, a fait rédiger sa lettre de motivation et son *curriculum vitae* par sa femme n'ont pas été qualifiées de dol¹³⁵², la chambre sociale estimant qu'il n'était pas « évident que la société n'aurait pas contracté si les manœuvres invoquées n'avaient pas existé ». De même, la candidate qui énonce dans son *curriculum vitae* qu'elle a occupé le poste « d'assistante de responsable de formation » au sein de l'entreprise Renault, alors qu'elle n'y a en fait réalisé qu'un stage de formation de 4 mois, ne commet pas de manœuvre dolosive¹³⁵³. Plus encore, celle qui dissimule, en amont de la conclusion du contrat de travail, le fait que son handicap est incompatible « avec l'exécution des tâches qu'elle devait accomplir »¹³⁵⁴ ne se rend pas coupable de dol¹³⁵⁵. Enfin, il a été jugé que ne peut être sanctionné le salarié qui, bien qu'ayant communiqué des renseignements inexacts au cours de son entretien d'embauche, disposait des compétences professionnelles suffisantes pour occuper le poste pour lequel il a été recruté¹³⁵⁶.

343. Le dol¹³⁵⁷ du candidat à l'embauche demeure ponctuellement reconnu¹³⁵⁸. Mme O. Guillemot, dans son travail de thèse consacré au mensonge du salarié, a établi une synthèse de

¹³⁵¹ G. LOISEAU, « Le contrat de travail dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats », préc.

¹³⁵² Soc., 5 oct. 1994, n° 93-43.615, préc.

¹³⁵³ Soc., 16 févr. 1999, n° 96-45.565, *Dr. soc.* 1999. 396, obs. B. GAURIAU ; *D.* 2000. 98, note Th. AUBERT-MONPEYSEN ; *RTD civ.* 1999. 419, obs. P.-Y. GAUTHIER ; *JCP E* 2000. 952, note C. PUIGELIER.

¹³⁵⁴ G. LOISEAU, « La neutralisation du dol du salarié », préc.

¹³⁵⁵ Soc., 21 sept. 2005, n° 03-44.855, préc.

¹³⁵⁶ Soc., 30 mars 1999, n° 96-42.912, préc. V. not. O. GUILLEMOT, *Le mensonge du salarié*, préc., pour qui « le fait justificatif du dol fautif en cas de mensonge simple est devenu l'incompétence du salarié ».

¹³⁵⁷ Entendu au sens large et recouvrant également la réticence dolosive.

¹³⁵⁸ V. not. Soc., 17 oct. 1995, n° 94-41.239, au sujet de la production de faux diplômes ; Soc., 5 déc. 2006, n° 05-44.825, à celui de la falsification d'un *curriculum vitae* dans l'optique de faire disparaître une expérience

la jurisprudence rendue en la matière par la chambre sociale de la Cour de cassation. Ainsi, lorsque l'aspirant salarié se rend coupable, lors du processus d'embauche, d'un « mensonge précontractuel simple »¹³⁵⁹, « la chambre sociale disqualifie le « dol » et l'affuble de la qualification de « faute » basée sur le manquement à l'obligation de loyauté, qui ne peut être sanctionné que s'il est avéré que le salarié n'avait pas les compétences effectives pour exercer les fonctions pour lesquelles il a été recruté »¹³⁶⁰. Tout regard à la compétence du salarié est rejeté en cas de mensonge caractérisé ; en cette circonstance, l'analyse du juge du travail porte sur le caractère déterminant dudit mensonge. S'il est établi, « la chambre sociale retient [...] un manquement à l'obligation de loyauté qui justifie le licenciement »¹³⁶¹. Apparaît ainsi le constat selon lequel, en droit du travail, l'objectif de protection du salarié a pris le pas sur la caractérisation du dol.

344. Tâchant « d'adoucir la rigueur des solutions qu'eût entraînée l'application des principes de droit commun en matière de nullité des contrats »¹³⁶², comme ce peut être le cas du dol, la chambre sociale de la Cour de cassation en retient une conception très limitante. L'on peut alors se demander si l'action tendant à faire constater la violation du devoir précontractuel d'information aurait plus de chance d'aboutir. Cette hypothèse, suggérée par le professeur G. Loiseau¹³⁶³, ne peut permettre à l'employeur de contourner totalement l'interprétation faite du dol par la chambre sociale de la Cour de cassation. En effet, le manquement au devoir précontractuel d'information se caractérise par la dissimulation d'une information, par une abstention et non pas par une manœuvre active. Ainsi, l'action fondée sur le nouvel article 1112-1 du Code civil ne pourrait être couronnée de succès que lorsque l'aspirant salarié a dissimulé une information au cours du processus de recrutement, et non pas lorsqu'il a réalisé des manœuvres dolosives, comme des mensonges ou des falsifications. Ainsi, au regard des

professionnelle au cours de laquelle la salariée s'est rendue coupable de détournements pour lesquels elle a été condamnée ; Soc., 25 nov. 2015, n° 14-21.521, préc., à propos du mensonge, réitéré à trois reprises, tendant à faire croire à l'existence d'une expérience professionnelle dans un domaine précis.

¹³⁵⁹ O. GUILLEMOT, *op. cit.*, p. 93.

¹³⁶⁰ *Ibid.* L'auteure démontre que la Cour de cassation tient également compte de la fonction exercée par le salarié. En effet, « certains salariés de l'encadrement, parce qu'ils sont « la manifestation de l'autorité de leur employeur », possèdent un statut particulier impliquant une fidélité plus contraignante (*ibid.* p. 451). V. ég. A. GARDIN, « Licenciement des cadres et exigence de loyauté », in C. MARRAUD, F. KESSLER, F. GÉA (dir.), *La rupture du contrat de travail en droits français et allemand*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2000, p. 129 et s. V. not. Lyon, 25 juin 2010, n° 09-6376.

¹³⁶¹ *Ibid.* p. 95.

¹³⁶² G.-P. QUÉTANT, J. VILLEBRUN, *Traité de la juridiction prud'homale*, Paris, LGDJ, 3^e éd., 1998, spé., n° 347.

¹³⁶³ G. LOISEAU, « Le contrat de travail dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats », préc.

exemples susmentionnés¹³⁶⁴, il n'y a guère que dans l'affaire qui a mené à l'arrêt du 21 septembre 2005 que l'employeur aurait réellement eu un intérêt à fonder son action sur la violation, par l'aspirant salarié, de son devoir précontractuel d'information. Cette limitation, additionnée au fait que l'information doit entretenir un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties¹³⁶⁵, conduit à penser que l'emploi de l'article 1112-1 du Code civil en lieu et place du dol ne devrait pas se révéler particulièrement efficace.

345. Ce constat doit être complété par une dernière remarque, qui pousse à relativiser plus encore l'intérêt du devoir précontractuel d'information en l'espèce : si la chambre sociale de la Cour de cassation a fait le choix de « neutraliser »¹³⁶⁶ le dol du candidat à l'embauche et, partant, de ne sanctionner celui-ci qu'en de très rares circonstances, il y a fort à parier qu'elle fera une interprétation identique du devoir précontractuel d'information, afin que l'employeur ne puisse pas contourner la jurisprudence relative au dol par le simple recours à une autre disposition du Code civil¹³⁶⁷. Si le licenciement du salarié coupable de manœuvres dolosives est reconnu comme étant dépourvu de cause réelle et sérieuse, il est certain que la solution sera la même sur celui du devoir précontractuel d'information. En la matière, la mobilisation du nouvel article 1112-1 du Code civil ne semble donc pas véritablement posséder d'avenir en droit du travail.

346. L'attrait que possède le devoir précontractuel d'information pour l'employeur paraît donc extrêmement limité et la technique ne présente pas de véritable intérêt afin de pallier à l'interprétation qui est faite du dol par la jurisprudence sociale. Ceci confirme à nouveau que le mécanisme sert avant tout à protéger l'intérêt du contractant placé en position de faiblesse. Ainsi, sur ce fondement, le salarié semble désormais être placé en mesure de reprocher à l'employeur de ne pas lui avoir communiqué l'ensemble des « éléments essentiels du contrat de travail ».

¹³⁶⁴ À savoir le fait de faire rédiger certains documents par une tierce personne afin de contourner un test, l'exagération d'une expérience professionnelle, la dissimulation de l'incompatibilité entre le poste visé et le handicap et le mensonge au cours de l'entretien d'embauche.

¹³⁶⁵ Ce qui tend à exclure la mobilisation du devoir précontractuel d'information dans certaines hypothèses, comme la dissimulation d'un antécédent judiciaire (Soc., 25 avr. 1990, n° 86-44.148, préc.) ou du placement d'une ancienne entreprise en liquidation judiciaire (Soc., 3 juill. 1990, n° 87-40.349, préc.). Ces informations, étrangères à la sphère professionnelle, ne peuvent en aucun cas entraîner la sanction du salarié qui les a recelées.

¹³⁶⁶ Selon l'expression de G. LOISEAU, « La neutralisation du dol du salarié », préc.

¹³⁶⁷ V. par exemple, Versailles, ch. 15, 31 mars 2021, n° 19/00111, préc.

c. La communication des éléments essentiels du contrat de travail

347. Dans la mesure où « l'employeur est souvent dans la posture de celui qui sait »¹³⁶⁸, il est le débiteur « naturel » du devoir précontractuel d'information en droit du travail. Aussi, le mécanisme de l'article 1112-1 du Code civil constitue un instrument utile lorsqu'au cours de la formation du contrat de travail, le recruteur a dissimulé certaines informations déterminantes pour le consentement du futur salarié. L'information du candidat à l'embauche revêt pourtant une importance toute particulière, car celui-ci ne dispose bien souvent pas de la faculté de négocier les termes du contrat de travail¹³⁶⁹. Dès lors, l'intérêt majeur du devoir précontractuel d'information, souligné par plusieurs membres de la doctrine travailliste¹³⁷⁰, est de contraindre l'employeur à respecter les obligations qui lui sont imposées par la directive du Conseil du 14 octobre 1991¹³⁷¹. En effet, tandis que l'article 2 de cette directive, intitulé « obligation d'information », dispose que l'employeur doit « porter à la connaissance du travailleur salarié [...] les éléments essentiels du contrat », l'article R. 1221-9 du Code du travail, qui en opère la transposition en droit interne, prévoit que « lors de l'embauche du salarié, l'employeur lui fournit une copie de la déclaration préalable à l'embauche ou de l'accusé de réception. Cette obligation de remise est considérée comme satisfaite dès lors que le salarié dispose d'un contrat de travail écrit, accompagné de la mention de l'organisme destinataire de la déclaration ». On constate cependant une asymétrie entre les éléments jugés « essentiels » par la directive¹³⁷² et les mentions qui doivent obligatoirement figurer dans une déclaration préalable à l'embauche¹³⁷³. Cette asymétrie a été renforcée par une réponse ministérielle du 25 avril 1994, au sein de laquelle le Ministre chargé du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle a énoncé que « la législation française [...] qui prévoit la délivrance au salarié du bulletin de paie et d'une copie de la déclaration préalable à l'embauche suffit à l'employeur pour respecter

¹³⁶⁸ S. TOURNAUX, « Chronique d'actualité du régime juridique du contrat de travail », préc.

¹³⁶⁹ G. LOISEAU, « La neutralisation du dol du salarié », préc. V. *infra*, n° 413 et s.

¹³⁷⁰ *Ibid.* V. ég. G. LOISEAU, « Le contrat de travail dans la réforme du droit des contrats », préc. ; A. LYON-CAEN, F. LOYSEAU DE GRANDMAISON, « L'impact de la réforme du droit des obligations sur le droit du travail », préc. ; Ch. RADÉ, « L'impact de la réforme du droit des contrats en droit du travail », préc.

¹³⁷¹ Directive n° 91/533/CEE du 14 oct. 1991.

¹³⁷² À savoir : l'identité des parties, le lieu de travail, la qualification et les fonctions, la date de début du contrat, la date du terme du contrat, la durée du congé payé, la durée des délais de préavis, la rémunération, la durée de travail journalière ou hebdomadaire, les conventions collectives applicables. Tous ces éléments ne peuvent pas automatiquement être considérés comme étant « déterminants » au sens de l'article 1112-1 du Code civil, ce caractère devant être apprécié *in concreto* : V. *supra*, n° 280, n° 291.

¹³⁷³ À savoir : dénomination sociale, adresse, code APE, numéro Siret de l'entreprise, coordonnées du service de santé au travail de l'employeur, nom, prénom, sexe, date et lieu de naissance et numéro de sécurité sociale du salarié, date d'embauche, nature, durée du contrat et de la période d'essai.

les obligations découlant de [la] directive communautaire »¹³⁷⁴. La réponse peut surprendre. En effet, les « éléments essentiels » mentionnés par l'article 2 de la directive doivent être communiqués au salarié avant la conclusion du contrat de travail. Il semble en effet impératif que le travailleur ait connaissance de la date de commencement du contrat, de son lieu de travail ou encore de ses fonctions avant de prendre possession de son poste. Pourtant, on s'aperçoit que le premier document mentionné par le Ministre – le bulletin de paie – est remis au salarié postérieurement à son embauche, tandis que le second – copie de la déclaration préalable à l'embauche – ne contient de loin pas l'ensemble des informations essentielles listées par la directive du Conseil. L'obligation imposée par le droit communautaire n'est ainsi que très partiellement respectée par notre droit du travail.

348. Partant de ce constat, il apparaît que la mobilisation du nouvel article 1112-1 du Code civil par le salarié permettrait de passer outre les largesses volontaires de la transposition interne de la directive pour en imposer la stricte application. Les informations qualifiées d'« essentielles » entretiennent effectivement un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat du contrat ou la qualité des parties qui y prennent part. De surcroît, nous avons démontré qu'à condition de s'être montré actif dans la recherche de ces informations¹³⁷⁵, l'ignorance de l'aspirant salarié doit être considérée comme légitime. De ce fait, s'il est prouvé que l'employeur n'a pas communiqué certaines de ces informations, le salarié nouvellement recruté pourrait invoquer avec succès la violation du devoir précontractuel d'information et, par-là, engager la responsabilité civile délictuelle de son employeur.

Il est néanmoins probable que le salarié prenne connaissance de l'information recelée au début de l'exécution du contrat de travail. Dès lors, au lieu d'intenter une action en justice fondée sur l'inexécution du devoir précontractuel d'information, il dispose de la possibilité de rompre son contrat de travail au cours de la période d'essai qui y a été stipulée¹³⁷⁶. Par ce biais, il s'épargnerait l'attente et le coût inhérents à une longue procédure judiciaire tout en résiliant le contrat sans avoir à fournir de motif¹³⁷⁷. L'on pourrait alors penser – à tort à notre sens – que le mécanisme de la période d'essai nuise à l'intérêt de l'article 1112-1 du Code civil en droit du

¹³⁷⁴ <https://archives.assemblee-nationale.fr/10/qst/10-qst-1994-04-25.pdf>, p. 119. Sur ce sujet, V. not. G. LOISEAU, « Le contrat de travail dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats », préc.

¹³⁷⁵ En posant des questions lors de l'entretien préalable à l'embauche. V. *supra*, n° 300.

¹³⁷⁶ Ch. RADÉ, « L'impact de la réforme du droit des contrats en droit du travail », préc.

¹³⁷⁷ *Ibid.*

travail. À l'inverse, en effet, il se peut que le travailleur agisse en justice postérieurement à la rupture du contrat de travail intervenue au cours de la période d'essai¹³⁷⁸. Dans cette situation, l'obstacle constitué par la sanction de la nullité ne pose plus aucune difficulté, puisque le contrat de travail est d'ores et déjà rompu. En application de l'adage « rupture sur rupture ne vaut », l'incompatibilité caractérisée entre le contrat de travail et l'effet rétroactif de la nullité ne constitue donc plus une barrière à la mobilisation du devoir précontractuel d'information.

Qu'en est-il lorsqu'aucune période d'essai n'a été stipulée¹³⁷⁹ ou que son terme est déjà intervenu au moment où le salarié découvre la dissimulation commise par l'employeur¹³⁸⁰ ? Dans ces hypothèses, l'article 1112-1 du Code civil pousse le salarié à agir en justice au cours de l'exécution du contrat de travail. Le professeur G.-H. Camerlynck a cependant fait remarquer au milieu des années 1950 qu'en raison des représailles qu'ils pourraient subir, les salariés n'agissent bien souvent en justice qu'après la rupture de leur contrat de travail¹³⁸¹. Deux conclusions peuvent être tirées de ce constat : soit le salarié souhaite rompre son contrat de travail, par le biais de la démission, de la rupture conventionnelle¹³⁸², de la résiliation judiciaire¹³⁸³ ou de la prise d'acte de rupture du contrat de travail¹³⁸⁴ et soulève, à ce moment-là ou postérieurement, la violation du devoir précontractuel d'information ; soit il poursuit l'exécution dudit contrat et le mécanisme de l'article 1112-1 du Code civil perd fortement de son attrait, car le salarié hésitera à en faire usage. Son intérêt théorique – imposer le respect des dispositions de l'article 2 de la directive du Conseil du 14 octobre 1991 – risque donc de se heurter à la réalité des techniques contractuelles et de la psychologie des salariés.

349. Nous parvenons ainsi à la conclusion selon laquelle l'influence exercée par le devoir précontractuel d'information en droit du travail – et, également, sa contribution à la production

¹³⁷⁸ G. LOISEAU, « Le contrat de travail dans la réforme du droit des contrats », préc.

¹³⁷⁹ L'article L. 1221-23 du Code du travail dispose que « la période d'essai et la possibilité de la renouveler ne se présument pas. Elles sont expressément stipulées dans la lettre d'engagement ou le contrat de travail ». V. ég. Soc., 13 juin 2012, n° 11-10.645.

¹³⁸⁰ Notamment dans un contrat à durée déterminée de courte durée. En effet, les articles L. 1242-10 et s. du Code du travail prévoient que la durée de la période d'essai stipulée au sein d'un contrat à durée déterminée ne peut dépasser un jour par semaine de travail prévue, dans la limite de deux semaines pour l'ensemble des contrats dont la durée n'excède pas six mois et dans celle d'un mois si la durée l'excède.

¹³⁸¹ G.-H. CAMERLYNCK, « L'autonomie du droit du travail », préc.

¹³⁸² À laquelle l'employeur peut s'opposer.

¹³⁸³ Qui présente l'inconvénient d'emporter la poursuite de la relation de travail tout au long de l'instance. V. not. Soc., 15 mai 2007, n° 04-43.663.

¹³⁸⁴ Qui entraîne la rupture immédiate du contrat de travail. V. not. Soc., 19 janv. 2005, n° 03-45.018, préc. ; Soc., 30 juin 2010, n° 09-41.456, *JCP S* 2010. 1398, note F. DUMONT. V. not. L. PECAUT-RIVOLIER, « Prise d'acte et résiliation judiciaire », *Dr. soc.* 2012. 29.

d'une influence minimale accueillie – est minime, si l'on s'en tient à la seule période de formation du contrat de travail. Sa mobilisation par l'employeur est en effet grandement mise à mal par la chambre sociale de la Cour de cassation, qui apprécie son ignorance avec intransigeance. Son utilité pour le salarié, bien que certaine, peut pêcher par opportunité, à moins que le contrat de travail soit rapidement rompu. Il n'est cependant pas encore envisageable de tirer une conclusion définitive sur son influence en droit du travail, puisque l'emploi de l'article 1112-1 du Code civil peut aussi s'envisager au cours de l'exécution du contrat de travail.

B. LE DEVOIR PRÉCONTRACTUEL D'INFORMATION DANS LA NÉGOCIATION D'UN ACTE POSTÉRIEUR AU CONTRAT DE TRAVAIL

350. La notion de « période contractuelle » possède, comme nous l'avons mentionné¹³⁸⁵, un second sens, dont la perception est moins intuitive. Postérieurement à la formation du contrat de travail, les deux parties peuvent exprimer la volonté de conclure un nouvel acte juridique, dont la forme peut être très variable. Dans ce cas, les contractants se situent à la fois dans la phase d'exécution du contrat de travail et dans la phase de formation de ce nouvel acte. Au cours de celle-ci, l'article 1112-1 du Code civil et l'ensemble du droit commun des contrats trouvent évidemment à s'appliquer.

Néanmoins, avant d'étudier le cas dans lequel le devoir précontractuel d'information pourrait pertinemment être appliqué, il convient ici d'exclure deux hypothèses de recherche, vis-à-vis desquelles ledit devoir ne peut à notre sens être mobilisé. La première renvoie à la situation particulière de l'information relative à la fiscalité des indemnités versées par l'employeur. Nous faisons ci-dessus¹³⁸⁶ état d'une série d'arrêts qui attribuait à l'employeur le devoir d'informer les salariés sur le statut fiscal de l'indemnité de « départ négocié »¹³⁸⁷. Ce courant jurisprudentiel se justifiait notamment par le fait qu'à cette période, cette indemnité « [n'avait] pas encore de statut fiscal bien déterminé »¹³⁸⁸. L'information ne pouvait donc être considérée comme étant aisément accessible et, subséquemment, l'ignorance des salariés était

¹³⁸⁵ V. *supra*, n° 282.

¹³⁸⁶ V. *supra*, n° 173.

¹³⁸⁷ Soc., 2 avr. 1996, n° 93-42.082, n° 93-42.084, préc. ; Soc., 16 oct. 1996, n° 94-44.821 ; Soc., 23 juin 1998, n° 96-41.953.

¹³⁸⁸ Ch. WILLMANN, « Obligation d'information et responsabilité civile de l'employeur », préc.

jugée légitime. Depuis lors, cependant, le statut fiscal dont il est question a fait l'objet de précisions et l'indemnité versée suite à un départ négocié est soustraite à l'imposition sur le revenu « à hauteur du montant de l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement »¹³⁸⁹ et dans l'unique mesure où la rupture du contrat de travail intervient effectivement pour motif économique et ne constitue pas en réalité une rupture pour motif personnel déguisée¹³⁹⁰. Aujourd'hui, il est ainsi particulièrement aisé de prendre connaissance de cette information, qui est d'ailleurs relayée par le site officiel de l'administration française¹³⁹¹. Sauf à faire une interprétation laxiste de la légitimité de son ignorance, il paraît donc peu probable, désormais, qu'un salarié qui reproche à son employeur de ne pas l'avoir informé sur le régime fiscal de l'indemnité de départ négocié qu'il a perçue obtienne gain de cause, car l'accessibilité de l'information le place dans la position de « celui qui n'avait pas le droit d'ignorer ».

La seconde renvoie à la conclusion, postérieurement à la rupture du contrat de travail, d'une transaction entre les deux parties. En effet, l'acte transactionnel n'impose à l'employeur la communication d'aucune information particulière à son cocontractant ; sa validité est conditionnée, sur la forme, par sa signature et sa datation¹³⁹² et, sur le fond, par la licéité de son contenu¹³⁹³, l'expression de consentements non viciés, l'existence d'un litige¹³⁹⁴ et de concessions réciproques¹³⁹⁵ et, enfin, qu'il soit conclu postérieurement à la rupture du contrat de travail¹³⁹⁶. L'étude de la jurisprudence relative au consentement du salarié dans le cadre de la conclusion d'une transaction fait état de certaines annulations de l'acte en raison de la commission, par l'employeur, d'un dol actif¹³⁹⁷. Cependant, dans la mesure où ce dernier n'est pas impérativement tenu de communiquer une information spécifique à son ancien subordonné

¹³⁸⁹ Instr. min, 5F 12-87, BOI, 5 févr. 1987.

¹³⁹⁰ Ch. WILLMANN, *op. cit.*

¹³⁹¹ <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F408>.

¹³⁹² La transaction non datée est nulle : V. not. Versailles, 24 janv. 2003, *RJS* 5/2003, n° 694.

¹³⁹³ Article 1128, 3°, du Code civil.

¹³⁹⁴ La transaction, selon l'article 2044 du Code civil, est définie comme « un contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître ». Partant, en l'absence de tout litige, il n'y a pas de transaction : V. not. G. VACHET, « Transaction », *Rep. trav.*, Dalloz, 2007, spé., n° 29.

¹³⁹⁵ L'existence de concessions réciproques est l'une des conditions de validité de la transaction : V. not. Soc., 8 juill. 1992, n° 88-42.995.

¹³⁹⁶ V. not. Soc., 24 janv. 2007, n° 05-42.135, *D.* 2007. 2261, obs. M.-C. AMAUGER-LATTES, I. DESBARATS, B. LARDY-PÉLISSIER, J. PÉLISSIER, B. REYNÈS ; *JCP S* 2007. 1187, note L. DRAI.

¹³⁹⁷ V. not. Soc., 19 mars 1980, n° 78-40.213 ; Soc., 7 juin 1995, n° 91-44.294.

en amont de ladite conclusion¹³⁹⁸, le recours au devoir précontractuel d'information serait, en l'espèce, absolument stérile.

351. Parmi les multiples débats¹³⁹⁹ qui ont accompagné les dernières réformes d'ampleur du Code du travail¹⁴⁰⁰, l'on en retrouve un qui se rattache directement à cette thématique¹⁴⁰¹. Classiquement, la rupture économique du contrat de travail s'effectue par le biais d'un licenciement¹⁴⁰². La rupture unilatérale n'est cependant pas l'unique voie qui est ouverte à

¹³⁹⁸ Puisque les éléments relatifs à la fiscalité des sommes payées au salarié ne peuvent plus constituer une violation du devoir précontractuel d'information : V. ci-dessus. V. ég. Soc., 7 juin 1995, n° 91-44.294, *ibid*.

¹³⁹⁹ Que l'on pense à la place accordée à l'accord d'entreprise dans la hiérarchie des normes conventionnelles (V. not. F. FAVENNEC-HERY, « La négociation collective dans le droit de la durée du travail », *Dr. soc.* 2016. 892 ; « Ordonnancement des conventions collectives entre elles : panorama des cas de concours et des règles d'articulation », *BJT* 2020, p. 58 ; L. MARQUET DE VASSELLOT, A. MARTINON, « Les apports de la loi du 8 août 2016 en matière de durée du travail », *JCP S* 2016. 1294 ; « L'ordre public conventionnel », *JCP S* 2017. 1128 ; A. BUGADA, « L'articulation des dispositions de branche et d'entreprise : le Rubik's cube conventionnel », *JCP S* 2018. 1056 ; B. GAURIAU, « L'articulation des conventions collectives de groupe, d'entreprise et d'établissement », *JCP G* 2017. 453 ; G. SOETEMOND, « Une hiérarchie bousculée », *Cah. soc.* 2017, p. 43 ; F. PETIT, « Négociation collective : la volonté d'encadrer et d'orienter la liberté contractuelle des partenaires sociaux », *Gaz. Pal.* 11 oct. 2016, p. 68 ; C. BERLAUD, « Articulation entre l'accord de branche et l'accord d'entreprise », *Gaz. Pal.* 7 mars 2017, p. 40 ; G. LOISEAU, A. MARTINON, « Deux satellites de l'accord d'entreprise », *Cah. soc.* 2017, p. 268 ; G. VACHET, « Quel champ d'application pour l'accord d'entreprise ? », *Cah. soc.* 2016, p. 500 ; F. GEA, « Contre l'autonomie de l'accord d'entreprise », *préc.* ; P. ADAM, « L'accord de branche », *préc.* ; P.-H. ANTONMATTEI, « L'irrésistible ascension de l'accord d'entreprise », *préc.* ; « La primauté de l'accord d'entreprise », *préc.* ; G. AUZERO, « Conventions d'entreprise et conventions de branches », *préc.* ; P.-Y. VERKINDT, « Ankylose et inflammation. À propos de l'articulation des normes en droit du travail », *préc.*) ou à la mise en œuvre de la négociation collective dans les entreprises qui emploient régulièrement moins de 11 salariés, voire moins de 20 si elle n'est pas dotée de Comité Social et Économique (V. not. F. BERGERON CANUT, « La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux », *Dr. soc.* 2017. 1033 ; « Référendum de validation de certains accords collectifs : censure partielle de la loi Travail », *Cah. soc.* 2017, p. 29 ; F. PETIT, « Le référendum en entreprise comme voie de secours », *Dr. soc.* 2016. 903 ; P. LOKIEC, « Démocratie représentative et démocratie directe », *Dr. soc.* 2019. 201 ; V. COHEN-DONSIMONI, « Le référendum comme mode de validation d'un accord collectif », *Dr. soc.* 2018. 422 ; N. LAFFUE, « Le référendum dans l'entreprise », *Dr. soc.* 2018. 428 ; A. TEISSIER, « Validation de la négociation collective par référendum dans les TPE », *JCP S* 2019. 1151 ; A. SERVOUZE-MERCIER, S. MAYOUX, « Les ordonnances Macron révolutionnent-elles l'art de négocier dans l'entreprise ? », *JCP S* 2018. 1182 ; A. FABRE, P. SAMPIETRO, « L'accord référendaire dans les TPE », *BJT* 2019, p. 53 ; Y. LEROY, « La négociation collective sans négociation : coup de maître ou hérésie ? », *préc.* ; L. ALUOME, V. ARMILLEI, « La négociation collective des accords de substitution en l'absence de délégué syndical », *préc.* ; J. ICARD, « Négociation collective et petite entreprise », *préc.*).

¹⁴⁰⁰ Principalement la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, *préc.*, et les ordonnances du 22 sept. 2017, *préc.*

¹⁴⁰¹ Et plus précisément l'élargissement de la définition des difficultés économiques : V. not. G. COUTURIER, « Le droit du licenciement économique », *Dr. soc.* 2018. 17 ; F. GEA, « Réforme 2017. L'hypothèse de la création artificielle de difficultés économiques », *RDT* 2017. 793 ; « Un nouveau droit du licenciement économique ? », *RDT* 2017. 636 ; J.-Y. FROUIN, « Le recul du juge en droit du travail », *RDT* 2020. 18 ; O. LECLERC ; A. GUAMAN HERNANDEZ, « Les mutations du motif économique de licenciement », *RDT* 2016. 398 ; P. MORVAN, « Définition des difficultés économiques », *JCP S* 2022. 1184 ; S. BEAL, C. TERRENOIRE, « Le motif économique et le groupe. Définition après les ordonnances n° 2017-1387 et n° 2017-1718 des 22 septembre et 20 décembre 2017 », *JCP E* 2018. 1059 ; F. TAQUET, « Appréciation des difficultés économiques d'une entreprise », *Rev. proc. coll.* 2018. 154 ; A. SAURET, « La loi Travail élargit la définition du motif économique de licenciement », *Gaz. Pal.* 7 mars 2017, p. 66 ; J.-P. POLLEUX, « La sécurisation des licenciements économiques », *préc.*

¹⁴⁰² Articles L. 1233-1 et s. du Code du travail.

l'employeur dans l'optique de mettre fin à une relation de travail pour motif économique. En effet, à condition de respecter le régime prévu par les articles L. 1233-1 et suivants du Code du travail, le contrat peut être rompu par le recours à la rupture conventionnelle¹⁴⁰³. La chambre sociale de la Cour de cassation énonce en effet que « les ruptures conventionnelles qui ont une cause économique [...] doivent être prises en compte pour déterminer la procédure d'information et de consultation des représentants du personnel applicable ainsi que les obligations de l'employeur en matière de plan de sauvegarde de l'emploi »¹⁴⁰⁴. Ainsi, l'employeur qui procède à dix ruptures conventionnelles pour motif économique sur une même période de trente jours se trouve dans l'obligation, conformément à l'article L. 1233-61 du Code du travail, de rédiger et mettre en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi¹⁴⁰⁵.

352. Au sein des relations individuelles de travail et postérieurement à la conclusion du contrat de travail, la rupture conventionnelle pour motif économique constitue l'un des terreaux majeurs de l'application du devoir précontractuel d'information. S'il est des hypothèses dans lesquelles l'utilisation de ce dernier protège l'employeur¹⁴⁰⁶, sa mobilisation, en l'espèce, ne sert que les intérêts du salarié. En effet, les deux décisions susmentionnées imposent à l'employeur « d'informer les salariés destinataires de l'offre de rupture [des motifs économiques qui la justifient] »¹⁴⁰⁷. Autrement formulé, l'employeur ne peut cacher au salarié le motif économique sur lequel repose la rupture du contrat de travail projetée¹⁴⁰⁸. La transmission de cette information contribue doublement à la protection du salarié. Tout d'abord, l'employeur qui la dissimule se rend coupable d'un « détournement des règles de la procédure pour licenciement économique »¹⁴⁰⁹. Ce détournement est sanctionné par la nullité des ruptures conventionnelles conclues¹⁴¹⁰. En plus d'assurer l'application des mesures protectrices du Code du travail, la communication de l'information relative au motif économique de la rupture conventionnelle envisagée poursuit un objectif plus subjectif, propre au salarié. Elle lui permet,

¹⁴⁰³ Soc., 9 mai 2011, n° 10-11.581, *Dr. soc.* 2011. 681, note G. LOISEAU ; *RDT* 2011. 226, rapp. J.-M. BERAUD ; *RDT* 2011. 244, obs. F. GÉA ; *D.* 2011. 886, obs. B. INES ; *D.* 2012. 901, obs. P. LOKIEC, J. PORTA ; *JCP S* 2011. 1200, note F. FAVENNEC-HERY ; *RJS* 2011. 347, note G. COUTURIER.

¹⁴⁰⁴ *Ibid.*

¹⁴⁰⁵ À condition que l'entreprise emploie au moins 50 salariés : V. not. Soc., 29 oct. 2013, n° 12-15.382, *RDT* 2013. 764, obs. Y. LEROY ; *D.* 2014. 1115, obs. P. LOKIEC, J. PORTA.

¹⁴⁰⁶ V. *supra*, n° 340 et s.

¹⁴⁰⁷ Y. PAGNERRE, « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », préc.

¹⁴⁰⁸ *Ibid.*

¹⁴⁰⁹ Qu'il s'agisse de règles de procédure (articles L. 1233-8 et s. du Code du travail), de l'indemnisation du salarié ou de l'intervention de l'administration (en cas de plan de sauvegarde de l'emploi : article L. 1233-57-1 du Code du travail).

¹⁴¹⁰ V. not. Soc., 29 oct. 2014, n° 13-11.542.

en effet, d'apprécier si l'acceptation de la rupture conventionnelle qui lui est proposée constitue, pour lui, l'option la plus avantageuse. Comme l'indique le professeur Y. Pagnerre, « l'information – que seul l'employeur détient – permet aux salariés de consentir à la rupture conventionnelle en connaissance de cause en négociant des mesures avantageuses ou de refuser la rupture au profit d'un probable licenciement pour motif économique » ¹⁴¹¹. Au-delà du respect des dispositions spéciales légales, la communication de l'information permet donc au salarié d'affiner sa propre stratégie.

353. L'on peut toutefois se demander si l'information ayant trait à la nature économique de la rupture conventionnelle proposée entre dans le champ de l'article 1112-1 du Code civil ou si, à l'inverse, elle concerne « l'estimation de la valeur de la prestation » ¹⁴¹². Si tel est le cas, elle serait exclue du devoir précontractuel d'information. Il semble évident que, prise dans sa facette subjective, l'information permet au salarié de prendre une décision qui concerne, notamment, un enjeu pécuniaire. À notre sens, son objet est néanmoins bien plus vaste. Il ne s'agit pas uniquement de permettre au salarié d'apprécier le montant des indemnités qu'il percevra s'il opte pour la rupture conventionnelle ou pour un licenciement pour motif économique, d'autant plus que l'article L. 1237-13, alinéa 1, du Code du travail dispose que « la convention de rupture définit les conditions de celle-ci, notamment le montant de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle qui ne peut pas être inférieur à celui de l'indemnité prévue à l'article L. 1234-9 ». En effet, le choix entre les deux modes de rupture, s'il peut dépendre de considérations financières, peut également être guidé par d'autres éléments, comme les mesures de reclassement ou des actions de formation qui favorisent le retour à l'emploi¹⁴¹³.

Ainsi, eu égard à l'étendue de son objet, au lien qu'elle entretient avec la rupture conventionnelle proposée et au fait qu'elle ne puisse que très difficilement être découverte par le salarié, il y a lieu de considérer que cette information entre pleinement dans le champ du devoir précontractuel d'information et doit être communiquée au salarié sur le fondement de l'article 1112-1 du Code civil. Sa dissimulation par l'employeur justifie donc le versement de

¹⁴¹¹ Y. PAGNERRE, « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », préc. V. ég. A. LYON-CAEN, F. LOYSEAU DE GRANDMAISON, « L'impact de la réforme du droit des obligations sur le droit du travail », préc.

¹⁴¹² Article 1112-1, alinéa 2, du Code civil.

¹⁴¹³ Ces deux mesures doivent impérativement figurer au sein d'un plan de sauvegarde de l'emploi, en application de l'article L. 1233-62 du Code du travail.

dommages et intérêts, mais aussi la nullité de la rupture pour réticence dolosive¹⁴¹⁴. À ce sujet toutefois, la nullité relative prévue par l'article 1112-1, alinéa 5, du Code civil fait doublon avec la jurisprudence sociale antérieure, qui, en amont de la réforme du droit des contrats, sanctionnait déjà l'existence d'un vice du consentement par la nullité d'une rupture conventionnelle¹⁴¹⁵.

354. Avec l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2017-1387¹⁴¹⁶, qui, entre autres, procède à la codification dans le Code du travail du mécanisme de la rupture conventionnelle collective¹⁴¹⁷, un nouveau questionnement a fait son apparition : le devoir précontractuel d'information s'applique-t-il dans les mêmes conditions à ce mécanisme ?

355. Pour prétendre à raisonner par analogie, il convient au préalable de déterminer si le mécanisme de la rupture conventionnelle collective peut – ou non – être justifié par un motif économique. En effet, si la rupture conventionnelle collective ne peut être fondée sur une telle cause, l'employeur n'aurait pas à informer les salariés du caractère économique de la rupture de leur contrat de travail. La lecture du Code du travail n'offre aucun élément de réponse. Par contre, le ministère du travail, dans l'une de ses « questions – réponses »¹⁴¹⁸, indique expressément que la rupture conventionnelle collective « n'a pas à être justifiée par un motif économique au sens de l'article L. 1233-3 »¹⁴¹⁹. Aux premiers abords, cette réponse ne tranche pas notre interrogation, car elle se contente d'indiquer que la caractérisation d'un motif économique n'est pas une condition de validité de la rupture conventionnelle collective. Toutefois, interprétée *a contrario*, elle laisse entendre que l'existence d'un tel motif n'empêche pas l'employeur de rompre les contrats de travail par ce biais, en lieu et place d'un licenciement. Le tribunal administratif de Cergy-Pontoise a d'ailleurs statué en ce sens, en considérant que « si les requérants soutiennent que les suppressions de poste envisagées dans le cadre de l'accord collectif reposent sur un motif économique, cette seule circonstance [...] n'était pas, en elle-même, de nature à imposer la mise en œuvre d'un plan de sauvegarde de l'emploi, dès

¹⁴¹⁴ Soc., 29 oct. 2014, n° 13-11.542, préc.

¹⁴¹⁵ V. not. Soc., 5 nov. 2014, n° 13-16.372, *JCP S* 2015. 1049, note D. CHENU ; Soc. 16 sept. 2015 n° 14-13.830, *Dr. soc.* 2015. 941, obs. D. CHENU. V. plus récemment Soc., 23 janv. 2019, n° 17-21.550, *Dr. soc.* 2019. 268, obs. J. MOULY ; D. 2019. 963, obs. P. LOKIEC, J. PORTA ; *RTD civ.* 2019. 321, obs. H. BARBIER.

¹⁴¹⁶ Ordonnance n° 2017-1387 du 22 sept. 2017, préc.

¹⁴¹⁷ Articles L. 1237-19 à L. 1237-19-14 du Code du travail.

¹⁴¹⁸ Questions – réponses sur la rupture conventionnelle collective du 19 avr. 2018 : <https://travail-emploi.gouv.fr/ministere/documentation-et-publications-officielles/guides/QR-RCC>.

¹⁴¹⁹ *Ibid*, p. 2.

lors que, conformément aux dispositions de l'article L. 1237-19 du Code du travail, il ressort des stipulations de l'accord collectif [...] que la direction de la société [...] a expressément pris l'engagement de ne procéder à aucun licenciement pendant une période de douze mois suivant les premiers départs réalisés en application du même accord ; que ce délai raisonnable est de nature à établir l'absence de contournement des règles relatives au licenciement pour motif économique »¹⁴²⁰. Ainsi, le fondement économique de la rupture conventionnelle collective ne fait pas, en lui-même, obstacle à sa validité¹⁴²¹. L'employeur qui connaît des difficultés économiques est donc en droit de conclure un accord de rupture conventionnelle collective, tant que celui-ci n'a pas pour objet de contourner l'application du droit du licenciement pour motif économique¹⁴²².

356. La rupture conventionnelle collective est donc susceptible d'être motivée par une cause économique. Dès lors, par induction amplifiante, il paraît envisageable d'étendre le raisonnement retenu en matière de rupture conventionnelle individuelle et, par-là, de considérer que le devoir précontractuel d'information peut pertinemment y jouer un rôle protecteur de l'intérêt des salariés. Encore faut-il que l'ignorance de ces derniers puisse être considérée comme légitime. Or, dans la mesure où la rupture conventionnelle collective fait l'objet de la conclusion d'un accord collectif, l'on pourrait estimer qu'est illégitime l'ignorance du salarié qui n'avait pas connaissance du caractère économique de la rupture de son contrat de travail. La seule lecture de l'accord serait en effet de nature à l'informer. Ce raisonnement ne peut toutefois convaincre, car les partenaires sociaux n'ont aucune obligation d'indiquer le motif sur lequel se fonde la rupture conventionnelle collective dans le préambule de l'accord collectif¹⁴²³. La consultation de l'accord collectif ne permet donc pas forcément au salarié de prendre connaissance de l'information recherchée. Dès lors, l'appréciation de son ignorance doit

¹⁴²⁰ TA Cergy-Pontoise, 16 oct. 2018, n° 1807099, *RDT* 2018. 762, obs. F. GEA ; *JCP S* 2018. 1381, obs. F. AKNIN.

¹⁴²¹ M. GADRAT, « De l'avantage du recours à la rupture conventionnelle collective », *Dr. soc.* 2019. 239, ainsi que F. GEA, *ibid*, mettent tous deux en avant le fait que si le juge administratif avait retenu la position contraire, il aurait gravement nuit à l'un des objectifs majeurs de la rupture conventionnelle collective. Celle-ci a en effet été créée dans le but, notamment, de sécuriser les plans de départ volontaire. Or, ces derniers sont fréquemment inclus dans un plan de sauvegarde de l'emploi et sont donc naturellement motivés par un motif économique.

¹⁴²² V. not. M. GADRAT, *ibid*.

¹⁴²³ L'article L. 1237-19-1 du Code du travail liste les mentions qui doivent obligatoirement figurer dans l'accord portant rupture conventionnelle collective. Le motif sur lequel les ruptures sont fondées n'en fait pas partie. Il n'en demeure pas moins que certains accords portant rupture conventionnelle collective y font expressément mention, comme l'indique G. LOISEAU, P. LOKIEC (dir.), *Les accords de rupture conventionnelle collective 2020*, Université Paris 1, 2020, p. 9 :

https://www.strategie.gouv.fr/sites/strategie.gouv.fr/files/atoms/files/rapport_sur_les_accords_de_rupture_conventionnelle_collective_2020.pdf.

nécessairement s'effectuer au cas par cas ; lorsque l'accord collectif indique clairement qu'il est conclu, par exemple, « pour répondre à des difficultés économiques liées à la pandémie de covid-19 », il peut être considéré que l'ignorance du salarié qui invoque l'inexécution de l'article 1112-1 du Code civil soit illégitime. À l'inverse, si le préambule de l'accord collectif est silencieux sur les causes qui le justifient, l'ignorance du créancier retrouve sa légitimité et la dissimulation de l'information par l'employeur, qui a empêché les salariés d'apprécier si l'acceptation de la rupture conventionnelle collective était l'option la plus avantageuse pour eux¹⁴²⁴, doit être sanctionnée.

357. Au cours de l'exécution du contrat de travail, la période qui précède la conclusion d'un acte – et notamment la rupture conventionnelle dudit contrat, qu'elle soit individuelle ou collective – se trouve soumise, en certaines circonstances, à l'article 1112-1 du Code civil. Il en va de même au sein des relations collectives de travail.

§2. LE DEVOIR PRÉCONTRACTUEL D'INFORMATION DANS LES RELATIONS COLLECTIVES DE TRAVAIL

358. Depuis la loi du 8 août 2016, le Code du travail soumet expressément la négociation collective au principe de loyauté¹⁴²⁵, dont le champ recouvre l'ensemble des conventions et accords collectifs et se décline en plusieurs éléments. On en trouve trace à plusieurs reprises dans le Code du travail. Il en va ainsi, par exemple, de l'obligation de faire figurer, dans les

¹⁴²⁴ Se référer, à cet égard, à notre développement précédent (V. *supra*, n° 354 et s.) ainsi qu'à Y. PAGNERRE, « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », préc.

¹⁴²⁵ Articles L. 2222-3-1 et L. 2222-3-2 du Code du travail. V. not. M.-L. MORIN, « Le dualisme de la négociation collective à l'épreuve des réformes : validité et loyauté de la négociation, application et interprétation de l'accord », *Dr. soc.* 2008. 24 ; P.-H. ANTONMATTEI, L. ENJOLRAS, « Chronique d'actualité du droit de la négociation : commentaire de la loi du 8 août 2016 », *Dr. soc.* 2016. 933 ; S. NADAL, « Réflexions sur le sort de la conception libérale de la négociation professionnelle », *RDT* 2021. 329 ; F. GUIOMARD, « Nullité de l'accord collectif en l'absence de loyauté dans la négociation collective », *D.* 2008. 448 ; S. BEAL, C. TERRENOIRE, « La mise en œuvre de la négociation obligatoire dans l'entreprise après la loi Travail », *JCP E*, 2016. 1579 ; D. CORRIGNAN-CARSIN, « Obligation de loyauté dans le cadre de la négociation préélectorale », *JCP G* 2016. 86 ; F. PETTIT, « Loyauté dans la négociation collective : Distinction entre « signatures séparées » et « négociations séparées », *Cah. soc.* 2015, p. 97 ; G. FRANCOIS, « Intensité de l'exigence de loyauté et négociation d'entreprise avec les délégués syndicaux », *BJT* 2020, p. 39 ; J. PÉLISSIER, « La loyauté dans la négociation collective », *Dr. ouvr.* 1997. 496 ; M. MINÉ, « La loyauté dans le processus de la négociation collective d'entreprise », *Travail et emploi*, 2000. 48 ; S. TOURNAUX, « Le second souffle de l'obligation de loyauté dans les relations de travail », *RJS* 2021. 761 ; L. AMIC, *La loyauté dans les rapports de travail*, Thèse, Avignon, 2014 ; G. AUZERO, « L'exigence de loyauté en matière de négociation collective », préc. ; G. MEYER, « L'exigence de loyauté dans la négociation des accords de performance collective », préc. ; Th. PASQUIER, « Les nouveaux visages de la loyauté dans la négociation collective », préc. ; G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, préc., p. 1702. V. ég. Soc., 8 mars 2017, n° 15-18.080, *D.* 2017. 652, obs. I. ODOUL-ASOREY.

accords et conventions collectives, un « préambule [qui présente] de manière succincte leurs objectifs et leur contenu »¹⁴²⁶. De la même manière, l'article L. 2222-3-1 du Code du travail prévoit désormais la possibilité pour les partenaires sociaux de conclure des « accords de méthode », qui servent à organiser les négociations futures entre les mêmes parties¹⁴²⁷. Le principe de loyauté innerve également l'exigence selon laquelle les accords et conventions collectives doivent, peu importe le niveau auquel ils ont été signés, définir leurs « conditions de suivi »¹⁴²⁸ et comporter « des clauses de rendez-vous »¹⁴²⁹. Ces mesures poursuivent toutes un objectif commun, à savoir chasser la déloyauté des relations collectives de travail. Il est fréquemment mentionné par la chambre sociale de la Cour de cassation. Un arrêt rendu en octobre 2007 énonce, par exemple, que le fait pour un employeur d'engager des négociations séparées constitue un acte de déloyauté, sanctionné par la nullité des accords conclus¹⁴³⁰. Plus généralement, il a été affirmé que le principe de loyauté doit « présider à toute négociation collective »¹⁴³¹. Selon le professeur Th. Pasquier, la loyauté dans la négociation collective peut prendre deux visages¹⁴³² : la limitation des actes de déloyauté¹⁴³³ et la structuration des actions des parties au cours de la négociation¹⁴³⁴. L'auteur fait entrer les accords de méthode au sein de cette seconde catégorie. L'existence de ces accords nous intéresse particulièrement, puisque l'une de leurs finalités est de définir, avant l'ouverture de la négociation, quelles informations devront être transmises dans l'optique de négocier loyalement.

359. Pour autant, la législation relative à l'accord de méthode ne ferme pas la porte à l'application du devoir précontractuel d'information au sein des relations collectives de travail. À l'inverse, le mécanisme y conserve plusieurs intérêts, qui ne bénéficient, semble-t-il, qu'à la partie faible à la négociation collective, peu importe son identité¹⁴³⁵. En effet, en l'espèce, le

¹⁴²⁶ P.-H. ANTONMATTEI, L. ENJOLRAS, « Chronique d'actualité du droit de la négociation : commentaire de la loi du 8 août 2016 », préc.

¹⁴²⁷ En définissant, par exemple, les thèmes et les modalités de la négociation à venir, le calendrier prévisionnel, les informations à communiquer, etc... J.-D. COMBREXELLE, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, Rapport au Premier ministre, sept. 2015, proposition n° 2, p. 53, évoque les accords de méthode par la formule de « guide de bonnes pratiques de la négociation ». V. *infra*, n° 361 et s.

¹⁴²⁸ Article L. 2222-5-1 du Code du travail.

¹⁴²⁹ *Ibid.* L'article précise toutefois que l'absence de suivi ou de clause de rendez-vous n'est pas de nature à « entraîner la nullité de la convention ou de l'accord ».

¹⁴³⁰ Soc., 10 oct. 2007, n° 06-42.721, préc. ; Soc., 8 mars 2017, n° 15-18.080, préc.

¹⁴³¹ Soc., 28 nov. 2001, n° 00-11.209 ; Soc., 17 avr. 2019, n° 18-22.948, *Dr. soc.* 2019. 574, note M. GADRAT ; *D.* 2019. 1562, obs. F. LE MASNE DE CHERMONT ; *JCP S* 2019. 1172, obs. J.-Y. KERBOUC'H ; *JCP S* 2019. 1260, obs. F. DUQUESNE, J. HEINTZ.

¹⁴³² Th. PASQUIER, « Les nouveaux visages de la loyauté dans la négociation collective », préc.

¹⁴³³ Ce que l'auteur nomme « la loyauté classique ».

¹⁴³⁴ Ce que l'auteur nomme « la loyauté en actes ».

¹⁴³⁵ V. *infra*, n° 358 et s.

devoir précontractuel d'information ne semble pas pouvoir être utilisé avec efficacité par l'employeur, à tout le moins lorsque l'accord ou la convention est négocié(e) au niveau de l'entreprise. L'attrait que la disposition suscite chez celui qui subit le déséquilibre de puissance informationnelle constitue la source principale du devoir précontractuel d'information dans l'influence minimale accueillie exercée par la réforme en droit du travail.

360. Les intérêts susmentionnés du devoir précontractuel d'information au sein de la négociation collective peuvent être scindés en deux catégories : un intérêt général, relatif à l'ensemble des accords et conventions collectives (**A**) et des intérêts plus spécifiques, propres à certains accords ou conventions en particulier (**B**).

A. L'INTÉRÊT GÉNÉRAL DU DEVOIR PRÉCONTRACTUEL D'INFORMATION DANS LES RELATIONS COLLECTIVES DE TRAVAIL

361. Conformément à nos développements antérieurs, relatifs aux principes de cohabitation et de conflit de normes, il y a lieu d'apprécier si les articles L. 2222-3-1 du Code du travail et 1112-1 du Code civil peuvent – ou non – s'appliquer de concert. L'étude de l'objet de chacune des deux dispositions permet de répondre à l'interrogation. En effet, tandis que l'accord de méthode est un « espace de créativité »¹⁴³⁶ dont l'objet est de préparer les futures négociations qui se dérouleront entre les mêmes partenaires contractuels, le devoir précontractuel d'information ne concerne que la communication de certaines informations au cours de la phase de négociation. En cela, il régit une fraction de l'objet, bien plus vaste, du dispositif spécial travailliste. De là, l'idée d'un conflit entre les deux mécanismes doit être exclue. De surcroît, ces derniers étant légaux et compatibles l'un avec l'autre¹⁴³⁷, leur cohabitation est imposée par l'article 1105 du Code civil.

362. Quel serait l'intérêt de mobiliser le devoir précontractuel d'information aux côtés d'un accord de méthode ? Doté d'un objet plus restreint, l'article 1112-1 du Code civil est

¹⁴³⁶ A. TEISSIER, « Point de vue pratique : les accords de méthode », *JCP S* 2013. 1205.

¹⁴³⁷ L'accord de méthode tend, entre autre, à imposer aux parties à la négociation collective de communiquer certaines informations dont elles ont connaissance. Le devoir précontractuel d'information, lui, impose à celui qui a connaissance d'une information, ignorée légitimement par son cocontractant et déterminante pour son consentement, de la lui communiquer également. En conséquence, les directives données par les deux règles sont conciliables l'une avec l'autre, car elles poursuivent un même dessein, à savoir la communication des informations en amont de la conclusion du contrat. V. not. G. AUZERO, « L'exigence de loyauté en matière de négociation collective », préc., p. 39.

logiquement plus efficace et contraignant que le dispositif spécial travailliste pour imposer la communication précontractuelle des informations déterminantes. En d'autres termes, dans le but de contraindre l'employeur à transmettre certaines informations avant la conclusion de l'accord ou de la convention collective, la mobilisation du mécanisme général civiliste paraît plus pertinente que celle de l'accord de méthode. De plus, si ce dernier peut définir les informations qui devront obligatoirement être communiquées, cette mention ne conditionne pas sa validité¹⁴³⁸. L'étude empirique des accords de méthodes conclus au cours des années 2021 et 2022 le démontre : la majorité des accords de méthodes sont silencieux sur cette question¹⁴³⁹. Le plus souvent, les partenaires sociaux se contentent de faire mention de la future procédure d'information et de consultation des représentants du personnel¹⁴⁴⁰, d'une « information transmise dans un document synthétique »¹⁴⁴¹, voire de ne rien préciser à ce sujet¹⁴⁴².

363. Lorsque l'accord de méthode ne se prononce pas précisément sur la nature des informations à transmettre au cours de la négociation¹⁴⁴³, le devoir précontractuel d'information de l'article 1112-1 du Code civil peut opportunément être mobilisé par les représentants des salariés, afin de contraindre l'employeur à communiquer l'ensemble des informations déterminantes pour leur consentement au futur acte collectif¹⁴⁴⁴. La question de la légitimité de leur ignorance doit néanmoins à nouveau être posée. À cet égard, nous l'avons mentionné¹⁴⁴⁵, l'identité du représentant des salariés peut être déterminante et l'ignorance d'un salarié mandaté par une organisation syndicale représentative au sujet, par exemple, de la situation économique et financière de l'entreprise, sera plus aisément accueillie que celle d'un conseil d'entreprise. L'appréciation de l'ignorance ne peut donc qu'être effectuée *in concreto*. Dès lors que sa légitimité est établie, l'employeur est contraint de communiquer l'ensemble des informations

¹⁴³⁸ Article L. 2222-3-1 du Code du travail.

¹⁴³⁹ Seuls 22 des 68 accords de méthodes analysés (soit 32,3 %) font mention des informations à communiquer au cours de la négociation à venir. On constate, de surcroît, lorsque l'accord de méthode fait mention aux informations à communiquer par chacune des parties, l'emploi courant de la formule type selon laquelle « la Direction s'engage notamment à donner aux organisations syndicales toutes les informations nécessaires à sa bonne information pour mener les discussions » (22,7 %). Par contre, 5 accords de méthode (7,35 %) détaillent avec précision les informations qui devront être transmises lors de la mise en œuvre de la négociation collective.

¹⁴⁴⁰ Le renvoi à une future réunion d'information-consultation du Comité Social et Économique est fait dans 69,5 % des accords de méthode qui ne font pas directement mention des informations à partager.

¹⁴⁴¹ Une occurrence, dans un accord de méthode conclu au sein de la société spécialisée dans la fabrication de fenêtre, en 2021.

¹⁴⁴² C'est le cas dans 12 accords de méthode analysés (17,6 %).

¹⁴⁴³ Ce qui correspond à plus de deux tiers des accords de méthode conclus en 2021 et 2022 (67,7 %).

¹⁴⁴⁴ V. not. G. AUZERO, « L'exigence de loyauté en matière de négociation collective », préc., p. 39 et s.

¹⁴⁴⁵ V. *supra*, n° 299.

déterminantes pour le consentement de son cocontractant, sous peine d'être sanctionné sur le fondement de l'article 1112-1 du Code civil.

364. L'intérêt du devoir précontractuel d'information est ici d'assurer la communication des informations dans le silence de l'accord de méthode. Une autre utilité peut être mise en avant lorsque celui-ci détermine les informations qui doivent être transmises dans le cadre d'une négociation collective loyalement menée. L'on pourrait pourtant supposer que, dans cette situation, le recours au devoir précontractuel d'information fasse double emploi avec le dispositif travailliste et, partant, soit superfétatoire. Ce n'est toutefois pas sur le terrain de la communication des informations que se situe l'intérêt de l'article 1112-1 du Code civil en l'espèce, mais sur celui de la sanction de la violation des dispositions de l'accord de méthode. L'article L. 2222-3-1 du Code du travail énonce effectivement que ladite violation n'emporte pas la nullité de l'accord postérieurement conclu, sauf si les partenaires sociaux l'ont expressément prévue. La consultation des accords de méthodes conclus au cours des années 2021 et 2022 démontre cependant qu'aucun d'entre eux ne comporte une telle prévision¹⁴⁴⁶. La méconnaissance de l'accord de méthode ne peut donc emporter aucune conséquence sur la validité de l'acte qui lui succède, tant que le principe de loyauté est respecté¹⁴⁴⁷. Cependant, étant fixé à deux mois¹⁴⁴⁸, le délai pour agir sur le fondement de la violation du principe de loyauté empêchera bien souvent le prononcé de la nullité¹⁴⁴⁹. Ainsi, sur le fondement des techniques travaillistes, il peut s'avérer particulièrement complexe de sanctionner la méconnaissance du contenu d'un accord collectif de méthode.

365. Le recours au nouveau droit commun des contrats pourrait, par contre, permettre d'assurer la sanction du débiteur qui, en dépit de l'accord de méthode, n'a pas transmis les informations nécessaires. L'employeur pourrait alors être condamné au versement de dommages et intérêts¹⁴⁵⁰ et l'acte conclu pourrait être frappé de nullité, cette fois-ci en

¹⁴⁴⁶ Aucun des 68 accords analysés n'en fait mention. Certains – une minorité – prévoient que l'éventuel litige qui résultera de l'interprétation ou de l'application de l'accord devra être résolu de manière amiable.

¹⁴⁴⁷ La violation du principe de loyauté entraîne la nullité de l'acte ; article L. 2222-3-1 du Code du travail. V. ég. Soc., 10 oct. 2007, n° 06-42.721, préc. ; Soc., 8 mars 2017, n° 15-18.080, préc.

¹⁴⁴⁸ Article L. 2262-14 du Code du travail.

¹⁴⁴⁹ G. AUZERO, « L'exigence de loyauté en matière de négociation collective », préc., p. 43.

¹⁴⁵⁰ L'on pourrait estimer que, le manquement ayant été commis avant la conclusion de l'acte, les dommages et intérêts soient alloués sur le fondement de la responsabilité extra-contractuelle. Ce sera très probablement la solution retenue en droit des contrats et dans les relations individuelles de travail. Néanmoins, dans le cadre de la négociation collective et de la conclusion antérieure d'un accord de méthode, la responsabilité devrait, logiquement, être contractuelle, à tout le moins si l'accord est signé au niveau de l'entreprise. V. G. AUZERO, *ibid*, p. 44, lequel met en exergue le fait que la mise en œuvre concrète de la responsabilité contractuelle sera, dans notre hypothèse, particulièrement complexe.

application des règles de prescription de droit commun¹⁴⁵¹, à condition, toutefois, de démontrer l'existence d'un vice du consentement¹⁴⁵². En somme, la nullité de l'accord conclu en violation des dispositions d'un accord de méthode peut être envisagée sur le fondement de l'article 1112-1 du Code civil si les conditions suivantes sont réunies : la communication des informations nécessaires prévues par ledit accord de méthode n'a pas été effectuée ; les informations avaient un lien direct et nécessaire avec le contenu de l'accord et étaient légitimement ignorées ; le silence du débiteur a vicié le consentement de la partie en état d'ignorance¹⁴⁵³ ; la nullité n'a pas été d'ores et déjà sollicitée sur le fondement de l'article L. 2222-3-1 du Code du travail et de la violation du principe de loyauté. Les conditions sont donc nombreuses et le prononcé de la nullité de l'accord ou de la convention collective sur ce fondement n'est qu'incertain, puisqu'il ne peut résulter que de la démonstration d'une réticence dolosive. En l'espèce, l'attrait du devoir précontractuel d'information risque donc de n'être que théorique, tant sa mise en œuvre concrète pourrait s'avérer délicate à mettre en œuvre.

366. La conclusion d'un accord de méthode n'est pas un préalable obligatoire à la négociation collective¹⁴⁵⁴. Il est ainsi très fréquent que les partenaires sociaux se rencontrent sans avoir, auparavant, déterminé la manière dont allait se dérouler leur négociation. Dans ce cas, le recours au devoir précontractuel d'information se révèle à nouveau attractif pour la victime du déséquilibre de puissance informationnelle, sans toutefois que cette situation n'appelle de nouveaux développements. En effet, sa mobilisation servira à assurer la communication des informations ainsi qu'à sanctionner le débiteur qui s'en est abstenu, par le versement de dommages et intérêts ou, dans certaines hypothèses, par la nullité de l'accord ou de la convention. Les intérêts de l'article 1112-1 du Code civil, en l'espèce, sont donc identiques à ceux présentés ci-dessus.

¹⁴⁵¹ À savoir 5 ans (article 2224 du Code civil) à compter du jour où l'erreur ou le dol ont été découverts ou celui où la violence a cessé (article 1144 du Code civil).

¹⁴⁵² En effet, contrairement à l'action fondée sur la violation du principe de loyauté, la nullité ne peut être obtenue sur le fondement de l'article 1112-1 du Code civil que s'il est démontré que le recel de l'information peut s'analyser en réticence dolosive.

¹⁴⁵³ Il faut donc parvenir à démontrer le caractère intentionnel de la dissimulation de l'information (article 1137 du Code civil) et le fait que, si elle avait été connue par eux, les représentants des salariés n'auraient pas contracté ou auraient contracté à des conditions substantiellement différentes (article 1130 du Code civil).

¹⁴⁵⁴ L'article L. 2222-3-1 du Code du travail dispose qu'« une convention ou un accord collectif *peut* définir la méthode [...] », ce qui sous-entend clairement le fait que la conclusion d'un accord de méthode est facultative.

367. Alors que le droit du travail se « conventionnalise » de plus en plus¹⁴⁵⁵ et que la loyauté des négociations est devenue une préoccupation majeure, l'influence de l'article 1112-1 du Code civil est importante. Si ses utilisations concrètes dans les relations individuelles du travail étaient cantonnées à des situations particulières, le mécanisme contribue ici à garantir la qualité de la négociation collective et, dans une moindre mesure, à l'effectivité de la sanction du débiteur défaillant. Son intérêt pour le représentant des salariés semble donc être grand et concourt activement à accroître l'intensité de l'influence minimale accueillie de la réforme du droit des contrats. Celle-ci est également alimentée par l'utilité que présente le devoir précontractuel d'information dans le cadre de la négociation de certains accords collectifs en particulier.

B. LES INTÉRÊTS SPÉCIFIQUES DU DEVOIR PRÉCONTRACTUEL D'INFORMATION DANS LES RELATIONS COLLECTIVES DE TRAVAIL

368. Au-delà même de s'appliquer à l'ensemble des accords et conventions collectives de travail, le devoir précontractuel d'information possède une attractivité tout particulière à l'égard de deux accords spécifiques : l'accord de performance collective (1) et l'accord référendaire (2).

1. Le devoir précontractuel d'information dans la négociation d'un accord de performance collective

369. La décennie passée a vu le développement, dans le Code du travail, des accords de gestion de crise¹⁴⁵⁶, dont la dernière forme en date est l'accord de performance collective¹⁴⁵⁷. Celui-ci fait suite aux accords de maintien de l'emploi¹⁴⁵⁸, de développement ou de préservation

¹⁴⁵⁵ Y. LEROY, « La négociation collective sans négociation : coup de maître ou hérésie ? », préc., débute son article en écrivant : « nul besoin de répéter que les réformes de ces vingt dernières années n'ont eu de cesse de diminuer le poids des règles d'origine étatique au profit des règles que les opérateurs économiques se fixent à eux-mêmes et donc de placer l'accord collectif et particulièrement l'accord d'entreprise au centre du jeu du droit du travail [...] ». V. ég. P. LOKIEC, « Qui dit conventionnel dit juste ! », *JCP S* 2015. 129 ; « Qui dit conventionnel dit juste », préc.

¹⁴⁵⁶ V. not. H. CAVAT, *Le droit des réorganisations. Étude de droit du travail*, préc.

¹⁴⁵⁷ Article L. 2254-2 du Code du travail, créé par l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 sept. 2017 et modifié par la loi n° 2018-771 du 5 sept. 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel.

¹⁴⁵⁸ Issus de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013, relative à la sécurisation de l'emploi.

de l'emploi¹⁴⁵⁹, de mobilité interne¹⁴⁶⁰ ou de réduction du temps de travail¹⁴⁶¹. Il permet, par la voie conventionnelle, d'aménager la durée du travail, la rémunération ou la mobilité géographique ou professionnelle des salariés, afin de répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise, de préserver ou développer l'emploi. Ses dispositions se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail et le salarié qui en refuse l'application peut être licencié, le législateur ayant pris soin de préconstituer la cause réelle et sérieuse du licenciement¹⁴⁶².

370. Susceptible d'entraîner des conséquences importantes pour les salariés auxquels il est appliqué¹⁴⁶³, l'accord de performance collective n'est pourtant que très partiellement régi, notamment dans sa phase de négociation. L'importance de celle-ci est pourtant capitale, car la négociation qualitative de l'accord ne peut être envisagée sans que « ceux qui détiennent les informations nécessaires à la négociation les mettent à disposition des autres parties »¹⁴⁶⁴. Ainsi, l'employeur, qui détient inévitablement des informations importantes – au sujet des nécessités de l'entreprise¹⁴⁶⁵, de la préservation ou du développement de l'emploi – doit les transmettre à ses cocontractants¹⁴⁶⁶, conformément au principe de la loyauté de la négociation¹⁴⁶⁷ et au droit commun des contrats. Dans sa rédaction issue de la loi d'août 2016¹⁴⁶⁸, l'article L. 2254-2 du Code du travail imposait à l'employeur, dans le cadre de la négociation d'un accord de préservation ou de développement de l'emploi, d'adresser aux organisations syndicales « toutes

¹⁴⁵⁹ Issus de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels. V. not. F. DUMONT, L. POINSOT, « Les accords de préservation ou de développement de l'emploi », *Dr. ouvr.* 2017. 823.

¹⁴⁶⁰ Issus de la loi n° 2013-504, préc. V. not. P.-H. ANTONMATTEI, « L'accord de mobilité interne : il faut l'essayer ! », *Dr. soc.* 2013. 794.

¹⁴⁶¹ Issus de la loi n° 2013-504, préc.

¹⁴⁶² Article L. 2254-2, V°, du Code du travail, qui dispose que suite au refus du salarié de se voir appliquer l'accord de performance collective, « l'employeur dispose d'un délai de deux mois à compter de la notification du refus du salarié pour engager une procédure de licenciement. Ce licenciement repose sur un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse [...] ».

¹⁴⁶³ Comme la modification d'un élément du socle contractuel ou le licenciement.

¹⁴⁶⁴ L. PÉCAUT-RIVOLIER, « La solidification des accords collectifs : les nouvelles conditions de conclusion et d'interprétation », *JCP S* 2016. 1300.

¹⁴⁶⁵ Il est alors impératif que l'ensemble des partenaires sociaux sache avec exactitude à quoi renvoient concrètement les « nécessités de l'entreprise ».

¹⁴⁶⁶ Soc., 13 mai 2009, n° 08-60.530, *JCP S* 2009. 1406, obs. J.-Y. KERBOURC'H qui, dans le cadre de la négociation préélectorale dans l'entreprise, indique que « l'employeur est tenu, dans le cadre de la négociation préélectorale, de fournir aux syndicats participant à la négociation les éléments nécessaires au contrôle de l'effectif de l'entreprise et de la régularité de la liste électorale ». Solution confirmée ensuite par Soc., 26 mai 2010, n° 09-60.400, *Dr. soc.* 2010. 826, note F. PETIT ; *Dr. soc.* 2010. 1150, note Ch. RADÉ.

¹⁴⁶⁷ L. PÉCAUT-RIVOLIER, *op. cit.*.

¹⁴⁶⁸ Il n'était alors pas question d'un « accord de performance collective », mais des « accords conclus en vue de la préservation ou de développement de l'emploi ».

les informations nécessaires à l'établissement d'un diagnostic partagé »¹⁴⁶⁹. « Imparfaite »¹⁴⁷⁰, cette mesure contribuait tout de même au rehaussement de la qualité de la négociation collective. Cependant, la création de l'accord de performance collective a acté la disparition, dans le Code du travail, de ce devoir précontractuel d'information¹⁴⁷¹. Dans un « questions – réponses » du mois de juillet 2020, le Ministre du travail, de l'emploi et de l'insertion a confirmé que la validité d'un accord de performance collective n'est pas soumise à un contenu obligatoire¹⁴⁷². Certes, cet accord est censé contenir un préambule au sein duquel certaines informations doivent apparaître. Néanmoins, contrairement à ce qui était prévu sous l'égide des anciens accords de compétitivité¹⁴⁷³, l'absence de préambule n'entraîne plus la nullité de l'accord de performance collective¹⁴⁷⁴. Par conséquent, au cours de la négociation de cet accord, il n'est plus « nécessaire de transmettre aux organisations syndicales de salariés toutes les informations nécessaires »¹⁴⁷⁵. Dès lors, tandis que la promotion de la loyauté de la négociation collective est l'un des chevaux de bataille du droit des relations collectives de travail, la négociation d'un accord de performance collective peut se dérouler dans l'obscurité la plus totale, la pratique démontrant que la nature même de l'accord négocié est parfois dissimulée par l'employeur¹⁴⁷⁶.

371. Bien volontairement, le Code du travail laisse la plus grande liberté aux partenaires sociaux dans la négociation de ce nouvel accord de gestion de « crise »¹⁴⁷⁷. Cette liberté, qui s'apparente en réalité à une lacune juridique, est contrebalancée par l'article 1112-1 du Code civil, dont les dispositions combleront avec pertinence le vide créé par l'ordonnance n° 2017-

¹⁴⁶⁹ V. not. G. MEYER, « L'exigence de loyauté dans la négociation des accords de performance collective », préc.

¹⁴⁷⁰ *Ibid.*

¹⁴⁷¹ *Ibid.*

¹⁴⁷² https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/dgt_qr_apc_juillet_2020.pdf, p. 5.

¹⁴⁷³ CE, 6^e ch., 7 déc. 2017, n° 408379, n° 408450.

¹⁴⁷⁴ P. LOKIEC, « Accord collectif et contrat de travail », préc., évoque le « large déverrouillage » de la négociation de l'accord de performance collective, par rapport à celle des accords qui lui ont précédé.

¹⁴⁷⁵ *Ibid.*

¹⁴⁷⁶ G. MEYER, « L'exigence de loyauté dans la négociation des accords de performance collective », préc., qui explique qu'une « importante association du secteur sanitaire et social » avait affiché la volonté de « dépoussiérer l'aménagement du temps de travail ». En réalité, il est ressorti du projet d'accord que la direction souhaitait inclure le « dépoussiérage » dans le cadre d'un accord de performance collective. Difficile, dès lors, de considérer que la négociation ait été loyale et les informations nécessaires transmises. V. ég. E. GUENOT, « La négociation de l'accord de performance collective », *BJT* 2021, n° 200b9, pour lequel cette pratique déloyale doit conduire à « la disqualification de l'accord en tant qu'accord de performance collective ».

¹⁴⁷⁷ Il n'est pas certain que le terme soit encore tout à fait approprié, puisqu'un accord de performance collective est susceptible d'être conclu pour répondre « aux nécessités de l'entreprise », qui ne répondent pas nécessairement à une situation de crise : V. not. Y. TARASEWICZ, H. CAVAT, « Controverse : L'accord de performance collective : un instrument adéquat pour gérer une crise conjoncturelle ? », *RDT* 2020. 584

1385 au sujet de l'information des représentants des salariés au cours de la négociation d'un accord de performance collective. Une nouvelle fois, il est sérieusement envisageable que seul l'employeur ait connaissance des informations déterminantes et que les représentants des salariés ne peuvent prétendre à en prendre connaissance par leurs propres moyens¹⁴⁷⁸. En l'espèce, le caractère « déterminant » de l'information semble se détacher de la « qualité des parties », pour se concentrer autour du « contenu du contrat »¹⁴⁷⁹. L'employeur est ainsi tenu de communiquer à ses cocontractants l'ensemble des informations, dont il a connaissance, qui portent non seulement sur les motifs de la conclusion de l'accord de performance collective¹⁴⁸⁰, mais aussi sur les mesures qui y seront prévues¹⁴⁸¹. Concrètement, toutes les informations qui portent sur la situation économique et financière de l'entreprise, le chiffrage des économies attendues ou les solutions alternatives envisagées en cas d'échec des négociations¹⁴⁸² doivent entrer dans le champ de l'article 1112-1 du Code civil. À défaut, il ne semble pas possible de considérer que la négociation se soit déroulée de manière loyale. En effet, comment estimer que ceux qui négocient un accord ayant pour objet la réduction des salaires¹⁴⁸³ pour des causes répondant aux « nécessités du fonctionnement de l'entreprise »¹⁴⁸⁴, aient pu exprimer un consentement éclairé si les détails relatifs à la situation économique et financière de l'entreprise ne leur ont pas été communiqués au préalable ?

372. Alors que le principe de loyauté ne semble pas avoir entièrement pénétré la phase de négociation de l'accord de performance collective, la mobilisation du devoir précontractuel d'information, à défaut de le garantir totalement¹⁴⁸⁵, est à même d'assurer l'information complète de la partie faible. De la sorte, les représentants des salariés sont mis en capacité d'apprécier si la conclusion de cet accord leur paraît – ou non – opportune et, par-là, d'exprimer

¹⁴⁷⁸ G. AUZERO, « L'exigence de loyauté en matière de négociation collective », préc., p. 33 et s. évoque l'existence d'une « asymétrie de la compétence informationnelle » entre les parties à la négociation collective.

¹⁴⁷⁹ *Ibid*, p. 40.

¹⁴⁸⁰ À savoir des informations portant sur « les nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise » ou sur « la préservation ou le développement de l'emploi ».

¹⁴⁸¹ À savoir des informations portant sur l'aménagement de la durée du travail, de la rémunération ou des conditions de la mobilité des salariés.

¹⁴⁸² G. MEYER, « L'exigence de loyauté dans la négociation des accords de performance collective », préc.

¹⁴⁸³ Au cours de l'année 2018, 47 % des 119 accords de performance collective conclus prévoyaient une baisse de la rémunération des salariés. V. H. CAVAT, « Les accords de performance collective », préc.

¹⁴⁸⁴ Motif invoqué par 76 % des accords de performance collective conclus au cours de l'année 2018. V. H. CAVAT, *ibid*.

¹⁴⁸⁵ Car l'objet de l'article 1112-1 du Code civil n'est pas d'assurer la loyauté des négociations, mais de contraindre le contractant qui a connaissance de certaines informations déterminantes pour le consentement de l'autre partie à les lui communiquer. Cette facette contribue à ladite loyauté, sans pour autant complètement la recouvrir.

un consentement libre et éclairé¹⁴⁸⁶. La liberté et la clarté sont ici impératives car, à l'inverse des accords collectifs « classiques », l'accord de performance collective s'impose aux clauses contraires ou incompatibles du contrat de travail¹⁴⁸⁷ et peut justifier le licenciement du salarié qui en refuse l'application¹⁴⁸⁸. Les risques élevés inhérents à sa conclusion et à sa mise en œuvre exigent que sa négociation se fasse avec transparence et loyauté. À cet égard, puisque les prescriptions de la législation travaillistes ont été allégées, voire supprimées, le recours au devoir précontractuel d'information est une alternative sérieuse ouverte à la partie salariale à la négociation collective.

373. Utile lorsque la conclusion de l'accord ou de la convention collective est génératrice de risques pour les salariés, le devoir précontractuel d'information l'est aussi lorsque la formation de l'acte s'effectue sans véritable négociation, comme cela peut être le cas dans les petites et très petites entreprises.

2. Le devoir précontractuel d'information dans la conclusion d'un accord référendaire

374. La notion de « mode substitutif de négociation »¹⁴⁸⁹ est connue en droit du travail depuis la loi du 20 août 2008 « portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail »¹⁴⁹⁰. Le Code du travail prévoyait ainsi qu'en l'absence de délégués syndicaux, les

¹⁴⁸⁶ Étant précisé que le Code civil fait du consentement libre et éclairé des contractants une condition de validité du contrat depuis 1804 (article 1108) et que cette règle n'a pas été remise en cause par l'ordonnance du 10 févr. 2016 (article 1128).

¹⁴⁸⁷ Si un courant doctrinal considérait que l'accord collectif s'incorporait au contrat de travail (V. not. Ph. LANGLOIS, « Contrat individuel de travail et convention collective : un nouveau cas de représentation », *Dr. soc.* 1975. 283 ; P. OLLIER, « L'accord d'entreprise dans ses rapports avec d'autres sources du droit », *Dr. soc.* 1982. 680 ; H. THUILLIER, « Contribution à la théorie des sources en droit du travail », *JCP* 1974. I. 2649 ; P. RODIERE, *La convention collective en droit international*, Paris, Litec, t. 13, 1987, spé., n° 110), la jurisprudence constante de la Cour de cassation considère à l'inverse que les dispositions d'un accord ou d'une convention collective ne s'incorporent pas dans le contrat de travail : Soc., 21 juin 1967, *Bull. civ. IV*, n° 453, *Dr. soc.* 1968. 177, obs. R. SAVATIER. V. ég. l'article L. 2254-2, II°, du Code du travail. V. not. J. MORIN, « La réglementation conventionnelle du contrat de travail », *Dr. soc.* 2020. 936 ; B. GAURIAU, « L'accord collectif est-il contractuellement dépendant ? », *JCP S* 2022. 1174 ; L. ALUOME, « L'accord de performance collective et le consentement du salarié », *JCP S* 2019. 1138 ; J.-L. BORIE, « Accord de performance collective et contrat de travail », *BJT* 2021, n° 200b8 ; Y. TARASEWICZ, H. CAVAT, « Controverse : L'accord de performance collective : un instrument adéquat pour gérer une crise conjoncturelle ? », préc.

¹⁴⁸⁸ Article L. 2254-2, V°, du Code du travail. V. not. H. CAVAT, « Rappel à l'ordre de l'OIT : pour un « véritable contrôle judiciaire » des accords de performance collective et des licenciements subséquents », *RDT* 2022. 300 ; « Les accords de performance collective », préc. ; G. DUCHANGE, « Accord de performance collective : conséquences sur le contrat de travail », *BJT* 2021, n° 200b2 ; G. LOISEAU, A. MARTINON, « La déjudiciarisation du droit social », *BJT* 2019, p. 1 ; Y. PAGNERRE, « Les accords de performance collective », préc.

¹⁴⁸⁹ V. not. Ch. MARIANO, *La négociation substitutive d'entreprise*, Thèse, Montpellier, 2018.

¹⁴⁹⁰ Loi n° 2008-789 du 20 août 2008.

membres du comité d'entreprise ou de la délégation élue du personnel ou, à défaut, les délégués du personnel, soient dotés de la faculté de négocier et conclure des accords ou conventions collectives¹⁴⁹¹. La fusion des institutions représentatives du personnel opérée par l'article 9 de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 a entraîné la modification du régime de cette négociation substitutive. Désormais, les règles applicables varient en fonction de l'effectif régulier de l'entreprise. En sa dernière version, l'article L. 2232-21 du Code du travail dispose que « dans les entreprise dépourvues de délégué syndical et dont l'effectif habituel est inférieur à onze salariés, l'employeur peut proposer un projet d'accord ou un avenant de révision aux salariés, qui porte sur l'ensemble des thèmes ouverts à la négociation collective d'entreprise prévus par le présent code. La consultation du personnel est organisée à l'issue d'un délai minimum de quinze jours à compter de la communication à chaque salarié du projet d'accord [...] ». L'article L. 2232-23 du Code du travail précise que ce même régime s'applique lorsque « l'effectif habituel de l'entreprise est compris entre onze et vingt salariés, en l'absence de membre élu de la délégation du personnel du Comité Social et Économique ».

375. Dans les entreprises de petite taille, la conclusion d'un accord collectif s'effectue ainsi en deux étapes distinctes. Dans un premier temps, l'employeur rédige unilatéralement un projet d'accord qui, dans un second temps, est soumis à un référendum d'entreprise¹⁴⁹². Ce mode de conclusion d'un accord ou d'une convention collective a fait l'objet de vives critiques, puisqu'il ne donne en réalité lieu à aucune négociation¹⁴⁹³. En effet, habituellement, la conclusion d'un tel accord résulte d'une négociation entre deux parties. Le terme « négociation » renvoie ici au sens premier que lui donne l'Académie Française, c'est-à-dire le fait de « débattre les termes d'un accord, les clauses d'un contrats, etc... »¹⁴⁹⁴. C'est du fruit des débats entre les parties employeur et salarié que naît l'accord ou la convention collective. À l'inverse, le régime de l'article L. 2232-21 du Code du travail est orphelin de toute faculté de négociation. Par définition, la rédaction unilatérale d'un projet s'effectue sans négociation. Plus encore, « la ratification du projet patronal par les salariés n'équivaut pas à une possibilité effective de

¹⁴⁹¹ Article L. 2232-21 du Code du travail, en sa version applicable à compter du 1^{er} janv. 2010 et jusqu'au 19 août 2015.

¹⁴⁹² Qui, selon l'article L. 2232-22 du Code du travail, doit être approuvé à la majorité des deux tiers des salariés.

¹⁴⁹³ Alors même qu'ironiquement, le dispositif résulte d'une ordonnance relative « au renforcement de la négociation collective » : P. ADAM, « La négociation (collective) sans la négociation. À propos de l'article 8 de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 », *SSL* 2017, n° 1790 ; A. FABRE, « Regard constitutionnel sur la « négociation » dans les très petites entreprises », *Dr. ouvr.* 2018. 441 ; Y. LEROY, « La négociation collective sans négociation : coup de maître ou hérésie ? », *préc.*

¹⁴⁹⁴ <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9N0237>.

négociation des termes de l'accord »¹⁴⁹⁵. Le propre du référendum¹⁴⁹⁶, en effet, est de ne pouvoir être qu'accepté ou rejeté en bloc, sans aucune possibilité de débat ou d'amendement¹⁴⁹⁷. Dès lors, comme l'indique un auteur, « le législateur fait produire à un acte unilatéral les effets d'un accord collectif »¹⁴⁹⁸.

376. L'absence de véritable négociation pose inévitablement la question de l'information des salariés au cours du processus de création de la norme. Ces derniers doivent exprimer un vote – approuver ou rejeter le projet patronal – et doivent, pour cela avoir connaissance de certaines informations sur l'objet et le contenu dudit projet¹⁴⁹⁹. Pourtant, de prime abord, il semblerait que « l'information se résume à la diffusion du projet d'accord, ce qui sous-entend que c'est au salarié de s'informer par lui-même »¹⁵⁰⁰. Un arrêt du Conseil d'État confirme ce constat, en décidant que le délai de 15 jours prévu entre la communication du projet patronal aux salariés et la tenue du référendum d'entreprise est suffisant pour leur permettre de se renseigner par eux-mêmes, notamment en prenant attache avec les organisations syndicales¹⁵⁰¹. Le recours à l'article 1112-1 du Code civil semble donc s'imposer comme le plus efficace pour assurer l'information des salariés, d'autant plus que dans les entreprises concernées, la négociation d'un accord de méthode est rarissime¹⁵⁰².

377. À l'instar de nos analyses précédentes, relatives aux conventions collectives en général ou à l'accord de performance collective en particulier, la légitimité de l'ignorance des salariés ne peut faire l'objet d'une interprétation abstraite. Un argument peut cependant être soulevé, tiré de l'unilatéralisme de la rédaction du projet par l'employeur et de la notion de « contenu du contrat » à laquelle l'article 1112-1 du Code civil fait mention. Le contenu du contrat est le

¹⁴⁹⁵ Y. LEROY, *op. cit.*

¹⁴⁹⁶ B. GAURIAU, « Le référendum, un préalable nécessaire ? », *Dr. soc.* 1998. 338 énonce que le référendum « n'est qu'un enregistrement passif des volontés ».

¹⁴⁹⁷ A. FABRE, *op. cit.*, considère que « le régime donne à penser qu'il n'y a pas de possibilité de faire évoluer le projet de l'employeur, qu'il est à prendre ou à laisser ». F. ROSA, « La « négociation » dans les petites entreprises et les normes internationales », *Dr. ouvr.* 2018. 450, écrit que « la ratification n'équivaut pas, loin s'en faut, à une possibilité effective de négociation des termes de l'accord. Nonobstant la ratification, l'acte portera, en effet, l'empreinte des seuls choix patronaux ».

¹⁴⁹⁸ B.-M. HAMADA, « L'application de l'article 1112-1 du Code civil au processus de conclusion de l'accord référendaire », *préc.*

¹⁴⁹⁹ V. *infra*, n° 374 et s.

¹⁵⁰⁰ A. FABRE, P. SAMPIETRO, « L'accord référendaire dans les TPE », *préc.*

¹⁵⁰¹ CE, 1^{er} avr. 2019, n° 417652, *Dr. soc.* 2019. 627, concl. C. TOUBOUL ; *JCP S* 2019. 1151, note A. TEISSIER.

¹⁵⁰² G. FRANCOIS, « Promouvoir la négociation collective dans les petites entreprises », *préc.*

résultat de la fusion entre les anciennes notions d'objet et de cause du contrat¹⁵⁰³. Autrement formulé, l'ignorance du salarié est illégitime s'il lui était possible, par des moyens propres, de prendre connaissance des informations liées à l'objet et à la cause du projet patronal¹⁵⁰⁴. Toutefois, sauf à ce qu'elles soient expressément indiquées, l'on ne peut considérer que ces informations soient « aisément accessibles », pour reprendre la formule consacrée¹⁵⁰⁵. De surcroît, la consultation des organisations syndicales, si tant est que celles-ci soient implantées dans ces petites entreprises, ne permet pas nécessairement aux salariés de prendre connaissance de ces informations, car les syndicats eux-mêmes peuvent les ignorer.

Dès lors, considérer que le délai de 15 jours prévu par l'article L. 2232-21 du Code du travail est suffisant pour que les salariés puissent, forcément et en toute circonstance, s'informer par eux-mêmes revient à faire une appréciation particulièrement stricte de l'« ignorance légitime », d'autant plus que la taille de l'entreprise limite nécessairement les moyens mis à leur disposition pour se renseigner. Cela reviendrait à placer les salariés de ces (très) petites entreprises dans une situation similaire à celle d'un employeur lors de la phase de recrutement, en mettant à leur charge un véritable devoir de renseignement. L'attrait du devoir précontractuel d'information – et par conséquent, son apport à l'influence minimale accueillie produit par la réforme du droit des contrats en droit du travail – en serait très amoindrie, bien que cette atteinte soit cantonnée à la seule hypothèse de l'accord référendaire. Il est donc nécessaire, à notre sens, de ne pas conférer à la décision du Conseil d'État une portée qu'elle ne possède pas. Au contraire, et conformément à la lecture littérale de l'article 1112-1 du Code civil, le caractère (il)légitime de l'ignorance doit, ici encore, être recherché par le biais d'une interprétation *in concreto* qui se détache de la procédure de l'accord référendaire et des délais qui doivent impérativement être respectés.

378. Dans la mesure où, comme l'indique le professeur Th. Pasquier, « les dommages et intérêts apparaissent comme la sanction première du manquement à l'obligation de

¹⁵⁰³ V. not. P. MALINVAUD, « Le « contenu certain » du contrat dans l'avant-projet « Chancellerie » de code des obligations ou le « stoemp » bruxellois aux légumes », *D.* 2008. 2551, pour lequel le « contenu du contrat » est « l'objet du contrat qualifié par la cause ». V. ég. V. ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè, 2001, p. 339, cité par Th. GENICON, « Défense et illustration de la cause en droit des contrats », préc. ; R. BOFFA, « Juste cause (et injuste clause) », préc. ; O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, préc., p. 325.

¹⁵⁰⁴ Pour l'exemple d'une convention de forfait en jours, V. *supra*, n° 292.

¹⁵⁰⁵ V. not. Civ., 1^{re}, 30 sept. 2015, n° 14-11.761, préc.

loyauté »¹⁵⁰⁶, la sanction de la violation du devoir précontractuel d'information par l'engagement de la responsabilité de l'employeur est envisageable. Elle n'est cependant pas forcément satisfaisante car si les salariés prennent l'initiative d'agir en justice, c'est très certainement dans l'optique d'obtenir la remise en cause de la validité de l'accord référendaire. Comme nous l'avons mentionné¹⁵⁰⁷, il est possible d'atteindre ce résultat en invoquant la violation du principe de loyauté. Un arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 9 octobre 2019 l'illustre parfaitement, en prononçant la nullité du protocole préélectoral conclu en vue des élections professionnelles, au motif que « l'employeur est tenu de mener loyalement les négociations d'un accord préélectoral notamment en mettant à disposition des organisations participant à la négociation les éléments d'information indispensables à celle-ci »¹⁵⁰⁸. Néanmoins, le délai de prescription pour agir, de deux mois¹⁵⁰⁹, constitue un obstacle important. Dès lors, si le silence de l'employeur peut s'analyser en une réticence dolosive¹⁵¹⁰ – ce qui n'est pas aisé à démontrer – la nullité pourrait être prononcée au regard de la violation du devoir précontractuel d'information, les demandeurs disposant cette fois-ci d'un délai de 5 années à compter de la découverte de la réticence pour agir en justice.

¹⁵⁰⁶ Th. PASQUIER, « Les nouveaux visages de la loyauté dans la négociation collective », préc.

¹⁵⁰⁷ V. *supra*, n° 364.

¹⁵⁰⁸ Soc., 9 oct. 2019, n° 19-10.780, *JA* 2020. 612, étude M. JULIEN, J.-F. PAULIN ; *D. actu*, 6 nov. 2019, obs. L. DE MONTAVLON ; *JCP S* 2019. 1337, obs. B. BOSSU.

¹⁵⁰⁹ Article L. 2262-14 du Code du travail.

¹⁵¹⁰ Ce qui, pour rappel, nécessite de démontrer l'intention fautive de la dissimulation, l'article 1137, alinéa 2, du Code civil définissant la réticence dolosive comme « la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie ».

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

379. Les études travaillistes, qu'elles soient antérieures¹⁵¹¹ ou postérieures¹⁵¹² à l'ordonnance du 10 février 2016, font toutes mention de l'influence que pourrait exercer le devoir précontractuel d'information en droit du travail. Unaniment, les auteurs ont estimé que le nouvel article 1112-1 du Code civil, bien que protecteur de la partie faible au contrat – ce qui, pour le droit du travail, constitue un attrait évident – ne possède en réalité qu'un intérêt minime pour le salarié ou ses représentants au niveau des relations collectives du travail¹⁵¹³. Si nous partageons cet avis, il est à notre sens nécessaire de le tempérer.

380. En effet, si l'on ne s'en tient qu'aux relations individuelles de travail, l'on s'aperçoit que le devoir précontractuel d'information présente autant d'intérêts théoriques qu'il ne crée de difficultés pratiques. L'existence de mécanismes spéciaux travaillistes, qui imposent la communication de certaines informations¹⁵¹⁴ ou autorisent les parties à en dissimuler d'autres¹⁵¹⁵ réduisent inévitablement les avantages de la mobilisation du texte général civiliste. De surcroît, dans la mesure où l'effet rétroactif de la nullité sied mal au particularisme du contrat de travail et que la chambre sociale de la Cour de cassation interprète très restrictivement la réticence dolosive de l'aspirant salarié, le devoir précontractuel d'information se trouve démunie de sanction efficace dans la phase de conclusion du contrat de travail. Enfin, en l'absence de période d'essai, ou si la durée de celle-ci est échue, le salarié doit agir en justice alors même que son contrat de travail est en cours d'exécution, ce qu'il sera souvent réticent à faire. Ainsi, au sein des relations individuelles, les utilités véritables du dispositif se font rares.

381. Notre étude consacrée au devoir précontractuel d'information dans les relations collectives du travail fait, à l'inverse, émerger l'idée selon laquelle le mécanisme peut être

¹⁵¹¹ G. LOISEAU, « Le contrat de travail dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats », préc. ; S. BRISSY, « L'avant-projet de réforme du droit des obligations : une source d'évolution pour le droit du travail ? », préc.

¹⁵¹² Y. PAGNERRE, « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », préc. ; G. LOISEAU, « Le contrat de travail dans la réforme du droit des contrats », préc. ; S. TOURNAUX, « Le contrat de travail et les dérogations au droit commun des contrats », préc. ; « Chronique d'actualité du régime juridique du contrat de travail », préc. ; A. LYON-CAEN, F. LOYSEAU DE GRANDMAISON, « L'impact de la réforme du droit des obligations sur le droit du travail », préc. ; Ch. RADÉ, « L'impact de la réforme du droit des contrats en droit du travail », préc.

¹⁵¹³ *Ibid.*

¹⁵¹⁴ Par exemple les articles R. 1221-9 ou L. 1242-12 du Code du travail.

¹⁵¹⁵ Articles L. 1221-6, L. 1225-1 du Code du travail.

mobilisé à la fois avec pertinence et efficacité. L'article 1112-1 du Code civil contribue en effet au renforcement de la loyauté de la négociation, en imposant au titulaire de l'information de la communiquer à son futur cocontractant au cours des négociations. Il pallie ainsi efficacement à l'absence ou à l'incomplétude d'un accord de méthode. En parallèle, bien que difficilement, le devoir précontractuel d'information peut également se révéler utile à l'heure de sanctionner la dissimulation d'une information déterminante pour le consentement de la partie ignorante. Agir sur ce fondement, en lieu et place de celui de la violation du principe de loyauté, permet en effet d'étendre largement le délai dans lequel l'action peut être engagée¹⁵¹⁶. Néanmoins, les chances de la voir aboutir demeurent minces, puisqu'il est nécessaire de démontrer que la rétention de l'information s'analyse en une réticence dolosive.

382. L'intérêt majeur du devoir précontractuel d'information en droit du travail est ainsi d'apporter sa pierre à l'édifice de la loyauté des négociations. L'article 1112-1 du Code civil est, à cet égard, un outil intéressant et efficace mis à disposition de la partie salariale, qui a tout intérêt à s'en emparer, notamment lorsque la négociation peut être génératrice de risque pour le salarié¹⁵¹⁷. Sa mise en œuvre – à tout le moins dans les relations collectives de travail – découle donc moins de la soumission du droit du travail que de l'intérêt que le mécanisme présente, ce qui traduit son appartenance à l'influence minimale accueillie de la réforme. Au sein de celle-ci, son intensité est néanmoins mince ; le devoir précontractuel d'information n'accroît le rayonnement du nouveau droit des contrats en droit du travail que de manière marginale.

383. Pour l'heure, la part de l'influence minimale accueillie dans l'influence globale de la réforme est bien inférieure à celle de la facette contrainte. Cependant, l'ordonnance du 10 février 2016 – et la loi de ratification du 20 avril 2018 après elle – n'a pas uniquement lutté contre le déséquilibre de puissance informationnelle. Deux mécanismes, qui participent, eux, à la réduction du déséquilibre de puissance contractuelle, viennent également alimenter l'intensité de l'influence minimale accueillie.

¹⁵¹⁶ Qui passe de deux mois à compter de la notification ou de la publication de l'accord à cinq ans à compter de la découverte de la réticence.

¹⁵¹⁷ Comme c'est le cas lors de la négociation d'un accord de performance collective ou d'un accord référendaire.

Chapitre 2 : LE RÉÉQUILIBRAGE DE PUISSANCE CONTRACTUELLE

384. En raison de la grande vigueur du principe d'égalité des contractants, le Code civil de 1804 se trouvait dans l'incapacité concrète de régir la situation dans laquelle les pouvoirs de deux contractants étaient objectivement inégaux. En effet, pour le Code Napoléon, « la puissance du contractant [était] sans incidence sur les normes générales organisant les rapports contractuels »¹⁵¹⁸. Les principes applicables aux contrats étaient ainsi élaborés *in abstracto*, en faisant totalement fi du « réalisme contractuel »¹⁵¹⁹, faisant dire à certains auteurs que le contractant était perçu comme un « standard désincarné »¹⁵²⁰. Sur cette base, le procureur général A. Touffait estimait que les dispositions du droit commun des contrats « ont été conçues pour régir les rapports entre particuliers, juridiquement égaux »¹⁵²¹ et qu'elles sont, dès lors, impuissantes pour régler « les relations dont la base même est l'inégalité »¹⁵²². Si, à la suite du philosophe F. Nietzsche, l'on peut se demander si l'égalité des contractants ne constitue pas en réalité qu'une chimère¹⁵²³, force est néanmoins de constater que la relation de travail – en raison du lien de subordination qui lui est inhérent – est empreinte d'une inégalité certaine que le Code civil, bâti sur l'exemple du contrat de vente¹⁵²⁴, peut peiner à régler.

385. Nous l'avons mentionné dans le chapitre précédent, le déséquilibre dont est victime la partie faible au contrat de travail peut d'abord être informationnel. De façon plus générale, il peut également être contractuel. La notion de « puissance contractuelle » est fréquemment employée par la doctrine, notamment dans le cadre des relations d'affaires. Par exemple, pour évoquer les arrêts rendus par l'assemblée plénière de la Cour de cassation le 1^{er} décembre 1995 en matière de détermination unilatérale du prix¹⁵²⁵, le professeur Ch. Jamin énonçait que « l'une

¹⁵¹⁸ G. LOISEAU, « La puissance du contractant en droit commun des contrats », préc.

¹⁵¹⁹ *Ibid.*

¹⁵²⁰ V. not. G. LOISEAU, « Droit civil et droit du travail : une relation instable », préc. ; Ch. RADE, « L'impact de la réforme du droit des contrats en droit du travail », préc.

¹⁵²¹ A. TOUFFAIT, concl. sous Ch. mixte, 21 juin 1974, n° 71-91.225, préc.

¹⁵²² *Ibid.*

¹⁵²³ F. NIETZSCHE, cité par C. ATLAS, *Questions et réponses du droit*, Paris, PUF, 2009, spé., n° 252 : « aucune convention réelle n'est jamais ni négociée et conclue entre des personnes parfaitement égales [...] ».

¹⁵²⁴ V. not. M.-E. ANCEL, « La vente dans le Code civil : raisons et déraisons d'un modèle contractuel », in Th. REVET (dir.), *Code civil et modèles. Des modèles du code au code comme modèle*, Paris, LGDJ, 2005, p. 306, qui énonce « le droit commun [a] été édifié sur le modèle de la vente, contrat instantané par excellence ».

¹⁵²⁵ Ass., plén. 1^{er} déc. 1995, n° 91-15.999, n° 91-15.578, n° 93-13.688, n° 91-19.653, D. 1996. 13, note L. AYNÈS ; D. 1997. 59, obs. D. FERRIER ; JCP 1996. II. 776, note L. LEVENEUR ; JCP 1996. II. 22565, note J.

des parties abuse du droit qui lui est reconnu de fixer unilatéralement le prix, lorsqu'elle se réserve un profit qui ne permet plus à l'autre de retirer celui qu'elle est aussi en droit d'attendre de l'exécution du contrat, rompant ainsi son équilibre ». Il préconisait ainsi un « contrôle souple des clauses si ce n'est des pratiques abusives au sein des réseaux de distribution, contrôle justifié par la puissance contractuelle des fournisseurs et par le faible pouvoir de négociation de nombreux distributeurs »¹⁵²⁶. En somme, l'auteur proposait de faire de la puissance d'un contractant – et, subséquemment, de la faiblesse de l'autre – une variable d'ajustement des règles de droit applicables au contrat. Sa prise en compte ne peut cependant pas être générale et aveugle, puisqu'on ne saurait reprocher, de manière absolue et en obérant toute nuance, à une partie d'être plus puissante que l'autre. Il n'est donc pas envisageable de faire application de règles plus strictes à un contractant sur le seul fondement de sa plus grande puissance contractuelle. Celle-ci ne doit en effet être prise en compte par le droit que lorsque son titulaire en abuse. Plusieurs droits spéciaux ont pris le parti de sanctionner l'abus de puissance contractuelle, comme le droit de la consommation avec la législation propre aux clauses abusives¹⁵²⁷ ou encore le droit pénal avec l'abus de la situation de faiblesse¹⁵²⁸.

386. En application de la loi qui l'habilitait à réformer le droit des contrats par voie d'ordonnance¹⁵²⁹, le Gouvernement a inséré dans le Code civil deux mécanismes propres à saisir concrètement le déséquilibre de puissance contractuelle entre deux parties : le contrat d'adhésion et le vice de violence pour abus de l'état de dépendance. Le rapport remis au Président de la République à l'occasion de la promulgation de l'ordonnance du 10 février 2016 le confirme, en énonçant que « l'ordonnance propose également de sanctionner l'abus de dépendance assimilé à la violence et les clauses abusives dans les contrats d'adhésion, afin de préserver les intérêts de la partie la plus faible »¹⁵³⁰, évoquant même un « mouvement vers un droit commun des contrats français plus juste »¹⁵³¹.

GHESTIN ; *Gaz. Pal.* 1995, p. 526, note P. DE FONTNBRESSIN ; *Defrénois* 1996. 747, obs. Ph. DELEBECQUE.

¹⁵²⁶ Ch. JAMIN, « Réseaux intégrés de distribution : De l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives », *JCP* 1996, I, 3959.

¹⁵²⁷ Loi n° 78-22 du 10 janv. 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit.

¹⁵²⁸ Article 223-15-2 du Code pénal.

¹⁵²⁹ La loi d'habilitation du 16 févr. 2015, préc., fixe comme objectif d'introduire « des dispositions permettant de sanctionner le comportement d'une partie qui abuse de la situation de faiblesse de l'autre » (article 8, 2°) et de « spécifier [les dispositions] propres aux contrats d'adhésion ».

¹⁵³⁰ Rapport remis au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131, préc.

¹⁵³¹ *Ibid.*

387. Ainsi, en son propre sein, le Code civil a aménagé une place pour accueillir des mécanismes protecteurs de la partie faible à un contrat. La faiblesse, ici, n'est donc pas uniquement celle qui résulte de l'ignorance d'une information ; elle est plus globale et renvoie à ce qu'un contractant peut¹⁵³² – ou ne peut pas¹⁵³³ – s'autoriser à faire, aussi bien lors de la formation que de l'exécution du contrat. La négociation du contrat de travail nous offre ici une illustration pertinente. Doté d'une puissance contractuelle certaine, l'employeur peut en effet se permettre de soustraire à la négociation l'ensemble des clauses qui le composent, sans que cela ne lui porte préjudice. À l'inverse, l'aspirant salarié – qui, sauf à posséder un profil spécifique ou rare, possède une puissance contractuelle moindre – ne peut agir de la sorte ; il lui arrive d'être contraint, dans ces situations, d'adhérer ou de rejeter en bloc le contrat de travail qui lui est soumis. Le déséquilibre de puissance contractuelle peut ici le priver de la liberté de négocier les termes du contrat de travail. Plus encore, s'il venait à se trouver dans une situation de détresse financière, il se pourrait même qu'il ne puisse pas se permettre de refuser la conclusion dudit contrat¹⁵³⁴. La différence de puissance contractuelle entre les deux parties est ainsi saisissante ; l'une peut imposer ses conditions, tandis que l'autre n'a parfois pas d'autre choix que de les accepter, sans pouvoir les négocier préalablement.

388. Très largement marqué par un déséquilibre de puissance contractuelle, le droit du travail porte, au moins théoriquement, un intérêt tout particulier à ces nouveaux mécanismes civilistes¹⁵³⁵. La figure du contrat d'adhésion peut ainsi y être exploitée (**section 1**), tandis que la Cour de cassation avait, antérieurement à l'ordonnance du 10 février 2016, ouvert la voie à la protection du salarié contre l'abus de son état de dépendance¹⁵³⁶ (**section 2**).

¹⁵³² S'il possède une puissance contractuelle supérieure à celle de son cocontractant.

¹⁵³³ S'il possède une puissance contractuelle inférieure à celle de son cocontractant.

¹⁵³⁴ Cette situation fait écho à Req., 27 avr. 1887, S. 1887. 1, p. 372. Le capitaine d'un navire en perdition n'avait pas eu d'autre choix que d'accepter l'assistance d'un capitaine, à des conditions financières draconiennes.

¹⁵³⁵ Que sont le contrat d'adhésion et le vice de violence pour abus de l'état de dépendance.

¹⁵³⁶ Civ., 1^{re}, 30 mai 2000, n° 98-15.242, D. 2000. 879, note J.-P. CHAZAL ; D. 2001. 140, note D. MAZEAUD ; RTD civ. 2000. 827, obs. J. MESTRE, B. FAGES ; RTD civ. 2000. 863, obs. P.-Y. GAUTHIER ; JCP 2001. II. 10461, obs. G. LOISEAU ; JCP E 2001. 571, note R. SECNAZI ; CCC 2000. 142, note L. LEVENEUR ; Defrénois 2000. 1124, obs. Ph. DELEBECQUE ; Civ., 1^{re}, 3 avr. 2002, n° 00-12.932, D. 2002. 1860, obs. J.-P. GRIDEL ; D. 2002. 1860, note J.-P. CHAZAL ; D. 2002. 2844, note D. MAZEAUD ; RTD civ. 2002. 502, obs. J. MESTRE, B. FAGES ; RTD com. 2003. 86, obs. A. FRANCON ; JCP 2002. I. 184, obs. G. VIRASSAMY ; JCP E 2003. 278, obs. F. CHERIGNY ; Gaz. Pal. 2003, p. 444, note J. ROVINSKI ; Defrénois 2002. 1242, obs. É. SAVAUX.

Section 1. L'ADHÉSION DE LA PARTIE FAIBLE AU CONTRAT

389. Un déséquilibre de puissance contractuelle peut être caractérisé alors même que les parties ne sont pas encore liées par une convention. La phase précontractuelle en est en effet un théâtre privilégié et la dématérialisation grandissante du processus de formation du contrat tend à le généraliser¹⁵³⁷. Cette dématérialisation peut en effet supposer qu'un contractant ait unilatéralement rédigé le contenu du contrat, avant de le soumettre à l'autre, qui ne peut espérer l'amender¹⁵³⁸. Le développement de l'instrument numérique n'a toutefois qu'accru l'unilatéralisme dans la rédaction d'un contrat¹⁵³⁹, dont on trouve déjà des traces au XIX^e siècle. En cette époque, les « contrats de travail dans la grande industrie, des contrats de transport avec les grandes compagnies de chemin de fer, et de tous les contrats qui revêtent comme un caractère de loi collective »¹⁵⁴⁰ étaient déjà fréquemment rédigés par une seule partie, sans que l'autre n'ait la faculté de les négocier. C'est ainsi que les travaux de R. Saleilles, qui font suite à l'entrée en vigueur, en 1900, du Code civil allemand, ont mis en lumière la notion de « contrat d'adhésion »¹⁵⁴¹. L'auteur définissait cette notion nouvelle comme la convention dans laquelle « il y a prédominance exclusive d'une volonté, agissant comme volonté unilatérale, qui dicte sa loi, non plus à un individu, mais à une collectivité indéterminée, et qui s'engage déjà, par avance et unilatéralement, sauf adhésion de ceux qui voudront accepter la loi du contrat »¹⁵⁴². Dans notre pratique contractuelle contemporaine, répondent à cette définition, entre autres, « les contrats d'assurance, contrats bancaires, contrats de transport de personnes, contrats de fourniture d'énergie, contrats de téléphonie mobile, contrat d'utilisation d'un réseau social »¹⁵⁴³, voire, selon les circonstances dans lesquelles il est conclu, le contrat de travail.

390. Le contrat d'adhésion est l'une des expressions de la puissance contractuelle du contractant « rédacteur ». Celui-ci, en effet, détermine seul tout ou partie du contenu du contrat ; il en a donc la « maîtrise »¹⁵⁴⁴. À l'inverse, l'autre partie n'a d'autre choix que d'adhérer ou

¹⁵³⁷ R. BOFFA, « Article 1108 : le contrat d'adhésion », *RDC* 2015, p. 736.

¹⁵³⁸ *Ibid.*

¹⁵³⁹ V. not. S. BROS, « La place de l'unilatéralisme : progrès ou danger ? », *RDC* 2012, p. 1452.

¹⁵⁴⁰ R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté : Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, préc.

¹⁵⁴¹ *Ibid.*

¹⁵⁴² *Ibid.*

¹⁵⁴³ G. LOISEAU, « La puissance du contractant en droit commun des contrats », préc.

¹⁵⁴⁴ *Ibid.*

rejeter le contrat qui lui est proposé, ce qui traduit son impossibilité concrète de le négocier. Cette position de faiblesse, dans laquelle peut se trouver le salarié ou ses représentants, est désormais réglementée par le Code civil, qui considère le contrat d'adhésion comme une catégorie juridique à part entière, au même titre, par exemple, que le contrat synallagmatique¹⁵⁴⁵, le contrat à titre onéreux¹⁵⁴⁶ ou le contrat solennel¹⁵⁴⁷. Ainsi, le nouvel article 1110 du Code civil pose non seulement les bases de la qualification du contrat d'adhésion (§1), mais en précise également le régime (§2), protecteur des intérêts des contractants en situation de faiblesse.

§1. LA QUALIFICATION DE CONTRAT D'ADHÉSION

391. À l'instar de l'ensemble des autres catégories juridiques de contrat, la caractérisation d'un contrat d'adhésion passe par celle, préalable, de plusieurs conditions cumulatives, exprimées par l'article 1110 susmentionné (**A**). Lesdites conditions, réunies en droit du travail, ouvrent la voie à ce qu'un contrat de travail, voire une convention collective¹⁵⁴⁸, puissent être qualifiés de contrat d'adhésion (**B**).

A. LES CRITÈRES DU CONTRAT D'ADHÉSION

392. Depuis l'entrée en vigueur de la loi de ratification du 20 avril 2018¹⁵⁴⁹, l'article 1110, alinéa 2, du Code civil définit le contrat d'adhésion comme « celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties »¹⁵⁵⁰. La disposition fait apparaître les deux critères cumulatifs du contrat d'adhésion : l'absence de négociabilité d'un ensemble de clauses (**1**) et la prédétermination unilatérale de celui-ci (**2**).

¹⁵⁴⁵ Article 1106, alinéa 1, du Code civil : « le contrat est synallagmatique lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres ».

¹⁵⁴⁶ Article 1107, alinéa 1, du Code civil : « le contrat est à titre onéreux lorsque chacune des parties reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure ».

¹⁵⁴⁷ Article 1109, alinéa 2, du Code civil : « le contrat est solennel lorsque sa validité est subordonnée à des formes déterminées par la loi ».

¹⁵⁴⁸ Pour rappel, conformément au vocable employé par le Code du travail, notamment aux articles L. 2232-5 et L. 2232-11, la formule « convention collective » est utilisée pour évoquer indifféremment les accords et les conventions collectives.

¹⁵⁴⁹ À savoir le 1^{er} oct. 2018.

¹⁵⁵⁰ Pour de plus amples développements au sujet de la définition du contrat d'adhésion dans l'ordonnance du 10 févr. 2016, V. *infra*, n° 589 et s.

1. Un ensemble de clauses non négociable

393. Dans un ouvrage entièrement consacré à la notion, G. Berlioz estimait que le critère essentiel du contrat d'adhésion est « l'absence de débat préalable »¹⁵⁵¹ entre les parties. Cette idée est reprise par notre droit positif, qui fait de la soustraction de la négociation d'un « ensemble de clauses » la condition première de la qualification de contrat d'adhésion **(a)**. Reste alors à déterminer le sens qu'il convient d'accorder à la formule d'« ensemble de clauses ». La lecture littérale de l'article 1110 du Code civil conduit à une interprétation quantitative. Dans cette hypothèse, « l'ensemble de clauses non négociables » s'entend comme l'impossibilité, pour la partie faible, de négocier au moins deux clauses insérées dans le contrat qui lui est proposé. Une partie de la doctrine en fait cependant une autre analyse, en considérant que la formule doit se départir de son sens chiffré pour revêtir une signification « qualitative »¹⁵⁵². Selon cette acception, l'« ensemble de clauses » renverrait donc à l'impossibilité de négocier les clauses les plus essentielles du contrat¹⁵⁵³. Aussi, la caractérisation d'un contrat d'adhésion doit nécessairement être précédée par la découverte du sens exact qu'il convient d'accorder à l'« ensemble de clauses » mentionné par l'article 1110 du Code civil **(b)**.

a. Une négociation impossible

394. La réforme du droit des contrats a intégré dans le plan du Code civil une sous-section dédiée aux « négociations »¹⁵⁵⁴ qui ne figurait pas dans sa version de 1804. La conclusion d'un contrat est ainsi susceptible d'être précédée d'une période de négociation entre les futurs cocontractants. Ce n'est cependant pas un impératif, dans la mesure où la négociation n'est pas une condition de validité des conventions¹⁵⁵⁵. Ainsi, tant que lesdites conditions sont cumulativement respectées, savoir si le contrat a fait l'objet – ou non – de négociations

¹⁵⁵¹ G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, Paris, LGDJ, 1973, p. 27.

¹⁵⁵² V. not. D. MAZEAUD, « Quelques mots sur la réforme du droit des contrats », préc. ; O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, préc., p. 84 et s.

¹⁵⁵³ V. not. V. PICHON, *Des contrats d'adhésion. Leur interprétation et leur nature*, Thèse, Lyon, 1909, p. 198.

¹⁵⁵⁴ Sous-section 1 de la section 1 du chapitre II du sous-titre I du titre III du livre III, intitulée « les négociations », qui comprend les articles 1112 à 1112-2 du Code civil.

¹⁵⁵⁵ L'article 1128 du Code civil liste de manière exhaustive lesdites conditions de validité, à savoir : le consentement des parties, la capacité à contracter et un contenu licite et certain.

préalables n'importe pas. À cet égard, une distinction capitale pour notre étude doit être effectuée entre deux notions d'apparence proches : la négociation et la négociabilité.

395. Conformément à nos développements précédents¹⁵⁵⁶, la négociation renvoie au fait de « débattre les termes d'un accord, les clauses d'un contrat »¹⁵⁵⁷. Il s'agit donc d'un acte positif, qui peut se transcrire concrètement par la discussion, la contestation ou la proposition de clause(s) ou d'amendement(s). À l'inverse, la « négociabilité » se définit comme « ce qui peut être négocié »¹⁵⁵⁸. Cette fois-ci, le terme ne fait donc pas référence à une action, mais bel et bien à un caractère. Les deux notions ne peuvent dès lors pas être placées sur un même plan ; si ce qui a été négocié était nécessairement négociable, la réciproque n'est pas vraie pour autant. En effet, il se peut parfaitement que ce qui n'a pas été négocié pouvait l'être. Ceci peut à nouveau être illustré par l'exemple du contrat de travail ; il n'est pas rare qu'un employeur permette à l'aspirant salarié de négocier certains éléments de son futur contrat de travail, comme le montant de sa rémunération, par exemple. Si le candidat à l'embauche ne saisit pas cette opportunité, le contenu du contrat de travail n'aura pas été concrètement négocié, ce qui n'entache pas son caractère négociable. L'absence de négociabilité, en effet, ne laisse que deux choix au candidat : l'adhésion totale ou le rejet total du contrat qui lui est proposé¹⁵⁵⁹.

396. La distinction entre les deux termes est placée au centre de la qualification du contrat d'adhésion¹⁵⁶⁰. Celui-ci, en effet, ne peut être caractérisé par l'absence de négociation de ses termes. Le fait de ne pas avoir négocié les stipulations d'un contrat ne fait donc pas de ce dernier un contrat d'adhésion. Cette qualification résulte en effet de l'impossibilité, pour la partie dotée de la puissance contractuelle la moins importante, de négocier le contrat. Le rapport remis par le Haut Comité Juridique de la place financière de Paris (HCJP) abonde en ce sens, en énonçant que « l'absence de négociation effective entre les parties ne suffit pas à qualifier le contrat de contrat d'adhésion »¹⁵⁶¹ et que « l'impossibilité de [la] négociation »¹⁵⁶² en est le critère

¹⁵⁵⁶ V. *supra*, n° 375.

¹⁵⁵⁷ <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9N0237>.

¹⁵⁵⁸ <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9N0233>.

¹⁵⁵⁹ F. CHENEDE, « Interprétation et amélioration du nouveau droit des contrats », préc.

¹⁵⁶⁰ V. not. L. BENTO DE CARVALHO, « Le contentieux des accords d'entreprise au prisme du contrat d'adhésion (première partie) », *Dr. soc.* 2019. 867 ; N. BLANC, « L'équilibre du contrat d'adhésion », *RDC* 2019, p. 155 ; D. BAKOUCHE, « Ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats : première étape », *Lexbase Hebdo* 2017, n° 720.

¹⁵⁶¹ Rapport du HCJP, p. 46, cité par N. BLANC, « Contrat d'adhésion et déséquilibre significatif après la loi de ratification », *RDC* 2018, p. 20.

¹⁵⁶² *Ibid.*

premier. L'enjeu est ici de taille, car il est « fréquent que les clauses ne soient pas négociées, beaucoup moins qu'elles ne soient pas négociables »¹⁵⁶³.

397. La notion de « négociabilité » joue ainsi le rôle de pivot, de déclencheur, du contrat d'adhésion¹⁵⁶⁴. Il faut donc parvenir, dans un premier temps, à déterminer les éléments de faits qui permettent d'affirmer qu'un contrat a ou n'a pas été négociable. À défaut, la qualification de contrat d'adhésion deviendrait particulièrement complexe à appréhender. Par un raisonnement *a contrario*, il semble évident que le caractère négociable d'un contrat n'est pas conditionné par le fait que les stipulations de celui-ci soient le résultat d'un compromis entre les intérêts de chaque contractant¹⁵⁶⁵. Une telle solution reviendrait à confondre le caractère négociable d'un contrat avec l'action de négocier. La caractérisation de la négociabilité du contrat n'est en effet soumise à aucune action positive de la part des parties ; un contrat doit être considéré comme étant négociable lorsque le contractant en situation de domination contractuelle est ouvert à « d'éventuels amendements »¹⁵⁶⁶ ou propositions émanant de l'autre partie. Que cette dernière se saisisse – ou non – de la faculté qu'il lui est ouverte ne constitue pas un critère de la négociabilité du contrat, mais un indice susceptible d'être pris en compte par le juge en cas de litige. En effet, l'accès à la négociabilité ne résulte que de la position du contractant doté de la plus grande puissance contractuelle : s'il est ouvert à la discussion, le caractère négociable du contrat est avéré, peu importe qu'une négociation effective se soit ensuite déroulée – ou non. Par exemple, il résulte clairement des décisions des juges du fond que lorsque les contestations d'une partie ont été prises en compte par le contractant rédacteur¹⁵⁶⁷ ou quand une banque accède à la demande de réaménagement d'un crédit formulée par l'emprunteur, ce qu'elle n'était pas contrainte de faire¹⁵⁶⁸, le caractère négociable d'un contrat est acquis.

¹⁵⁶³ S. TOURNAUX, « Les conséquences de la loi du 20 avril 2018 ratifiant la réforme par ordonnance du droit des contrats et des obligations sur le contrat de travail », *Lexbase Hebdo* 2018, n° 742.

¹⁵⁶⁴ Ch. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil*, préc., p. 161 estiment que « l'exclusion de la négociation par une partie est l'élément fondamental du contrat d'adhésion ».

¹⁵⁶⁵ L. BENTO DE CARVALHO, « Le contentieux des accords d'entreprise au prisme du contrat d'adhésion (première partie) », préc. V. ég. Th. REVET, « Les critères du contrat d'adhésion », *D.* 2016. 1771, pour lequel « il n'est pas exigé que l'intégralité du contrat ait été soustraite à la négociation » pour qu'il soit qualifié de « contrat d'adhésion ».

¹⁵⁶⁶ *Ibid.*

¹⁵⁶⁷ TGI Paris, 4 mars 2022, CT0196, n° 19/662, qui rejette la qualification de contrat d'adhésion dans une espèce où le demandeur avait pu en contester certaines stipulations.

¹⁵⁶⁸ Douai, ch. 8, sect. 1, 2 juin 2022, n° 20/01344.

398. La seconde question découle directement de ce qui précède : qu'est-ce que l'absence de négociabilité d'un contrat ? Il est certes évident que lorsque celui qui le propose n'est ouvert à aucune sorte de modification, le contrat est soustrait à la négociation¹⁵⁶⁹. Il existe cependant des situations intermédiaires, plus complexes à apprécier. Le professeur L. Bento de Carvalho se demandait ainsi si la négociabilité d'un contrat était démontrée lorsqu'une partie était dans « l'impossibilité de négocier [en raison] d'un empêchement physique [...], d'une impossibilité intellectuelle dans l'hypothèse où l'une des parties ne serait pas en situation de négocier en raison de l'absence – ou du trop-plein – d'information l'empêchant de comprendre ou de peser utilement sur le contenu l'accord »¹⁵⁷⁰. Par échos, un auteur se questionnait si « le juge [n'allait pas être] tenté de conclure à l'absence de négociabilité en se focalisant sur un critère personnel et subjectif : l'inégalité entre les parties (intellectuelle, économique, sociale...) ? »¹⁵⁷¹. La jurisprudence est pour l'heure silencieuse sur le sujet. Toutefois, dans la mesure où la négociabilité s'apprécie comme un caractère et non pas comme une action, il y a lieu de considérer, à notre sens, que l'impossibilité qui concerne la partie faible au contrat n'a pas d'influence sur le caractère négociable du contrat. Cette impossibilité peut certes l'empêcher de le négocier, mais cela ne fait pas rétroactivement disparaître le fait que le contractant « rédacteur » avait accepté d'entrer en discussion. La négociabilité s'apprécierait ainsi uniquement sur la tête du contractant dominant, de manière *in concreto*. L'unique limite à apporter à ce raisonnement est celui de l'abus ; si une partie se dit ouverte à la discussion tout en œuvrant, parallèlement, pour que l'autre ne puisse pas engager véritablement la négociation, il convient alors de retenir le caractère non-négociable du contrat.

399. Cette remarque nous mène à la troisième et dernière interrogation, relative à la preuve de la soustraction à la négociation des termes du contrat. À l'instar de la preuve de l'inexécution du devoir précontractuel d'information, celle de l'absence de négociabilité peut revêtir un caractère négatif. En effet, si la charge de la preuve venait à être entièrement placée sur les épaules du demandeur, celui-ci devrait démontrer que le contrat – ou certaines de ses

¹⁵⁶⁹ V. not. T. com., Paris, 15^e ch., 28 mars 2022, n° 2018017655, selon lequel « si le choix par [l'entreprise] d'un contrat d'adhésion n'est pas en soi critiquable au regard du nombre de contrats conclus, le fait d'exclure toute négociation doit avoir pour corollaire l'absence de clauses créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. Ainsi, le principe de libre négociabilité n'est-il pas sans limite et il revient au tribunal d'apprécier si certaines stipulations contractuelles traduisent un tel déséquilibre ».

¹⁵⁷⁰ L. BENTO DE CARVALHO, « Le contentieux des accords d'entreprise au prisme du contrat d'adhésion (première partie) », préc.

¹⁵⁷¹ M. MEKKI, « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 : une réforme de la réforme ? », préc.

stipulations – n’était pas négociable¹⁵⁷², ce qui est très loin d’être évident. En attendant que la Cour de cassation se positionne, il semble envisageable de raisonner par analogie avec le contentieux affairiste noué autour de l’article L. 442-1 du Code du commerce, en application duquel la preuve de la soumission ou de la tentative de soumission d’un contractant est déduite de la soustraction de la négociabilité du contrat. Ainsi, dans une espèce relative à la tentative de soumission d’un fournisseur, la chambre commerciale de la Cour de cassation a déclaré qu’après avoir « énoncé que la soumission ou la tentative de soumission d’un fournisseur ou partenaire commercial, premier élément constitutif de la pratique de déséquilibre significatif, implique de démontrer l’absence de négociation effective des clauses incriminées et que, si la structure d’ensemble du marché de la grande distribution peut constituer un indice de l’existence d’un rapport de force déséquilibré [...] ce seul élément ne peut suffire et doit être complété par d’autres indices établissant l’absence de négociation effective »¹⁵⁷³. Si l’arrêt rappelle par ailleurs que les preuves indirectes – qui laissent supposer, sans la prouver, l’absence de négociation – peuvent être admises par le juge¹⁵⁷⁴, il indique également que la charge de la preuve pèse avant tout sur le demandeur. Ce n’est que si l’absence de négociabilité a été démontrée – ou que des éléments qui la laissent supposer ont été apportés¹⁵⁷⁵ – que ladite charge revient au contractant en position de force contractuelle, qui doit démontrer « que l’insertion d’autres clauses ont permis le rééquilibrage du contrat au regard de son économie générale »¹⁵⁷⁶. La charge de la preuve est ainsi partagée entre les contractants. Étendue en droit commun des contrats, cette solution ne ferait ainsi pas peser la charge d’une preuve négative sur le contractant en situation de faiblesse ; celui-ci devrait, *a minima*, apporter des éléments qui laissent supposer l’absence de négociabilité du contrat. C’est à tout le moins la solution à laquelle on parvient si l’on raisonne par analogie avec le régime probatoire de l’article L. 442-1 du Code du commerce.

¹⁵⁷² V. not. S. TOURNAUX, « Les conséquences de la loi du 20 avril 2018 ratifiant la réforme par ordonnance du droit des contrats et des obligations sur le contrat de travail », préc.

¹⁵⁷³ Com., 20 nov. 2019, n° 18-12.823, *D.* 2020. 789, obs. N. FERRIER ; *D.* 2020. 1254, chron. A.-C. LE BRAS, C. de CABARRUS, S. KASS-DANNO, S. BARBOT ; *RTD civ.* 2020. 109, obs. H. BARBIER ; *RTD com.* 2020. 322, obs. M. CHAGNY ; *AJ contrat* 2020. 35, obs. F. BUY ; *JCP G* 2020. 17, note N. DISSAUX ; *RDC* 2020, p. 39, obs. M. BEHAR-TOUCHAIS.

¹⁵⁷⁴ H. BARBIER, *ibid.*

¹⁵⁷⁵ Le régime probatoire est ici identique à celui applicable, en droit du travail, aux hypothèses de discrimination ou de harcèlement. L’article L. 1134-1 du Code du travail, relatif à la discrimination, énonce que « lorsque survient un litige en raison d’une méconnaissance des dispositions du chapitre II, le candidat à l’emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou le salarié 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 ». La même formule a été retenue par le législateur en matière de harcèlement, à l’article L. 1154-1 du Code du travail.

¹⁵⁷⁶ *Ibid.*

400. La Cour de cassation ne s'est pour l'heure pas prononcée sur le régime probatoire de l'article 1110 du Code civil. En réalité, seule la Cour d'appel d'Amiens a rendu un arrêt qui caractérise explicitement l'absence de négociabilité d'un contrat au sens de cet article¹⁵⁷⁷. Pour en arriver à cette conclusion, les juges du fond ont réalisé une interprétation *in concreto* des termes du contrat, en constatant qu'il « est manifeste que le contrat conclu comporte un ensemble de clauses non négociables et déterminées à l'avance par la société F.I [...], le contrat impose en effet des conditions très strictes pour le sous-traitant qu'une libre négociation n'aurait pu laisser subsister, tels un délai de paiement à 60 jours qui constitue le délai maximum légalement prévisible, le fait qu'il soit précisé que toutes les obligations de paiement en sommes d'argent naissant entre les parties de l'exécution du contrat se compenseront entre elles, de plein droit et sans formalités que les conditions de la compensation légale soient ou non constituées [...] ; il s'agit donc bien d'un contrat d'adhésion ». L'absence de négociabilité du contrat n'est ainsi pas expressément démontrée ; elle est judiciairement déduite du cumul de deux éléments, à savoir la situation de faiblesse du sous-traitant et le caractère déséquilibré des clauses contractuelles à son détriment. Autrement dit, elle découle du déséquilibre significatif créé par certaines clauses, en défaveur du contractant doté de la moins grande puissance contractuelle. La qualification de contrat d'adhésion, en l'espèce, ne résulte donc pas de la réunion de ses deux critères, mais procède au contraire de la mise en œuvre de son régime¹⁵⁷⁸. Si cela simplifie substantiellement la tâche du demandeur, qui n'a pas à apporter la preuve négative de l'impossibilité de négocier, le raccourci emprunté par la Cour d'appel d'Amiens paraît être en direct contradiction avec la lettre de l'article 1110 du Code civil.

401. Le contrat d'adhésion est ainsi celui dont la négociabilité est soustraite. L'objet de ladite soustraction est d'ailleurs précisé par le Code civil, puisqu'il s'agit de celle d'un « ensemble de clauses ».

¹⁵⁷⁷ Amiens, ch. économique, 10 mars 2022, n° 21/04192.

¹⁵⁷⁸ L'article 1171 du Code civil énonce en effet que « dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties est réputée non écrite ». Pour de plus amples développements, V. *infra*, n° 433 et s.

b. Interprétations de la notion d' « ensemble de clauses »

402. En énonçant que le contrat d'adhésion est celui dont un « ensemble de clauses » est soustrait à la négociation, l'article 1110 du Code civil fournit implicitement au lecteur plusieurs indications. Une interprétation réalisée *a contrario* conduit en effet à une double conclusion. Tout d'abord, si ladite soustraction ne concerne qu'une unique clause, la qualification de contrat d'adhésion doit être rejetée¹⁵⁷⁹. Ensuite, il apparaît qu'il n'est pas nécessaire que l'ensemble des dispositions du contrat n'ait pu être négocié pour que celui-ci soit considéré comme étant d' « adhésion »¹⁵⁸⁰. Ainsi, comme l'indique le professeur G. Chantepie, « l'adhésion n'est plus [...] considérée comme l'acceptation d'un bloc figé, un tout ou rien. Il peut y avoir contrat d'adhésion alors même que certaines clauses demeuraient négociables »¹⁵⁸¹. La formule « ensemble de clauses » joue donc à la fois un rôle net de plancher – l'emploi du pluriel indiquant que plusieurs stipulations doivent être non négociables – et un rôle flou de plafond – en sous-entendant qu'il n'est pas nécessaire que l'absence de négociabilité porte sur l'ensemble des clauses du contrat. Pour autant, la formule demeure plongée dans un épais brouillard, car son interprétation peut, de prime abord, s'effectuer de deux manières distinctes, qui peuvent aussi bien s'opposer fermement que se compléter.

403. La lecture littérale de l'article 1110 du Code civil conduit à la caractérisation d'un « ensemble de clauses non négociables » dès lors qu'au moins deux clauses ont été soustraites à la négociation. L'analyse est ici strictement quantitative. Le dualisme dudit article semble d'ailleurs commander une telle interprétation. En effet, il paraît certain, à la lecture du Code civil, que tous les contrats qui ne sont pas d'adhésion sont automatiquement de gré à gré, et inversement¹⁵⁸². Le contrat de gré à gré est défini comme « celui dont les stipulations sont négociables entre les parties »¹⁵⁸³. Il semble donc que la qualification de « contrat de gré à gré » suppose que l'ensemble des stipulations aient été négociables¹⁵⁸⁴. Dès lors, si deux d'entre elles

¹⁵⁷⁹ V. not. G. CHANTEPIE, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Déséquilibre significatif », *Rep. civ.*, Dalloz, 2022, spé., n° 193.

¹⁵⁸⁰ D. MAZEAUD, « Quelques mots sur la réforme du droit des contrats », préc.

¹⁵⁸¹ G. CHANTEPIE, « Le consentement de l'adhérent », *RDC* 2019, p. 140.

¹⁵⁸² Le droit québécois affirme expressément cette dualité. L'article 1379, alinéa 2, du Code civil québécois dispose en effet que « tout contrat qui n'est pas d'adhésion est de gré à gré ».

¹⁵⁸³ Article 1110, alinéa 1, du Code civil.

¹⁵⁸⁴ V. not. M. MEKKI, « La notion de contrat d'adhésion : on est loin de la « haute définition » ! », *RDC* 2019, p. 112.

ne le sont pas, le contrat ne pourrait être que d'adhésion¹⁵⁸⁵. L'analyse souffre toutefois d'une faiblesse ; si le contrat de gré à gré est celui dont toutes les stipulations sont négociables et que le contrat d'adhésion est celui dont au moins deux clauses sont soustraites à la négociation, quelle est la qualification à donner à un contrat dont seule une clause n'a pu être négociée ?

404. L'interprétation quantitative de « l'ensemble de clauses » est certes défendue par une partie de la doctrine¹⁵⁸⁶, mais est également vivement critiquée. Deux arguments majeurs sont soulevés par les tenants de l'interprétation qualitative de la formule. En premier lieu, il a été remarqué que les termes retenus par la loi du 20 avril 2018 diffèrent de ceux qui avaient été proposés par le Sénat lors de la première lecture du projet de loi de ratification. La chambre haute du Parlement définissait en effet le contrat d'adhésion comme « celui qui comporte des clauses non négociables, unilatéralement déterminées à l'avance par l'une des parties »¹⁵⁸⁷. La modification de la disposition par le Gouvernement, qui a abandonné la formule « des clauses » pour celle d'« ensemble de clause » soulignerait ainsi, selon certains auteurs, le fait que « le législateur a assez nettement marqué sa préférence pour une analyse qualitative, excluant que la seule pluralité de clauses non négociées suffise à emporter la qualification de contrat d'adhésion »¹⁵⁸⁸.

Au-delà de la volonté du législateur, un débat s'est noué autour du mot « ensemble », qui, pour d'autres auteurs, signifie nécessairement que les clauses non négociables forment « un tout harmonieux et homogène »¹⁵⁸⁹. Ainsi, si le contractant « rédacteur » soustrait de la négociation une clause résolutoire et une clause ayant trait aux modalités de livraison¹⁵⁹⁰, lesdites clauses ne formeraient pas un « ensemble », dans la mesure où elles n'entretiennent

¹⁵⁸⁵ *Ibid.*

¹⁵⁸⁶ V. not. L. BENTO DE CARVALHO, « Le contentieux des accords d'entreprise au prisme du contrat d'adhésion (première partie) », préc. ; Ch. GOLDIE-GENICON, « Droit commun des contrats et droit du travail, 100 ans après », préc. ; M. MEKKI, « La notion de contrat d'adhésion : on est loin de la « haute définition » ! », préc., se demande dans quelle mesure le juge sera tenté de procéder à l'analyse quantitative de la formule, dans le but d'élargir la définition du contrat d'adhésion.

¹⁵⁸⁷ V. le rapport n° 22 de M. F. PILLET du 11 oct. 2017 relatif au projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

¹⁵⁸⁸ G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, préc., p. 137. Il convient en effet de mettre en exergue que la formule retenue par le Sénat traduisait déjà la volonté d'apprécier la notion d'« ensemble de clauses » de manière quantitatives. Quel serait alors l'intérêt de la modification de la formule, opérée par le Gouvernement, si ce n'est pour changer le sens de son interprétation ?

¹⁵⁸⁹ Selon la formule de L. ANDRIEU, « Le nouveau contrat d'adhésion », *AJ contrat* 2018. 262. V. ég. S. PELLET, « Contrat d'adhésion et négociation », in M. LATINA, G. CHANTEPIE (dir.), *Le contrat d'adhésion. Perspectives franco-québécoises*, Paris, Dalloz, 2018, p. 67 et s.

¹⁵⁹⁰ Pour reprendre l'exemple formulé par M. MEKKI, *op. cit.*

aucun lien. Aussi, l'« ensemble » devrait être compris comme les clauses qui forment « l'ossature contractuelle que l'adhérent n'est pas admis à discuter »¹⁵⁹¹, son « infrastructure juridique »¹⁵⁹².

405. Il reste encore à déterminer concrètement les clauses qui sont susceptibles de former ce *corpus* contractuel. À nouveau, deux conceptions diamétralement opposées peuvent être retenues. D'un côté, l'analyse qualitative de l'« ensemble de clauses », prise au sens littérale, ne pourrait porter que sur les clauses les plus importantes d'un contrat. Selon cette acception, le contrat d'adhésion serait celui dont les clauses essentielles n'ont pu être négociées. Dans un contrat de travail, l'impossibilité de négocier la rémunération ou la qualification permettrait ainsi de caractériser l'adhésion du salarié¹⁵⁹³. Il est cependant impératif, à notre sens, de s'écarter de cette vision de la notion, en ce qu'elle porte indéniablement atteinte au régime du contrat d'adhésion et à la lutte contre les clauses abusives¹⁵⁹⁴. D'un autre, pour reprendre le vocabulaire employé par M. F. Pillet, rapporteur du Sénat, l'« ensemble de clauses » est perçu comme « l'essentiel des stipulations »¹⁵⁹⁵, c'est-à-dire comme les clauses « proprement juridiques »¹⁵⁹⁶, entendues comme celles qui ne sont pas « économiques »¹⁵⁹⁷. Ici, ce serait l'impossibilité de négocier les clauses accessoires qui caractériserait l'adhésion du contractant faible¹⁵⁹⁸.

406. Il convient, selon nous, de retenir une interprétation aussi bien quantitative que qualitative de la formule d'« ensemble de clauses ». La première, comme nous l'avons indiqué en préambule¹⁵⁹⁹, sert d'exigence minimale, de plancher. La seconde sert à contourner certains écueils de l'analyse quantitative, en évitant d'articuler la caractérisation d'un contrat d'adhésion

¹⁵⁹¹ O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, préc., p. 85 et s.

¹⁵⁹² *Ibid.*

¹⁵⁹³ S. TOURNAUX, « Les conséquences de la loi du 20 avril 2018 ratifiant la réforme par ordonnance du droit des contrats et des obligations sur le contrat de travail », préc.

¹⁵⁹⁴ V. *infra*, n° 444 et s.

¹⁵⁹⁵ V. le rapport n° 247 de M. F. PILLET du 24 janv. 2018, relatif au projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

¹⁵⁹⁶ O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*

¹⁵⁹⁷ *Ibid.*

¹⁵⁹⁸ Il est en effet constaté que « ce sont les stipulations accessoires [...] qui posent difficulté dans le contrat d'adhésion » : F. CHENEDE, *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidations, innovation, perspectives*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 2019, p. 86. V. ég. G. DEREUX, *De l'interprétation des actes juridiques privés*, Thèse, Paris, 1905, p. 198 qui opérait déjà la distinction entre les clauses essentielles et accessoires et qui mettait en exergue que, le plus souvent, ce sont ces dernières qui sont soustraites à la négociation de l'adhérent.

¹⁵⁹⁹ V. *supra*, n° 402.

autour d'une analyse strictement mathématique¹⁶⁰⁰. Ainsi, l'« ensemble de clauses non négociables » doit être compris quantitativement – au moins deux clauses sont soustraites à la négociation – mais aussi qualitativement – les clauses accessoires du contrat¹⁶⁰¹. Ne retenir que la première source d'interprétation reviendrait en effet à s'éloigner de l'intention du législateur, tandis que retenir une conception littérale de l'interprétation qualitative aurait pour effet de priver l'article 1171 du Code civil – et, par-là, le contrat d'adhésion – d'un intérêt essentiel pour la partie faible du contrat¹⁶⁰².

407. L'étude de la soustraction de la négociation et du sens à donner à la notion d'« ensemble de clauses » est insuffisante pour définir le contrat d'adhésion. En effet, encore faut-il que lesdites clauses soient déterminées à l'avance par l'une des parties, le contractant fort.

2. Une prédétermination unilatérale de l'ensemble de clauses

408. L'ensemble de clauses dont fait mention l'article 1110 du Code civil, soustrait à la négociation, doit de surcroît avoir été « [déterminé] à l'avance par l'une des parties », à savoir le contractant « rédacteur ». De prime abord, cette seconde condition paraît être suffisamment claire pour fermer la porte à tout débat interprétatif. En effet, la qualification de contrat d'adhésion est conditionnée par le fait que le contenu du contrat – ou une fraction de celui-ci – soit déterminée de manière unilatérale, par la partie dotée de la plus grande puissance contractuelle¹⁶⁰³. C'est là le sens de la formule selon laquelle les clauses soustraites à la négociation doivent être « déterminées à l'avance par l'une des parties ». Autrement formulé, le contrat n'est d'« adhésion » que lorsque le contractant fort – qu'il s'agisse de l'employeur dans un contrat de travail, d'une banque dans un contrat de prêt ou d'une compagnie d'assurance dans un contrat d'assurance, etc... – a procédé, seul, à la détermination de

¹⁶⁰⁰ Qu'il s'agisse d'au moins deux clauses non négociables ou encore d'une majorité de clauses soustraites à la négociation, comme cela a pu être envisagé par L. ANDRIEU, « Le nouveau contrat d'adhésion », préc., et F. CHENEDE, *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidations, innovation, perspectives*, préc., p. 86.

¹⁶⁰¹ En ce sens, V. ég. Ch. GOLDIE-GENICON, « Droit commun des contrats et contrat de travail, 100 ans après », préc.

¹⁶⁰² V. *infra*, n° 444 et s.

¹⁶⁰³ V. not. Ch. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil*, préc., p. 161.

l'essentiel des stipulations du contrat qu'il propose à la partie faible, qui est dépourvue de toute possibilité de négociation¹⁶⁰⁴.

409. La formule employée par le législateur demeure toutefois source d'interrogations. La disposition évoque en effet la prédétermination de l'ensemble de clauses par « l'une des parties ». Littéralement, il y aurait ainsi lieu d'exclure la qualification de contrat d'adhésion toutes les fois où le contrat, bien que soustrait en tout ou partie à la négociation, a été rédigé par un tiers et repris à son compte par le contractant fort. L'utilisation d'un « contrat-type » constituerait alors un obstacle infranchissable à la caractérisation d'un contrat d'adhésion. Pourtant, dans cette hypothèse, c'est bel et bien la partie en situation de domination contractuelle qui a décidé du contenu du contrat, dont la négociation était impossible. Certes, elle n'est pas, intellectuellement parlant, l'auteur du contenu du contrat, mais c'est elle qui a choisi d'y faire figurer telle clause aux dépens d'une autre. Il serait donc particulièrement aisé, pour la partie forte, d'exclure la qualification et le régime du contrat d'adhésion, en utilisant un contrat-type ou en confiant la rédaction du contrat à un conseil juridique, par exemple.

Dans le premier cas – la reprise d'un contrat-type – l'article 1110 du Code civil perdrait automatiquement l'intégralité de son intérêt, même en droit du travail. Rien ne semble empêcher la rédaction d'un « contrat de travail type », dont l'emploi ferait obstacle à la qualification de contrat d'adhésion. Dans le second – la rédaction est effectuée par un tiers – le mécanisme deviendrait sans effet à l'endroit des contractants les plus forts, qui disposent des moyens suffisants pour externaliser la partie juridique de leur activité. Ainsi, par exemple, le contrat de travail conclu entre une multinationale et un salarié, rédigé par l'avocat de la société, ne pourrait *de facto* pas être qualifié d'« adhésion », puisqu'il n'a pas été déterminé par « une partie », mais « pour le compte d'une partie ». En somme, la disposition n'aurait alors pour effet que de réduire le déséquilibre de puissance contractuelle entre une partie faible et une autre, certes plus forte, mais dont la puissance n'est pas suffisamment importante pour confier la rédaction d'un acte juridique à un tiers spécialisé. Dès lors, pour reprendre l'exemple de la conclusion d'un contrat de travail, l'article 1110 du Code civil protégerait efficacement le salarié contre les (très) petits employeurs, mais serait inefficace pour le salarié d'une grande

¹⁶⁰⁴ Comme l'indiquent O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, préc., p. 88 et s., la prédétermination du contrat par l'une des parties n'est que la conséquence logique de la soustraction de l'« ensemble de clauses » à la négociation.

entreprise, quand bien même, entre les deux, le déséquilibre de puissance contractuelle est plus marqué encore. L'interprétation littérale de la formule de l'article 1110, alinéa 2, du Code civil doit donc être rejetée, au profit d'une autre, plus souple.

410. L'emploi du terme « déterminé », en lieu et place de « rédigé », ouvre la voie à une seconde interprétation, plus conforme à l'esprit protecteur du mécanisme. En effet, si le législateur avait conditionné la qualification de contrat d'adhésion au fait qu'une partie ait « rédigé par avance » les clauses soustraites à la négociation, l'existence du contrat d'adhésion serait soumise au fait que le contractant fort soit, « matériellement [et] même intellectuellement, l'auteur véritable de l'*instrumentum* qu'il soumet à l'adhésion »¹⁶⁰⁵. Or, dans cette situation, le spectre de l'utilisation d'un contrat-type ou de la rédaction par un tiers referait surface. Il s'avère cependant que le législateur n'a pas opté pour la « prérédaction » unilatérale du contrat, mais pour sa « prédétermination ». Le terme possède une élasticité supérieure ; il permet en effet la caractérisation d'un contrat d'adhésion lorsque le contractant en position de force contractuelle n'a pas rédigé lui-même un « ensemble de clauses non négociables », mais qu'il a décidé, en prenant à son propre compte des clauses rédigées par autrui, de la structure juridique du contrat qu'il soumet à l'autre partie¹⁶⁰⁶. Par ce biais, en effet, il détermine à l'avance l'ossature du contrat, en y intégrant des clauses qu'il a choisies, bien que leur paternité ne lui soit pas attribuable¹⁶⁰⁷.

Sauf à retenir une interprétation littérale et inefficace de la disposition, la qualification de contrat d'adhésion ne dépend donc pas de l'identité matérielle du rédacteur des clauses soustraites à la négociation ; seul compte la détermination unilatérale de l'architecture globale du contrat par l'une des parties. De la sorte, la partie faible se trouve protégée dans l'ensemble des situations, dès lors qu'elle s'engage vis-à-vis d'un contractant plus puissant. Par-là, l'article 1110 du Code civil est indubitablement plus efficient.

411. Au-delà, il convient de se questionner sur ce que signifie exactement la détermination « à l'avance » de l'ensemble de clauses. Deux interprétations de la formule peuvent également être faites et, à nouveau, il paraît impératif de se détacher de sa lecture littérale. Selon celle-ci,

¹⁶⁰⁵ *Ibid.*

¹⁶⁰⁶ *Ibid.*, p. 88 et s.

¹⁶⁰⁷ En ce sens, V. F. CHENEDE, *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidations, innovation, perspectives*, préc., spé., n° 23.364 ; Th. REVET, « Les critères du contrat d'adhésion », préc.

le « moment » de la détermination unilatérale des clauses devient un critère essentiel du contrat d'adhésion. Réalisée avant la signature matérielle du contrat, la prédétermination susmentionnée autoriserait la caractérisation du contrat d'adhésion. Par contre, si le contractant fort venait à imposer le contenu du contrat sans l'avoir déterminé à l'avance, en le faisant « sur le moment »¹⁶⁰⁸, l'adhésion de son cocontractant serait *de facto* exclue. À nouveau, il serait aisé pour la partie forte d'écarter, par sa seule volonté, la qualification de contrat d'adhésion, en imposant le contenu des stipulations essentielles du contrat concomitamment à sa conclusion¹⁶⁰⁹. Il (re)devient donc impératif de s'en détacher, pour retenir une conception plus flexible de la formule, en considérant que chaque fois que le contractant fort a prédéterminé seul les stipulations essentielles du contrat en les soustrayant à la négociation, le contrat est d'adhésion. La détermination à l'avance de l'ensemble de clauses n'est donc « pas la condition la plus caractéristique du contrat d'adhésion »¹⁶¹⁰. En réalité, cette condition est une réminiscence de l'article 1110 du Code civil tel qu'il était rédigé au sein de l'ordonnance du 10 février 2016, qui définissait le contrat d'adhésion comme « celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties »¹⁶¹¹. Des auteurs estiment qu'« en réalité, le critère de la prédétermination avait surtout un sens dans l'ancienne rédaction de l'article 1110, alinéa 2, telle qu'elle était issue de l'ordonnance. Car le texte visait, on s'en souvient, « les conditions générales (...) déterminées à l'avance par l'une des parties », ce qui était en effet une évocation exacte de ce que sont les conditions générales (un document général, impersonnel et prêt à l'emploi) »¹⁶¹². Avec le changement terminologique, opéré par la loi du 20 avril 2018¹⁶¹³, le critère de la prédétermination « à l'avance » de l'ensemble de clauses semble être devenu anachronique et ne doit donc pas servir à écarter la qualification de contrat d'adhésion lorsque les autres critères – plus importants – sont réunis.

¹⁶⁰⁸ Dans cette hypothèse, la prédétermination de l'ensemble de clauses soustraites à la négociation se confondrait avec la prérédaction de celles-ci.

¹⁶⁰⁹ Hypothèse envisagée par O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, préc., p. 89, qui évoquent « le seul cas limite pourrait être celui dans lequel un contractant indiquerait d'emblée, sans avoir un document préparatoire, que l'affaire ne sera conclue qu'aux conditions qu'il fixe dans l'instant : le contrat sera imposé en même temps qu'il est dicté dans son contenu ».

¹⁶¹⁰ J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, préc., p. 427.

¹⁶¹¹ Pour de plus amples développements sur cette version de l'article 1110, alinéa 2, du Code civil, V. *infra*, n° 589 et s.

¹⁶¹² O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*

¹⁶¹³ On ne vise donc plus désormais les conditions générales, mais un ensemble de clauses.

412. L'objectif poursuivi par le mécanisme du contrat d'adhésion – le rééquilibrage de puissance contractuelle au profit d'une partie faible – possède une résonance particulière en droit du travail, où l'adhésion du salarié est fréquemment susceptible d'être caractérisée.

B. L'ADHÉSION DU SALARIÉ

413. Comme nous l'avons énoncé ci-dessus en guise d'illustration, l'adhésion de l'aspirant salarié au contrat de travail qui lui est soumis par le recruteur est une situation que le droit du travail rencontre souvent (1). Pour autant, l'influence du contrat d'adhésion dans les frontières travaillistes ne se limite pas aux seules relations individuelles de travail. En effet, plus particulièrement depuis l'entrée en vigueur de la loi de ratification des ordonnances du 22 septembre 2017¹⁶¹⁴, l'adhésion de la communauté des salariés à une convention collective doit également être envisagée (2).

1. *L'adhésion de l'aspirant salarié au contrat de travail*

414. La question de l'adhésion du candidat à l'embauche au contrat de travail qui lui est proposé par son futur employeur, ainsi que les conséquences qui en découlent, est probablement celle qui a reçu le traitement le plus vaste par la doctrine travailliste lors de la publication de l'ordonnance du 10 février 2016. La réponse apportée par les auteurs est cette fois-ci unanime : le contrat de travail peut être reconnu comme un contrat d'adhésion¹⁶¹⁵. Il faut cependant prendre garde de ne pas attribuer à cette solution une généralité dont elle est en réalité dénuée ; le contrat de travail peut être un contrat d'adhésion, il n'en est pas forcément un. Il n'existe ainsi pas de présomption¹⁶¹⁶ selon laquelle, sauf preuve contraire, le contrat de travail revêt la qualification de contrat d'adhésion. À l'inverse, le salarié qui, après la conclusion du contrat,

¹⁶¹⁴ Loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017, d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social.

¹⁶¹⁵ V. not. P. LOKIEC, J. ROCHFLED, « L'accord et le juge du travail : le temps des réformes paradoxales », *Dr. soc.* 2017. 5 ; Y. PAGNERRE, « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », préc. ; G. LOISEAU, « Le contrat de travail dans la réforme de droit des contrats », préc. ; Ch. GOLDIE-GENICON, « Droit commun des contrats et contrat de travail, 100 ans après », préc. ; M. FABRE-MAGNAN, « La réforme du droit des contrats : quelques contre-feux civilistes à la déréglementation du droit du travail », préc. ; Th. REVET, « Les critères du contrat d'adhésion », préc. ; S. TOURNAUX, « Chronique d'actualité du régime juridique du contrat de travail », préc. ; « Les conséquences de la loi du 20 avril 2018 ratifiant la réforme par ordonnance du droit des contrats et des obligations sur le contrat de travail », préc. ; Y. LEROY, « L'articulation entre droit civil et droit du travail ou comment sortir de l'impasse », préc.

¹⁶¹⁶ Pour envisager cette présomption, V. *infra*, n° 786 et s.

souhaite que cette qualification lui soit reconnue, doit démontrer que les conditions de l'article 1110, alinéa 2, du Code civil sont cumulativement réunies. Le contrat de travail est donc de gré à gré tant qu'il n'a pas été démontré, par le salarié, qu'un ensemble de clauses a été déterminé unilatéralement par son employeur et qu'il n'a pas été en mesure de les négocier. L'appréciation du caractère « gré à gré » ou d'« adhésion » s'effectue ainsi *in concreto*¹⁶¹⁷, conformément aux conditions réelles dans lesquelles s'est déroulée la conclusion du contrat, et n'est donc pas laissée à la discrétion de la liberté contractuelle des parties¹⁶¹⁸.

415. Fort logiquement, lorsque l'aspirant salarié n'a pas d'autre choix que de rejeter ou adhérer totalement au contrat qui lui est soumis, le contrat de travail est qualifié d'adhésion. Un rappel s'impose toutefois ; conformément à nos développements précédents¹⁶¹⁹, relatifs au sens qu'il convient de donner à la notion d'« ensemble de clauses », il n'est pas nécessaire, pour qu'un contrat de travail soit qualifié d'« adhésion », qu'il ait été intégralement soustrait à la négociation. Dès lors, la faculté laissée au candidat à l'embauche de négocier certaines stipulations principales dudit contrat – comme la rémunération ou la qualification, par exemple – ne fait pas automatiquement obstacle à la caractérisation d'un contrat d'adhésion¹⁶²⁰. En effet, si, d'un autre côté, le même candidat se trouve dans l'impossibilité de négocier plusieurs clauses « annexes » du contrat, déterminées unilatéralement par l'employeur¹⁶²¹, il se pourrait parfaitement que la qualification de contrat d'adhésion soit retenue.

416. À condition que le salarié parvienne à démontrer la soustraction de la négociation, il se pourrait que le contrat de travail soit « majoritairement un contrat d'adhésion »¹⁶²². Plusieurs indices concrets, comme la subordination de la volonté du salarié ou son potentiel état de dépendance économique, faciliteraient la démonstration de son adhésion. De plus, en pratique, fréquentes sont les situations dans lesquelles un employeur impose *a minima* plusieurs de ses

¹⁶¹⁷ S. TOURNAUX, « Chronique d'actualité du régime juridique du contrat de travail », préc.

¹⁶¹⁸ Car le contractant en position de domination contractuelle pourrait, par l'entrejeu de celle-ci, imposer la qualification de « gré à gré » au contrat de travail conclu. La qualification même de « contrat de travail », suit le même régime, en étant « indisponible » : Soc., 19 déc. 2000, n° 98-40.572, *Dr. soc.* 2001. 227, note A. JEAMMAUD ; *Dr. soc.* 2001. 435, obs. G. COUTURIER ; *LPA* 2001, p. 5, note G. PICCA, A SAURET ; *LPA* 2002, p. 18, note F. JAULT ; *Cah. soc.* 2001, p. 134, obs. F.J. PANSIER. Sur l'analogie entre l'arrêt dit « Labanne » et la qualification de contrat d'adhésion, V. not. Th. REVET, « Les critères du contrat d'adhésion », préc.

¹⁶¹⁹ V. *supra*, n° 402 et s.

¹⁶²⁰ V. not. Ch. GOLDIE-GENICON, « Droit commun des contrats et contrat de travail, 100 ans après », préc.

¹⁶²¹ Comme, par exemple, la clause de non-concurrence, d'exclusivité, de mobilité, de dédit-formation...

¹⁶²² Y. PAGNERRE, « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », préc.

conditions au salarié, qui se trouve contraint de les accepter s'il souhaite être embauché. Il arrive d'ailleurs que le contrat de travail soit intégralement prédéterminé par l'employeur, qui ne laisse pas la possibilité au candidat de proposer des amendements. Or, dans un cas comme dans l'autre, la qualification de contrat d'adhésion devrait être reconnue.

417. Au sein de la sphère travailliste, le contrat de travail n'est pas l'unique acte juridique à être conclu suite à l'adhésion du salarié. Dans certaines hypothèses, il peut effectivement en aller de même pour les conventions collectives.

2. *L'adhésion du salarié à la convention collective*

418. La nature réglementaire des effets de la convention collective¹⁶²³ n'efface pas rétroactivement la nature contractuelle de sa formation¹⁶²⁴. À l'instar de tout contrat, elle se forme, en principe¹⁶²⁵, par la rencontre des volontés de deux parties¹⁶²⁶, à savoir l'employeur ou ses représentants et les organisations syndicales représentatives des salariés¹⁶²⁷. De prime abord, la qualification de contrat d'adhésion doit être exclue de cet acte juridique, dans la mesure où la représentation collective des salariés, opérée par les organisations syndicales qualifiées de « représentatives »¹⁶²⁸, est censée assurer la négociation effective de son

¹⁶²³ V. not. F. CANUT, F. GÉA, « Le droit du travail, entre ordre et désordre (seconde partie) », *Dr. soc.* 2017. 47 ; A. SUPLOT, « Un faux dilemme : la loi ou le contrat », *Dr. soc.* 2003. 59 ; D. BAUGARD, « L'illégalité d'un accord collectif invoquée par un salarié. De l'exception de nullité à l'exception d'illégalité ? », *JCP S* 2019. 1297 ; B. TEYSSIE, « Sur l'érosion de l'intérêt général en droit du travail », *JCP S* 2015. 1326 ; M.-L. MORIN, « Derrière le pragmatisme des ordonnances, la perversion des droits fondamentaux du travail », préc. ; H. CAVAT, « La caducité en droit du travail », préc. ;

¹⁶²⁴ Selon M. MOREAU, « L'interprétation des conventions collectives de travail : à qui profite le doute ? », *Dr. soc.* 1995. 171, l'accord collectif est « une âme réglementaire dans un corps contractuel ». J.-Y. FROUIN, « Le contrat de travail et les dérogations au droit commun des contrats », préc., énonce que « la convention collective est contractuelle dans sa formation et réglementaire dans ses effets ». V. ég. L. BENTO DE CARVALHO, « Le contentieux des accords d'entreprise au prisme du contrat d'adhésion », préc. ; Y. PAGNERRE, « Droit des contrats et accords collectifs, regards croisés », préc. P. LOKIEC, « Accord collectif et contrat de travail », préc., parlent d'une « rencontre entre la force obligatoire du contrat et l'effet quasi-réglementaire » des conventions collectives.

¹⁶²⁵ Le Code du travail prévoit en effet des « modes substitutifs de négociation collective » pour les entreprises dépourvues de délégués syndicaux : articles L. 2232-21 et s. du Code du travail. V. ég. Y. LEROY, « La négociation collective sans négociation : coup de maître ou hérésie », préc. ; P.-H. ANTONMATTEI, L. ENJOLRAS, Ch. MARIANO, « Actualité du droit et de la pratique de la négociation collective », préc.

¹⁶²⁶ L'article 1101 du Code civil définit le contrat comme « un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ».

¹⁶²⁷ L'article L. 2231-1 du Code du travail énonce que « la convention ou l'accord est conclu entre : d'une part, une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives dans le champ d'application de la convention ou de l'accord ; d'autre part, une ou plusieurs organisations syndicales d'employeurs, ou toute autre association d'employeurs, ou un ou plusieurs employeurs pris individuellement [...] ».

¹⁶²⁸ Il s'agit des organisations syndicales qui respectent les critères posés par l'article L. 2121-1 du Code du travail, à savoir le respect des valeurs républicaines, l'indépendance, la transparence financière, l'ancienneté minimale de

contenu¹⁶²⁹. De surcroît, comme nous avons eu l'occasion de l'énoncer¹⁶³⁰, la négociation collective est innervée par un principe de loyauté¹⁶³¹. Ainsi, lorsqu'elle est conclue par le biais de son canal principal, il est rare que la convention collective contienne un ensemble de clauses soustraites à la négociation et déterminées à l'avance par l'employeur ou ses représentants¹⁶³². Dans les petites et très petites entreprises, qui sont bien souvent dépourvues de délégués syndicaux¹⁶³³, la question de l'adhésion des salariés mérite cependant d'être posée. En effet, dans les entreprises « dont l'effectif habituel est inférieur à onze salariés »¹⁶³⁴, l'article L. 2232-21 du Code du travail dispose que « l'employeur peut proposer un projet d'accord ou un avenant de révision aux salariés, qui porte sur l'ensemble des thèmes ouverts à la négociation collective d'entreprise prévus par le présent code. La consultation du personnel est organisée à l'issue d'un délai minimum de quinze jours courant à compter de la communication à chaque salarié du projet d'accord [...] »¹⁶³⁵. Ce mode substitutif de négociation collective, qui ne concerne que les entreprises qui emploient régulièrement moins de onze salariés et celles dont l'effectif ne dépasse pas vingt salariés et qui sont dépourvues de Comité Social et Économique¹⁶³⁶, soumet la convention collective à un processus de création particulier, qui se scinde en deux étapes : la rédaction unilatérale d'un projet par l'employeur, puis la soumission dudit projet à un référendum d'entreprise, dont l'adoption s'effectue à la majorité des deux tiers du personnel¹⁶³⁷.

deux ans dans le champ professionnel et géographique couvrant le niveau de la négociation au jour du premier tour des élections professionnelles, l'audience, l'influence et les effectifs d'adhérents et de cotisations.

¹⁶²⁹ V. not. G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, préc., p. 1673 : « [...] la convention collective a d'abord été une invention de la pratique. Tandis qu'un ouvrier ne peut négocier sur un pied d'égalité avec son patron, un syndicat est susceptible de le faire, en recourant au besoin à la grève ».

¹⁶³⁰ V. *supra*, n° 358.

¹⁶³¹ V. not. Soc., 28 nov. 2001, n° 00-11.209, préc.

¹⁶³² L. BENTO DE CARVALHO, « Le contentieux des accords d'entreprise au prisme du contrat d'adhésion », préc., estime que « la qualification de contrat d'adhésion à l'accord d'entreprise doit être envisagée avec prudence ».

¹⁶³³ L'article L. 2143-3, alinéa 3, du Code du travail dispose que « la désignation du délégué syndical peut intervenir lorsque l'effectif d'au moins cinquante salariés a été atteint pendant douze mois consécutifs ». Ainsi, l'immense majorité des entreprises en est dépourvue. L'article L. 2253-2, 3°, dudit Code permet toutefois à une convention collective de branche de prévoir un autre seuil de déclenchement de désignation des délégués syndicaux. Selon une étude d'impact rendue le 27 juin 2017 au sujet du projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, seules 4 % des entreprises qui emploient entre 11 et 50 salariés sont pourvues d'au moins un délégué syndical.

¹⁶³⁴ Article L. 2232-21 du Code du travail.

¹⁶³⁵ V. *supra* et *infra*, n° 375 et s., n° 534 et s., n° 610.

¹⁶³⁶ En application de l'article L. 2232-23 du Code du travail, selon lequel « dans les entreprises dont l'effectif habituel est compris entre onze et vingt salariés, en l'absence de membre élu de la délégation du personnel du Comité Social et Économique, les articles L. 2232-21, L. 2232-22 et L. 2232-22-1 s'appliquent ».

¹⁶³⁷ Article L. 2232-22, alinéa 1, du Code civil.

419. Dans cette hypothèse, le contenu de la convention collective est intégralement déterminé par le seul employeur. Toute négociabilité est ainsi exclue, dans la mesure où il s'infère de la rédaction de l'article L. 2232-21 du Code du travail que la rédaction du projet de convention collective est unilatéralement réalisée par l'employeur. Or, par définition, l'unilatéralisme¹⁶³⁸ écarte toute négociabilité. Cette dernière ne peut pas non plus être caractérisée par la consultation des salariés par le truchement d'un référendum d'entreprise. En effet, le propre du référendum est de n'ouvrir la voie qu'à deux réponses possibles : oui ou non. Les salariés ne possèdent donc pas la faculté d'amender ou de négocier l'accord ; ils ne peuvent exprimer leur volonté qu'en adhérant au projet patronal ou en le rejetant en bloc¹⁶³⁹. Approuvé par les salariés dans les conditions de majorité requises, l'accord est considéré par la loi comme étant « valide »¹⁶⁴⁰. Dès lors, la convention conclue doit être considérée comme un contrat d'adhésion, car les critères cumulatifs posés par l'article 1110, alinéa 2, du Code civil sont tous réunis : l'existence d'un contrat, un ensemble de clauses totalement soustrait à la négociation¹⁶⁴¹ et déterminé unilatéralement par une partie, à savoir l'employeur. C'est également en ce sens que s'est prononcée la doctrine travailliste, qu'elle le suppose¹⁶⁴² ou qu'elle l'affirme expressément¹⁶⁴³. Ainsi, dans l'ensemble des (très) petites entreprises, la convention collective d'entreprise, qui résulte de l'adhésion des salariés au projet unilatéral de l'employeur, doit être considérée comme un contrat d'adhésion.

420. Dans la mesure où il présente un attrait pour le salarié¹⁶⁴⁴, l'influence produite par l'article 1110, alinéa 2, du Code civil en droit du travail doit être incorporée dans l'influence minimale accueillie exercée par la réforme sur la matière. Pour l'heure, il est cependant malaisé de se prononcer sur son intensité réelle. Celle-ci, en effet, ne dépend que de la manière dont sera mis en œuvre le régime du contrat d'adhésion¹⁶⁴⁵ par le juge social. Prise de manière isolée,

¹⁶³⁸ Pour le dictionnaire de l'Académie Française, est unilatéral ce qui est situé d'un seul côté : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A8U0036>.

¹⁶³⁹ V. *supra*, n° 375.

¹⁶⁴⁰ Article L. 2232-22 du Code du travail.

¹⁶⁴¹ Non pas, cette fois-ci, car le contractant doté de la plus grande puissance contractuelle s'oppose à toute forme de négociation, mais parce que la loi le prévoit, en soumettant la validité du projet patronal au mécanisme du référendum qui, par nature, est incompatible avec la négociation.

¹⁶⁴² V. not. F. CANUT, « La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux », préc.

¹⁶⁴³ V. not. Y. LEROY, « La négociation collective sans négociation : coup de maître ou hérésie ? », préc. ; Y. PAGNERRE, « Droit des contrats et accords collectifs, regards croisés », préc. ; L. BENTO DE CARVALHO, « Le contentieux des accords d'entreprises au prisme du contrat d'adhésion », préc.

¹⁶⁴⁴ Aussi bien dans les relations individuelles que collectives de travail.

¹⁶⁴⁵ À savoir l'interprétation *in favorem* du contrat qualifié d'« adhésion » (article 1190 du Code civil) et la traque des clauses abusives (article 1171 du Code civil).

la qualification de contrat d'adhésion n'octroie pas, de manière directe, une protection supplémentaire à la partie faible du contrat conclu. Elle en constitue, par contre, le préalable incontournable ; seule, la qualification de contrat d'adhésion est sans effet sur le déséquilibre de puissance contractuelle. Par contre, sans elle, le salarié qui a adhéré à son contrat de travail sans pouvoir le négocier perd le bénéfice d'une protection certaine, qui porte à la fois sur le contenu du contrat et sur son interprétation¹⁶⁴⁶. La contribution du mécanisme du contrat d'adhésion à l'influence de la réforme du droit des contrats en droit du travail s'effectue donc en deux étapes. La première, à savoir la qualification de contrat d'adhésion, s'apprécie comme une condition impérative, mais neutre de toute influence. La seconde, à savoir la mise en œuvre du régime du contrat d'adhésion, logiquement conditionnée par l'étape première, fait produire au mécanisme une certaine influence dans les frontières des relations de travail, en permettant au juge, par exemple, de réputer non écrite une clause déterminée unilatéralement par l'employeur et imposée à l'aspirant salarié¹⁶⁴⁷.

Dès lors, si la qualification de contrat d'adhésion ne contribue pas, de manière autonome, à réduire le déséquilibre de puissance contractuelle caractérisé, ladite réduction ne peut être réalisée, au profit du salarié, que si le contrat de travail est qualifié d' « adhésion ». En somme, l'influence de l'article 1110, alinéa 2, du Code civil en droit du travail¹⁶⁴⁸ n'est qu'indirecte. Elle constitue néanmoins la porte d'entrée vers le régime du contrat d'adhésion, lequel est susceptible de produire une influence directe dans les relations de travail.

§2. LE RÉGIME DU CONTRAT D'ADHÉSION

421. L'adhésion d'un contractant à un acte proposé par l'autre est indirectement génératrice d'une protection pour le premier d'entre eux. En effet, la caractérisation d'un tel contrat, conformément aux conditions énoncées par l'article 1110, alinéa 2, du Code civil entraîne la mise en application d'un régime, propre à cette catégorie juridique de contrat. Ledit régime se divise en deux mécanismes, qui n'agissent pas sur le même plan du contrat. Ainsi, l'interprétation qui sera faite de ses clauses obscures ou ambiguës se trouve d'abord concernée,

¹⁶⁴⁶ *Ibid.*

¹⁶⁴⁷ V. *infra*, n° 433 et s.

¹⁶⁴⁸ Mais également en droit commun des contrats et dans toutes les branches du droit.

puisque'elle doit alors se réaliser « contre celui qui a proposé [le contrat] »¹⁶⁴⁹. Le premier volet du régime du contrat d'adhésion renvoie donc à l'interprétation *in favorem* de ses dispositions (A). Le second, quant à lui, opère directement sur le contenu du contrat, en important dans le Code civil la législation – jusqu'alors cantonnée aux relations de consommation¹⁶⁵⁰ – des clauses abusives (B). La protection accordée, en droit du travail, par ce régime dual dépendra exclusivement de l'accueil qu'en fera la chambre sociale de la Cour de cassation.

A. L'INTERPRÉTATION DU CONTRAT D'ADHÉSION

422. Selon l'Académie Française, l'interprétation est « l'explication du sens que l'on peut donner à un texte »¹⁶⁵¹. Auparavant intégrées dans un chapitre consacré aux « effets des obligations »¹⁶⁵², les directives d'interprétation du contrat possèdent désormais, dans le Code civil, un chapitre qui leur est intégralement dédié¹⁶⁵³. Avant même d'évoquer la manière dont un contrat doit être interprété, il est nécessaire de déterminer ce qui peut être sujet à interprétation. En somme, il convient de spécifier le champ de l'interprétation. Le Code civil s'en charge en son article 1192, qui rappelle qu'« on ne peut interpréter les clauses claires et précises à peine de dénaturation ». Ledit champ se trouve donc cantonné aux seules clauses obscures ou ambiguës, conformément à la jurisprudence pluriséculaire de la Cour de cassation¹⁶⁵⁴. La solution est empreinte de bon sens, car interpréter une clause claire et précise revient à porter atteinte à la force obligatoire du contrat¹⁶⁵⁵, elle aussi consacrée par le Code civil¹⁶⁵⁶. En d'autres termes, l'interprétation ne se justifie que « par la clarification du sens du

¹⁶⁴⁹ Selon le rapport remis au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131, préc., qui énonce « l'article 1190 distingue la méthode d'interprétation d'une clause ambiguë selon que le contrat est ou non un contrat d'adhésion, puisque dans ce dernier cas il s'interprétera contre celui qui l'a proposé ».

¹⁶⁵⁰ L'article L. 212-1 du Code de la consommation énonce, en son premier alinéa, que « dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ».

¹⁶⁵¹ <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9I1758>.

¹⁶⁵² Il s'agissait de la section 5, intitulée « de l'interprétation des conventions », elle-même placée dans le chapitre III (intitulé « de l'effet des obligations ») du titre III (intitulé « des contrats ou des obligations conventionnelles en général ») du livre III (intitulé « des différentes manières dont on acquiert la propriété ») du Code civil de 1804.

¹⁶⁵³ À savoir le chapitre III (intitulé « l'interprétation du contrat ») du sous-titre I (intitulé « le contrat ») du titre III (intitulé « des sources d'obligations ») du livre III (intitulé « des différentes manières dont on acquiert la propriété ») du Code civil.

¹⁶⁵⁴ V. déjà Civ., 15 avr. 1872, 1, 176 ; S. 1972, 1, 232. V. ég. Ch. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil*, préc., p. 86, qui rappellent que « lorsque le sens du contrat s'impose à l'évidence, le juge n'a pas à interpréter et il viole la loi en se livrant à une interprétation qui n'est pas nécessaire ».

¹⁶⁵⁵ V. not. G. MAIRE, « La clause de style », CCC 2021. 13.

¹⁶⁵⁶ Article 1103 du Code civil.

contrat par rapport aux clauses qui y figurent »¹⁶⁵⁷ et a « pour objet essentiel la détermination du sens d'un texte par définition obscure ou ambiguë »¹⁶⁵⁸. Les directives d'interprétation guident ainsi le juge dans la tâche qui lui incombe d'interpréter les conventions qui lui sont soumises. Au-delà de la directive générale énoncée par l'article 1188 du Code civil, qui ouvre le chapitre susmentionné, certaines directives se fondent directement sur « l'utilité de l'opération contractuelle »¹⁶⁵⁹ tandis que d'autres tendent à favoriser l'une des parties au contrat. C'est le cas, notamment, de la règle portée par l'article 1190 du Code civil, qui concerne directement l'interprétation des contrats de gré à gré et d'adhésion. L'étude de la protection de la partie faible par le recours à l'interprétation *in favorem* de l'article 1190 précité doit ainsi débiter par celle de l'articulation entre la directive générale et les directives spéciales d'interprétation du contrat (1). De surcroît, ladite étude ne peut faire l'économie de l'analyse renouvelée de la portée normative des articles 1188 et suivants du Code civil, dans la mesure où les directives d'interprétation en étaient totalement dépourvues en amont de l'ordonnance du 10 février 2016 (2). De ces développements peut être caractérisée l'intensité de la protection accordée au salarié au sein des relations individuelles et collectives de travail par l'interprétation *in favorem* du contrat d'adhésion (3).

1. L'articulation des directives d'interprétation du contrat

423. En principe, le contenu du contrat est élaboré conjointement par les parties contractantes. Les clauses constituent ainsi le résultat de l'accord de leur volonté respective. Aussi, celui qui interprète la convention doit avant tout procéder à la recherche de la « commune intention » des parties. C'est là le sens de l'article 1188 du Code civil, en vertu duquel « le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes »¹⁶⁶⁰. Placé en tête du chapitre consacré à l'interprétation du contrat, cette disposition possède une symbolique évidente¹⁶⁶¹ et pose « la première directive

¹⁶⁵⁷ A. LAGADEC, *De l'interprétation des clauses contractuelles à la qualification du contrat*, Thèse, Toulon, 2017, p. 11.

¹⁶⁵⁸ J. GHESTIN, Ch. JAMIN, M. BILLAU, *Droit civil, Les obligations*, préc., p. 15.

¹⁶⁵⁹ Selon la formule de G. CHANTEPIE, « Contrat : effets – contenu du contrat », *Rep., civ.* Dalloz, 2018, spé., n° 29 et s.

¹⁶⁶⁰ V. not. Ch. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil*, préc., p. 85 et s.

¹⁶⁶¹ Le nouvel article 1188 du Code civil reprend en effet la portée de l'ancien article 1156 dudit Code, qui disposait qu'« on doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes ». Cet article, dans l'ancien plan du Code civil, ouvrait la section qui était consacrée à l'interprétation des conventions. Dans l'esprit du législateur de 1804, il s'agissait donc, déjà, de la directive générale d'interprétation des contrats.

d'interprétation »¹⁶⁶². Bien qu'en théorie applicable à toutes les catégories de contrat¹⁶⁶³, il faut se questionner sur la mise en œuvre de cette directive au cas spécifique du contrat d'adhésion. Aux premiers abords, la réponse est négative, car il ne ferait guère de sens de rechercher la « commune intention des parties » dans un contrat caractérisé, justement, par la détermination unilatérale de tout ou partie de son contenu. Il convient cependant de dépasser cette première intuition. En effet, nous l'avons identifié¹⁶⁶⁴, un contrat peut être qualifié d' « adhésion » quand bien même certaines de ses stipulations ont été librement négociées. Force est ainsi de constater qu'au sein même d'un contrat d'adhésion, il reste de la place pour que le juge puisse interpréter la commune intention des parties. Partant, si l'ambiguïté ou l'obscurité concerne une clause dont la négociation est avérée – et dont le contenu résulte donc bel et bien de la volonté des deux parties – la règle posée par l'article 1188 du Code civil doit trouver application¹⁶⁶⁵. La tâche de l'interprète est alors complexe, car dans les relations frappées d'un important déséquilibre de puissance contractuelle, la « commune intention » des parties risque d'être dictée par le contractant fort et donc, par conséquent, n'être que fictive.

424. La formule de l'article 1190 du Code civil, qui pose la règle de l'interprétation *in favorem* du contrat d'adhésion, semble confirmer la mise en œuvre première de la directive générale d'interprétation¹⁶⁶⁶, puisqu'il y est énoncé que « dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé ». L'on peut considérer que le « doute » dont il est fait mention renvoie à l'impossibilité, pour l'interprète, de déceler la commune intention des parties contractantes. En effet, la formule ne peut renvoyer à l'acception classique du terme « doute », à savoir « l'incertitude sur l'existence ou la vérité d'une chose, sur la vérité ou la fausseté d'une idée »¹⁶⁶⁷. Entendu comme tel, le doute est en effet un préalable obligatoire à l'interprétation du contrat ; ne pas « douter » du sens d'une clause ou d'un ensemble de clauses reviendrait ainsi

¹⁶⁶² G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorie et pratique dans l'ordre du Code civil*, préc., p. 448.

¹⁶⁶³ Articles 1106 et s. du Code civil.

¹⁶⁶⁴ V. *supra*, n° 402 et s.

¹⁶⁶⁵ O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, préc., p. 424 et s. Pour un avis contraire, V. not. J. RICHARD DE LA TOUR, « Les principes, les directives et les clauses relatives à l'interprétation », *RDC* 2016, p. 392, qui écrit qu'« on peut considérer que la règle propre aux contrats d'adhésion exclut la règle générale d'interprétation de l'article 1188 ».

¹⁶⁶⁶ Article 1188 du Code civil.

¹⁶⁶⁷ Selon la définition donnée par le dictionnaire de l'Académie Française : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A8D1936#:~:text=Incertain%20sur%20l'existence%20ou,y%20a%20point%20de%20doute>

à procéder à l'interprétation d'un contrat clair et précis et donc, par voie de conséquence, à le dénaturer. Le doute mentionné par l'article 1190 du Code civil ne peut, dès lors, que renvoyer à l'impossibilité de caractériser la commune intention des parties au contrat. Dans cette hypothèse, l'interprétation des clauses obscures ou ambiguës devra s'effectuer, si le contrat est qualifié d'adhésion¹⁶⁶⁸, en application de cette directive spéciale. C'est d'ailleurs là le sens d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Reims, selon lequel « ce n'est qu'après, et dans le doute persistant malgré l'examen de la convention selon la méthode progressivement énumérée par les articles 1157 et 1158 du Code civil relatifs au sens d'une clause, 1159 du Code civil relatif à une clause ambiguë, 1160 du Code civil relatif aux clauses d'usage et 1161 du Code civil relatif à l'interprétation des clauses les unes par rapport aux autres, que le juge est autorisé à se livrer à une interprétation de la convention en faveur de l'une des parties contractantes »¹⁶⁶⁹. Or, c'est précisément ce à quoi tend le nouvel article 1190 du Code civil : interpréter le contrat de manière *in favorem*, c'est-à-dire en faveur de l'un des contractants, à savoir la partie faible. Il doit donc être cantonné à un rôle subsidiaire : ce n'est que lorsque la commune intention des parties ne peut être trouvée par le juge qu'il sera possible d'interpréter le contrat d'adhésion dans un sens favorable à l'adhérent¹⁶⁷⁰.

425. En raison du déséquilibre de puissance contractuelle, il est complexe, par le jeu de l'interprétation, de parvenir à caractériser la commune intention des parties à un contrat d'adhésion. Le juge se heurte même à une impossibilité totale lorsque le contractant doté de la plus grande puissance contractuelle a, seul, déterminé l'ensemble du contenu du contrat¹⁶⁷¹. Dans cette hypothèse la recherche de l'intention de l'adhérent se heurte à un obstacle infranchissable : son inexistence¹⁶⁷². Toutes les fois où cette « intention commune » ne peut être décelée, l'article 1190 du Code civil énonce que la clause obscure ou ambiguë d'un contrat d'adhésion doit être interprétée « contre celui qui l'a proposé ». Le doute profite ainsi à

¹⁶⁶⁸ En effet, si le contrat est qualifié de gré à gré, la clause obscure ou ambiguë ne sera pas interprétée en faveur de l'adhérent, mais en faveur du débiteur, en application de l'article 1190 du Code civil.

¹⁶⁶⁹ Reims, 1^{re} ch. civ., 7 janv. 2004, n° 2004-237171, *RDC* 2004, p. 933, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK.

¹⁶⁷⁰ V. not. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorie et pratique dans l'ordre du Code civil*, préc., p. 455, pour lesquels « le contrat s'interpréterait selon la commune intention des parties, sauf lorsque le juge devrait faire prévaloir l'utilité de l'opération contractuelle ou favoriser l'un des contractants au détriment de l'autre, le tout sous réserve du contrôle de dénaturation des clauses claires et précises ».

¹⁶⁷¹ Que ce soit lui qui ait – ou non – rédigé matériellement le contenu du contrat.

¹⁶⁷² V. not. Th. REVET, « L'uniformisation de l'interprétation : contrats types et contrats d'adhésion », *RDC* 2015, p. 199 : « que peut, en effet, signifier la recherche d'une intention commune lorsqu'il est constant que l'*instrumentum* est l'œuvre d'une seule des parties, sinon celle d'un tiers ? ».

l'adhérent, comme le prévoyait déjà les deux avant-projets doctrinaux qui ont précédé la rédaction de l'ordonnance du 10 février 2016. Le groupe dirigé par M. P. Catala proposait ainsi, à l'article 1140 de l'avant-projet, que « dans le doute, le contrat s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation »¹⁶⁷³. Si le vocabulaire évolue quelque peu, la position est identique pour le professeur F. Terré, pour lequel « en cas d'ambiguïté, les clauses d'un contrat qui n'ont pas été négociées s'interprètent, de préférence, à l'encontre de celui qui en est l'auteur »¹⁶⁷⁴. La règle est également similaire à celle posée par l'article L. 211-1, alinéa 2, du Code de la consommation, pour lequel « [les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs] s'interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur »¹⁶⁷⁵.

Un arrêt rendu par la seconde chambre civile de la Cour de cassation illustre cette interprétation réalisée en faveur du consommateur¹⁶⁷⁶. Un couple, victime d'un cambriolage et de l'incendie de leur résidence principale, s'est retourné contre son assureur au titre du contrat « multirisques habitation » qu'il avait souscrit. L'assureur a néanmoins plafonné l'indemnisation des « objets de valeur » à la somme de 10 000 francs, conformément, selon lui, à une clause insérée au sein dudit contrat. Pour la Haute Cour, dans la mesure où le projet d'assurance « ne précisait pas si la garantie des objets de valeurs de 10 000 francs (avant indexation) [renvoyait à] une limitation forfaitaire globale de la garantie ou un plafond d'indemnisation par objet, tandis que la proposition d'assurance invitait à contacter directement l'assureur pour le cas où le signataire entendait assurer les objets litigieux « pour une valeur unitaire supérieure à 10 000 F », introduisait le doute justifiant une interprétation dans le sens le plus favorable à l'assuré s'agissant du montant de la garantie souscrite [...] ». Ambigüe au regard de la proposition d'assurance, la clause du contrat multirisques habitation a été interprétée par la seconde chambre civile de la manière la plus favorable au consommateur. Le montant de dix mille francs constituait ainsi un plafond unitaire de valeur et non pas un plafond global pour l'ensemble de ces objets.

¹⁶⁷³ http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf, p. 87. L'avant-projet reprend là la formule de l'ancien article 1162 du Code civil.

¹⁶⁷⁴ F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, préc., p. 302 et s.

¹⁶⁷⁵ V. not. F. MILLET, « Le sort du principe de l'interprétation dans le sens le plus favorable au consommateur », *D.* 2020. 1280 ; Ph. GROSSER, « La négociation dans l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *AJ contrat* 2016. 270.

¹⁶⁷⁶ Civ., 2^e, 8 mars 2018, n° 17-10.030, *AJ contrat* 2018. 283, obs. B. NERAUDAU, P. GUILLOT ; *RGDA* 2018, p. 242, obs. M. ASSELAIN.

426. L'article 1190 du Code civil, en ce qu'il n'est mobilisé que dans l'impossibilité de déceler la commune intention des parties, est doté d'un caractère subsidiaire. La récurrence de sa mise en œuvre n'en souffre pourtant pas, comme en témoigne l'étendue du contentieux¹⁶⁷⁷. Se pose néanmoins la question de son caractère normatif ; face au contrat d'adhésion qui lui est soumis, le juge est-il contraint de l'interpréter dans un sens favorable à la partie faible au contrat ?

2. Le caractère des directives d'interprétation du contrat

427. La question de l'obligatorité des directives d'interprétation du contrat a été posée pour la première fois à la Cour de cassation au début du XIX^e siècle¹⁶⁷⁸. Depuis lors, celle-ci juge de manière constante – ou presque – que lesdites directives ne sont que « des conseils donnés au juge par le législateur pour l'interprétation des conventions et non des règles absolues dont l'inobservation entraînerait l'annulation de la décision »¹⁶⁷⁹. Malgré quelques rares décisions contraires¹⁶⁸⁰, il est admis que le juge n'est pas lié par les directives légales d'interprétation, qui n'ont pas de portée obligatoire. Pour certains, la solution était justifiée par le « désordre »¹⁶⁸¹, voire la « contradiction »¹⁶⁸² desdites directives dans le Code Napoléon. Le professeur O. Deshayes se demandait ainsi si « c'est l'absence de cohérence entre les textes qui explique (au moins en partie) l'absence de normativité des dispositions [interprétatives]. On comprendrait en effet assez bien que la jurisprudence ne s'estime pas liée par des textes qui sont inconciliables entre eux, incohérents ou incomplets »¹⁶⁸³. Le caractère inconciliable des neuf directives était déjà mis en avant par J. Boré, pour lequel « si la Cour de cassation accepte de reconnaître le caractère impératif des articles 1156 à 1164 du Code civil, elle se verra contrainte, pour éviter

¹⁶⁷⁷ Devant les juridictions d'appel, rares sont les dispositions issues de la réforme du droit des contrats qui sont plus fréquemment invoquées que l'article 1190 du Code civil. L'on peut néanmoins citer les articles 1112-1, 1124, 1171 et 1226 du Code civil.

¹⁶⁷⁸ Req., 18 mars 1807, S. 1807, 1, 361.

¹⁶⁷⁹ Req., 13 févr. 1883, S. 1883, 1, 466 ; Civ., 1^{re}, 17 oct. 1961, *Bull. civ. I*, n° 464 ; Civ., 1^{re}, 19 déc. 1995, n° 94-10.478, *RTD civ.* 1996. 611, obs. J. MESTRE ; Com., 24 oct. 1978, n° 17-14.697.

¹⁶⁸⁰ V. not. Civ., 1^{re}, 20 janv. 1970, n° 68-11.420, au sujet de l'impérativité de l'ancien article 1156 du Code civil ; Civ., 1^{re}, 13 avr. 1999, n° 97-13.782, *RTD com.* 1999. 943, obs. B. BOULOC ; *CCC* 1999. 127, obs. L. LEVENEUR, au sujet de l'impérativité de l'article 1602 du Code civil, selon lequel « le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige. Tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur » ; Civ., 2^e, 13 juill. 2006, n° 05-18.104, *RTD com.* 2007. 435, obs. B. BOULOC ; *RDC* 2007, p. 347, obs. D. FENOUILLET ; *Gaz. Pal.* 6 nov. 2007, p. 29, note X. LEDUCQ ; *RGDA* 2006, p. 628, note L. MAYAUX, au sujet de l'impérativité de l'article L. 211-1 du Code de la consommation.

¹⁶⁸¹ O. DESHAYES, « Les directives d'interprétation du Code civil : la cohérence des textes », *RDC* 2015, p. 159.

¹⁶⁸² *Ibid.*

¹⁶⁸³ *Ibid.*

qu'ils n'entrent en conflit, de classer ces textes d'après leur nature et d'établir entre eux une hiérarchie, dont l'échelle peut donner lieu à certaines discussions »¹⁶⁸⁴. Il était donc acté, en amont de l'ordonnance du 10 février 2016, que les directives d'interprétation du Code civil ne devaient être perçues que comme des « conseils ». Le juge qui prenait la décision de ne pas les respecter n'encourait donc pas la cassation, car la Haute Cour ne contrôlait pas l'interprétation réalisée avant elle par les juges du fond¹⁶⁸⁵. Tandis que la réforme a agencé ces directives dans un chapitre qui leur est entièrement dédié, la question de leur impérativité mérite d'être à nouveau posée. En effet, si elles venaient toujours à être considérées comme de simples « guides » à destination du juge, la protection offerte à l'adhérent par l'article 1190 du Code civil devrait alors être nettement relativisée.

428. De manière regrettable, ni l'ordonnance du 10 février 2016, ni la loi du 20 avril 2018 ne répond à cette interrogation. Deux visions s'affrontent alors : celle de la continuité, tout d'abord, qui conduit à refuser toute portée contraignante aux articles 1188 et suivants du Code civil ; celle de la rupture, ensuite, qui invite à distinguer les directives, pour en considérer certaines comme de véritables règles impératives et d'autres comme des simples conseils. Pour les tenants de cette seconde thèse, de multiples arguments conduisent à octroyer à l'article 1190 du Code civil une toute nouvelle portée normative. Tout d'abord, les directives considérées comme étant les plus « vagues » ont été abrogées ; alors qu'il en comportait neuf, le Code civil contient désormais cinq directives d'interprétation. L'incohérence relevée par certains auteurs, qui expliquaient par-là l'absence d'impérativité de ces dispositions, n'existe plus. De là, elle ne peut donc plus justifier leur absence de normativité.

La place du chapitre consacré aux directives interprétatives laisse également à supposer que celles-ci sont, depuis la réforme du droit des contrats, devenues obligatoires. Inséré entre le chapitre consacré à la « formation du contrat »¹⁶⁸⁶ et celui dédié aux « effets du contrat »¹⁶⁸⁷,

¹⁶⁸⁴ J. BORE, « Un centenaire : le contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes », *RTD civ.* 1972, p. 17.

¹⁶⁸⁵ Req., 18 mars 1807, préc. V. not. A. ETIENNEY DE SAINTE MARIE, « Les principes, les directives et les clauses relatives à l'interprétation », *RDC* 2016, p. 384, qui énonce que « le silence des nouveaux textes pourrait être perçu comme une adhésion à la jurisprudence de la Cour de cassation. Même si certains arrêts sèment le doute, celle-ci n'opère aucun contrôle sur l'interprétation menée par les juges du fond : les directives sont « plutôt des conseils donnés au juges (...) que des règles rigoureuses et impératives ».

¹⁶⁸⁶ Chapitre II du sous-titre I du titre III du livre III du Code civil, qui comporte les articles 1112 à 1187 du Code civil.

¹⁶⁸⁷ Chapitre IV du sous-titre I du titre III du livre III du Code civil, qui comporte les articles 1193 à 1231-7 du Code civil.

le chapitre III du sous-titre Ier du titre III du livre III du Code civil constitue un « pivot »¹⁶⁸⁸ qui permet de passer de la phase précontractuelle à celle de son exécution. L'interprétation du contrat serait donc un « préalable à l'examen tant de la validité que des effets du contrat »¹⁶⁸⁹ et les dispositions qui la concernent devraient, à ce titre, être entendues comme des règles positives.

Ensuite, la passerelle évidente qui existe entre les articles 1190 du Code civil et L. 211-1 du Code de la consommation devrait engendrer un effet sur l'obligatorité du premier. Le régime tout entier du contrat d'adhésion, qu'il s'agisse de l'interprétation *in favorem* ou de la traque des clauses abusives, est directement emprunté à la législation consumériste. Il ne serait alors en rien choquant que sa mise en œuvre présente des similitudes avec celle des articles du Code de la consommation. Or, à cet égard, la Cour de cassation interprète l'article L. 211-1 dudit code comme une règle impérative, que les juges du fond doivent mettre en œuvre¹⁶⁹⁰. Par induction amplifiante, un caractère identique pourrait être accordé à la directive selon laquelle le contrat d'adhésion obscur ou ambigu s'interprète contre celui qui l'a déterminée en tout ou partie¹⁶⁹¹.

Plus encore, parmi les cinq directives interprétatives que conserve le Code civil sous sa nouvelle mouture, il en est une qui possède une normativité évidente : celle de l'article 1192 du Code civil. Celui-ci dispose qu'« on ne peut interpréter les clauses claires et précises à peine de dénaturation ». Il rappelle que « l'obscurité constitue la condition fondamentale de l'interprétation »¹⁶⁹². Or, un texte qui pose une condition se doit évidemment d'être impératif, sans quoi sa portée est nulle. L'interdiction faite au juge d'interpréter une clause claire et

¹⁶⁸⁸ A. ETIENNEY DE SAINTE MARIE, « Les principes, les directives et les clauses relatives à l'interprétation », préc.

¹⁶⁸⁹ *Ibid.*

¹⁶⁹⁰ V. not. Civ., 1^{re}, 21 janv. 2003, n° 00-13.342, D. 2003. 2600, note H. CLARET ; *RTD civ.* 2003. 292, obs. J. MESTRE, B. FAGES ; *RTD com.* 2003. 559, obs. B. BOULOC ; *RCA* 2003. 13, obs. G. COURTIEU ; *RGDA* 2003, p. 444, note J. KULLMANN. Dans cette décision, la Cour de cassation contrôle l'interprétation réalisée avant elle par la Cour d'appel de Toulouse : « attendu qu'il résulte des énonciations mêmes de l'arrêt attaqué qui a débouté M. X de sa demande, que la clause définissant le risque invalidité était bien ambiguë de sorte qu'elle devait être interprétée dans le sens le plus favorable à M. X ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la Cour d'appel a violé le texte susvisé ».

¹⁶⁹¹ V. en ce sens : G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorie et pratique dans l'ordre du Code civil*, préc., p. 454 et s. ; O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, préc., p. 415 ; J. RICHARD DE LA TOUR, « Les principes, les directives et les clauses relatives à l'interprétation », préc.

¹⁶⁹² A. ETIENNEY DE SAINTE MARIE, « Les principes, les directives et les clauses relatives à l'interprétation », préc.

précise, au risque de dénaturer le contrat, ne peut donc qu'être perçue comme un guide dénué de toute portée positive ; il s'agit d'une règle obligatoire, dont la méconnaissance est sanctionnée par la Cour de cassation¹⁶⁹³. Dès lors, dans la mesure où, sur la forme, rien ne semble distinguer l'article 1192 du Code civil des autres directives d'interprétation, il serait possible d'envisager que chacune d'entre elles soit désormais dotée d'une toute nouvelle impérativité.

Le rapport remis au Président de la République à l'occasion de la publication de l'ordonnance du 10 février 2016 abonde en ce sens, en énonçant que les directives d'interprétation sont « en principe supplétives »¹⁶⁹⁴. Or, si l'on peut déroger à une disposition supplétive par le biais d'un accord de volonté, la règle qu'elle porte n'en demeure pas moins impérative. L'article 6 du Code civil, d'ailleurs, sous-entend que la loi est en principe supplétive de volonté¹⁶⁹⁵. La supplétivité de principe des règles portées par le Code civil est confirmée par la réforme du droit des contrats qui, à l'article 1104 du Code civil, indique que « les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public ». La précision relative au caractère d'ordre public de la règle tend bel et bien à démontrer qu'en l'absence de mention expresse, la règle insérée dans le Code civil est supplétive. Il ne viendrait pourtant à l'idée de personne de considérer le Code civil comme un immense « guide de bonnes pratiques », auquel le juge pourrait se soustraire quand bon lui semble. Par conséquent, la nature supplétive des directives d'interprétation constitue un indice important de leur normativité positive.

Enfin, comme nous l'avons énoncé, rejeter l'impérativité des articles 1188 et suivants du Code civil reviendrait à les priver de toute portée. La protection accordée à l'adhérent par l'article 1190 du Code civil serait alors entièrement soumise à la volonté du juge, qui ne serait pas contraint d'en faire application. Alors que la caractérisation d'un contrat d'adhésion promet d'être complexe pour la partie faible au contrat, le régime dudit contrat se verrait privé d'une partie de son efficacité. La part de l'article 1190 du Code civil dans l'influence minimale accueillie produit par la réforme du droit des contrats en droit du travail serait alors minime, car son effet au sein même du droit commun des contrats serait frappé du sceau de l'aléatoire.

¹⁶⁹³ V. Civ., 15 avr. 1872, 1, 176 ; S. 1972, 1, 232, préc. ; Civ., 1^{re}, 21 janv. 2003, n° 00-13.342, préc.

¹⁶⁹⁴ V. not. A. ETIENNEY DE SAINTE MARIE, , « Les principes, les directives et les clauses relatives à l'interprétation », préc.

¹⁶⁹⁵ V. not. C. PERES, « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des obligations », préc.

429. Pour que la question de la normativité des directives d'interprétation soit tranchée, il convient d'attendre que la Cour de cassation soit à nouveau saisie de la problématique. Plusieurs arguments – dont la portée varie, il est vrai – tendent à octroyer aux articles 1188 et suivants du Code civil une nouvelle impérativité, contrôlée par la Haute Cour. À défaut d'en ressortir renforcée, la protection de l'adhérent par l'article 1190 du Code civil deviendrait certaine. Dans les frontières des relations individuelles et collectives de travail, la normativité de l'article 1190 susmentionné ne contribuerait toutefois pas à régler l'ensemble des difficultés qui résultent de sa mise en application.

3. L'interprétation du contrat d'adhésion en faveur du salarié

430. En droit du travail, la caractérisation du contrat d'adhésion s'effectue de la même manière qu'en droit commun des contrats¹⁶⁹⁶. Dès lors, la clause obscure ou ambiguë du contrat de travail d'adhésion doit, conformément à l'article 1190 du Code civil, être interprétée contre celui qui l'a proposée, à savoir l'employeur. Un arrêt récemment rendu par la Cour d'appel de Colmar en fait la démonstration¹⁶⁹⁷. Un salarié, licencié pour motif économique était soumis par son contrat de travail à une clause de non-concurrence, selon laquelle « la durée de [l'] interdiction de concurrence sera d'un an, renouvelable une fois ». La clause prévoyait, en sus, que la société pouvait libérer le salarié de son obligation « sous condition de [le] prévenir par écrit dans les 8 jours suivant la notification de la rupture du contrat », faculté dont elle n'a pas fait usage. Le salarié, en plus de contester la validité de son licenciement, demande le paiement de l'indemnité de non-concurrence pour une durée de deux années. Pour la Cour d'appel de Colmar, au visa de l'article 1190 du Code civil, « l'interdiction de concurrence d'une durée d'un an n'a certes pas été renouvelée, mais la dénonciation de l'interdiction de concurrence étant prévue en une fois, dans les huit jours suivant la notification de la rupture du contrat, le salarié a pu croire à défaut de dénonciation expresse et claire, eu égard à l'ambiguïté née de l'emploi du terme « renouvelable », qu'il restait tenu au respect de la clause pendant encore une année à l'expiration des douze premiers mois ». Si, dans cet arrêt, les juges du fond ne procèdent pas à la qualification de contrat d'adhésion – ce qui peut créer le doute quant à l'opportunité de

¹⁶⁹⁶ Pour envisager une adaptation, V. *infra*, n° 791 et s.

¹⁶⁹⁷ Colmar, ch. sociale, sect. B, 19 mai 2020, n° 20/421.

mettre en application l'article 1190 du Code civil – on s'aperçoit que celui-ci est mis en œuvre de manière classique, conformément à la lettre du Code civil¹⁶⁹⁸.

431. À l'heure où le principe de faveur se trouve emporté par la houle des réformes successives, la mobilisation du principe d'interprétation *in favorem* du contrat de travail d'adhésion pourrait-elle permettre d'en assurer la survivance ? Le principe de faveur, bien que dépourvu de caractère général¹⁶⁹⁹ conduit, lorsqu'il est mis en œuvre, à faire application de la disposition la plus favorable pour le salarié. L'article L. 2254-1 du Code du travail en comporte encore une trace, en énonçant que « lorsqu'un employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui, sauf stipulations plus favorables ». L'articulation entre les dispositions d'une convention collective et d'un contrat de travail se règle donc, en principe, par le recours au principe de faveur. Néanmoins, les réformes successives menées au cours de la décennie passée ont notamment eu pour effet de réduire le champ du principe de faveur en droit du travail, en lui substituant un autre principe, celui d'équivalence. Ainsi, par exemple, l'article L. 2253-1 du Code du travail, relatif à l'articulation entre conventions collectives négociées à des niveaux différents, fait primer, au sujet de treize thèmes de négociation, la convention de branche sur la convention d'entreprise, si tant est que cette dernière n'assure pas aux salariés des « garanties au moins équivalentes »¹⁷⁰⁰. Plus encore, plusieurs dispositions légales permettent désormais à l'employeur de faire application, au salarié, de la règle qui lui est la plus défavorable, que l'on songe à nouveau au conflit entre deux conventions collectives¹⁷⁰¹ ou entre l'une d'entre elle et

¹⁶⁹⁸ V. ég. Paris, pôle 6, ch. 8, 16 juin 2022, n° 19/08883. Le contrat de travail à temps partiel d'une salariée prévoyait la perception d'un salaire fixe et d'une rémunération variable : une prime qualitative et une prime quantitative. Une annexe du contrat de travail indiquait, au sujet de cette variabilité, que « les montants indiqués correspondent à un travail à temps plein. La prime sur objectif qualitatif sera recalculée et payée sur le temps de travail effectif sur l'année ». Sur le fondement de l'article 1190 du Code civil, la Cour d'appel de Paris considère que les « termes employés dans les annexes au contrat de travail de la salariée relatifs à la prime quantitative sont ambigus puisqu'il n'est pas clairement précisé qu'elle doit être proratisée au même titre que la prime qualitative. Ils doivent donc être interprétés en faveur du salarié auquel il a été proposé. Cette prime ne doit donc pas en conséquence être proratisée ».

¹⁶⁹⁹ V. *supra*, n° 216. V. ég. F. BOCQUILLON, « Que reste-t-il du principe de faveur ? », *Dr. soc.* 2001. 255.

¹⁷⁰⁰ En son dernier alinéa, l'article L. 2253-1 du Code du travail dispose que « dans les matières énumérées au 1° à 13°, les stipulations de la convention de branche ou de l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large prévalent sur la convention d'entreprise conclue antérieurement ou postérieurement à la date de leur entrée en vigueur, sauf lorsque la convention d'entreprise assure des garanties au moins équivalentes. Cette équivalence des garanties s'apprécie par ensemble de garanties se rapportant à la même matière ». V. not. F. GEA, « De l'usage de la référence aux « garanties au moins équivalentes », *RDT* 2021. 37 ; F. MILLOT, « En questions : le principe d'équivalence en cas de concurrence entre accords d'entreprise et de branche », *JCP S* 2019. 47.

¹⁷⁰¹ L'article L. 2253-3 du Code du travail énonce que « dans les matières autres que celles mentionnées aux articles L. 2253-1 et L. 2253-2, les stipulations de la convention d'entreprise conclue antérieurement ou postérieurement à la date d'entrée en vigueur de la convention de branche ou de l'accord couvrant un champ

le contrat de travail¹⁷⁰². S'il ne vit peut-être pas ses derniers instants, le principe de faveur connaît par contre, indubitablement, un « affaiblissement sans précédent »¹⁷⁰³. Le champ de l'article 1190 du Code civil diffère certes largement de celui du principe de faveur¹⁷⁰⁴, mais son effet est similaire : faire primer non pas la règle, mais l'interprétation de la règle la plus favorable pour la partie faible au contrat. Jeté – ou presque – par la porte du droit du travail, le principe de faveur, au sens large du terme, pourrait donc y revenir par la fenêtre du nouveau droit commun des contrats¹⁷⁰⁵. Symboliquement, l'influence qu'exerce l'article 1190 du Code civil en droit du travail est importante, le principe de faveur étant perçu comme l'« âme » du droit du travail¹⁷⁰⁶. En pratique, par contre, il se peut qu'elle soit par contre bien faible. En effet,

territorial ou professionnel plus large prévalent sur celles ayant le même objet prévues par la convention de branche ou l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large. En l'absence d'accord d'entreprise, la convention de branche ou l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large s'applique ». La disposition permet donc, pour tous les thèmes de négociation collective qui ne figurent pas parmi les dix-sept mentionnés aux deux articles précédents, à la convention d'entreprise de déroger, même de manière moins favorable aux salariés, aux dispositions d'une convention de branche ou tout autre convention possédant un champ territorial ou géographique plus large. V. not. A. FABRE, « L'articulation des niveaux de négociation devant le Conseil constitutionnel », *Dr. soc.* 2018. 688 ; P.-H. ANTONMATTEI, « À propos de la légitimité de la primauté de l'accord d'entreprise », *Dr. soc.* 2018. 160 ; C. NICOD, « Conventions de branche et d'entreprise : une nouvelle partition », *RDT* 2017. 657 ; M. KEIM-BAGOT, « Le nouveau droit de la négociation collective », *JT* 2018. 18 ; S. BEAL, C. TERRENOIRE, « Rapports entre les conventions d'entreprise et les conventions de branche après l'ordonnance n° 2017-1385 », *JCP E* 2017. 1654 ; A. MARTINON, « Brèves observations sur la nouvelle articulation des conventions et accords collectifs », *JCP S* 2018. 1047 ; P.-E. BERTHIER, « Les rapports entre accords de branche et d'entreprise : « renforcement de la négociation collective » ou renforcement du pouvoir patronal ? », *Cah. soc.* 2017, p. 42 ; A. SAURET, « Accords de branche et accords d'entreprise : focus sur une articulation complexe entre les sources du droit », *Gaz. Pal.* 12 déc. 2017, p. 67 ; L. CLAVREUL, B. TAILLARDAT-PIETRI, « Le principe de faveur et la nouvelle hiérarchie des normes », *SSL* 2021, n° 1968 ; G. AUZERO, « Conventions d'entreprise et conventions de branche », préc. ; A. BUGADA, « L'articulation des dispositions de branche et d'entreprise : le Rubik's cube conventionnel », préc.

¹⁷⁰² L'article L. 2254-2 du Code du travail, relatif aux accords de performance collective prévoit en son III° que « les stipulations de l'accord se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail, y compris en matière de rémunération, de durée du travail et de mobilité professionnel ou géographique interne à l'entreprise ». V. not. A. TEISSIER, « L'accord de performance collective : quelques points de repère », *JCP S* 2020. 3029 ; G. FRANCOIS, Ch. MARIANO, « L'accord de performance collective », *BJT* 2021, p. 41 ; G. LOISEAU, « La résistance du contractuel au conventionnel », *RDC* 2018, p. 103 ; I. MEFTAH, « La singularité de l'accord de performance collective », *BJT* 2021, n° 200b4 ; M. MORAND, « L'APC, un accord né sous X », *SSL* 2020, n° 1933 ; H. CAVAT, « Rappel à l'ordre de l'OIT : pour un « véritable contrôle judiciaire » des accords de performance collective et des licenciements subséquents », préc. ; « Les accords de performance collective », préc. ; J. BARTHELEMY, G. CETTE, « Contrat de travail et accord collectif : une bienheureuse nouvelle articulation », préc. ; P. LOKIEC, « L'accord de performance collective ou le champ infini des possibles », préc. ; Y. PAGNERRE, « Les accords de performance collective », préc. ; L. ALUOME, « L'accord de performance collective et le consentement du salarié », préc. ; G. DUCHANGE, « Accord de performance collective : conséquences sur le contrat de travail », préc.

¹⁷⁰³ A. JEAMMAUD, « Les principes dit « de faveur » ont-ils vécu ? », *RDT* 2018. 177 ; S. TOURNAUX, « Chronique d'actualité du régime juridique du contrat de travail », préc.

¹⁷⁰⁴ Qui est vu, comme nous l'avons rapidement présenté (V. *supra*, n° 216), comme une règle de conflit de normes, comme un « critère d'articulation des normes au stade de leur application » (F. BOCQUILLON, « Que reste-t-il du principe de faveur », préc.), voire de leur élaboration.

¹⁷⁰⁵ V. not. S. TOURNAUX, *op. cit.*

¹⁷⁰⁶ Y. CHALARON, « L'application de la disposition la plus favorable », in *Les transformations du droit du travail*, Études offertes à Gérard LYON-CAEN, Dalloz, Paris, 1989, p. 243.

là où le principe de faveur trouvait à s'appliquer à chaque conflit de normes en droit du travail¹⁷⁰⁷, le principe d'interprétation *in favorem* est doté d'un champ bien plus restreint, limité aux seules clauses obscures ou ambiguës d'un contrat de travail ou d'une convention collective qualifiés d'adhésion. En raison de cette double condition¹⁷⁰⁸, on ne peut dire que l'article 1190 du Code civil vient « remplacer » le principe de faveur¹⁷⁰⁹. L'on peut toutefois estimer qu'il est animé par le même esprit, celui de la protection de la partie en situation de faiblesse. Pour cette raison, il devrait contribuer, à sa propre échelle, à la protection du salarié au sein des relations individuelles et collectives de travail et donc à l'influence minimale accueillie produite par la réforme du droit des contrats en droit du travail.

432. En plus de l'interprétation *in favorem* des clauses obscures ou ambiguës, le régime du contrat d'adhésion est également composé d'un second mécanisme, qui a largement mobilisé la doctrine civiliste et travailliste : les clauses abusives. En effet, inspiré par la législation consumériste, le Gouvernement a introduit dans le Code civil une réglementation propre à sanctionner ces clauses au sein d'un contrat d'adhésion.

B. LA TRAQUE DES CLAUSES ABUSIVES

433. L'article 8, 2° de la loi d'habilitation du 16 février 2015¹⁷¹⁰ met à la charge du Gouvernement la tâche de « consacrer en particulier le devoir d'information et la notion de clause abusive [...] ». Ainsi, l'article 1169 du projet d'ordonnance du 25 février 2015 prévoyait, déjà, que la « clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat [puisse] être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur la définition de l'objet du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation »¹⁷¹¹. La disposition fait écho à l'ancien article L. 132-1 du Code de la consommation¹⁷¹², qui prévoyait, dans les relations entre un professionnel et un non-professionnel ou un consommateur, la sanction des clauses qui

¹⁷⁰⁷ Entre la loi et la convention collective, entre deux conventions collectives de niveaux différents, entre la convention collective et le contrat de travail.

¹⁷⁰⁸ La caractérisation d'un contrat d'adhésion, qui passe par celle préalable d'un ensemble de clauses non négociés et déterminées à l'avance par l'une des parties au contrat, puis celle de l'obscurité ou l'ambiguïté de la clause.

¹⁷⁰⁹ D'autant plus que, nous le détaillerons ci-dessous, le particularisme du droit du travail devrait œuvrer à réduire l'influence de l'article 1190 du Code civil en son sein : V. *infra*, n° 751 et s.

¹⁷¹⁰ Loi n° 2015-177 du 16 févr. 2015, préc.

¹⁷¹¹ Projet d'ordonnance de la Chancellerie du 25 févr. 2015, p. 13.

¹⁷¹² Qui était encore en vigueur le 25 févr. 2015, date du projet d'ordonnance de la Chancellerie.

créent un tel déséquilibre significatif, sauf si elles portent sur « l'objet principal du contrat ou l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert [...] »¹⁷¹³. La paternalité du texte consumériste est ainsi aisée à établir¹⁷¹⁴. Le texte final, promulgué dans le Code civil par l'ordonnance du 10 février 2016 puis modifié par la loi du 20 avril 2018¹⁷¹⁵, diffère assez nettement de l'article 1169 du projet de réforme, puisqu'il dispose que « dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation ». Le nouvel article 1171 du Code civil définit ainsi le périmètre de la traque des clauses abusives (1) et pose le régime de leur sanction (2). Ces éléments laissent deviner l'intérêt que peut porter le droit du travail pour cette disposition, susceptible d'accroître la protection de la partie faible au contrat (3).

1. Le périmètre de la traque des clauses abusives

434. Le champ d'application de la traque des clauses abusives en droit commun des contrats est clairement déterminé par le nouvel article 1171 du Code civil. Sa lecture nous informe que ne peuvent être considérées comme « abusives » que les clauses non négociables (b) et qui, de surcroît, créent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations respectives des parties au contrat (a). Prenant appui sur le droit de la consommation, le législateur a, enfin, aménagé une exception à la mise en œuvre du régime des clauses abusives, en lui soustrayant expressément certaines clauses essentielles du contrat (c).

¹⁷¹³ Ancien article L. 132-1, alinéa 7, du Code de la consommation.

¹⁷¹⁴ V. not. L. BENTO DE CARVALHO, « L'incidence de la réforme du droit des contrats sur le régime du contrat de travail : renouvellement ou *statu quo* ? », préc., qui énonce qu'« il faut sans doute rappeler que l'article 1171 [du Code civil] constitue une transposition, en droit commun, de l'article L. 132-1 du Code de la consommation relatif aux clauses abusives. Partant, on peut supposer que l'appréciation du déséquilibre significatif suivra le *modus operandi* adopté par la législation consumériste, à savoir un examen du caractère abusif de la clause se référant « au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat ».

¹⁷¹⁵ Pour l'heure, nous nous attacherons à analyser l'article 1171 du Code civil tel qui résulte de la loi du 20 avr. 2018. Pour de plus amples développements sur sa version issue de l'ordonnance du 10 févr. 2016, V. *infra*, n° 606 et s.

a. La démonstration d'un déséquilibre contractuel significatif

435. À l'instar de la définition qui en est donnée par le Code de la consommation¹⁷¹⁶, est « abusive », selon le nouvel article 1171 du Code civil, la clause qui crée « un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties »¹⁷¹⁷. Ce déséquilibre est également mentionné par le Code de commerce, dont l'article L. 442-1, I, 2^o¹⁷¹⁸ dispose que, dans le cadre d'une négociation commerciale, engage sa responsabilité celui qui « [soumet] ou [tente de soumettre] l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties »¹⁷¹⁹. Dès lors, l'étude qui est actuellement la nôtre ne peut se passer de définir le « déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ». En droit commun des contrats, la construction de la notion pourrait s'effectuer « à partir de ses manifestations dans les droits spéciaux »¹⁷²⁰. Rien n'indique toutefois que le déséquilibre significatif soit traité de manière unitaire dans l'ensemble des branches du droit, qu'elles soient générale ou spéciales. En effet, au sein des droits spéciaux, le concept est perçu comme un « instrument de lutte contre les abus contractuels »¹⁷²¹, à l'initiative d'un professionnel¹⁷²² ou, dans les relations entre professionnels, d'un partenaire commercial¹⁷²³. L'altérité de puissance contractuelle entre les parties au contrat constitue donc l'essence du concept de « déséquilibre

¹⁷¹⁶ Article L. 212-1 du Code de la consommation, selon lequel « sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ».

¹⁷¹⁷ Article 1171 du Code civil.

¹⁷¹⁸ Ancien article L. 442-6, I, 2^o du Code de commerce.

¹⁷¹⁹ V. not. M. CHAGNY, « La démonstration du comportement consistant à « soumettre ou tenter de soumettre », *RTD com.* 2017. 601 ; « Vers une démonstration plus exigeante du comportement consistant à « soumettre ou tenter de soumettre », *RTD com.* 2018. 639 ; B. FAGES, « Mais de l'abus en dehors du droit des clauses abusives », *RTD civ.* 2010. 324 ; M.-C. MITCHELL, T. DELANNOY, « Abus de puissance contractuelle et pratiques commerciales restrictives », *AJ contrat* 2015. 504 ; C. HÉLAINE, « L'article 1171 et les nuances du déséquilibre significatif », *D. actu*, 1^{er} févr. 2022 ; G. CHANTEPIE, « Le déséquilibre significatif entre le droit commun et droits spéciaux », *JCP E*, 2018. 1336 ; X. HENRY, « L'appréciation du déséquilibre significatif au prisme du Cerclab », *CCC* 2020. 8 ; F.-L. SIMON, « Panorama de la jurisprudence sur les clauses créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties en vue de l'application de l'article L. 442-6, I, 2^o du Code de commerce », *LPA* 2018, n^o 37, p. 3 ; G. TOULOUSE, « Déséquilibre significatif : l'article L. 442-6, I, 2^o du Code de commerce ne s'applique que s'il y a eu soumission ou tentative de soumission du partenaire commercial », *LEDICO* 2018, p. 5 ; C. GRIMALDI, « Qu'est-ce que la soumission à des obligations créant un déséquilibre significatif ? », *LEDICO* 2018, p. 4.

¹⁷²⁰ G. CHANTEPIE, *ibid.* V. ég. K. LAFAURIE, « Clauses abusives : l'articulation du dispositif du Code civil avec les textes spéciaux », *JCP E* 2017. 1453.

¹⁷²¹ *Ibid.*

¹⁷²² Lorsqu'il est traité par le droit de la consommation, qui trouve à s'appliquer, comme l'indique l'article L. 212-1 du Code de la consommation, dans les relations entre un professionnel et un non-professionnel ou un consommateur.

¹⁷²³ Lorsqu'il est traité par le droit des pratiques restrictives de la concurrence, comme l'indique l'article L. 442-1, I, 2^o du Code de commerce.

significatif ». Toutefois, nous l'avons mentionné en introduction¹⁷²⁴, le Code civil, depuis 1804, ne tient guère compte d'une telle altérité, puisqu'il pose une fiction selon laquelle chaque contractant est inévitablement l'égal de l'autre. La généralité du principe d'égalité des contractants a néanmoins été remise en cause par l'ordonnance du 10 février 2016, qui a inséré dans le Code civil plusieurs mécanismes qui, justement, sont axés autour de l'inégalité de puissance contractuelle des parties à une convention. L'idée selon laquelle « le contrat n'est obligatoire que s'il est juste »¹⁷²⁵, formulée par le professeur J. Ghestin, imprègne donc le droit commun des contrats et le contrat d'adhésion, tout comme son régime, y contribuent. Le cantonnement de la traque des clauses abusives aux seuls contrats d'adhésion tend d'ailleurs à démontrer que le déséquilibre significatif, tel qu'entendu par le Code civil, repose également sur l'altérité de puissance contractuelle entre la partie forte – celle qui détermine tout ou partie du contenu du contrat – et la partie faible – celle qui y adhère¹⁷²⁶. On y retrouve en effet l'idée de « soumission », expressément mentionnée par le Code de commerce. Le professeur G. Chantepie met ainsi en exergue le fait que cette soumission renvoie, entre autres, à « l'absence de négociation »¹⁷²⁷, qui est un indice contribuant à la caractérisation d'un contrat d'adhésion¹⁷²⁸. La jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation le confirme, en considérant que l'impossibilité de négocier un contrat s'apparente à la soumission visée par l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce¹⁷²⁹. L'influence du Code de commerce sur le mécanisme désormais inséré à l'article 1171 du Code civil semble donc nette. Il en va de même vis-à-vis de l'article L. 212-1 du Code de la consommation qui, lui aussi¹⁷³⁰, interdit au juge de contrôler le déséquilibre significatif lorsque la clause concerne l'objet principal du contrat ou l'adéquation du prix à la prestation¹⁷³¹. Ainsi, le « déséquilibre significatif » de l'article 1171 du Code civil pourrait être défini et interprété conformément à ces mécanismes spéciaux, et plus particulièrement celui du Code de la consommation, avec lequel il possède

¹⁷²⁴ V. *supra*, n° 2.

¹⁷²⁵ J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », *D.* 1982. 1.

¹⁷²⁶ V. not. H. BARBIER, « Les grands mouvements du droit commun après l'ordonnance du 10 février 2016 », *préc.*, pour lequel le Code civil, avec la réforme du droit des contrats, « acte la naissance d'un contenu contractuel à deux vitesses : celui des contrats négociés, dispensés d'équilibre, celui des contrats d'adhésion, régis par l'équilibre ».

¹⁷²⁷ G. CHANTEPIE, « Le déséquilibre significatif entre le droit commun et droits spéciaux », *préc.*

¹⁷²⁸ Le critère étant celui de l'absence de négociabilité. Dans certain cas, celle-ci peut être démontrée par l'absence de négociation effective.

¹⁷²⁹ V. not. Com., 27 mai 2015, n° 14-11.387, *RTD civ.* 2015. 606, obs. H. BARBIER ; *AJ contrat* 2015. 379, obs. S. BROS ; Com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547, *D.* 2017. 481, note F. BUY ; *AJ contrat*, 2017. 133, obs. D. FERRÉ, R. PIHÉRY ; *JCP E* 2017. 1135, note S. LE GAC-PECH.

¹⁷³⁰ V. *infra*, n° 436.

¹⁷³¹ V. *supra*, n° 433. V. not. D. HOUTCIEFF, « Le nouvel équilibre contractuel », *préc.*, p. 65.

une filiation plus établie. Il s'agirait alors de « l'absence de réciprocité dans les prérogatives conférées par le contrat aux parties »¹⁷³². Comme l'emploi du terme « significatif » le laisse supposer, le déséquilibre crée par cette absence doit être « suffisamment important »¹⁷³³. Le déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties est ainsi celui qui confère à une partie des prérogatives contractuelles qui lui sont propres et qui, de plus, sont bien plus importantes que celles octroyées à son cocontractant. La puissance contractuelle de la partie forte doit être indéniablement plus grande que celle de l'adhérent et ce déséquilibre doit résulter de la clause litigieuse. Il faut donc se garder d'interpréter le concept de « déséquilibre significatif » comme un déséquilibre évident – car il pourrait être évident sans être important – mais également comme un déséquilibre excessif¹⁷³⁴ – car le caractère excessif d'un déséquilibre « s'imposerait avec évidence »¹⁷³⁵.

436. L'article 1171 susmentionné ne définit pas expressément le « déséquilibre significatif », mais offre une double grille de lecture permettant de le caractériser. Sa lettre nous apprend effectivement qu'il doit affecter les « droits et les obligations » des « parties au contrat ». Ces deux critères – sur lesquels nous reviendrons ci-dessous – spécifient la notion de déséquilibre significatif de droit commun, par rapport à ses homonymes de droits spéciaux. En effet, là où le Code civil ne soumet pas le mécanisme à la qualité des parties¹⁷³⁶, l'article L. 212-1 du Code de la consommation ne trouve à s'appliquer qu'aux contrats conclus entre un professionnel et un non-professionnel ou un consommateur et l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce qu'entre partenaires commerciaux. Il n'y a d'ailleurs là rien d'étonnant, puisque ce n'est que l'expression de la généralité propre au droit commun des contrats et de la spécialité inhérente

¹⁷³² G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, préc., p. 393 et s. L'inspiration du droit de la consommation est ici forte, puisque l'idée de l'absence de réciprocité imprègne l'article R. 212-1 du Code de la consommation, en application duquel certaines clauses sont irréfragablement réputées abusives (V. *infra*, n° 436). Ainsi, en son 3°, la disposition vise le fait de « réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat relatives à sa durée, aux caractéristiques ou au prix du bien à livrer ou du service à rendre », tandis que son 8° mentionne le fait de « reconnaître au professionnel le droit de résilier discrétionnairement le contrat, sans reconnaître le même droit au consommateur ».

¹⁷³³ *Ibid*, p. 396. Les auteurs rappellent, de surcroît, que le terme « significatif » ne doit pas être considéré comme un synonyme de « flagrant » ou « manifeste ». L'Académie Française considère cependant qu'il est impropre d'employer le terme « significatif » en guise de synonyme d'« important ». Cette utilisation du mot aurait en effet pour effet de « l'affaiblir » : <https://www.academie-francaise.fr/significatif-pour-important#:~:text=L'adjectif%20significatif%20s'emploie,l'intention%20de%20quelqu'un.>

¹⁷³⁴ V. not. D. BAKOUCHE, *L'excès en droit civil*, Paris, LGDJ, 2005, spé., n° 102.

¹⁷³⁵ G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, préc., p. 393 et s.

¹⁷³⁶ L'article 1171 du Code civil fait mention « des parties », ce qui sous-entend que la qualité de celles-ci n'importe finalement pas.

aux branches spéciales du droit. Si l'on faisait fi des règles d'articulation des normes spéciales et générales¹⁷³⁷, il n'en demeure pas moins que l'article 1171 du Code civil trouverait à s'appliquer à tous les contractants, peu importe leur qualité, et donc également aux consommateurs, professionnels et autres partenaires commerciaux¹⁷³⁸. Une autre distinction, cette fois-ci relative au support du déséquilibre contractuel, doit également être mise en avant. Pour le droit commun des contrats, ledit déséquilibre doit être créé par « une clause non négociable ». Le droit de la consommation, quant à lui, vise toutes les clauses, sans se référer à leur négociabilité¹⁷³⁹. Le droit des pratiques restrictives de la concurrence, enfin, diffère en tout point, car le déséquilibre significatif qu'il mentionne ne résulte pas directement d'une clause, mais d'un comportement fautif. En effet, la cause dudit déséquilibre est le fait de « soumettre ou de tenter de soumettre » son partenaire commercial. Dès lors, si le vocabulaire employé est identique et que les mécanismes spéciaux ont indubitablement influencé la rédaction du nouvel article 1171 du Code civil, la caractérisation du déséquilibre contractuel en droit commun des contrats s'effectuera de manière spécifique. Le mécanisme possède ainsi son propre particularisme, qui explique que la liste des clauses abusives dressée par le Code de la consommation¹⁷⁴⁰ ne soit pas reprise à l'identique par le juge amené à se prononcer sur son fondement¹⁷⁴¹.

437. Une clause peut donc être dite « abusive » lorsqu'elle octroie une prérogative contractuelle à l'un des contractants ou, à l'inverse, quand elle impose une obligation à une

¹⁷³⁷ En l'espèce, l'articulation de l'article 1171 du Code civil avec les mécanismes consuméristes et affairistes, en ce qu'elle ne répond pas à notre problématique, ne sera pas tranchée.

¹⁷³⁸ V. not. G. CHANTEPIE, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Déséquilibre significatif », *Rep. civ.* Dalloz, 2022, spé., n° 198.

¹⁷³⁹ L'article L. 212-1 du Code de la consommation énonce « sont abusives les clauses [...] ». Par exception, ne sont pas abusives les clauses qui portent sur l'objet principal du contrat ou l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert.

¹⁷⁴⁰ L'article R. 212-1 du Code de la consommation dresse une liste de 12 clauses dites « noires », qui sont irréfragablement présumées abusives dans les contrats conclus « entre des professionnels et des consommateurs ». L'article suivant, quant à lui, présume de manière simple le caractère abusif de 10 clauses : ce sont les clauses dites « grises ». V. not. J. ROCHFELD, « Clauses abusives – Listes réglementaires noire et grise », *RTD civ.* 2009. 383 ; C.-M. PEGLION-ZIKA, « Les clauses abusives et la recodification du code de la consommation », *D.* 2016. 1208 ; Y. PICOD, « Le déséquilibre significatif et le Conseil constitutionnel », *D.* 2011. 415 ; Ph. STOFFEL-MUNCK, « Les clauses abusives : on attendait Grouchy », *Dr. et patr.* 2014. 56 ; N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Les remèdes en droit de la consommation : clauses noires, clauses grises, clauses blanches, clauses proscrites par la jurisprudence et la Commission des clauses abusives », *RDC* 2009, p. 1629 ; D. FENOUILLET, « Le juge et les clauses abusives », préc. ; M. LEVENEUR-AZEMAR, « Éclairage de droit comparé sur l'interprétation de la réforme du droit des contrats », préc. ; J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE, M. DÉPINCÉ, *Droit de la consommation*, préc., p. 182 et s.

¹⁷⁴¹ D. HOUTCIEFF, « Le nouvel équilibre contractuel », préc., p. 68, estime toutefois que ces clauses seront, pour le juge chargé de statuer sur la question du déséquilibre significatif, « un puissant indicateur ». V. ég. M. BÉHAR-TOUCHAIS, « Le déséquilibre significatif dans le Code civil », *JCP G* 2016. 391.

seule partie, créant par-là un déséquilibre conséquent entre leurs droits et obligations. La jurisprudence des juridictions d'appel nous en offre quelques exemples. Ainsi, crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties la clause qui, en cas de résiliation d'un bail, met à la charge du seul locataire une pénalité égale à dix pour cent de l'indemnité de résiliation¹⁷⁴². De même, une clause qui impose une durée initiale minimale du contrat de vingt ans, en interdit la rupture anticipée et prévoit une faculté de reconduction tacite de cinq années doit être considérée comme abusive, en ce qu'elle emporte un déséquilibre significatif entre lesdits droits et obligations¹⁷⁴³. À l'inverse, la clause qui se contente de rappeler les causes exonératoires de responsabilité d'un maître d'œuvre¹⁷⁴⁴ ne crée pas un tel déséquilibre et, par conséquent, ne peut être judiciairement sanctionnée¹⁷⁴⁵.

Plus encore, pour que la clause soit réputée non écrite¹⁷⁴⁶, le déséquilibre qu'elle emporte doit être caractérisé entre les droits et obligations des parties au contrat. De prime abord, en vertu du principe de l'effet relatif du contrat¹⁷⁴⁷, cette précision n'emporte aucune difficulté d'analyse. En effet, le contrat n'est censé créer de droits et d'obligations « qu'entre les parties », c'est-à-dire qu'entre les personnes qui ont exprimé la volonté d'être engagées par un contrat. Il peut cependant être complexe, dans certaines situations, de caractériser avec précision les parties à un contrat. Le droit du travail en donne une illustration pertinente, avec l'exemple de la convention collective, qui est conclue par les partenaires sociaux et appliquée aux salariés. L'on peut en effet se demander si ces derniers peuvent – ou non – être véritablement qualifiés de « partie » au contrat¹⁷⁴⁸. Dès lors, si une clause d'une telle convention venait à créer un déséquilibre significatif au détriment des salariés, pourrait-elle être sanctionnée sur le fondement de l'article 1171 du Code civil à la demande d'un salarié¹⁷⁴⁹ ?

438. Reste encore à déterminer la manière dont est apprécié le déséquilibre significatif par le juge judiciaire. À cet égard, le Code civil est muet. Sa caractérisation pourrait donc aussi bien résulter d'une appréciation effectuée « clause par clause », de la réintégration de la clause

¹⁷⁴² Metz, ch. des urgences, 8 juill. 2021, n° 21/00226.

¹⁷⁴³ Besançon, 30 juin 2020, n° 19/00258.

¹⁷⁴⁴ À savoir, notamment, le cas de force majeure.

¹⁷⁴⁵ Pau, ch. civ. 01, 16 mars 2021, n° 19/01194.

¹⁷⁴⁶ V. *infra*, n° 446 et s.

¹⁷⁴⁷ Article 1199 du Code civil.

¹⁷⁴⁸ V. not. L. BENTO DE CARVALHO, « Le contentieux des accords d'entreprise au prisme du contrat d'adhésion », préc.

¹⁷⁴⁹ V. *infra*, n° 456 et s.

litigieuse dans la globalité du contrat, voire même d'une présomption de déséquilibre lorsque certaines conditions sont réunies. En droit de la consommation¹⁷⁵⁰ comme en droit des pratiques restrictives de la concurrence¹⁷⁵¹, le juge doit réaliser une « analyse globale et concrète du contrat ». La Cour d'appel de Grenoble a récemment retenu une position identique, en affirmant au visa de l'article 1171 du Code civil que « l'appréciation du déséquilibre significatif doit s'effectuer au regard de l'économie générale du contrat et non pas clause par clause »¹⁷⁵². Dès lors, il conviendrait de replacer la clause dans le contrat, pris dans son ensemble. Ainsi, dans l'hypothèse où une clause engendre un déséquilibre entre les droits et obligations des parties, la partie qui en tire l'avantage pourrait démontrer que celui-ci est « compensé » par une autre clause insérée dans le contrat, cette fois-ci à l'avantage de l'adhérent¹⁷⁵³. Si elle y parvient, la clause litigieuse ne pourrait alors pas être considérée comme abusive. Un arrêt rendu par la Cour d'appel de Douai l'illustre, en jugeant que si la clause relative à la date de livraison du bien n'était qu'indicative et, par-là, susceptible de créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, elle a été « rééquilibrée » par la négociation parallèle d'une clause de prêt de matériel, ce dont il résulte que l'article 1171 du Code civil ne pouvait être mobilisé avec succès¹⁷⁵⁴. L'on considère ici que le déséquilibre de puissance contractuelle créé par la première clause est compensé par la seconde, stipulée en faveur de l'adhérent. L'absence de réciprocité entre les droits et obligations des parties, causée par une clause du contrat d'adhésion, pourrait être compensée par une contrepartie accordée par une autre clause. Aussi, en attendant que la Cour de cassation se prononce, il semble que l'appréciation du déséquilibre significatif ne doit pas s'effectuer de manière individualisée, mais à l'inverse de façon englobante, en tenant compte de l'ensemble des dispositions du contrat.

439. Classique, en ce qu'elle s'inspire du droit consumériste, la condition du déséquilibre significatif ne suffit pas à rendre abusive une clause, au sens du Code civil. En effet, encore faut-il que ladite clause ait été soustraite à la négociation de l'adhérent.

¹⁷⁵⁰ V. not. Civ., 1^{re}, 2 avr. 2009, n° 08-11.596, *RDC* 2009, p. 1426, obs. D. FENOUILLET ; *LEDEC* 2009, p. 7, note N. SAUPHANOR-BROUILLAUD.

¹⁷⁵¹ Com., 3 mars 2015, n° 13-27.525, *D.* 2015. 943, obs. D. FERRIER ; *D.* 2015. 996, obs. J. LECAROT, F. ARBELLOT, S. TREARD, Th. GAUTHIER ; *D.* 2015. 1021, note F. BUY ; *RTD com.* 2015. 486, obs. M. CHAGNY ; *AJ contrat* 2015. 218, note G. CHANTEPIE ; *CCC* 2015, n° 115, obs. N. MATHEY ; *RDC* 2015, p. 523, note M. BEHAR-TOUCHAIS.

¹⁷⁵² Grenoble, ch. commerciale, 14 oct. 2021, n° 20/00748.

¹⁷⁵³ V. not. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, préc., p. 395.

¹⁷⁵⁴ Douai, ch. 02, sect. 01, 4 nov. 2021, n° 19/04163.

b. Une traque cantonnée aux clauses non négociables

440. Initialement, l'article 1171 du Code civil qualifiait – sans pour autant le dire expressément – d'abusives « toute clause [d'un contrat d'adhésion] qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties »¹⁷⁵⁵. Toutefois, en sa dernière version, issue de l'article 7 de la loi du 20 avril 2018¹⁷⁵⁶, le Code civil cantonne la traque des clauses abusives aux seules clauses non négociables d'un contrat d'adhésion¹⁷⁵⁷. Si ce dernier est bel et bien « celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables », la précision apportée par le Sénat¹⁷⁵⁸ n'est pas superfétatoire. Dans la mesure où la formule de l'article 1171 du Code civil reprend celle de l'article 1110 dudit code¹⁷⁵⁹, l'on pourrait certes estimer que le rappel n'est que de pure forme. L'objectif est pourtant tout autre ; il ne s'agit pas « d'escamoter l'exigence législative de la caractérisation préalable d'un [contrat d'adhésion], avec pour résultat pratique d'autoriser la censure de toutes les clauses non négociables, peu important le contrat dans lequel elles s'insèrent »¹⁷⁶⁰, ce qui aurait pour effet d'étendre la traque des clauses abusives à l'ensemble des contrats, qu'ils soient de gré à gré ou d'adhésion, dès lors que la négociabilité d'une clause était soustraite. À l'inverse, la précision de l'article 1171 du Code civil tend à limiter le recours au droit commun des clauses abusives aux seules clauses non négociables d'un contrat d'adhésion.

La différence est capitale, car, nous l'avons mentionné¹⁷⁶¹, un contrat peut être qualifié d'adhésion quand bien même une fraction de son contenu était négociable. De même, l'interprétation partisane qui est faite de ses clauses obscures ou ambiguës n'est pas conditionnée par leur négociabilité : toutes les clauses d'un contrat d'adhésion, qu'elles aient été négociables ou non, peuvent faire l'objet de l'interprétation *in favorem* prévue par l'article

¹⁷⁵⁵ Article 1171 du Code civil, dans sa version résultant de l'ordonnance du 10 févr. 2016.

¹⁷⁵⁶ Loi n° 2018-287 du 20 avr. 2018, préc.

¹⁷⁵⁷ L'article 1171 du Code civil dispose en effet « dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable [...] est réputée non écrite ».

¹⁷⁵⁸ Article 7 du projet de loi adopté par le Sénat ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, transmis au président de l'Assemblée Nationale le 18 oct. 2017, qui propose, au sein de l'article 1171 du Code civil, d'insérer les mots « non négociable, unilatéralement déterminée à l'avance par l'une des parties » : https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/115b0315_projet-loi.

¹⁷⁵⁹ En parlant d'une clause non négociable et déterminée à l'avance par l'une des parties.

¹⁷⁶⁰ O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, préc., p. 348.

¹⁷⁶¹ V. *supra*, n° 402 et s.

1190 du Code civil¹⁷⁶². L'on s'aperçoit donc que le régime du contrat d'adhésion, composé de deux mécanismes, répond à autant de logiques différentes. Le premier – l'interprétation *in favorem* – concerne l'ensemble des clauses d'un contrat d'adhésion, si tant est qu'elles ne soient ni claires ni précises. Le second – les clauses abusives – ne trouve à s'appliquer qu'aux clauses soustraites à la négociation.

441. De prime abord, ce cantonnement pourrait être expliqué par un rapprochement avec le droit communautaire et les avant-projets doctrinaux de réforme. Une directive du Conseil européen, datée du 5 avril 1993 et relative aux clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs¹⁷⁶³, dispose en effet en son article 3 que le contrôle judiciaire des clauses abusives se limite à celles « n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle »¹⁷⁶⁴. Plus encore, l'article 1122-2 de l'avant-projet dirigé par M. P. Catala, tout comme l'article 67 de l'avant-projet rédigé sous la direction du professeur F. Terré, proposent de ne réserver la qualification de « clause abusive » qu'à celles qui n'ont pas été négociées. Il semblerait donc que le cantonnement opéré par la loi de ratification du 20 avril 2018 rejoigne l'esprit de ces trois dispositions, quand bien même la terminologie employée évolue. En effet, la directive et les avant-projets font tous mention de l'absence de négociation de la clause, tandis que l'article 1171 du Code civil évoque la soustraction de sa négociabilité. Le périmètre de ce dernier est, par conséquent, plus mince que celui qui était envisagé par le Conseil européen ou la doctrine¹⁷⁶⁵. Il l'est d'autant plus qu'aucun des trois textes ne prévoyait de limiter la traque des clauses abusives aux seuls contrats d'adhésion¹⁷⁶⁶. Dès lors, la position adoptée par le

¹⁷⁶² V. not. O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, préc., p. 425 et s., qui énoncent : « il est désormais de droit positif, depuis l'entrée en vigueur de cette loi [du 20 avr. 2018], que le contrôle du déséquilibre significatif ne peut porter que sur les clauses non négociables (V. art. 1171). On aurait pu s'attendre à ce qu'une restriction comparable soit adoptée pour l'interprétation en faveur de l'adhérent de l'article 1190, ce qui aurait conduit à affirmer que seules les clauses non négociables s'interprètent en faveur de l'adhérent. Cette restriction aurait pu se justifier de la façon suivante : si une clause a été librement négociée ou était négociable, il n'y a pas de raison de l'interpréter au profit d'une partie plutôt que d'une autre. L'article 1190 n'opère toutefois pas cette distinction. Et, réflexion faite, il n'est pas certain qu'il faille le regretter. [...] la circonstance que certaines clauses d'un contrat d'adhésion soient négociables ou négociées n'empêche pas que le contexte général de conclusion d'un tel contrat soit celui d'une large soumission d'une partie à l'autre, ce qui suffit à justifier une interprétation partisane de protection de l'adhérent ».

¹⁷⁶³ Directive 93/13/CEE du 5 avr. 1993.

¹⁷⁶⁴ V. not. F. CHENEDE, « Interprétation et amélioration du nouveau droit des contrats », préc.

¹⁷⁶⁵ *Ibid.* V. ég. D. HOUTCIEFF, « Loi de ratification de l'ordonnance de réforme du droit des contrats, de la preuve et du régime général des obligations : le droit schizophrène », *Gaz. Pal.* 17 avr. 2018, p. 14.

¹⁷⁶⁶ *Ibid.*

législateur en avril 2018 se trouve en réalité particulièrement éloignée de celle des textes qui l'ont précédée. Elle poursuit ainsi une logique qui lui est propre¹⁷⁶⁷.

442. La clause abusive, au sens du droit commun des contrats, est donc celle qui, au sein d'un contrat d'adhésion, n'était pas négociable et emporte un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. Parmi ces deux critères, il en est un – le déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties – qui, nous l'avons mentionné¹⁷⁶⁸, est commun avec le droit de la consommation. Le second – l'obligatoire soustraction de la négociabilité – est inédit et inconnu des législations spéciales. Vivement critiqué par le professeur M. Mekki¹⁷⁶⁹, il emporte la réduction du champ d'application de l'article 1171 du Code civil. Les juges du fond ne manquent en effet pas de rappeler à l'appelant qu'il est tenu de démontrer que « la clause [a] été soustraite à la négociation des parties »¹⁷⁷⁰. Ainsi, une action en justice tendant à faire reconnaître le caractère abusif d'une clause sur le fondement de l'article 1171 du Code civil doit, pour aboutir, être accompagnée des preuves suivantes : l'existence d'un ensemble de clauses non négociées et prédéterminé par la partie en situation de domination contractuelle¹⁷⁷¹, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, crée par une clause, et le fait que celle-ci ait été soustraite à la négociation. Pour le demandeur, le régime probatoire est ainsi particulièrement lourd et complexe à mettre en œuvre. S'il peut être malaisé de démontrer l'existence d'un contrat d'adhésion¹⁷⁷², apporter la preuve de la soustraction de la négociabilité d'une clause bien précise – celle qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties – peut relever de l'impossible dès lors qu'une fraction du contenu du

¹⁷⁶⁷ V. *infra*, n° 606 et s.

¹⁷⁶⁸ V. *supra*, n° 433.

¹⁷⁶⁹ V. not. M. MEKKI, « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 – Une réforme de la réforme ? », préc., qui évoque un « compromis politique inopportun ». Selon l'auteur, « si une clause est abusive, car elle crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, pourquoi la préserver au motif qu'elle a été négociée ou aurait pu l'être ? Le déséquilibre significatif entre les droits et obligations exige que toute clause, dans un contrat d'adhésion où un ensemble de clauses est non négociable, puisse être contrôlée par le juge. Enfin, à quoi sert désormais la référence au contrat d'adhésion ? Pourquoi ne pas condamner toute clause non négociable quel que soit le type de contrat ? ».

¹⁷⁷⁰ Besançon, 11 sept. 2019, n° 18/00983 : « ainsi, les stipulations relatives à la durée du contrat n'apparaissant pas avoir été soustraites à toute négociation, l'abus invoqué à ce titre n'est pas établi et la clause ne peut être réputée non écrite de ce chef ». V. ég. Orléans, 29 janv. 2018, n° 16/02628, qui refuse de faire application de l'article 1171 du Code civil car « le protocole d'accord contesté avait été négocié pendant 4 heures » ; Caen, ch. civile et commerciale, 23 sept. 2021, n° 19/01684, qui considère que l'appelant ne démontrait pas l'absence de négociabilité de la clause litigieuse.

¹⁷⁷¹ Afin de démontrer l'existence d'un contrat d'adhésion, quand bien même certains juges du fond statuent sur le fondement de l'article 1171 du Code civil sans pour autant, au préalable, caractériser un contrat d'adhésion : V. not. Lyon, juridiction du premier président, 1 sept. 2020, n° 20/01879 ; Besançon, 30 juin 2020, n° 19/00258, préc.

¹⁷⁷² V. *supra*, n° 393 et s.

contrat était négociable. Il serait en effet aisé, pour le contractant fort, de soutenir que la clause litigieuse pouvait parfaitement être négociée, mais que l'adhérent ne l'a pas souhaité. Dans cette hypothèse, en l'absence de preuve valable, la clause ne pourra être considérée comme abusive et, partant, le juge ne pourra la sanctionner¹⁷⁷³.

443. En sus de ces difficultés probatoires, issues de la définition donnée par le législateur aux clauses abusives, l'article 1171 du Code civil exclut expressément certaines clauses de son champ d'application, qui ne peuvent faire l'objet d'un contrôle judiciaire. Ainsi, dans son second alinéa, il est prévu que « l'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation ».

c. L'exclusion expresse de certaines clauses essentielles

444. Le Code civil aménage deux hypothèses dans lesquelles le juge ne peut apprécier l'existence d'un déséquilibre significatif. Dans la mesure où, conformément à l'article 1168 du Code civil, il ne peut porter un regard sur l'équilibre économique des prestations réciproques des contractants¹⁷⁷⁴, l'article 1171 du Code civil ne peut réputer abusive qu'une clause qui provoque un déséquilibre juridique du contrat et non pas celle qui emporte un déséquilibre économique¹⁷⁷⁵. Puisque la lésion¹⁷⁷⁶ n'est pas sanctionnée par le droit français – sauf exception¹⁷⁷⁷ – le contrôle judiciaire ne peut servir « d'instrument de rééquilibrage de l'échange »¹⁷⁷⁸. Le déséquilibre économique créé par une clause se situe ainsi en-dehors du champ d'application de l'article 1171 du Code civil et, par conséquent, ne peut être sanctionné

¹⁷⁷³ Pour évoquer l'existence d'un autre régime probatoire, propre à la caractérisation d'une clause abusive en application de l'article 1171 du Code civil, V. *infra*, n° 783 et s.

¹⁷⁷⁴ L'article 1168 du Code civil dispose que « dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispense autrement ».

¹⁷⁷⁵ V. not. O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, préc., p. 353.

¹⁷⁷⁶ La lésion peut être définie comme « le préjudice causé à un contractant lors de la conclusion du contrat et engendré par un défaut d'équivalence économique, par une inégalité de valeur entre les prestations contractuelles » : D. MAZEAUD, « Lésion », *Rep. civ.* Dalloz, 2018, spé., n° 2. V. ég. D. ANDRONESCO, *L'inégalité des prestations dans le contrat*, Thèse, Paris, 1922 ; P. LOUIS-LUCAS, *Lésion et contrat*, Thèse, Paris, 1926 ; Ch. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil*, préc., p. 335 et s.

¹⁷⁷⁷ La lésion est ainsi sanctionnée, par exception, en matière immobilière (articles 1674 et s. du Code civil), lorsqu'un mineur (article 1149 du Code civil), une personne placée sous mandat de protection future (article 488 du Code civil) ou une personne protégée (article 435 du Code civil) en est victime ou encore entre copartageants (articles 889 et s. du Code civil). V. not. F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations*, préc., p. 488 et s. ; Ch. LARROUMET, S. BROS, *op. cit.*, p. 337 et s.

¹⁷⁷⁸ O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, préc., p. 353.

par ce biais. La Cour d'appel de Lyon l'a d'ailleurs rappelé, en considérant que la clause pénale dont le montant était nettement supérieur à celui de la valeur des biens loués ne crée pas un déséquilibre significatif, car celui-ci portait sur « l'adéquation du prix à la prestation »¹⁷⁷⁹. De même, sauf à redessiner le contrat, le juge ne peut contrôler les clauses qui en déterminent l'objet principal. Le noyau du contrat, composé de son objet premier et de son prix, est ainsi exclu du champ de l'article 1171 du Code civil.

445. Permettre au juge de sanctionner le déséquilibre significatif inhérent à ces clauses essentielles du contrat entrerait en directe contradiction avec la sanction retenue par le même article 1171 du Code civil. Celui-ci, en effet, loin d'évoquer la résolution du contrat, sanctionne la caractérisation d'une clause abusive par la technique du « réputé non écrit », qui n'affecte que la clause elle-même.

2. La sanction des clauses abusives

446. Contrairement à ce que proposait le projet d'ordonnance de la Chancellerie du 25 février 2015, pour lequel « une clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge »¹⁷⁸⁰, l'article 1171 du Code civil dispose qu'une telle clause est « réputée non écrite ». La sanction, identique à celle prévue par l'article 1170 du Code civil¹⁷⁸¹, est intégralement régie par la jurisprudence, dans la mesure où le Code civil l'ignore totalement – ou presque. En effet, le droit commun des contrats se contente d'énoncer que « le contrat est maintenu lorsque la loi répute la clause non écrite, ou lorsque les fins de la règle méconnue exigent son maintien »¹⁷⁸². L'on sait ainsi que la sanction d'une clause abusive n'emporte aucune conséquence pour le contrat en lui-même, qui demeure en vigueur et applicable. La solution est doublement logique. En premier lieu, si la mise en œuvre de l'article 1171 du Code civil pouvait entraîner la résolution du contrat, l'adhérent hésiterait bien souvent avant d'agir en justice, d'autant plus en droit du travail, où le salarié possède un intérêt évident à ce que le contrat de travail se poursuive, purgé de la clause litigieuse. En second lieu,

¹⁷⁷⁹ Lyon, ch. 03 A, 27 févr. 2020, n° 18/08026.

¹⁷⁸⁰ Article 1170 du projet d'ordonnance du 25 févr. 2015 portant régime du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

¹⁷⁸¹ L'article 1170 du Code civil dispose que « toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite ». On retrouve également la sanction du « réputé non écrit », dans le Code civil, aux articles 479, 900, 900-8, 1078-1, 1231-5, 1245-14, 1343-5, 1792-5, 1831-5, 1843-5, 1844-1, 1844-10, 1873-6, 2317, 2314, 2348, 2372-3, 2375-5, 2488-3 et 2488-5.

¹⁷⁸² Article 1184, alinéa 2, du Code civil.

cela interdit au contractant en situation de domination contractuelle de solliciter la rupture du contrat, en arguant du fait que la clause réputée non écrite était en réalité déterminante de son engagement¹⁷⁸³. Dans cette hypothèse, la sanction deviendrait très peu protectrice de l'intérêt de l'adhérent, lequel a nécessairement un intérêt à la poursuite du contrat s'il agit sur le fondement de l'article 1171 du Code civil¹⁷⁸⁴. On constate d'ailleurs que l'article 1184, alinéa 2, du Code civil diffère légèrement de l'article L. 241-1 du Code de la consommation, qui sanctionne lui aussi la clause abusive par la technique du réputé non écrit. Celui-ci dispose effectivement que « les clauses abusives sont réputées non écrites. Le contrat reste applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans ces clauses. Les dispositions du présent article sont d'ordre public ». Ainsi, là où la règle posée par le droit commun des contrats impose la continuation du contrat vidé de la clause abusive, celle prévue par le droit de la consommation énonce que le contrat ne survit au réputé non écrit de la clause litigieuse que chaque fois qu'il « peut subsister ». Il est donc des cas où le contrat de consommation risque de chuter en même temps que la clause abusive.

447. À l'instar de la nullité, le réputé non écrit sanctionne la violation d'une disposition d'ordre public. Les deux sanctions sont pourtant bien distinctes¹⁷⁸⁵. Plusieurs auteurs ont cependant estimé que le réputé non écrit ne cachait en réalité sous un alias que la nullité partielle du contrat¹⁷⁸⁶. L'article 1184 du Code civil fait cependant aujourd'hui le distinguo ; s'il prévoit le maintien obligatoire du contrat lorsque l'une de ses clauses est réputée non écrite, il précise également, dans son alinéa premier, que « lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une ou plusieurs clauses du contrat, elle n'emporte nullité de l'acte tout entier que si cette ou ces clauses ont constitué un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles »¹⁷⁸⁷. Les effets de la nullité partielle, tels qu'énoncés par le Code civil, se rapprochent ainsi de manière troublante avec ceux du réputé non écrit de l'article L. 241-1 du Code de la consommation, ce qui contribue à obscurcir la frontière entre les deux mécanismes. En effet, dans les deux hypothèses, la poursuite du contrat est présentée comme le principe, tandis que la loi prévoit la situation dans laquelle le contrat ne peut survivre à la disparition de la clause abusive. La Cour

¹⁷⁸³ V. not. O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, préc., p. 339.

¹⁷⁸⁴ Sans quoi, son action en justice aurait été fondée sur un autre article, qui pourrait aboutir à la résolution du contrat.

¹⁷⁸⁵ V. not. J.-B. SEUBE, « De la distinction entre le « nul » et le « réputé non écrit », *RDC* 2021, p. 72.

¹⁷⁸⁶ V. not. J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, Paris, Dalloz, 9^e éd., 2015, spé., n° 177 ; Y. PICOD, *Droit de la consommation*, Paris, Sirey, 4^e éd., 2018, spé., n° 234.

¹⁷⁸⁷ Article 1184, alinéa 1, du Code civil.

de cassation a cependant récemment réaffirmé la distinction entre les deux mécanismes, en énonçant que « la demande tendant à voir réputer non écrites les clauses litigieuses ne s'analysait pas en une demande en nullité »¹⁷⁸⁸. Au sein du même arrêt, elle rappelle que là où l'action en nullité se prescrit par cinq années à compter du jour où le titulaire du droit a connu ou aurait dû connaître les faits qui lui permettaient de l'exercer¹⁷⁸⁹, l'action en réputée non écrit d'une clause est imprescriptible¹⁷⁹⁰. Vis-à-vis de la clause litigieuse, toutefois, le réputé non écrit produit un effet similaire à celui de la nullité partielle¹⁷⁹¹ : la clause est supposée ne jamais avoir existé¹⁷⁹² et ne peut donc produire un quelconque effet. Dès lors, si un acte ou une décision avait été préalablement pris en son application, il doit être annulé¹⁷⁹³.

448. La survie du contrat, purgé de la clause abusive, constitue un véritable avantage pour le salarié, dont l'action intentée sur le fondement de l'article 1171 du Code civil ne risque pas d'emporter la résolution de son contrat de travail. Hormis les difficultés probatoires mises en lumière, aucun obstacle ne vient donc le dissuader de saisir la juridiction compétente afin de faire constater judiciairement qu'une clause, insérée dans un contrat de travail ou une convention collective d'adhésion, crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, à son détriment.

¹⁷⁸⁸ Civ., 1^{re}, 13 mars 2019, n° 17-23.169, *D.* 2019. 1033, note A. ETIENNEY-DE-SAINT-MARIE ; *D.* 2020. 353, obs. M. MEKKI ; *RTD civ.* 2019. 334, note H. BARBIER ; *RTD com.* 2019. 463, note D. LEGEAIS ; *D. actu.* 1^{er} avr. 2019, note J.-D. PELLIER ; *JCP E* 2019. 1345, note R. LOIR ; *JCP E* 2019. 1425, note J. LASSERRE-CAPDEVILLE ; *CCC* 2019. 112, note S. BERNHEIM-DESSAUX ; *RD banc. fin.* 2019. 117, note Th. SAMIN, S. TORCK ; *Gaz. Pal.* 17 sept. 2019, p. 23, note D. HOUTCIEFF. V. ég. Civ., 3^e, 19 nov. 2020, n° 19-20.405, *D.* 2021. 310, obs. R. BOFFA, M. MEKKI ; *D.* 2021. 980, chron. A.-L. COLLOMP, V. GEORGET, L. JARIEL ; *D.* 2021. 1397, obs. M.-P. DUMONT ; *RTD civ.* 2021. 124, obs. H. BARBIER ; *AJDI* 2021. 513, obs. J.-P. BLATTER ; *JCP E* 2021. 1168, obs. J. MONÉGER ; *RDC* 2021, p. 22, note M. LATINA ; *Rev. prat. rec.* 2021. 25, chron. E. MORGANTINI, P. RUBELLIN.

¹⁷⁸⁹ Article 2224 du Code civil.

¹⁷⁹⁰ Civ., 1^{re}, 13 mars 2019, n° 17-23.169, *op. cit.* V. déjà Civ., 3^e, 12 juin 1991, n° 89-18.331, *Deffrénois* 1991. 1017, obs. H. SOULEAU ; *RDI* 1991. 379, obs. P. CAPOULADE, C. GIVERDON : « qu'en statuant ainsi, alors que tout copropriétaire intéressé peut, à tout moment, faire constater l'absence de conformité des clauses du règlement de copropriété aux dispositions légales et faire établir une répartition des charges conforme à ces dispositions, la Cour d'appel a violé le texte susvisé ».

¹⁷⁹¹ V. not. S. GAUDEMET, *La clause réputée non-écrite*, préc.

¹⁷⁹² V. not. Civ., 3^e, 27 sept. 2005, n° 03-12.402 ; Civ., 3^e, 2 déc. 1987, n° 86-10.793, *JCP N* 1988. II. 93, obs. J.-P. MOREAU.

¹⁷⁹³ V. not. Com., 6 mai 2014, n° 13-14.960, *D.* 2014. 1485, note B. DONDERO, *Rev. sociétés* 2014. 550, note P. LE CANNU ; *Bull. Joly* 2014, p. 506, note R. MORTER ; au sujet de l'annulation d'une décision collective alors que les statuts de la société violaient l'article 1844-10, alinéa 2, du Code civil qui répute non écrit toute clause qui empêche à un associé de participer à une telle décision collective.

3. La traque des clauses abusives en droit du travail

449. Dans l'optique de le résorber, le salarié, victime du déséquilibre de puissance contractuelle, semble avoir tout intérêt à mobiliser le nouvel article 1171 du Code civil, aussi bien dans les relations individuelles que collectives de travail. En effet, les clauses insérées dans un contrat d'adhésion, qu'il s'agisse d'un contrat de travail ou d'une convention collective, peuvent être réputées non écrites à condition qu'elles aient été non négociables et qu'elles créent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations du salarié et de son employeur. Le Code du travail connaît cependant, lui aussi, un mécanisme susceptible d'être mis en œuvre à l'encontre des clauses abusives. Dès lors, la mise en œuvre de l'article 1171 du Code civil dans les frontières travaillistes est conditionnée par son articulation avec les dispositions de l'article L. 1121-1 du Code du travail **(a)**. Si les deux mécanismes n'entrent pas en conflit, de nombreuses clauses, fréquemment employées en droit du travail, pourraient être considérées comme abusives **(b)**. Le mécanisme des clauses abusives participerait ainsi activement à la production de l'influence minimale accueillie de la réforme du droit des contrats en droit du travail **(c)**.

a. L'articulation des articles L. 1121-1 du Code du travail et 1171 du Code civil

450. Nous avons précédemment démontré que le droit commun des contrats possède une fonction subsidiaire qui lui permet d'être mobilisé dans toutes les anfractuosités laissées vacantes par les branches spéciales du droit¹⁷⁹⁴. Ce n'est qu'en cas de conflit de normes que ces dernières peuvent s'opposer à l'application du Code civil en leur sein. Ledit conflit, nous l'avons mis en exergue, se caractérise par la réunion de trois critères : une identité d'objet, de nature et une incompatibilité des solutions¹⁷⁹⁵. Dès lors, pour apprécier si l'article 1171 du Code civil, relatif à la traque des clauses abusives, peut – ou non – s'appliquer aux relations individuelles et collectives de travail, il est nécessaire, au préalable, de vérifier si la législation spéciale travailliste connaît, elle aussi, une disposition susceptible d'être mobilisée dans un dessein similaire. À cet égard, la doctrine travailliste a fait remarquer¹⁷⁹⁶ que le juge social se

¹⁷⁹⁴ V. *supra*, n° 45 et s.

¹⁷⁹⁵ V. *supra*, n° 151 et s.

¹⁷⁹⁶ V. not. Y. PAGNERRE, « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », préc. ; L. BENTO DE CARVALHO, « L'incidence de la réforme du droit des contrats sur le régime du contrat de travail : renouvellement ou *statu quo* ? », préc. ; G. LOISEAU, « Le contrat de travail dans la réforme de droit des contrats », préc. ; S. TOURNAUX, « Le contrat de travail et les dérogations au droit commun des contrats », préc.

sert de l'article L. 1121-1 du Code du travail pour apprécier la validité des clauses et des mesures patronales qui portent atteinte aux droits et libertés des salariés¹⁷⁹⁷. La validité de ladite atteinte est soumise à deux conditions cumulatives : elle doit être justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché. Sur ce fondement, la chambre sociale de la Cour de cassation a décidé, par exemple, qu'une clause de mobilité ne portait pas atteinte à une liberté individuelle du salarié¹⁷⁹⁸ et ce même si la zone géographique qu'elle prévoit couvre l'ensemble du territoire métropolitain français¹⁷⁹⁹. De même, en application de l'article L. 1121-1 du Code du travail, doit être frappé de nullité le licenciement prononcé par un employeur en raison de l'utilisation, par le salarié, de sa liberté d'agir en justice¹⁸⁰⁰. La jurisprudence est d'ailleurs à cet égard particulièrement développée, la Cour de cassation ayant eu l'occasion de prononcer la même sanction à l'égard de licenciements fondés sur l'exercice de la liberté syndicale¹⁸⁰¹, l'état de santé¹⁸⁰² ou l'âge du salarié¹⁸⁰³.

451. La question de la mobilisation du nouvel article 1171 du Code civil dans les frontières travaillistes doit ainsi être précédée par la recherche d'un éventuel conflit qui l'opposerait à l'article L. 1121-1 du Code du travail. L'étude de l'objet respectif de chaque disposition suffit, semble-t-il, à écarter toute hypothèse de conflit entre les deux normes. Certes, chacun des deux articles permet au juge de contrôler l'atteinte portée par une clause contractuelle à une partie au contrat – le salarié en ce qui nous concerne. Pour autant, l'objet du contrôle diffère largement. Tandis que la disposition spéciale travailliste permet de contrôler la validité d'une clause eu égard aux motifs personnels qui ont animé l'employeur¹⁸⁰⁴ – par le jeu d'une exigence de justification et de proportionnalité – le texte général civiliste s'attache à « l'idée qu'une

¹⁷⁹⁷ L'article L. 1121-1 du Code du travail dispose que « nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnée au but recherché ».

¹⁷⁹⁸ Soc., 28 mars 2006, n° 04-41.016, préc.

¹⁷⁹⁹ Soc., 9 juill. 2014, n° 13-11.906, préc.

¹⁸⁰⁰ Soc., 5 déc. 2018, n° 17-17.687, *JSL* 2019, n° 409, note H. NASOM-TISSANDIER.

¹⁸⁰¹ Soc., 9 juill. 2014, n° 13-16.434. V. not. Recherches et études sur le genre et les inégalités dans les normes en Europe, « Droit et genre », *D.* 2021. 863.

¹⁸⁰² Soc., 11 juill. 2012, n° 10-15.905, *D.* 2013. 1026, obs. P. LOKIEC, J. PORTA ; *D. actu*, 13 sept. 2012, obs. B. INES ; *JCP S* 2012. 1482, obs. B. BOSSU ; *Dr. ouvr.* 2012. 802, obs. M. BONNECHERE.

¹⁸⁰³ Soc., 15 nov. 2017, n° 16-14.281, *Dr. soc.* 2018. 537, note N. MOIZARD ; *RDT* 2018. 132, obs. M. MERCAT-BRUNS ; *D.* 2018. 190, chron. F. DUCLOZ, F. SALOMON, N. SABOTIER ; *JCP S* 2017. 38, obs. J.-P. LHERNOULD ; *JCP E* 2018. 1274, obs. J. MOULY.

¹⁸⁰⁴ Selon le vocabulaire employé en droit commun des contrats avant la réforme opérée par l'ordonnance du 10 févr. 2016, le contrôle réalisé sur le fondement de l'article L. 1121-1 du Code du travail est celui de la licéité de la cause subjective de l'obligation. À ce sujet, V. not. S. TOURNAUX, « Le contrat de travail et les dérogations au droit commun des contrats », préc.

contrepartie suffisante est offerte à celui qui concède la clause, à l'existence d'une cause contrepartie ou d'une cause objective de l'obligation née de la clause »¹⁸⁰⁵.

L'objet du contrôle réalisé par le juge sur le fondement de l'article L. 1121-1 du Code du travail se distingue donc nettement de celui exercé sur la base de l'article 1171 du Code civil. Le premier tend à apprécier l'atteinte portée par l'employeur aux droits et libertés du salarié en fonction d'éléments concrets tels que la nature de la tâche à accomplir ou le but recherché par la clause. Le second s'attache plutôt à rechercher si le déséquilibre crée entre les droits et obligations des parties par une clause est – ou non – compensé par la stipulation d'une autre clause, favorable cette fois-ci à partie faible. Aussi, on constate que la condition de l'identité d'objet n'est pas remplie et que, de surcroît, les mécanismes sont loin d'être incompatibles. À l'inverse, puisque le contrôle qu'elles prévoient n'appréhende pas la clause sous un même prisme, les deux normes paraissent en réalité complémentaires. Dès lors, quand bien même partagent-ils une nature identique¹⁸⁰⁶, les articles L. 1121-1 du Code du travail et 1171 du Code civil n'entrent pas en conflit. Rien ne s'oppose à ce que ce dernier puisse être mis en œuvre en droit du travail. Par conséquent, plusieurs clauses qui, pour l'heure, ne sont pas sanctionnées sur le fondement de l'article L. 1121-1 du Code du travail, pourraient désormais être considérées comme abusives.

b. Les éventuelles clauses abusives travailistes

452. Qu'elles soient stipulées dans un contrat de travail ou dans une convention collective, deux catégories de clauses sont dorénavant susceptibles d'être qualifiées d'abusives¹⁸⁰⁷ : celles qui octroient une prérogative ou imposent une sujétion à une seule partie, respectivement à l'employeur et au salarié. Avant d'en donner plusieurs exemples, il convient de préciser que, sans toujours la nommer ainsi¹⁸⁰⁸, la chambre sociale de la Cour de cassation a développé une

¹⁸⁰⁵ *Ibid.*

¹⁸⁰⁶ Qui, selon nous, constitue une condition du conflit de normes.

¹⁸⁰⁷ Sous réserve, évidemment, qu'elles créent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties et qu'elles soient stipulées dans un contrat d'adhésion.

¹⁸⁰⁸ La formule de « clause abusive » n'est pas toujours employée par la chambre sociale de la Cour de cassation. Il est néanmoins des situations dans laquelle la clause est expressément qualifiée d'abusives : V. not. Soc., 16 sept. 2009, n° 07-45.346, D. 2009. 2284, obs. S. MAILLARD. Dans cet arrêt, la Cour de cassation confirme la position adoptée avant elle par la Cour d'appel de Montpellier (Montpellier, 10 oct. 2007, n° 07/00467), en considérant que la clause par laquelle le salarié embauché à temps partiel doit obligatoirement obtenir l'autorisation préalable de son employeur afin de conclure un contrat de travail avec un autre employeur est « abusive en ce qu'elle [subordonne] la possibilité de la salariée, engagée à temps partiel, d'exercer une autre activité professionnelle ».

jurisprudence relative aux « clauses abusives »¹⁸⁰⁹. Celle-ci possède des similarités avec le droit des clauses abusives tel qu'il se trouve dans le Code de la consommation. Le professeur D. Mazeaud démontre en effet que, dans les frontières travaillistes, ces clauses « [riment] souvent avec l'unilatéralité des pouvoirs accordés par le contrat »¹⁸¹⁰. Or, en droit de la consommation, est considérée comme étant irréfragablement abusive la clause qui « [réserve] au professionnel le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat relatives à sa durée, aux caractéristiques ou au prix du bien à livrer ou du service à rendre »¹⁸¹¹. Si la sanction retenue par le juge social oscille entre la nullité et le réputé non-écrit¹⁸¹², force est de constater que plusieurs clauses ont d'ores et déjà été sanctionnées par la chambre sociale de la Cour de cassation, tantôt au visa de l'ancien article 1134, alinéa 2, du Code civil, tantôt sur celui de l'article L. 1121-1 du Code du travail.

Il en va ainsi, tout d'abord, de la clause qui réserve à l'employeur le pouvoir de modifier unilatéralement le contrat de travail¹⁸¹³. La Haute Juridiction considère en effet depuis le début du siècle que « 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 »¹⁸¹⁴. La portée de la décision a ensuite été spécifiée, pour être appliquée à la modification unilatérale de la rémunération du salarié¹⁸¹⁵ ou à celle de sa durée du travail¹⁸¹⁶. Il convient néanmoins de préciser qu'une clause de variation¹⁸¹⁷, fondée sur des éléments objectifs et étrangers à la volonté de l'employeur, peut valablement emporter la modification du montant de la rémunération du salarié, celui-ci ayant accepté l'éventuelle modification lors de la signature du contrat de travail¹⁸¹⁸. L'unilatéralisme est sanctionné de manière identique lorsqu'une clause permet à l'employeur non pas de modifier directement le contrat de travail, mais de déterminer

¹⁸⁰⁹ V. not. A.-L. ZABEL, « Clauses abusives et droit du travail : le concept issu du droit de la consommation pénètre-t-il le droit du travail ? », *LPA* 2013, p. 6.

¹⁸¹⁰ D. MAZEAUD, « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat », *LPA* 1998, n° 117, p. 12.

¹⁸¹¹ Article R. 212-1, 3° du Code de la consommation.

¹⁸¹² G. LOISEAU, « Les clauses abusives dans le contrat de travail », *Cah. soc.* 2014, p. 452, parle de « flottement dans les sanctions ».

¹⁸¹³ *Ibid.* V. ég. G. LOISEAU, « Le contrat de travail dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats », préc.

¹⁸¹⁴ Soc., 27 févr. 2001, n° 99-40.219, *Dr. soc.* 2001. 514, obs. Ch. RADÉ ; *D.* 2001. 2166, obs. S. FROSSARD.

¹⁸¹⁵ V. not. Soc., 26 oct. 2011, n° 10-10.243.

¹⁸¹⁶ V. not. Soc., 29 nov. 2011, n° 10-14.198.

¹⁸¹⁷ Sur cette notion, V. not. L.-K. GRATTON, *Les clauses de variation du contrat de travail*, Thèse, Paris 1, 2009.

¹⁸¹⁸ V. not. Soc., 2 juill. 2002, n° 00-13.111, *Dr. soc.* 2002. 998, obs. Ch. RADÉ ; *D.* 2003. 391, obs. V. WAUQUIER ; *Cah. soc.* 2002, p. 443, obs. F.-J. PANSIER ; Soc., 20 avr. 2005, n° 03-43.696.

les conditions dans lesquelles un droit ou une obligation du salarié peut être modifié postérieurement à la conclusion du contrat de travail. Par exemple, est nulle la clause par laquelle l'employeur impose la minoration du montant de la contrepartie financière d'une clause de non-concurrence en cas de rupture du contrat de travail imputable au salarié¹⁸¹⁹.

En amont de la réforme du droit des contrats, le droit du travail n'était donc pas totalement vierge de toute réglementation liée aux clauses abusives. Aussi, il est des situations dans lesquelles une clause, bien que susceptible d'être considérée comme abusive au regard du nouvel article 1171 du Code civil, soit d'ores et déjà sanctionnée par le juge social. À son égard, l'influence du mécanisme civiliste est donc nulle¹⁸²⁰.

453. Parmi les clauses qui octroient une prérogative au seul employeur, il en est une qui n'a jamais été sanctionnée sur le fondement de l'article L. 1121-1 du Code du travail¹⁸²¹ mais qui, sur celui du droit commun des contrats, pourrait voir sa validité être remise en cause. Il s'agit de celle qui réserve à l'employeur le droit de renoncer à la clause de non-concurrence¹⁸²². Par cette clause, « le salarié s'engage expressément à s'abstenir, postérieurement à l'expiration du contrat de travail, intervenue pour quelque motif que ce soit, d'exercer, en son nom et pour son compte, ou pour le compte d'autrui, une activité économique ayant totalement ou partiellement

¹⁸¹⁹ V. not. Soc., 3 mai 2012, n° 10-26.701, *D.* 2012. 2760, obs. S. ROBINNE ; Soc., 18 janv. 2018, n° 15-24.002, *Dr. soc.* 2018. 396, obs. J. MOULY ; *Dr. soc.* 2018. 653, étude S. TOURNAUX ; *RDT* 2018. 206, obs. L. BENTO DE CARVALHO ; *AJ contrat* 2018. 237, obs. C.-E. BUCHER ; *JCP S* 2018. 1059, obs. I. BEYNEIX ; *JCP G* 2018. 141, note D. CORRIGNAN-CARSIN ; *Gaz. Pal.* 2018, p. 24, note C. BERLAUD ; *Gaz. Pal.*, 13 oct. 2018, p. 61, obs. H. DE BRIER ; *Cah. soc.* 2018, p. 148, obs. F. CANUT. Soc., 8 avr. 2010, n° 08-43.056, *D.* 2010. 1085, obs. L. PERRIN ; *D.* 2010. 2540, obs. Y. SERRA, prévoit une sanction identique pour la clause qui prévoit la réduction du montant de l'indemnité de licenciement si celui-ci est prononcé pour un motif disciplinaire.

¹⁸²⁰ Si ce n'est, potentiellement, de fournir au juge un fondement légal solide pour lutter contre ces clauses.

¹⁸²¹ Le principe de la clause n'a en effet pas été remis en cause par la chambre sociale de la Cour de cassation. Par contre, celle-ci considère comme nulle cette clause si l'employeur possède la faculté d'y « renoncer à tout moment, avant ou pendant la période d'interdiction » : Soc., 2 déc. 2015, n° 14-19.029, *Dr. soc.* 2016. 187, note J. MOULY ; *D.* 2016. 807, obs. P. LOKIEC, J. PORTA ; *RTD civ.* 2016. 98, obs. H. BARBIER ; *JCP S* 2016. 1055, note I. BEYNEIX ; *JCP E* 2016. 1363, obs. Ph. GRIGNON. Le délai de renonciation à la clause de non-concurrence, qui profite à l'employeur, doit ainsi être précisé, sans quoi « le salarié [est] laissé dans l'incertitude quant à l'étendue de sa liberté de travailler » : Soc., 13 juill. 2010, n° 09-41.626, *Dr. soc.* 2010. 1118, obs. J. MOULY ; *D.* 2010. 1885, obs. L. PERRIN ; *JCP S* 2010. 1410, note D. ASQUINAZI-BAILLEUX ; *RDC* 2011, p. 182, obs. C. NEAU-LEDUC. Pour l'application de cette solution au mécanisme de la prise d'acte de rupture du contrat de travail : V. not. Soc., 13 juin 2007, n° 04-42.740, *Dr. soc.* 2007. 1052, obs. J. MOULY ; *RDT* 2007. 579, obs. J. PELISSIER ; *JCP S* 2007. 1674, note G. BLANC-JOUVAN ; *JCP E* 2007. 2247, obs. J. MEL.

¹⁸²² De nombreux auteurs ont évoqué cette clause au rang des éventuelles clauses abusives en droit du travail : V. not. L. BENTO DE CARVALHO, « L'incidence de la réforme du droit des contrats sur le régime du contrat de travail : renouvellement ou *statu quo* ? », préc. ; G. LOISEAU, « Le contrat de travail dans la réforme du droit des contrats », préc. ; S. TOURNAUX, « Le contrat de travail et les dérogations au droit commun des contrats », préc. ; Ch. RADÉ, « L'impact de la réforme du droit des contrats en droit du travail », préc. ; G. AUZERO, F. CANUT, « Le juge et la modification du contrat de travail », préc. Pour un avis contraire, V. Y. PAGNERRE, « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », préc.

le même objet que l'activité principale de son ancien employeur »¹⁸²³. La validité de principe de la clause de non-concurrence a été reconnue de longue date par la Cour de cassation¹⁸²⁴, tant que le salarié l'accepte clairement et sans équivoque¹⁸²⁵. Il n'est pas rare que la clause de non-concurrence aménage la possibilité, pour le seul employeur, d'y renoncer dans un délai fixé et postérieur à la rupture du contrat de travail. Pour la Cour d'appel de Grenoble, cette faculté n'est pas abusive, « dans la mesure où l'employeur renonçant à cette clause [...] libère la salariée totalement »¹⁸²⁶. Pour rejeter le caractère abusif de cette prérogative unilatérale, le juge s'est positionné au moment où la clause de non-concurrence a produit ses effets, c'est-à-dire postérieurement à la rupture du contrat de travail. Il est alors évident que la renonciation de l'employeur « libère » le salarié, puisque sa liberté du travail est alors intégralement régénérée. La solution pourrait toutefois être différente si le juge venait à se placer en amont de la rupture du contrat de travail. Tout d'abord, très factuellement, le fait que seul l'employeur puisse renoncer à la clause de non-concurrence crée indubitablement un déséquilibre entre les droits et obligations des parties, car elle ne profite qu'à l'une d'entre elles¹⁸²⁷. Ensuite, il apparaît qu'elle place le salarié dans un état d'incertitude susceptible de lui porter préjudice. En effet, ce dernier « subit le poids de la clause qui peut, le cas échéant, déterminer certaines de ses décisions – comme celles de ne pas quitter l'entreprise – alors qu'il n'est pas certain d'être débiteur de l'obligation et créancier de l'indemnité compensatoire à l'issue du contrat »¹⁸²⁸. Ainsi, au cours de l'exécution du contrat de travail, la clause de non-concurrence – quand bien même ne produit-elle encore aucun effet – peut contraindre le salarié à demeurer dans l'entreprise. L'obligation de non-concurrence à laquelle il doit s'astreindre, bien qu'elle ne soit qu'éventuelle en raison de la faculté de renonciation unilatérale de l'employeur, peut en effet le dissuader de démissionner. Il ne fait ainsi aucun doute, à notre sens, que le déséquilibre provoqué par cette clause devrait, conformément à l'article 1171 du Code civil, rendre la clause abusive.

¹⁸²³ Y. AUBREE, « Contrat de travail, clauses particulières », *Rep. trav.*, Dalloz, 2017, spé., n° 251.

¹⁸²⁴ Soc., 8 mai 1967, n° 65-12.776, *D.* 1967. 230, note G. LYON-CAEN.

¹⁸²⁵ Soc., 1^{er} avr. 2020, n° 18-24.472.

¹⁸²⁶ Grenoble, 14 nov. 2007, n° 07/00699.

¹⁸²⁷ V. not. Ch. RADE, « L'impact de la réforme du droit des contrats en droit du travail », préc., qui énonce que la faculté de renonciation à une clause de non-concurrence stipulée dans le contrat de travail « pose problème » car, « d'évidence, il s'agit là d'un déséquilibre en faveur de l'employeur ». Plus loin, il estime également qu'« en l'état actuel du droit des obligations, on pourrait voir dans cette faculté réservée à l'employeur une condition purement potestative, nulle comme telle ».

¹⁸²⁸ G. LOISEAU, « Le contrat de travail dans la réforme du droit des contrats », préc.

Des soupçons peuvent néanmoins être émis quant à la promptitude du juge social à caractériser, en l'espèce, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. En effet, et ce depuis le début du siècle et le célèbre arrêt dit « SAT »¹⁸²⁹, la chambre sociale de la Cour de cassation refuse de s'immiscer dans les choix de gestion de l'employeur. Celui-ci est considéré comme étant le « seul juge » de la bonne administration de l'entreprise¹⁸³⁰. Or, en réputant non-écrit la faculté laissée au seul employeur de renoncer à la clause de non-concurrence, le juge interviendrait dans la gestion économique de l'entreprise, par le biais d'un contrôle d'opportunité. Le lien entre la clause de renonciation unilatérale à la clause de non-concurrence et ladite gestion est toutefois diffus. Dès lors, à notre sens, sur le fondement de la législation générale des clauses abusives, ladite clause devrait être réputée non écrite chaque fois qu'elle génère un déséquilibre excessif entre les droits et obligations des parties.

454. Au-delà, de nombreuses clauses, qui imposent une sujétion au seul salarié, pourraient voir leur validité être réévaluée sur le fondement du nouveau droit commun des contrats. Les clauses en question sont celles qui, réciproquement à une obligation, n'octroient aucune contrepartie au salarié. L'exemple le plus topique semble être celui de la clause de mobilité géographique. En application de celle-ci, le salarié « s'oblige [...] à travailler dans tout établissement de l'entreprise situé sur le territoire métropolitain, national ou quelque lieu que

¹⁸²⁹ Ass. plén., 8 déc. 2000, n° 97-44.219, *Dr. soc.* 2001. 126, concl. P. DE CAIGNY ; *Dr. soc.* 2001. 133, note A. CRISTAU ; *Dr. soc.* 2001. 417, note A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT ; *D.* 2001. 1125, note J. PELISSIER ; *SSL* 2001. 6, comm. G. LYON-CAEN ; *RJS* 2001. 95, note P.-H. ANTONMATTEI. En l'espèce, une entreprise souhaitait procéder à un licenciement pour motif économique, fondé sur la sauvegarde de sa compétitivité. Dans cette optique, trois options s'ouvraient à elle « 1° le maintien de la situation existante avec des réductions d'effectifs (86 licenciements) ; 2° le maintien du site de Riom mais avec spécialisation sur certains produits (213 licenciements) ; 3° la suppression du site de Riom et le regroupement des activités à Montereau (318 licenciements) ». L'entreprise SAT a opté pour la troisième solution et procédé au licenciement de 318 salariés. Pour l'arrêt attaqué (Riom, 1^{er} juill. 1997), lesdits licenciements étaient dépourvus de cause réelle et sérieuse, car l'entreprise aurait dû opter pour l'alternative la moins coûteuse en suppression d'emploi, au nom du « concept de préservation de l'emploi [...] nécessaire à la sauvegarde la compétitivité du secteur considéré de l'entreprise ». Pour la chambre sociale de la Cour de cassation, dès lors que la cause réelle et sérieuse de licenciement est caractérisée, le juge ne peut s'immiscer dans les choix de gestion de l'employeur, qui est alors « seul juge » du nombre de licenciements à prononcer. Transposée dans le domaine qui nous préoccupe actuellement, le juge laisserait l'employeur libre de renoncer à la clause de non-concurrence, l'inverse pouvant être qualifiée d'immixtion dans la gestion économique de l'entreprise. À ce sujet, V. not. L. BENTO DE CARVALHO, « Le contentieux des accords d'entreprise au prisme du contrat d'adhésion (seconde partie) », *Dr. soc.* 2019. 950, qui évoque le risque d'une « autocensure des juges ».

¹⁸³⁰ La jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation de la seconde moitié du siècle dernier est nettement emprunte de l'idée de « l'employeur seul juge ». Ainsi, seul l'employeur peut apprécier « les responsabilités qu'un salarié est en mesure d'assumer » (*Soc.*, 7 janv. 1976, n° 74-40.700), l'étendue de ses compétences (*Soc.*, 27 janv. 1971, n° 70-40.120) ou encore de l'opportunité de licencier (*Soc.*, 11 déc. 1968). V. ég. Ph. LANGLOIS, « Le juge et l'employeur », *Dr. soc.* 2003. 283 ; F. GEA, « Le contrôle judiciaire des choix de gestion de l'employeur : le sens des limites et les limites du sens », *RDT* 2009. 584.

ce soit »¹⁸³¹. À ce titre, elle peut constituer une atteinte à « l'exigence d'un objet déterminé ou déterminable de la prestation de travail »¹⁸³², laquelle est pourtant imposée par le nouvel article 1163 du Code civil¹⁸³³. Un auteur démontre en effet qu'une « clause qui prévoirait qu'un préposé au nettoyage des sols peut être muté en tous endroits du globe sur simple décision unilatérale de l'employeur serait considérée comme nulle, en ce qu'elle rend indéterminé le lieu de travail »¹⁸³⁴. La clause de mobilité géographique peut donc être source de déséquilibre entre les droits et obligations des parties au contrat de travail.

Nous expliquions, dans la sous-partie précédente, que le contrôle de l'article 1171 du Code civil oblige le juge à rechercher si le déséquilibre crée par une clause contractuelle se trouve – ou non – compensé par la stipulation d'un élément favorable à la partie dotée de la plus faible puissance contractuelle. En elle-même, la clause de mobilité géographique n'offre au salarié aucune contrepartie. En effet, là où le salarié soumis à une clause de non-concurrence perçoit une contrepartie financière, celui qui doit se soumettre à une clause de mobilité n'obtient aucune compensation – qu'elle soit financière ou d'un autre ordre. Dès lors, puisqu'elle ne « profite qu'à l'employeur, et [qu'elle] n'est compensée par aucune indemnité »¹⁸³⁵, la clause de mobilité qui, pour rappel, ne porte atteinte à aucune liberté du salarié selon la chambre sociale de la Cour de cassation¹⁸³⁶, pourrait être considérée comme abusive. Toutefois, comme nous l'avons mentionné¹⁸³⁷, le déséquilibre significatif causé par une clause peut être « résorbé » par une autre clause qui, elle, a été stipulée au profit du salarié. Il ne suffit donc pas de mettre en avant le fait que, prise individuellement, la clause de mobilité géographique n'offre au salarié aucune contrepartie pour compenser l'obligation à laquelle celui-ci est astreint. Il est donc impossible d'énoncer de manière générale et définitive que la clause de mobilité est source d'un déséquilibre significatif et doit être sanctionnée sur le fondement de l'article 1171 du Code civil. Pour parvenir à cette conclusion, encore faut-il que le juge replace la clause dans l'intégralité du contrat. Ce n'est alors que si aucune autre clause du contrat de travail d'adhésion

¹⁸³¹ G. AUZERO, E. DOCKES, D. BAUGARD, *Droit du travail*, Paris, Dalloz, 36^e éd., 2023, p. 919. Précisons cependant que la zone couverte par la clause de mobilité géographique ne peut porter sur l'ensemble d'un groupe de sociétés ou d'une unité économique et sociale : Soc., 23 sept. 2009, n° 07-44.200, préc.

¹⁸³² Y. PAGNERRE, « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », préc.

¹⁸³³ Selon lequel « l'obligation a pour objet une prestation présente ou future. Celle-ci doit être possible et déterminée ou déterminable. La prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieurs des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire ».

¹⁸³⁴ E. DOCKES, « La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail », préc.

¹⁸³⁵ Ch. RADE, « L'impact de la réforme du droit des contrats en droit du travail », préc.

¹⁸³⁶ Soc., 28 mars 2006, 04-41.016, préc.

¹⁸³⁷ V. *supra*, n° 438.

ne vient contrebalancer le déséquilibre dont le salarié est victime que la clause de mobilité géographique peut être réputée non écrite, car la sujétion qu'elle impose au salarié n'est ni compensée par une contrepartie financière¹⁸³⁸, ni par un autre élément du contrat.

455. Un raisonnement identique peut être tenu à l'égard d'autres clauses de sujétion, comme les clauses de résidence, d'exclusivité ou de conciliation et de médiation¹⁸³⁹. En effet, à l'instar de la clause de mobilité géographique, celles-ci imposent une obligation au salarié¹⁸⁴⁰, sans prévoir aucune contrepartie de quelque ordre que ce soit. À nouveau, si aucune autre stipulation du contrat de travail ne venait à octroyer au salarié une compensation, le déséquilibre crée entre les droits et obligations des parties, au détriment du salarié, pourrait être sanctionné. La clause serait alors réputée non-écrite.

456. Il en va quelque peu différemment dans les relations collectives de travail, et ce pour plusieurs raisons. En premier lieu, comme nous l'avons indiqué¹⁸⁴¹, la convention collective, en principe, est un contrat de gré à gré, dans la mesure où son contenu doit faire l'objet d'une négociation entre les partenaires sociaux. Cela n'exclut toutefois pas *de facto* la faculté d'une partie d'imposer dans l'acte un ensemble de clauses non négocié¹⁸⁴². Pour autant, la situation devrait, en pratique, s'avérer exceptionnelle. La qualification d'une convention collective comme un contrat d'adhésion ne peut donc être véritablement envisagée que lorsque sa conclusion résulte de la rédaction, par l'employeur, d'un projet unilatéral soumis à la consultation de ses salariés¹⁸⁴³. Les hypothèses de mobilisation de la législation générale des clauses abusives, conditionnée par la caractérisation préalable d'une telle adhésion¹⁸⁴⁴,

¹⁸³⁸ G. AUZERO, F. CANUT, « Le juge et la modification du contrat de travail », préc., se demandent ainsi s'il « faudra [...], à l'avenir, que [la clause de mobilité] comporte une contrepartie financière à la charge de l'employeur afin d'effacer ce déséquilibre ? ».

¹⁸³⁹ V. not. S. TOURNAUX, « La négociation des sujétions contractuelles du salarié », *Dr. ouvr.* 2010. 293.

¹⁸⁴⁰ À savoir, respectivement, d'imposer au salarié de fixer sa résidence dans une zone géographique précise, de lui interdire d'exercer une autre activité professionnelle au cours de l'exécution du contrat de travail, de précéder la saisine du juge d'une tentative de conciliation ou de médiation (V. not. Rennes, 8^{ème} ch. prud'h, 15 sept. 2005, n° 04/08.168, *Dr. soc.* 2007. 445, obs. J.-P. TRICOIT, qui déclare irrecevable l'action en justice d'un salarié en raison de la violation de la clause de conciliation contenue par son contrat de travail).

¹⁸⁴¹ V. *supra*, n° 418 et s.

¹⁸⁴² Cela renvoie à la « prudence » à laquelle faisait mention L. BENTO DE CARVALHO, « Le contentieux des accords d'entreprise au prisme du contrat d'adhésion », préc., lorsqu'il a abordé la qualification de contrat d'adhésion à l'accord collective.

¹⁸⁴³ Articles L. 2232-21 et s. du Code du travail. V. *supra*, n° 376.

¹⁸⁴⁴ Article 1171 du Code civil.

devraient donc s'y concentrer¹⁸⁴⁵, tout en restant rares. Et pour cause, pour être qualifiée d'abusives, la clause litigieuse doit emporter un déséquilibre significatif entre les droits et obligations respectifs de l'employeur et de ses salariés. À titre d'exemple, l'on peut imaginer l'insertion dans une convention collective d'une clause de mobilité dotée d'une très vaste zone géographique¹⁸⁴⁶, qui ne fait l'objet d'aucune contrepartie pour le travailleur subordonné¹⁸⁴⁷. En l'espèce, la clause, insérée dans une convention collective soustraite à toute forme de négociation, est susceptible de générer un tel déséquilibre et, dès lors, risque d'être considérée comme étant non écrite. Il est néanmoins difficile de multiplier les illustrations, d'autant plus qu'il a été fait remarquer que « l'article 1171 du Code civil ne pourrait pas être invoqué pour remettre en cause un taux de majoration des heures supplémentaires inférieur au taux prévu par un accord de branche, ou des primes inférieures à celles fixées au niveau de la branche, dans la mesure où il n'y a là aucune « obligation » à la charge des salariés »¹⁸⁴⁸.

457. Bien que souvent soumise à une interprétation *in concreto* qui nous interdit de nous prononcer de manière générale, la traque des clauses abusives de l'article 1171 du Code civil semble envisageable à l'encontre de nombreuses clauses, insérées dans un contrat de travail ou, plus rarement, dans une convention collective. Son utilité, pour la partie dotée de la plus faible puissance contractuelle, est ainsi incontestable. Il ne nous reste alors qu'à quantifier l'étendue de son influence dans les relations de travail.

c. L'influence de la traque des clauses abusives en droit du travail

458. Nos développements consacrés à l'article 1110 du Code civil¹⁸⁴⁹ ont mis en lumière le fait que ce dernier ne produit, en droit du travail, qu'une influence indirecte, soumise à la mise en œuvre du régime du contrat d'adhésion¹⁸⁵⁰. Celui-ci est dual, composé de l'interprétation *in*

¹⁸⁴⁵ La caractérisation d'une clause abusive au sein d'une convention collective est envisagée par F. CANUT, « La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux », préc. ; Y. LEROY, « La négociation collective sans négociation : coup de maître ou hérésie ? », préc.

¹⁸⁴⁶ Soc., 27 juin 2002, n° 00-42.646, D. 2002. 3115, obs. M.-C. AMAUGER-LATTES, admet la possibilité pour un employeur d'actionner une clause de mobilité prévue par une convention collective même si ladite clause n'est pas stipulée dans le contrat de travail. Pour ce faire, la convention collective doit être antérieure à la signature du contrat de travail, avoir une portée générale et le salarié doit avoir été informé de l'existence de la convention collective.

¹⁸⁴⁷ F. CANUT, *op. cit.*

¹⁸⁴⁸ *Ibid.*

¹⁸⁴⁹ V. *supra*, n° 391 et s.

¹⁸⁵⁰ V. *supra*, n° 420.

favorem des clauses obscures ou ambiguës du contrat et de la traque des clauses abusives. Néanmoins, il apparaît que l'intensité de l'influence potentiellement produite par chacun des deux mécanismes en droit du travail varie largement ; théoriquement, celle de l'article 1171 du Code civil surpasse de loin celle de l'article 1190 dudit code. L'attrait du droit du travail pour le régime des clauses abusives est en effet évident, en ce qu'il constitue une protection supplémentaire offerte à la partie faible à la relation individuelle de travail. Le salarié qui n'a pas eu d'autre alternative que d'adhérer en bloc à un contrat de travail possède désormais la faculté de contester la validité d'une clause – non pas en remettant en cause sa justification ou sa proportionnalité¹⁸⁵¹ – mais en invoquant le déséquilibre non compensé qu'elle emporte à son détriment dans l'équilibre global du contrat.

459. L'on s'aperçoit d'ailleurs, à l'aune des développements qui précèdent, que la portée de la législation générale des clauses abusives pourrait, en droit du travail, produire une influence substantielle. En effet, s'il venait à contraindre l'employeur d'attribuer au salarié une contrepartie financière pour chaque clause de sujétion stipulée dans le contrat de travail, l'article 1171 du Code civil bouleverserait profondément la pratique. On se souvient en effet que l'arrêt du 10 juillet 2002¹⁸⁵², qui conditionne la validité de la clause de non-concurrence à une contrepartie financière qui ne doit pas être dérisoire, a provoqué un « *tsunami* »¹⁸⁵³ en droit du travail. En effet, la jurisprudence, à l'inverse de la loi¹⁸⁵⁴, possède un caractère rétroactif, en vertu duquel les revirements adoptés par la Cour de cassation sont applicables à tous les contrats en cours. Parfois présentée comme « nocive »¹⁸⁵⁵ et comme une atteinte à la sécurité juridique¹⁸⁵⁶, la rétroactivité des décisions de justice trouve sa source dans le fait que la jurisprudence constitue un « élément d'interprétation de la loi »¹⁸⁵⁷. La Cour de cassation rappelle en effet que « la sécurité juridique ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée, l'évolution de la jurisprudence relevant de l'office du juge dans

¹⁸⁵¹ Comme c'est le cas sur le fondement de l'article L. 1121-1 du Code du travail.

¹⁸⁵² Soc., 10 juill. 2002, n° 00-45.135, préc.

¹⁸⁵³ Selon la formule de Y. SERRA, « *Tsunami* sur la clause de non-concurrence en droit du travail », *D.* 2002. 2491.

¹⁸⁵⁴ Article 2 du Code civil.

¹⁸⁵⁵ X. BACHELIER, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, « À propos de la rétroactivité de la jurisprudence », *RTD civ.* 2005. 304.

¹⁸⁵⁶ V. not. M.-A. FRISON-ROCHE, « À propos de la rétroactivité de la jurisprudence », *RTD civ.* 2005. 310, pour laquelle le revirement de jurisprudence ne devrait avoir « d'effet que pour l'avenir », voire même être « différé dans le temps, comme l'est le plus souvent l'application des lois nouvelles ».

¹⁸⁵⁷ X. BACHELIER, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.*

l'application du droit »¹⁸⁵⁸. Si la chambre sociale de la Cour de cassation venait, sur le fondement du nouvel article 1171 du Code civil, à soumettre la validité des clauses de sujétion à l'existence d'une contrepartie financière, toutes les clauses qui appartiennent à ce génotype, stipulées sans contrepartie, seraient immédiatement réputées non écrites. Le retentissement d'un tel revirement de jurisprudence serait immense ; qu'elles soient stipulées dans un contrat de travail ou dans une convention collective, les clauses de sujétion concernées par le revirement de jurisprudence devraient être renégociées par les parties¹⁸⁵⁹. Dans la mesure où la clause touche au socle contractuel du contrat de travail, l'employeur ne dispose effectivement pas de la faculté de la modifier seul. Or, rien ne peut ici contraindre le salarié de donner son consentement. En somme, devant le refus du salarié de régulariser la situation, l'employeur n'aurait pas d'autre choix que de renoncer à la clause qu'il avait, à l'origine, valablement insérée dans le contrat de travail.

Classiquement, face au refus du salarié de modifier le contrat de travail, l'employeur possède une alternative : renoncer à son projet de modification ou licencier. Ce licenciement, qui doit naturellement reposer sur une cause réelle et sérieuse¹⁸⁶⁰, se trouve justifié non pas par le refus du salarié – qui n'est jamais fautif¹⁸⁶¹ – mais par la cause de la demande de modification du contrat de travail¹⁸⁶². Néanmoins, quelle pourrait bien être la cause réelle et sérieuse sur laquelle repose le licenciement prononcé par l'employeur en raison du refus du salarié de procéder à la modification d'une clause contractuelle réputée non écrite ? Il y a fort à parier que le licenciement serait considéré comme étant dépourvu de cause réelle et sérieuse. Nous revenons ainsi à notre constat précédent : le refus du salarié contraindrait l'employeur à

¹⁸⁵⁸ Civ., 1^{re}, 21 mars 2000, n° 98-11.982, *D.* 2000. 593, note B. ATTIAS ; *RTD civ.* 2000. 592, obs. P.-Y. GAUTHIER ; *RTD civ.* 2000. 666, obs. N. MOLFESSIS ; *CCC* 2000, n° 126, note L. LEVENEUR. V. ég. J.-G. HUGLO, « La Cour de cassation et le principe de la sécurité juridique », *cah. cons. const.* n° 11, 2001 ; Ph. MALINVAUD, « À propos de la rétroactivité de la jurisprudence », *RTD civ.* 2005. 312.

¹⁸⁵⁹ Comme le notait Ph. LANGLOIS, « Les nouvelles conditions de validité des clauses de non-concurrence », *D.* 2002. 2269, suite à l'arrêt susmentionné du 10 juill. 2002.

¹⁸⁶⁰ Article L. 1232-1 du Code du travail.

¹⁸⁶¹ V. not. Soc., 7 juin 2005, n° 03-42.080.

¹⁸⁶² V. not. Soc., 27 mai 1998, n° 96-41.713, selon lequel « si la modification peut constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement dans l'hypothèse où l'employeur décide de licencier le salarié qui refuse la modification proposée, ce refus, en revanche, ne peut constituer par lui-même une cause de licenciement ». Prenons l'exemple d'une entreprise connaît des difficultés économiques avérées (au sens de Soc., 1^{er} juin 2022, n° 20-19.957, *RDT* 2022. 384, obs. F. GEA ; *JCP S* 2022. 1184, note P. MORVAN) et qui demande au salarié de revoir à la baisse le montant de leur rémunération (en application de l'article L. 1222-6 du Code du travail, la modification du contrat de travail ayant ici un caractère économique). Le salarié qui refuse la proposition de rémunération est susceptible d'être licencié, non pas en raison dudit refus, mais sur le fondement des difficultés économiques de l'entreprise.

renoncer à la mise en œuvre de la clause de sujétion désormais nulle¹⁸⁶³, ou à assumer le coût plafonné de la rupture du contrat de travail.

460. Appliqué de manière stricte, le nouvel article 1171 du Code civil constituerait un terreau inépuisable de la production d'une influence minimale accueillie par la réforme du droit commun des contrats en droit du travail. À lui seul, il permet de conclure à l'importance certaine de l'influence de ladite réforme dans le carcan travailliste. Aucun argument technique ne semble en effet faire obstacle à sa mobilisation dans les relations individuelles et collectives du travail, à l'initiative du salarié. Le seul achoppement concerne en effet la difficulté – avérée et susmentionnée – pour le demandeur, de réunir les différentes conditions requises pour valablement invoquer l'article 1171 du Code civil au soutien de son action en justice¹⁸⁶⁴. Cet argument d'ordre probatoire ne tend néanmoins pas à porter atteinte à l'influence du mécanisme¹⁸⁶⁵. Il limite par contre le nombre de cas dans lesquels le régime général des clauses abusives pourra être mobilisé par le salarié.

461. L'objectif de rééquilibrer le déséquilibre de puissance contractuelle poursuivi par la réforme – composante de l'influence minimale accueillie de la réforme en droit du travail – passe ainsi en premier lieu par la portée légale accordée au contrat d'adhésion et à son régime. Un autre mécanisme y contribue également, en sanctionnant par la nullité du contrat ou de la clause l'abus, commis par la partie dotée de la plus grande puissance contractuelle, de la dépendance de son cocontractant.

Section 2. L'ABUS DE LA DÉPENDANCE DE LA PARTIE FAIBLE AU CONTRAT

462. Le contrat d'adhésion se définit comme celui dont un ensemble de clauses est non négociable et déterminé à l'avance par l'une des parties. Autrement formulé, l'adhérent exprime librement son consentement ; il demeure libre de rejeter le contrat qui lui est proposé. Le

¹⁸⁶³ D'autant plus que toutes les fois où l'employeur, sans procéder à la régularisation de la clause, souhaitera la mettre en œuvre, il s'exposera à une condamnation judiciaire, car le salarié ne manquera pas de saisir le Conseil de Prud'hommes.

¹⁸⁶⁴ À savoir la démonstration de l'existence d'un contrat d'adhésion (donc, concrètement, la preuve d'un ensemble de clauses non négociable, déterminée à l'avance par une partie) et d'un déséquilibre significatif entraîné par une clause qui était soustraite à la négociation.

¹⁸⁶⁵ Sauf à ce que lesdites conditions d'invocation de l'article 1171 du Code civil soient si difficiles à réunir que, dans les faits, elles empêchent tout bonnement le salarié de s'en prévaloir.

déséquilibre de puissance contractuelle provient du fait que toute faculté de négociation lui est proscrite. Un tel déséquilibre peut également être caractérisé lorsque la partie faible n'a pas librement exprimé son consentement, en raison, par exemple, d'un vice du consentement. En amont de l'ordonnance du 10 février 2016, l'article 1109 du Code civil disposait qu'« il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol »¹⁸⁶⁶. Dans la mesure où la liberté du consentement constitue la première condition de validité des contrats¹⁸⁶⁷, les vices du consentement en sont une cause de nullité. Historiquement, ils sont au nombre de trois : l'erreur, le dol et la violence. Les apports de la réforme susmentionnée se concentrent principalement autour du vice de violence¹⁸⁶⁸. Celui-ci se caractérise lorsqu'une « partie s'engage sous la pression d'une contrainte qui lui inspire la crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou celles de ses proches à un mal considérable »¹⁸⁶⁹. Selon une interprétation stricte de l'article, la violence ne peut donc émaner que d'une personne et d'un acte positif¹⁸⁷⁰. Néanmoins, plusieurs auteurs estimaient dès le XVIII^e siècle que le juge devait être autorisé à modeler les contours d'un engagement excessif souscrit sous la contrainte produite par un élément extérieur, contextuel¹⁸⁷¹. La Cour de cassation s'est d'ailleurs rapidement prononcée en ce sens, en frappant de nullité une convention d'assistance maritime conclue à des conditions draconiennes, le capitaine du navire naufragé n'ayant pas eu d'autre choix que celui d'accepter le contrat, afin « d'éviter une perte prochaine et fatale »¹⁸⁷².

¹⁸⁶⁶ Ancien article 1109 du Code civil.

¹⁸⁶⁷ Ancien article 1108 du Code civil, condition reprise au nouvel article 1128 dudit code. Pour M. FABRE-MAGNAN, « Le forçage du consentement du salarié », *Dr. ouvr.* 2012. 768, le consentement est même « le principal critère de légitimité des actions ». Sur cet aspect, V. ég. M. MARZANO, *Je consens, donc je suis...* Paris, PUF, 2006.

¹⁸⁶⁸ Mais pas exclusivement. Nous l'avons énoncé, le régime du dol a été complété, avec l'insertion de l'article 1139 du Code civil, qui énonce que « l'erreur qui résulte du dol est toujours excusable », conformément à la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation : Civ., 3^e, 21 févr. 2001, n° 98-20.817, préc. V. *supra*, n° 163, n° 191.

¹⁸⁶⁹ Article 1140 du Code civil.

¹⁸⁷⁰ À savoir de la pression d'une contrainte. À ce sujet, V. not. H. BARBIER, « La violence par abus de dépendance », *JCP G* 2016. 421 ; « Le vice du consentement pour cause de violence économique », préc. ; J.-P. GRIDEL, « Le consentement n'est pas vicié de violence par la seule dépendance économique inhérente au statut salarial », préc. ; F. KHODRI-BENAMROUCHE, *Le Code civil dans les relations du travail*, préc., p. 38 et s.

¹⁸⁷¹ R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, Thomine et Fortic, t. 1, 1821, n° 24. Ch. DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, préc., spé., n° 151 estimait quant à lui que l'engagement devait même être frappé de nullité. Notons que cette position ne faisait pas l'unanimité parmi la doctrine de l'époque ; d'autres auteurs estimaient en effet que le juge qui se « [permettrait] de modérer l'obligation violerait ouvertement la loi du contrat » : C.-B.-M. TOULLIER, *Le droit civil français selon l'ordre du code*, Warée, t. 6, 4^e éd., 1824, spé., n° 85, cité par G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, préc.

¹⁸⁷² Req., 27 avr. 1887, *DP*. 1888, 1, p. 263.

463. L'abus de l'état de dépendance d'une partie – qui se rattache au vice général de violence et non pas au mécanisme de la lésion¹⁸⁷³ – a fait son retour dans le paysage jurisprudentiel français au début de notre siècle. Dans une espèce jugée en 2002, une salariée avait rédigé, sur son temps personnel, un dictionnaire destiné aux très jeunes enfants, avant d'en céder les droits d'exploitation à son employeur, moyennant une contrepartie financière. Après son licenciement, elle a sollicité la nullité de ladite cession, en estimant que son statut de salariée l'avait placée dans un état de dépendance économique par rapport à son employeur, ce qui l'a contrainte d'accepter la cession. Si elle a rejeté l'argumentaire, la première chambre civile de la Cour de cassation a tout de même jugé que « l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence son consentement »¹⁸⁷⁴. Depuis lors, la jurisprudence a toujours apprécié le vice de dépendance économique de manière stricte, au point de ne l'avoir reconnu que très rarement¹⁸⁷⁵. Il n'en demeure pas moins que c'est en prenant appui sur cet édifice jurisprudentiel que le Gouvernement a intégré le vice de violence pour abus de l'état de dépendance à l'article 1143 du Code civil¹⁸⁷⁶. La notion de dépendance est ainsi mobilisée par le législateur pour préserver « l'intégrité de la volonté »¹⁸⁷⁷ de la victime. La filiation avec l'arrêt du 30 mai 2000¹⁸⁷⁸ est rendue limpide par l'emploi de la formule : « il y a également violence », qui confirme que l'abus de l'état de dépendance s'interprète comme une subdivision du vice général de violence et non comme une lésion. De même, l'article 1143

¹⁸⁷³ Civ., 1^{re}, 30 mai 2000, n° 98-11.381, préc., énonce expressément : « attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que la transaction peut être attaquée dans tous les cas où il y a violence, et que la contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion, la Cour d'appel a violé les textes susvisés ». Le législateur belge a d'ailleurs opéré le choix inverse, en sanctionnant par le mécanisme de la « lésion qualifiée » l'abus de circonstance commis par un contractant qui profite de la situation d'infériorité de l'autre : V. not. M. LEVENEUR-AZEMAR, « Éclairage de droit comparé sur l'interprétation de la réforme du droit des contrats », préc. Nous aurons d'ailleurs l'occasion de faire remarquer que le rattachement entre le vice général de violence et la violence pour abus de l'état de dépendance peut, à plusieurs égards, se révéler factice : V. *infra*, n° 620.

¹⁸⁷⁴ Civ., 1^{re}, 3 avr. 2002, n° 00-12.932, préc.

¹⁸⁷⁵ Civ., 1^{re}, 4 févr. 2015, n° 14-10.920, *CEE* 2015. 33, note G. LOISEAU ; Civ., 2^e, 9 déc. 2021, n° 20-10.096, *D.* 2022. 384, note G. CHANTEPIE ; *RTD civ.* 2022. 131, obs. H. BARBIER ; *AJ fam.* 2022. 8, obs. F. EUDIER. Pour un exemple de rejet de violence pour abus de dépendance économique, V. not. Civ., 1^{re}, 18 févr. 2015, n° 13-28.278, *D.* 2016. 566, obs. M. MEKKI ; *RTD civ.* 2015. 371, obs. H. BARBIER ; *AJ contrat* 2015. 221, obs. L. PERDRIX ; *JCP G* 2015. 808, obs. G. LOISEAU ; *RDC* 2015, p. 445, obs. É. SAVAUX ; *RGDA* 2015. 217, obs. J. BIGOT ; *RCA* 2015. 166, note N. LEBLOND ; *RDLA* 2015. 33, note J.-M. DO CARMO SILVA.

¹⁸⁷⁶ Qui, dans sa version en vigueur et issue de la loi du 20 avr. 2018, dispose qu'« il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif ». Ladite version trouve néanmoins à s'appliquer de manière rétroactive à l'ensemble des actes conclus à compter du 1^{er} oct. 2016, jour d'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 févr. 2016.

¹⁸⁷⁷ J. HAUSER, « Une notion juridique de dépendance ? », in *Analyse juridique et valeurs en droit social*, Études offertes à J. PELISSIER, Paris, Dalloz, 2004, p. 286.

¹⁸⁷⁸ Civ., 1^{re}, 30 mai 2000, n° 98-15.242, préc.

du Code civil reprend globalement la portée de l'arrêt du 3 avril 2002¹⁸⁷⁹, sans toutefois s'y cantonner. En effet, alors que la première chambre civile de la Cour de cassation ne sanctionnait que l'abus de « dépendance économique », le nouveau droit commun des contrats interdit, de façon plus générale, tout abus de dépendance de la partie faible au contrat, qu'il soit – ou non – de nature économique¹⁸⁸⁰. Par ce biais, le Code civil « rompt avec la neutralité économique, sociale et psychologique qui était la sienne en 1804 »¹⁸⁸¹, en tenant concrètement compte de la personne de la partie faible au contrat, ce qu'interdisait le principe d'égalité des contractants qui imprégnait fortement l'esprit du Code Napoléon.

464. Afin de déterminer si un salarié peut utilement invoquer l'abus de son état de dépendance, commis par l'employeur (§2), il convient de présenter les critères qui permettent de qualifier cette nouvelle catégorie du vice de violence (§1).

§1. LA QUALIFICATION DE VIOLENCE POUR ABUS DE L'ÉTAT DE DÉPENDANCE

465. Le demandeur qui fonde son action en justice sur le nouvel article 1143 du Code civil doit, afin d'obtenir la nullité de l'acte, apporter la preuve de trois critères cumulatifs. La démonstration de son état de dépendance (**A**) doit ainsi précéder celle d'un abus de cet état (**B**) et d'un avantage manifestement excessif tiré de l'acte par la partie dotée de la plus grande puissance contractuelle (**C**).

¹⁸⁷⁹ Civ., 1^{re}, 3 avr. 2002, n° 00-12.932, préc.

¹⁸⁸⁰ V. not. S. BRISSY, « L'avant-projet de réforme du droit des obligations : une source d'évolution pour le droit du travail ? », préc. ; F. ROGUE, « Abus de dépendance : la « réforme de la réforme » du droit des contrats a-t-elle accouché d'une souris ? » *D.* 2018. 1559 ; G. LOISEAU, « Le contrat de travail dans la réforme du droit des contrats », préc. ; E. CLAUDEL, « L'abus de dépendance économique : un sphinx renaissant de ses cendres ? (commentaire de l'article 1143 nouveau du Code civil et de la proposition de loi visant à mieux définir l'abus de dépendance économique) », préc. ; M. MEKKI, « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 – une réforme de la réforme », préc. Le rapport remis au Président de la République énonce d'ailleurs, au sujet de l'article 1143 du Code civil, que : « le texte est en réalité plus large, et n'est pas circonscrit à la dépendance économique [...] toutes les hypothèses de dépendance sont visées, ce qui permet une protection des personnes vulnérables et non pas seulement des entreprises dans leurs rapports entre elles ».

¹⁸⁸¹ Ch. RADÉ, « L'impact de la réforme du droit des contrats en droit du travail », préc.

A. L'ÉTAT DE DÉPENDANCE

466. Cette nouvelle forme légale de violence s'articule autour de l'« état de dépendance » de la partie faible au contrat. Le nouvel article 1143 du Code civil réserve en effet la caractérisation du vice du consentement à un abus d'un état de dépendance, là où les (avant)-projets de réforme retenaient des formules plus vastes. En son article 1114-3, l'avant-projet dit « Catala » dispose qu'« il y a également violence lorsqu'une partie s'engage sous l'empire d'un état de nécessité ou de dépendance, si l'autre partie exploite cette situation de faiblesse en retirant de la convention un avantage manifestement excessif »¹⁸⁸². L'on s'aperçoit ainsi que plus que l'état de dépendance, sont également visés l'« état de nécessité »¹⁸⁸³ et la « situation de faiblesse » de la victime. L'avant-projet dit « Terré » se veut plus large encore, en sanctionnant l'exploitation de l'« état de nécessité ou de dépendance de l'autre partie ou sa situation de vulnérabilité caractérisée »¹⁸⁸⁴. Le projet de réforme publié par la Chancellerie en février 2015 fait sien des propositions doctrinales susmentionnées, en énonçant qu'« il y a également violence lorsqu'une partie abuse de l'état de nécessité ou de dépendance dans lequel se trouve l'autre partie [...] »¹⁸⁸⁵. Indubitablement, l'article 1143 du Code civil est doté d'un champ d'application plus restreint que celui des dispositions qui l'ont précédé. Cela traduit là une volonté du Gouvernement, qui sera détaillée ci-dessous¹⁸⁸⁶. La circonscription précise dudit champ ne peut résulter que d'un travail sémantique visant à distinguer la « dépendance » de certains termes qui pourraient être tenus comme étant synonymiques (1). Ce n'est qu'ensuite que nous pourrions rechercher la manière dont doit être caractérisé l'état de dépendance de la victime du vice (2).

1. « Dépendance » et termes voisins

467. L'importance de restituer à chaque terme son propre sens est en l'espèce cruciale, car seul l'abus d'un « état de dépendance » peut – sous certaines conditions ci-après détaillées¹⁸⁸⁷ – emporter la nullité d'une convention. En effet, contrairement à la formule employée par le

¹⁸⁸² http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf, p. 81.

¹⁸⁸³ Le sens à donner à la formule (V. *infra*, n° 468) se distingue de son sens juridique traditionnel, qui renvoie au fait d'autoriser une action pourtant illégale dans l'optique d'empêcher la survenance d'un dommage plus grave encore : V. not. l'article 122-7 du Code pénal.

¹⁸⁸⁴ F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, préc., p. 218.

¹⁸⁸⁵ Article 1142 du projet de réforme de la Chancellerie du 25 févr. 2015, p. 9.

¹⁸⁸⁶ V. *infra*, n° 619 et s.

¹⁸⁸⁷ V. *infra*, n° 489 et s.

texte original, l'ordonnance du 10 février 2016 ne fait mention que de la « dépendance ». Dès lors, celle-ci doit être distinguée de mots voisins, tels que la nécessité, la vulnérabilité et la faiblesse, tous employés par les (avant)-projets de réforme, mais dont la caractérisation n'autorise pas la mobilisation du nouvel article 1143 du Code civil.

468. Selon le dictionnaire de l'Académie Française, la dépendance se définit comme la « relation étroite et parfois réciproque, impliquant ou non une subordination, entre des réalités, des idées »¹⁸⁸⁸, mais aussi, en ce qui concerne les personnes physiques et morales, comme « le fait pour une personne ou un groupe de personnes de dépendre de quelqu'un d'autre ou de quelque chose ; sujétion »¹⁸⁸⁹. Il s'agit donc de la situation dans laquelle une personne perd son autonomie et ne peut réaliser une ou plusieurs actions qu'avec le concours d'un tiers, vis-à-vis duquel elle est dépendante¹⁸⁹⁰. On s'aperçoit donc, à l'instar du professeur J. Hauser, que la dépendance « touche la liberté de la personne et obère sa capacité d'action et de réaction »¹⁸⁹¹. À cet égard, elle peut aussi bien être économique, technologique, affective¹⁸⁹² qu'inhérente à l'état de santé de la personne privée d'autonomie.

Le mot « nécessité » renvoie à l'« indigence »¹⁸⁹³ et au « dénuement »¹⁸⁹⁴. De prime abord, son sens est plus étendu que celui de la dépendance, en ce qu'il ne sous-entend pas la perte de l'autonomie. Au début du siècle, néanmoins, la Cour de cassation a utilisé les deux mots de manière indifférente¹⁸⁹⁵, comme si elle les tenait pour synonymes. Elle est néanmoins revenue sur sa position, pour n'utiliser que la dépendance au sein de l'arrêt dit « Bordas »

¹⁸⁸⁸ Selon la première définition donnée par le dictionnaire de l'Académie Française : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9D1464>.

¹⁸⁸⁹ Selon la troisième définition donnée par le dictionnaire de l'Académie Française : *ibid.*

¹⁸⁹⁰ V. not. L. THIBIERGE, « L'Arlésienne, encore une occasion manquée pour la violence économique », *Lexbase Hebdo* 2019, n° 795, pour lequel la dépendance renvoie au fait de « dépendre de quelqu'un, de ne pas être autonome ».

¹⁸⁹¹ J. HAUSER, « Une notion juridique de dépendance ? », préc., p. 285.

¹⁸⁹² V. not. M. LE BESCOND DE COATPONT, *La dépendance des distributeurs*, Thèse, Lille 2, 2015 ; V. CHAMP, « État de dépendance, contrats d'adhésion et imprévision : des champs d'application à définir », *LPA* 2016, n° 261, p. 20.

¹⁸⁹³ Selon la troisième définition donnée par le dictionnaire de l'Académie Française, qui est celle qui se rapproche le plus du sens que l'on donne au terme dans la formule « état de nécessité » : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A8N0120#:~:text=n.%20f.,N%C3%A9cessit%C3%A9%20absolue%2C%20dure%2C%20fat> [ale](https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A8N0120#:~:text=n.%20f.,N%C3%A9cessit%C3%A9%20absolue%2C%20dure%2C%20fat).

¹⁸⁹⁴ *Ibid.*

¹⁸⁹⁵ V. not. Com., 27 févr. 2001, n° 97-21.726 : « que la Cour d'appel, qui constate une modification unilatérale par le concédant du territoire sur lequel le concessionnaire s'était engagé et avait établi ses budgets prévisionnels, exploitant ainsi l'état de nécessité et de dépendance économique du concessionnaire, sans retenir la responsabilité du concédant, a violé les articles 1134 alinéa 2 et 1167 du Code civil ». V. ég. G. CHANTEPIE, « Contrainte économique et indépendance statutaire d'un avocat », *D.* 2022. 384.

susmentionné¹⁸⁹⁶. On comprend dès lors que le sens des deux mots diffère et que « l'état de nécessité n'est pas admis comme une cause de violence »¹⁸⁹⁷. Celui-ci désigne la contrainte, exercée par des circonstances extérieures, qui pousse une personne à agir, contractuellement ou non. Il nous semble ainsi qu'une personne dépendante se trouve forcément dans un état de nécessité, mais que la réciproque n'est pour autant pas exacte. L'exemple de Jean Valjean sous la plume de Victor Hugo¹⁸⁹⁸ l'illustre d'ailleurs ; le personnage, chargé de nourrir sa famille après la disparition de ses parents, a volé un morceau de pain avant d'être condamné au bagne. La pauvreté constitue ainsi les circonstances extérieures qui ont poussé le protagoniste à agir, délictuellement. L'on s'aperçoit néanmoins que, par le vol, Jean Valjean aurait pu s'extirper de sa condition, sans le concours d'autrui. Il n'avait donc pas perdu son autonomie et n'était dépendant de personne. Aussi, l'état de dépendance de l'article 1143 du Code civil doit être entendu plus strictement que l'état de nécessité mentionné par l'ensemble des (avant)-projets de réforme.

Le terme « vulnérabilité » paraît plus étendu encore. Notre droit fait, en plusieurs occurrences, utilisation conjointe des mots « vulnérabilité » et « dépendance » au sein d'une même disposition¹⁸⁹⁹. Par-là, nous pouvons affirmer que leur sens respectif diverge. Le dictionnaire susmentionné considère qu'est vulnérable celui « qui peut être blessé, attaqué, qui offre prise »¹⁹⁰⁰. L'on arrive alors à la même conclusion que précédemment ; il est sans conteste envisageable d'être vulnérable sans pour autant être dépendant. Ainsi en est-il, par exemple, de l'Albatros de Charles Baudelaire¹⁹⁰¹ qui, qualifié de « roi de l'azur » dans le ciel, devient vulnérable¹⁹⁰² une fois sur la terre ferme, car « ses ailes de géant l'empêchent de marcher ».

¹⁸⁹⁶ Civ., 1^{re}, 3 avr. 2002, n° 00-12.932, préc.

¹⁸⁹⁷ V. not. O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, préc., p. 259 ; Ch. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil*, préc., p. 290 et s.

¹⁸⁹⁸ V. HUGO, *Les Misérables*, Éd. Albert Lacroix et cie, 1862.

¹⁸⁹⁹ C'est le cas, par exemple, de l'article 225-14 du Code pénal, qui dispose que « le fait de soumettre une personne, dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur, à des conditions de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende ». De même, l'article L. 8224-2 du Code du travail énonce que « le fait de méconnaître les interdictions définies à l'article L. 8221-1 par l'emploi dissimulé d'un mineur soumis à l'obligation scolaire est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 75 000 euros. Le fait de méconnaître les interdictions définies au même article L. 8221-1 en commettant les faits à l'égard de plusieurs personnes ou d'une personne dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 75 000 euros [...] ».

¹⁹⁰⁰ <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A8V0832>.

¹⁹⁰¹ Second poème intégré dans Ch. BAUDELAIRE, *Les Fleurs du mal*, Éd., Auguste Poulet-Malassis, 1^{re} éd., 1857.

¹⁹⁰² L'auteur emploie les termes « maladroït et honteux », « gauche et veule », « infirme ».

Un constat différent peut enfin être dressé concernant le sens du mot « faiblesse », employé par l'avant-projet dit « Catala ». La lecture de la loi d'habilitation du 16 février 2015 nous apprend que le Gouvernement était autorisé à prendre par voie d'ordonnance des mesures « permettant de sanctionner le comportement d'une partie qui abuse de la situation de faiblesse de l'autre »¹⁹⁰³. Si le législateur s'en était tenu à la lettre de ladite loi, l'article 1143 du Code civil ne ferait guère mention de l'« état de dépendance », mais sanctionnerait tout abus de la « situation de faiblesse » de la partie dotée de la moins grande puissance contractuelle. S'il est admis que le sens à donner au terme « faiblesse » est également plus vaste que celui du mot « dépendance »¹⁹⁰⁴, il paraît impossible de les placer sur un même plan. En effet, une contribution doctrinale qui accompagne l'avant-projet précité¹⁹⁰⁵ énonce que la « situation de faiblesse [est] provoquée par un état de nécessité ou de dépendance »¹⁹⁰⁶. Partant, là où la dépendance, la nécessité et la vulnérabilité sont perçues comme un état, la situation de faiblesse est entendue comme l'une de leurs conséquences. L'alinéa 2 de l'article 1114-3 de l'avant-projet dit « Catala » le confirme, en disposant que « la situation de faiblesse s'apprécie d'après l'ensemble des circonstances en tenant compte, notamment, de la vulnérabilité de la partie qui la subit, de l'existence de relations antérieures entre les parties ou de leur inégalité économique »¹⁹⁰⁷. La faiblesse ne peut donc, en aucun cas, être appréhendée de la même manière que les trois autres termes, car elle entretient avec eux une relation de cause à conséquence. À cet égard, elle possède le sens le plus étendu, en ce qu'elle regroupe en son sein les effets conjugués de la dépendance, la nécessité et la vulnérabilité.

469. Le domaine de la dépendance se trouve donc être particulièrement restreint, puisqu'il évoque strictement la perte d'autonomie de la personne dépendante¹⁹⁰⁸. Cette définition nous

¹⁹⁰³ Article 8, 2°, de la loi n° 2015-177 du 16 févr. 2015, préc.

¹⁹⁰⁴ Le dictionnaire de l'Académie Française définit le mot « faiblesse » comme « le manque de force, de vigueur physique, de puissance, de ressources, d'autorité » : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9F0091>. M. LATINA, « art. 1143 », *Rep. civ.*, Dalloz, 2018, met en exergue le fait que la consécration d'un « vice général de faiblesse » a été rejetée par le législateur. Pour G. LOISEAU, « Observations sur le projet de réforme du droit des contrats et des obligations », *LPA* 2015, n° 177, p. 51, le « vice général de faiblesse [deviendrait] rapidement un virus contractuel » et serait « ingérable », au point qu'il risque d'être « purement et simplement neutralisé par la Cour de cassation ».

¹⁹⁰⁵ Y. LEQUETTE, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, « Validité du contrat – consentement », in P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, 2005, p. 18.

¹⁹⁰⁶ *Ibid*, p. 21.

¹⁹⁰⁷ Article 1114-3, alinéa 2, de l'avant-projet dit « CATALA » : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf, p. 81.

¹⁹⁰⁸ O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, préc., p. 259, définissent la dépendance comme « ce qui ne peut se réaliser sans l'action ou l'intervention d'une autre personne, sachant que celle-ci n'est pas nécessairement à l'origine de cet état ».

servira désormais de guide dans la caractérisation de l' « état de dépendance » mentionné par le nouvel article 1143 du Code civil.

2. La caractérisation de l'état de dépendance

470. Le droit français n'a pas découvert la notion d' « état de dépendance » avec la publication de l'ordonnance du 10 février 2016. Elle est en effet employée en droit spécial, aussi bien travailliste qu'affairiste et l'interprétation qui y a été faite pourrait utilement servir le juge civil **(a)**. Celui-ci pourra également prendre appui sur l'article 1143 du Code civil, dont la lettre rappelle que l'état de dépendance doit impérativement être constaté entre deux contractants, à l'exclusion des tiers **(b)**.

a. L'interprétation de l'état de dépendance en droit spécial

471. Bien qu'elle ne soit cantonnée qu'à la sphère économique, la jurisprudence antérieure à la réforme du droit des contrats a indiqué la manière dont doit être apprécié l'état de dépendance de la partie faible au contrat. Un arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation au courant de l'année 2019¹⁹⁰⁹ en fait d'ailleurs une synthèse idéale. Dans cette affaire, la société aérienne Transavia a confié à un prestataire la maintenance de sa flotte d'avions par un contrat du 7 janvier 2011, mission qui a ensuite été cédée à l'une de ses filiales. Cette dernière a informé ses clients de l'augmentation de ses tarifs de l'ordre de vingt pour cent, en précisant que le refus des nouveaux prix emporterait la résiliation des contrats de maintenance. Le 21 février 2013, le prestataire a transmis à la société Transavia un projet d'avenant comprenant l'augmentation des tarifs, relatif à la maintenance de deux nouveaux avions qui devaient être réceptionnés par celle-ci les 1^{er} mars et avril de la même année. La société a signé l'avenant avant d'en demander l'annulation. Selon elle, son refus l'aurait empêché de réceptionner les deux nouveaux avions, dans la mesure où il lui était impossible de trouver un autre prestataire de maintenance entre les 21 février – date de la proposition d'avenant – et 1^{er} mars 2013 – date de la réception du premier avion. Dès lors, elle estime qu'au moment de la signature de l'avenant, elle se trouvait dans un état de dépendance à vis-à-vis de son prestataire. Si la Cour

¹⁹⁰⁹ La loi n'étant pas rétroactive, conformément à l'article 2 du Code civil, l'arrêt a été rendu sous l'empire des règles antérieures à l'ordonnance du 10 février 2016, car le contrat litigieux a été conclu en 2011.

d'appel de Paris a fait droit à sa demande¹⁹¹⁰, la chambre commerciale de la Cour de cassation a censuré l'arrêt d'appel¹⁹¹¹, au motif que la société n'est pas parvenue à démontrer en quoi « le risque de devoir retarder l'exploitation d'un seul avion, le temps de trouver un prestataire de maintenance pour sa prise en charge, l'aurait conduite à rompre ses contrats et aurait eu des conséquences économiques telles qu'il aurait placé la compagnie Transavia dans une situation de dépendance »¹⁹¹². L'on peut ici déceler les deux critères permettant de caractériser l'état de dépendance économique d'un contractant : l'absence de solution(s) alternative(s) satisfaisante(s) et les conséquences graves qu'elle emporte pour la victime.

472. L'absence de solution(s) alternative(s) satisfaisante(s) constitue le premier indice de la dépendance de la partie placée en situation de faiblesse¹⁹¹³. La « violence économique »¹⁹¹⁴ ne peut être qualifiée que si celui qui s'en prétend victime « ne pouvait faire autrement que céder à la contrainte »¹⁹¹⁵. Ainsi en allait-il, par exemple, du capitaine du navire naufragé dont nous faisons mention ci-dessus¹⁹¹⁶, car celui-ci n'avait comme choix que la conclusion de la convention de sauvetage ou sa mort probable. Il serait ainsi euphémistique de considérer qu'il disposait d'une « solution alternative », ou, *a fortiori*, que celle-ci puisse être considérée comme étant « satisfaisante ». En somme, lorsqu'il cherche à caractériser un état de dépendance, le juge apprécie s'il était possible, pour le contractant faible, de ne pas conclure le contrat litigieux. Dès lors qu'il peut être substitué quelque chose de satisfaisant à ladite conclusion, l'existence

¹⁹¹⁰ Paris, pôle 05, ch. 04, 20 déc. 2017, n° 15/05475.

¹⁹¹¹ Com., 9 juill. 2019, n° 18-12.680, *AJ contrat* 2019. 439, obs. N. DISSAUX ; *JCP G* 2019. 879, obs. Y.-M. LAITHIER ; *LEDC* 2019, p. 1, obs. M. LATINA. V. ég. H. BARBIER, « L'état de dépendance apprécié au regard des conséquences économiques à défaut de conclusion du contrat », *RTD civ.* 2019. 854.

¹⁹¹² *Ibid.*

¹⁹¹³ V. déjà Com., 9 oct. 2007, n° 06-16.744.

¹⁹¹⁴ Formule fréquemment employée par la doctrine pour évoquer le vice de violence pour dépendance économique. V. not. C. NOURISSAT, « La violence économique, vice du consentement : beaucoup de bruit pour rien ? », *D.* 2000. 369 ; B. EDELMAN, « De la liberté et de la violence économique », *D.* 2001. 2315 ; D. MAZEAUD, « Régime de la violence économique », *D.* 2002. 2844 ; H. BARBIER, « Violence économique : vers une approche en partie subjective du critère de dépendance économique ? », *RTD civ.* 2015. 371 ; « Le vice de consentement pour cause de violence économique », préc. ; B. MONTIELS, « La violence économique, illustration du conflit entre droit commun des contrats et le droit de la concurrence », *RTD com.* 2002. 417 ; Ph. STOFFEL-MUNCK, « Autour du consentement et de la violence économique », *RDC* 2006, p. 45 ; Th GENICON, « Violence économique, réticence dolosive, erreur inexcusable (... et vice de faiblesse ?) : l'égale sévérité de la Cour de cassation », *RDC* 2015, p. 11 ; S. SZAMES, « La violence économique, vice du consentement ? », *LPA* 2000, n° 233, p. 18 ; M. BOIZARD, « La réception de la notion de violence économique en droit », *LPA* 2004, n° 120, p. 5 ; G. LOISEAU, « L'éloge du vice ou les vertus de la violence économique », *Dr. et patr.* 2002. 26 ; J.-P. CHAZAL, « La violence économique ou abus de faiblesse ? », *Dr. et patr.* 2014. 47 ; I. BEYNEIX, « L'unification prétorienne du vice de violence économique en droit privé », *LPA* 2006, n° 170, p. 3 ; Y.-M. LAITHIER, « Remarques sur les conditions de la violence économique », préc. ; L. THIBIERGE, « L'Arlésienne, encore une occasion manquée pour la violence économique », préc.

¹⁹¹⁵ Y.-M. LAITHIER, *ibid.*

¹⁹¹⁶ Req., 27 avr. 1887, préc.

d'un état de dépendance doit être rejetée. L'objet de cette substituabilité peut être judiciaire¹⁹¹⁷ comme extrajudiciaire. Parmi les solutions alternatives extrajudiciaires, l'on trouve évidemment la possibilité de conclure un contrat similaire avec un autre contractant. Celui qui dispose de la faculté de s'engager avec plusieurs personnes distinctes ne parviendra en effet pas à démontrer qu'il se trouvait en situation de dépendance à l'égard de l'un d'elles, puisqu'il n'appartenait qu'à lui de contracter avec quelqu'un d'autre¹⁹¹⁸. Cette affirmation doit cependant être nuancée car, en certaines circonstances, cette faculté, bien qu'existante, peut être limitée par une clause contractuelle¹⁹¹⁹ ou un devoir¹⁹²⁰ qui pèse sur la partie faible. La Cour d'appel de Paris a très justement indiqué, dans l'affaire de la cession des droits d'exploitation du dictionnaire pour enfants¹⁹²¹, que la salariée étant employée par la société d'édition Larousse, « son obligation de loyauté [...] envers son employeur ne [lui] permettait certainement pas, sans risque pour son emploi, de proposer son manuscrit à un éditeur concurrent »¹⁹²². Il existait donc bel et bien une solution alternative que celle de céder ses droits à son employeur : les céder à un autre éditeur. Elle n'était toutefois guère satisfaisante, car elle aurait emporté la violation de l'obligation contractuelle de loyauté de la cessionnaire. Dès lors, comme l'indique le professeur Y.-M. Laithier, « l'existence d'une solution alternative n'est qu'une condition préalable. La possibilité d'y accéder ne permet pas à elle seule de conclure à l'absence de caractère déterminant de la violence. Il faut en outre que cette solution soit satisfaisante »¹⁹²³.

473. La recherche par le juge de l'existence d'une solution alternative interdit que le débiteur qui s'est engagé à des conditions défavorables ne puisse trop aisément obtenir la nullité du contrat, en invoquant son état de dépendance. Celle du caractère satisfaisant de la solution tend, *a contrario*, à éviter que toute alternative ne fasse obstacle à la demande de nullité. En effet,

¹⁹¹⁷ V. not. Civ., 3^e, 4 avr. 1968, *Bull. civ. III*, n° 152. Dans cette affaire, au décès de son locataire, un bailleur a fait apposer des scellés sur les locaux commerciaux de celui-ci, pour s'assurer le paiement de neuf mois d'arriérés de loyers. Les ayant-droits ont demandé l'annulation du nouveau bail souscrit, ce que la Cour de cassation a refusé, en considérant qu'ils avaient à leur disposition d'autres alternatives que la souscription susmentionnée, comme demander la mainlevée de la mesure conservatoire. V. ég. Soc., 5 juill. 1965, *Bull. civ. IV*, n° 545, *RTD civ.* 1966. 283, obs. J. CHEVALLIER.

¹⁹¹⁸ V. not. Toulouse, 2^e ch., 7 déc. 2022, n° 21/01346. Pour rejeter l'existence d'un état de dépendance, la Cour d'appel constate que le demandeur était « libre de contracter avec d'autres sociétés et notamment d'acheter ses marchandises sans intermédiaire ». Selon la cour, il disposait dès lors de solutions alternatives considérées comme satisfaisantes, exclusives de tout état de dépendance.

¹⁹¹⁹ Comme une clause d'exclusivité, par exemple.

¹⁹²⁰ Comme un devoir de loyauté, par exemple.

¹⁹²¹ Civ., 1^{re}, 3 avr. 2002, n° 00-12.932, préc.

¹⁹²² Paris, 4^e chambre, 12 janv. 2000, n° XP120100X.

¹⁹²³ Y.-M. LAITHIER, « Remarques sur les conditions de la violence économique », préc.

encore faut-il que la solution permette à la partie faible d'obtenir « l'avantage escompté »¹⁹²⁴ et soit « accessible en temps utile »¹⁹²⁵. Par exemple, la mariée qui, peu avant la célébration de son union, apprend que le prix de sa robe a drastiquement augmenté, se trouve dénuée de toute solution alternative satisfaisante si elle ne dispose pas du temps nécessaire pour se tourner vers un autre couturier. De même, dans l'arrêt relatif à la maintenance de sa flotte d'avions, la société Transavia ne pouvait pas, dans le délai de dix jours qui lui était laissé¹⁹²⁶, trouver un autre prestataire de maintenance si elle refusait l'augmentation tarifaire qui lui était imposée¹⁹²⁷. L'existence de solution(s) alternative(s) ne suffit donc pas à écarter *de facto* l'état de dépendance ; encore faut-il que ces solutions soient « équivalentes ».

474. De même, l'absence de solution(s) alternative(s) satisfaisante(s) ne suffit pas, à elle seule, à caractériser la dépendance économique d'un contractant. Ce dernier doit obligatoirement démontrer les effets néfastes que cette absence a eus pour lui. Ces conséquences doivent être suffisamment graves pour déterminer son consentement. Le nouvel article 1143 du Code civil indique en effet que la caractérisation du vice passe notamment par le fait que la partie faible contracte un engagement « qu'elle n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte »¹⁹²⁸. La formule fait échos au nouvel article 1130 du même code, qui ouvre le paragraphe consacré aux vices du consentement et selon lequel « l'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes »¹⁹²⁹. Aussi, il ne peut y avoir violence que s'il est démontré que l'une des parties a été contrainte de contracter par l'état de dépendance dans lequel elle était placée au moment de l'échange des consentements. Dès lors, s'il est manifeste que « sans la contrainte résultant de la dépendance, le contractant ne se serait pas engagé du tout, ou ne se serait engagé à qu'à des conditions substantiellement différentes, prenant ainsi d'autres engagements (substantiellement différents) »¹⁹³⁰, le caractère déterminant de la violence sera qualifié. Celui-ci résulte ainsi de l'absence de solution(s) alternative(s) satisfaisante(s) et surtout des conséquences graves que cela emporte pour la partie qui n'a pas d'autre choix que de contracter. Par exemple, se trouve

¹⁹²⁴ *Ibid.*

¹⁹²⁵ *Ibid.*

¹⁹²⁶ Entre la date de proposition d'avenant (21 février) et celle de la livraison de l'avion (1^{er} mars).

¹⁹²⁷ Com., 9 juill. 2019, n° 18-12.680, préc.

¹⁹²⁸ Article 1143 du Code civil.

¹⁹²⁹ Article 1130 du Code civil.

¹⁹³⁰ P. CHAUVEL, « Violence », *Rep. civ.*, Dalloz, 2019, spé., n° 57.

en situation de dépendance la compagnie aérienne qui démontre que la rupture d'un contrat de maintenance aurait eu des conséquences économiques importantes¹⁹³¹, ou la salariée menacée d'un plan de licenciement si elle ne cédait pas ses droits d'exploitation sur l'un de ses ouvrages personnels¹⁹³². Le demandeur doit donc démontrer que le refus de conclure le contrat litigieux aurait eu pour lui de graves implications¹⁹³³. Cette démonstration, couplée à celle de l'inexistence de solution alternative satisfaisante, permet la caractérisation d'un état de dépendance économique et de son caractère déterminant.

475. Il résulte de ce qui précède qu'au sein des droits spéciaux, le vice de violence économique est apprécié subjectivement. Le juge se doit de vérifier concrètement si, dans les faits qui lui sont présentés, la victime avait à sa disposition – ou non – au moins une solution alternative, si celle-ci peut être considérée comme satisfaisante et, lorsque les réponses sont négatives, si le rejet de contracter emporte pour elle des conséquences trop importantes pour qu'elle puisse opposer un refus. Ajoutons néanmoins qu'un arrêt récemment rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation sous l'empire du droit antérieur énonce implicitement que l'état de dépendance fait également l'objet d'une analyse objective. Un dirigeant de société s'est porté caution des engagements de celle-ci. La société a ensuite été placée en liquidation judiciaire et l'établissement bancaire a assigné son dirigeant en paiement, qui a opposé la nullité de son engagement, au motif qu'il s'est engagé sous l'empire d'un état de dépendance économique. Il ressort des débats que ce dernier avait le sentiment – à tort selon les juges – que les finances de sa société ne devaient leur salut qu'aux facilités de caisse qui lui étaient accordées par la banque créancière. Après avoir été rejeté au niveau d'appel, son argumentaire l'est également par la Haute Cour, pour laquelle les « éléments figurant dans la fiche de renseignement [...] n'étaient affectés d'aucune anomalie apparente »¹⁹³⁴. Ainsi, comme le fait justement remarquer le professeur H. Barbier, « il ne suffit pas de se croire en état de dépendance économique, il faut l'être »¹⁹³⁵. La croyance erronée d'un contractant

¹⁹³¹ *Ibid.*

¹⁹³² Civ., 1^{re}, 3 avr. 2002, n° 00-12.932, préc.

¹⁹³³ V. not. H. BARBIER, « L'état de dépendance apprécié au regard des conséquences économiques à défaut de conclusion du contrat », préc., qui énonce que « c'était à la compagnie [Transavia] de prouver que le refus de signature de l'avenant aurait eu des conséquences économiques telles qu'elle n'avait d'autre choix que de l'accepter ». V. ég. Nancy, ch. civ., 02, 30 sept. 2021 ; n° 20/01993, qui énonce que l'appelant « ne rapporte pas la preuve de ce que son existence ou sa survie économique soit subordonnée au maintien de la relation contractuelle », ce qui empêche la caractérisation de son état de dépendance.

¹⁹³⁴ Com., 21 sept. 2022, n° 21-12.218, *RTD civ.* 2023. 884, obs. H. BARBIER.

¹⁹³⁵ *Ibid.*

alarmiste sur sa situation financière ne permet donc pas de caractériser son état de dépendance ; ce dernier doit être objectivement démontré. Peu importe, donc, que le contrat de cautionnement ait en l'espèce été signé par un chef d'entreprise qui considérait à tort que sa société se trouvait financièrement souffrante et était donc dépendante de son établissement bancaire ; si cette croyance est factuellement fausse, l'état de dépendance n'est pas qualifié et l'engagement ne peut être frappé de nullité.

Dès lors, l'appréciation judiciaire de l'état de dépendance économique s'effectue à la fois subjectivement et objectivement. Subjectivement car il doit être prouvé que les contraintes qui pesaient sur la victime étaient telles qu'elles l'ont empêché de refuser de contracter, cette dernière n'ayant pas à sa disposition de solution(s) de substitution équivalente(s). Objectivement car la situation dans laquelle est placée le contractant en situation de faiblesse ne doit pas résulter d'un sentiment inexact. Par conséquent, l'erreur commise par celui-ci ne lui permet pas d'obtenir la nullité d'un engagement souscrit sous l'empire d'une croyance mal fondée.

476. Bien que strictement, la Cour de cassation a bâti, en amont de la réforme de 2016, une jurisprudence relative à la notion d' « état de dépendance », dont elle a fait application aussi bien en droit du travail qu'en droit des affaires. Il nous appartient désormais d'apprécier comment la notion d' « état de dépendance » doit être appréciée à l'aune du nouvel article 1143 du Code civil.

b. L'interprétation de l'état de dépendance en droit commun des contrats

477. Il nous apparaît que le juge serait bien malavisé de trop s'écarter des acquis jurisprudentiels précités. Par conséquent, l'état de dépendance de droit commun des contrats devrait largement s'inspirer de son du droit antérieur (i). Pour autant, il n'en sera pas simplement la parfaite copie, et ce pour plusieurs raisons. Tout d'abord, nous l'avons mentionné, son champ d'application se veut bien plus vaste que celui du dispositif qui l'a précédé, en ce qu'il ne se limite pas au seul aspect économique de la dépendance. Ensuite, le Code civil dispose que l'état de dépendance ne peut être caractérisé qu'entre les parties au contrat (ii), rejetant par-là la faculté de mobiliser l'article 1143 du Code civil lorsque le lien de dépendance unit une partie et un tiers à la convention.

i. Une large reprise du droit antérieur

478. À la lumière des arrêts rendus sur le fondement du vice de violence économique, l'état de dépendance du nouvel article 1143 du Code civil, apprécié lors de la phase de formation du contrat, doit se comprendre comme étant celui dans lequel se trouve le contractant qui, pour des raisons qui lui sont extérieures, qu'elles soient contextuelles¹⁹³⁶ ou issues du comportement d'un tiers¹⁹³⁷, se trouve contraint de contracter, sans quoi il subirait des conséquences graves¹⁹³⁸. Ainsi, la dépendance se caractérise « dès l'instant qu'un partenaire se [trouve] « à la merci » de l'autre, de par des stipulations contractuelles ou d'une simple situation de fait, non contractuelle, et sans solution alternative raisonnable »¹⁹³⁹.

479. Les décisions rendues par les juridictions d'appel au visa de l'article 1143 du Code civil retiennent de l'état de dépendance une définition identique. Lorsqu'il est acquis que la partie demanderesse « n'a pas hésité à négocier les prix proposés [...] et a exigé une date de début de chantier », son comportement traduit l'absence de dépendance¹⁹⁴⁰. L'autonomie de la partie faible constitue donc un obstacle à la reconnaissance de son état de dépendance, ce que rappelle également la Cour d'appel de Douai, pour laquelle le salarié qui use de son droit de rétractation au cours d'une première procédure visant à rompre le contrat de travail par le biais d'une rupture conventionnelle ne peut solliciter l'annulation de la seconde en raison de son état de dépendance¹⁹⁴¹. De même, un salarié ne se trouve pas dépendant de son employeur lorsqu'il est constaté qu'il est lié par un contrat de travail avec d'autres employeurs, si bien que « la crainte d'être licencié n'est pas de nature à le placer dans un état de dépendance économique vis-à-vis du [premier] »¹⁹⁴². L'absence de solution(s) alternative(s) satisfaisante(s) et les conséquences qu'elle emporte pour la partie faible est également rappelée – certes implicitement – par la Cour

¹⁹³⁶ Comme le risque de naufrage, la menace d'un plan de licenciement.

¹⁹³⁷ Comme l'augmentation subite des tarifs par un prestataire.

¹⁹³⁸ Comme le licenciement, la faillite ou la mort.

¹⁹³⁹ P. CHAUVEL, « Violence », préc., spé., n° 55.

¹⁹⁴⁰ Chambéry, ch. civ. sect. 01, 23 nov. 2021, n° 19/01662.

¹⁹⁴¹ Douai, ch. sociale, 24 juin 2022, n° 20/01320.

¹⁹⁴² Montpellier, 4^e ch., 16 sept. 2015, n° 13/08549. La solution de cet arrêt fait échos à celle de Civ., 1^{re}, 3 avr. 2002, n° 00-12.932, préc., au sein duquel la Cour de cassation admet implicitement que si la salariée était parvenue à démontrer qu'elle était menacée par un plan de licenciement si elle refusait de céder à son employeur ses droits d'exploitation sur son ouvrage personnel, l'abus de son état de dépendance aurait pu être caractérisé, puisqu'elle ne travaillait pour le compte que d'un employeur, la société Larousse.

d'appel de Versailles¹⁹⁴³. En l'espèce, une société nouvellement créée était liée à une autre par un contrat de sous-traitance. Il s'agissait-là, pour l'heure, de son unique activité. À l'issue des travaux, elle a émis plusieurs factures pour un montant total de près de 138 000 €. Son donneur d'ordre en a néanmoins contesté la régularité. Les deux parties ont finalement conclu une transaction, aux termes de laquelle ce denier s'engageait à verser forfaitairement la somme de 90 000 €, ce qui a permis au sous-traitant de procéder au paiement des salaires de ses salariés. Les juges d'appel ont estimé que le sous-traitant se trouvait dans un état de dépendance économique vis-à-vis de son donneur d'ordre, car seule la conclusion de la transaction – à un tarif bien moindre que celui des factures initialement émises – et le versement du montant qui y était prévu lui ont permis de rémunérer ses salariés, ce qui traduit son absence d'autonomie financière.

480. La portée de ces décisions nous autorise à formuler une critique à l'égard d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 6 mai 2021 sur le fondement du nouvel article 1143 du Code civil. Dans les faits, une gérante d'une société a conclu, pour le compte de la société qu'elle dirige, un contrat d'assistance avec un membre de sa famille, par lequel ce dernier s'est engagé à « fournir l'assistance et le concours les plus larges pour obtenir une indemnité d'éviction ou le renouvellement du bail commercial dans lequel [la société] exploite un commerce de restaurant »¹⁹⁴⁴. Selon les termes du contrat, si le renouvellement du bail était signé, la société s'engageait à verser la somme de 20 000 € à son cocontractant. Ledit renouvellement a d'abord été refusé par le bailleur, qui l'a accepté dans un second temps, suite à la signature d'une transaction. La société a cependant refusé d'honorer les termes du contrat d'assistance, en considérant que son mandataire n'avait « eu aucun rôle dans le règlement amiable du litige »¹⁹⁴⁵. Devant le tribunal de commerce, puis en appel, elle sollicite l'annulation dudit contrat, au motif qu'elle se trouvait dans un état de dépendance, caractérisée selon elle par le refus de renouvellement de son bail commercial délivré par son bailleur. Dans son arrêt confirmatif, la Cour d'appel de Paris écarte l'existence d'un état de dépendance. Ce rejet ne se fonde cependant pas sur l'existence de solution(s) alternative(s) satisfaisante(s), pas plus qu'il ne repose sur le fait que la gérante ne soit pas parvenue à démontrer les conséquences qu'aurait eu le refus de contracter pour la santé de sa société. Le juge s'est en effet contenté de déclarer

¹⁹⁴³ Versailles, ch. 12, 26 nov. 2020, n° 19/03233.

¹⁹⁴⁴ Paris, pôle 05, ch. 05, 6 mai 2021, n° 18/24019.

¹⁹⁴⁵ *Ibid.*

que « [l'appelante] ne produit cependant aucun commencement de preuve d'une éventuelle violence économique de [l'intimé], à l'égard duquel elle n'était pas dans une situation de dépendance économique, s'agissant d'un membre de sa famille ».

Il s'infère de cette décision que l'application du volet économique de l'article 1143 du Code civil devrait être écartée toutes les fois où le contrat litigieux a été conclu entre deux membres d'une même famille. Le lien familial empêcherait ainsi l'un des contractants d'être économiquement dépendant de l'autre. Le texte est ainsi soumis à une condition qu'il ne comporte pourtant pas ; en l'espèce, l'« indépendance » de la partie faible ne découle pas de la confrontation des critères de l'état de dépendance¹⁹⁴⁶, mais est déduite *in abstracto* de la parenté des contractants. Les travaux préparatifs de l'ordonnance du 10 février 2016 et de la loi du 20 avril 2018 ne suggèrent pourtant pas que l'existence d'un lien familial entre deux parties à un contrat emporte *de facto* l'exclusion d'un état de dépendance économique entre elles. Il en résulte ainsi une application erronée de l'article 1143 du Code civil.

481. La caractérisation d'un état de dépendance constitue ainsi la première condition de la mise en œuvre du nouvel article 1143 du Code civil. Elle ne peut néanmoins se faire en toutes circonstances, car l'étendue de son champ d'application a été restreinte par la loi de ratification du 20 avril 2018.

ii. *Une appréciation cantonnée à l'égard du cocontractant*

482. Depuis le 1^{er} octobre 2018 et l'entrée en vigueur de la loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016¹⁹⁴⁷, l'état de dépendance n'est cause de nullité d'une convention que s'il est caractérisé à l'égard du cocontractant doté de la plus grande puissance contractuelle¹⁹⁴⁸. La doctrine s'est immédiatement inquiétée de l'existence d'une dichotomie entre les objectifs

¹⁹⁴⁶ À savoir, comme nous l'avons mentionné, l'absence de solutions alternatives satisfaisantes qui emporte, pour la partie faible, des conséquences importantes et néfastes et qui la déterminent à contracter.

¹⁹⁴⁷ Pour l'analyse de l'article 1143 du Code civil dans sa version issue de l'ordonnance du 10 févr. 2016, V. *infra*, n° 619 et s.

¹⁹⁴⁸ Celui-ci dispose qu'« il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant *à son égard*, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif ». L'amendement reprend une proposition formulée par le professeur F. CHÉNÉDÉ, lequel préconisait justement d'ajouter à la formulation de l'article 1143 du Code civil issue de l'ordonnance du 10 févr. 2016 les mots « à son égard » : F. CHÉNÉDÉ, « La réforme du droit des contrats et le dialogue des chambres », préc.

poursuivis par le Gouvernement, exposés dans le rapport remis au Président de la République, et le droit positif tel qu'il résulte de la loi susmentionnée. Pour rappel, selon le Gouvernement, le vice de violence pour abus de dépendance a vocation de couvrir « toutes les hypothèses de dépendance [...] »¹⁹⁴⁹ et non la seule « violence économique »¹⁹⁵⁰. L'origine et la nature de la dépendance doivent donc être considérées comme des éléments indifférents ; toutes les formes de dépendance, qu'elles soient endogène ou exogène, autorisent la mobilisation du vice de violence pour abus de l'état de dépendance. La dépendance est dite « endogène » lorsque sa source est intrinsèquement liée à la personne dépendante¹⁹⁵¹. Ainsi en est-il de l'état de dépendance qui résulte des capacités physiques et intellectuelles du contractant¹⁹⁵². À l'inverse, la dépendance est dite « exogène » lorsqu'elle naît du contrat conclu et de ses clauses¹⁹⁵³. Il en va ainsi de la dépendance économique, reconnue par la jurisprudence depuis le début de notre siècle.

483. Au regard de l'actuelle formulation de l'article 1143 du Code civil, l'on peut se demander si celui-ci englobe tous les types de dépendance. Plus précisément, son cantonnement « à l'égard [du cocontractant] »¹⁹⁵⁴ pose la question de la prise en compte des facteurs endogènes de dépendance. En effet, cette formule peut être comprise de deux manières diamétralement opposées. La première, extensive¹⁹⁵⁵, emporte l'exclusion de la dépendance endogène du domaine du vice. La seconde, littérale¹⁹⁵⁶, laisse intact le champ du mécanisme, qui demeure à même de sanctionner l'abus de toute sorte de dépendance.

484. L'interprétation extensive de l'article 1143 du Code civil a concentré l'attention des auteurs qui ont commenté la « réforme de la réforme »¹⁹⁵⁷ du droit des contrats. Plusieurs d'entre eux craignent que la nouvelle rédaction de l'article susmentionné entraîne le rejet

¹⁹⁴⁹ Rapport remis au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131, préc.

¹⁹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁹⁵¹ V. not. M. MEKKI, « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 – Une réforme de la réforme ? », préc.

¹⁹⁵² *Ibid.* L'auteur vise notamment la dépendance tirée de l'âge avancé, la maladie ou l'illettrisme d'une partie.

¹⁹⁵³ *Ibid.* V. ég. F. ROGUE, « Abus de dépendance : la « réforme de la réforme » du droit des contrats a-t-elle accouché d'une souris ? », préc.

¹⁹⁵⁴ Article 1143 du Code civil, préc.

¹⁹⁵⁵ Il s'agit d'une interprétation extensive de la formule « à son égard », qui tend à la réduction du champ de l'article 1143 du Code civil.

¹⁹⁵⁶ À l'inverse, il s'agit d'une interprétation littérale de la formule « à son égard », qui tend à laisser intact le champ de l'article 1143 du Code civil.

¹⁹⁵⁷ Expression de M. MEKKI, « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 – Une réforme de la réforme ? », préc. ; F. ROGUE, *op. cit.* ; D. MAZEAUD, « Quelques mots sur la réforme de la réforme du droit des contrats », préc.

définitif de la dépendance endogène. Par exemple, le professeur D. Mazeaud estime qu'« il est aussi possible [que l'abus de dépendance] sera exclu quand la dépendance ne sera pas le produit du comportement blâmable du contractant qui en tirera un avantage manifestement excessif de son partenaire dépendant, mais de facteurs inhérents à celui-ci »¹⁹⁵⁸. En effet, en dépassant la lettre du texte, on pourrait considérer que l'interprétation de l'état de dépendance « à l'égard » du contractant dominant conduit à écarter la violence toutes les fois où il n'a pas directement concouru, par le contrat ou ses clauses, à placer la partie faible dans cet état. Les mots « à son égard » signifieraient ainsi que l'existence du lien de dépendance entre les parties doit avoir été provoquée, puis exploitée, par l'une d'entre elles. Il en irait par exemple ainsi lorsqu'un prestataire de maintenance aérienne décide d'augmenter subitement ses tarifs, en ne laissant à ses clients qu'un délai restreint pour trouver une solution alternative et en menaçant, en cas de refus, de rompre toute relation commerciale¹⁹⁵⁹. En d'autres termes, toutes les fois où le contrat conclu n'est pas à l'origine de l'état de dépendance, la nullité ne pourrait être obtenue par le truchement de l'article 1143 du Code civil.

485. Cette conception, qui restreint la portée de l'article 1143 du Code civil aux seules situations de dépendance exogène, est contestée par l'Assemblée nationale. Dans un rapport rendu en seconde lecture du projet de loi portant ratification de l'ordonnance du 10 février 2016¹⁹⁶⁰, son rapporteur fait une interprétation littérale de la formule « à son égard », en énonçant que « l'état de dépendance de l'une des parties au contrat [s'entend] à l'égard de son cocontractant [...]. Il s'agit ainsi de clarifier le périmètre de l'état de dépendance, certains

¹⁹⁵⁸ D. MAZEAUD, *ibid.* V. ég. F. ROGUE, *ibid.*, qui énonce qu'« à la lecture du texte, seule une vulnérabilité que l'on pourrait qualifier d'objective, ou d'extrinsèque (NDLR : ce que nous avons appelé « dépendance exogène »), pourrait faire naître l'état de dépendance ». M. MEKKI, *ibid.*, écrit que « l'objectif du Sénat en introduisant cette dépendance « à son égard » est d'exclure toute conception endogène ou personnelle [de la dépendance], tandis que D. HOUTCIEFF, « Loi de ratification de l'ordonnance de réforme du droit des contrats, de la preuve et du régime général des obligations : le droit schizophrène », préc., considère que « l'ajout de cette formule restreint l'accès à l'article 1143 du Code civil aux seuls hypothèses de dépendance qui résultent du contrat ». G. DURAND-PASQUIER, « La loi de ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats et ses incidences en droit immobilier et de la construction », *RDI* 2018. 532 rejoint cette position, en indiquant que « la loi de ratification a alors entendu écarter cette conception large [de l'état de dépendance]. Et pour ce faire, la caractérisation d'un vice de violence pour état de dépendance exige l'existence d'un état de dépendance « à l'égard (du cocontractant) », ce que l'auteur définit comme « l'exploitation abusive d'un état de dépendance existant préalablement entre le cocontractant et sa victime ».

¹⁹⁵⁹ Ainsi, les faits qui ont mené à Com., 9 juill. 2019, n° 18-12.680, préc., auraient pu être constitutifs d'une dépendance exogène de la société Transavia à l'égard de son prestataire de maintenance.

¹⁹⁶⁰ S. HOULIÉ, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur le projet de loi, modifié par le Sénat en deuxième lecture, ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 7 févr. 2018.

auteurs ayant indiqué qu'en l'absence de précision, cette dépendance pourrait aussi être constituée à l'égard d'un tiers, et pas seulement à l'égard du cocontractant qui en abuse »¹⁹⁶¹. Il est considéré que l'unique effet du cantonnement de l'état de dépendance « à l'égard » du cocontractant est d'écarter le vice toutes les fois où la victime est dépendante d'un tiers au contrat¹⁹⁶². Autrement formulé, la dépendance vis-à-vis d'une tierce personne, exploitée par le cocontractant afin d'en tirer d'un avantage, n'est pas saisie par le nouveau droit commun des contrats¹⁹⁶³. En conséquence, la formule du nouvel article 1143 du Code civil n'aurait d'impact qu'à l'égard de l'identité des personnes attachées par le lien de dépendance et n'aurait, dès lors, aucune influence sur la nature même de la dépendance. Cette seconde vision, plus protectrice des intérêts de la partie faible, autorise l'application du vice spécifique de violence que la dépendance qualifiée soit endogène ou exogène, tant qu'elle est caractérisée entre les deux parties au contrat litigieux.

486. À notre sens, il y a lieu de retenir cette seconde acception de la formule « à son égard ». À l'inverse de la première, elle se trouve d'abord être en adéquation avec la loi d'habilitation du 16 février 2015¹⁹⁶⁴, dont l'article 8, 2°, fixe au Gouvernement l'objectif d'introduire dans le Code civil « des dispositions permettant de sanctionner le comportement d'une partie qui abuse de la situation de faiblesse de l'autre ». Aurait ainsi pu être codifié en droit commun des contrats un vice général de faiblesse, plus étendu que le vice qui prohibe l'abus d'un état de dépendance¹⁹⁶⁵. Ce serait alors borner une deuxième fois les termes du Parlement que de restreindre le champ d'application de l'article 1143 du Code civil à la seule dépendance exogène. L'interprétation littérale opérée par le rapporteur de l'Assemblée nationale est ainsi plus conforme aux aspirations de la réforme du droit des contrats que ne l'est l'interprétation extensive mise en exergue par la doctrine. Elle correspond également à la volonté exprimée par

¹⁹⁶¹ *Ibid.*

¹⁹⁶² Pour un avis contraire, V. F. CHÉNÉDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidations, innovations, perspectives*, préc., p. 65, où l'auteur énonce : « certes, pris à la lettre, le nouvel article 1143 vise uniquement l'état de dépendance à l'égard du cocontractant. Mais ce texte peut et doit être lu en contemplation de l'article qui le précède : « La violence est une cause de nullité qu'elle ait été exercée par une partie ou *par un tiers* » (art. 1142). L'abus de dépendance n'étant qu'une variété originale de violence (« Il y a également violence... »), les magistrats pourront ainsi s'appuyer sur l'article 1142 pour sanctionner les contrats lésionnaires conclus en raison de l'état de dépendance existant, non pas avec le cocontractant, mais avec un tiers ». Pour de plus amples développements sur cet aspect, V. *infra*, n° 644 et s.

¹⁹⁶³ V. not. H. BARBIER, « La violence par abus de dépendance », préc. L'auteur estime que lorsqu'une filiale tire « illégitimement avantage de la dépendance économique de son cocontractant envers la société mère ou envers une autre filiale du groupe », le contrat conclut ne peut être frappé de nullité.

¹⁹⁶⁴ Loi n° 2015-177 du 16 févr. 2015, préc.

¹⁹⁶⁵ V. *supra*, n° 467 et s.

le Gouvernement dans le rapport remis au Président de la République, selon laquelle le nouveau droit commun des contrats tient compte de l'ensemble des situations de dépendance¹⁹⁶⁶. Dès lors, les deux seuls critères de l'état de dépendance sont l'absence de solution(s) alternative(s) satisfaisante(s) et les conséquences graves qu'elle emporte pour le contractant faible. Il n'y a pas lieu d'en ajouter un troisième, relatif au caractère exogène de la dépendance.

487. La jurisprudence du fond s'inscrit en ce sens. Plusieurs arrêts – qui accueillent ou rejettent la dépendance – expriment en effet la prise en compte du facteur endogène de dépendance. C'est le cas d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Montpellier, qui évoque l'existence d'une « dépendance affective » entre deux parties à un contrat de prêt¹⁹⁶⁷. Or, l'affection, au même titre que l'état de santé, est un propre à la personne. La dépendance affective s'apparente donc à une subdivision de la dépendance endogène. De la même manière, la Cour d'appel de Bordeaux a dû apprécier si la disparition d'un époux et la peine qu'elle engendre peut placer le conjoint survivant dans un état de dépendance¹⁹⁶⁸. Plus encore, il a été jugé que, sous réserve d'éléments médicaux concordants, la personne touchée par la maladie d'Alzheimer qui fait de son assistante thérapeutique son unique ayant-droit est dépendante à son égard¹⁹⁶⁹. Dans les deux situations, le lien de dépendance prend sa source au sein même de la personne dépendante. Des faits présentés à la Cour d'appel de Grenoble parachèvent d'illustrer la prise en compte, par le juge, des facteurs endogènes de dépendance. Une société d'expertise a démarché la victime d'un incendie le lendemain du sinistre, quand elle sortait de l'hôpital et alors même qu'elle « avait craint pour sa vie, celle de son fils et de son amie [...] et était nécessairement [ébranlée] par les pertes de tous ses biens et les circonstances de cette perte », afin de conclure un contrat d'évaluation des dommages causés par l'incendie et moyennant le paiement immédiat d'une fraction des honoraires¹⁹⁷⁰. La Cour d'appel de Grenoble a prononcé l'annulation du contrat, au motif que les circonstances dans lesquelles le contrat a été conclu ont empêché la victime d'exprimer une volonté libre et éclairée. À nouveau, l'origine de la dépendance ne résulte pas du contrat conclu ; elle découle du sinistre et de la crainte engendrée sur la personne de la victime. Elle est donc endogène et traduit le fait que les

¹⁹⁶⁶ Rapport remis au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131, préc.

¹⁹⁶⁷ Montpellier, 4^e ch. civ., 22 juin 2022, n° 19/05333, préc.

¹⁹⁶⁸ Bordeaux, 3^{ème} ch. famille, 27 oct. 2022, n° 20/00196. Pour des circonstances de faits (l'autoritarisme dont faisait preuve le conjoint survivant sur le conjoint défunt), la Cour d'appel a néanmoins rejeté l'existence d'un état de dépendance.

¹⁹⁶⁹ Toulouse, ch. 01, sect. 02, 29 juin 2020, n° 18/04443.

¹⁹⁷⁰ Faits qui ont mené à Grenoble, ch. civ. 01, 7 janv. 2020, n° 18/00212.

juges du fond, tout comme l'Assemblée nationale, interprètent l'article 1143 du Code civil de manière littérale. Il y a donc lieu de limiter, comme nous l'affirmions ci-dessus¹⁹⁷¹, l'influence de la formule « à son égard » à la seule exclusion de la dépendance caractérisée vis-à-vis d'un tiers. Retenir la position contraire¹⁹⁷² reviendrait finalement à octroyer au vice de violence pour abus de l'état de dépendance le même champ d'application que celui du vice général de violence de l'article 1140 du Code civil, qui trouve son origine dans le comportement répréhensible d'une partie au contrat¹⁹⁷³.

488. La démonstration d'un état de dépendance n'est cependant pas suffisante pour solliciter la nullité du contrat. En effet, encore faut-il que le cocontractant en abuse car « moralement, il y a faute, non pas certes à contracter avec quelqu'un qui ne peut s'abstenir de le faire, mais à exploiter l'état de nécessité où se trouve l'intéressé »¹⁹⁷⁴.

B. L'ABUS DE L'ÉTAT DE DÉPENDANCE

489. Historiquement, le vice de violence économique a fait l'objet d'une sévère appréciation par la Cour de cassation, qui ne l'a guère reconnu que deux fois¹⁹⁷⁵. Pourtant, comme cela vient d'être mis en lumière, l'existence d'une dépendance économique était largement admise. Par contre, l'abus de la situation de dépendance économique était analysé très rigoureusement¹⁹⁷⁶. Il constitue cependant un rouage essentiel de l'ancienne violence économique et de la nouvelle violence pour abus de l'état de dépendance. En effet, on ne saurait remettre en cause la validité d'un acte sur le seul fondement de la disparité de puissance contractuelle des parties qui le composent¹⁹⁷⁷. De manière autonome, le déséquilibre de puissance contractuelle n'est

¹⁹⁷¹ V. *supra*, n° 485.

¹⁹⁷² En considérant que l'article 1143 du Code civil ne trouve application que lorsque la situation de contrainte résulte du comportement du cocontractant, à l'exclusion des circonstances extérieures aux parties.

¹⁹⁷³ V. not. M. FABRE-MAGNAN, P. LOKIEC, « Le vice de violence en droit du travail », *D.* 2022. 78 : « cette nouvelle forme de violence implique une exploitation de la dépendance d'autrui et surtout de la contrainte qu'exercent sur lui les événements. Le terme signifie donc clairement et nécessairement qu'il n'est pas requis que l'auteur de l'abus ait lui-même créé la situation de contrainte », sinon on serait dans le cas de violence classique ».

¹⁹⁷⁴ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX, *Les obligations. L'acte juridique : le contrat, formation, effets, actes unilatéraux, actes collectifs*, Paris, Sirey, 16^e éd., 2014, spé., n° 224.

¹⁹⁷⁵ Civ., 1^{re}, 4 févr. 2015, n° 14-10.920, préc. ; Civ., 2^e, 9 déc. 2021, n° 20-10.096, préc.

¹⁹⁷⁶ V. not. L. BENTO DE CARVALHO, *L'apport du droit du travail à la théorie générale de l'acte juridique*, préc., p. 111 : « là où, jusqu'à présent, la mise en évidence d'une situation de dépendance économique ne semble pas poser de difficultés particulières, l'essor de ce vice du consentement demeure néanmoins considérablement entravé par la sévérité dont fait montre la Cour de cassation dans la caractérisation de « l'exploitation abusive » d'une situation de dépendance économique ».

¹⁹⁷⁷ V. not. L. JOSSERAND, « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », *RTD civ.* 1937. 1, qui énonce que « seul l'abus que fait un contractant de sa puissance économique est condamnable ».

logiquement pas une cause de nullité de la convention. Si tel était le cas, salariés et employeurs ne pourraient conclure aucun acte juridique sans que celui-ci ne risque l'annulation, puisque les premiers sont placés sous la subordination des seconds. Dès lors, s'il est acquis que « la subordination du salarié à son employeur ne constitue pas à elle seule une violence susceptible de vicier les contrats passés entre eux »¹⁹⁷⁸, la même solution doit être retenue en droit des contrats, d'autant plus si, à la suite de F. Nietzsche, on estime qu'« aucune convention réelle n'est jamais ni négociée et conclue entre des personnes parfaitement égales »¹⁹⁷⁹. Aussi, à la preuve d'un l'état de dépendance, préalable impératif, doit s'ajouter celle d'un abus de celui-ci. Encore faut-il parvenir à définir la notion d'« abus », qui, bien qu'utilisée de nombreuses façons dans notre droit positif¹⁹⁸⁰, a fait l'objet de controverses au courant du XX^e siècle¹⁹⁸¹.

490. Étymologiquement, le mot « abus » vient du latin *abuti*, qui renvoie au fait d'« user complètement de, détourner de son usage, mésuser »¹⁹⁸². Dans le langage juridique, l'abus fait l'objet de deux conceptions, l'une subjective, l'autre objective. Si la Cour de cassation opte majoritairement pour interpréter l'abus subjectivement – nous y reviendrons¹⁹⁸³ –, on peine à

¹⁹⁷⁸ N. GRAS, « La rupture conventionnelle en droit des contrats », *JCP S* 2017. 1180. Pour des exemples jurisprudentiels, V. not. Civ., 26 mars 1928, *DH* 1928, p. 270 ; Paris, 21^e ch., 12 juin 1995, n° 024879 ; Civ., 1^{re}, 3 avr. 2002, n° 00-12.932, préc.

¹⁹⁷⁹ F. NIETZSCHE, préc.

¹⁹⁸⁰ On trouve ainsi trace de la mention de l'abus de confiance (articles 314-1 et s. du Code pénal, 864 et 900 du Code de procédure pénale, L. 4143-1 du Code des transports, 251 du Code des douanes, R. 582-21 du Code rural et de la pêche maritime, L. 326-2 du Code de la route, L. 241-3, L. 311-6 du Code de la construction et de l'habitation), l'abus d'autorité (articles 432-4 et s. du Code pénal, L. 323-1 et s. du nouveau Code de justice militaire, L. 558-40 du Code électoral), l'abus de biens sociaux (articles L. 241-3, 4^o, L. 242-6, 3^o, du Code du commerce), l'abus de faiblesse (articles L. 121-8, L. 121-10, L. 132-13 du Code de la consommation), l'abus de droit fiscal (articles 1653 C, 1653 D, 1653 E du Code général des impôts), l'abus de saisie (article L. 121-2 du Code des procédures civiles d'exécution), l'abus de droit (articles L. 243-7-2, R. 243-60-1, R. 243-60-3 du Code de la sécurité sociale, L. 251-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, L. 725-25 du Code rural et de la pêche maritime), l'abus de position dominante (articles L. 5-8, 36-10 du Code des postes et des communications électroniques, R. 134-4 du Code de l'énergie), l'abus dans la fixation des prix (articles 1164, 1165, 1760 du Code civil), l'abus manifeste à l'égard du créancier (articles R. 2192-17, R. 3133-16 du Code de la commande publique), l'abus notoire (articles L. 121-3, L. 122-9, L. 212-12 du Code de la propriété intellectuelle), l'abus de marché (articles L. 241-4, L. 621-17-3, L. 621-17-5 du Code monétaire et financier, L. 22-10-56 du Code du commerce). Plus encore, le droit administratif connaît l'abondant contentieux de l'abus de pouvoir.

¹⁹⁸¹ V. not. L. JOSSERAND, *De l'esprit des lois et de leur relativité : théorie dite de l'abus de droit*, Paris, Dalloz, 1927 ; G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, LGDJ, 4^e éd., 1949. À cela s'ajoutent les auteurs pour lesquels la théorie de l'abus n'existe pas : V. not. E. BARTIN, in Ch. AUBRY, Ch.-F. RAU (dir.), *Cours de droit civil français*, Paris, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence Marchal et Billard, t. 6, 5^e éd., 1920, p. 320 ; E. LÉVY, *La vision socialiste du droit*, Paris, Edition Marcel Giard, 1926, p. 45 et s. ou « est illogique » : M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, LGDJ, t. 2, 9^e éd., 1923, spé., n° 871, qui dénoncent une « logomachie » car « le droit cesse où l'abus commence, et il ne peut y avoir usage abusif d'un droit ».

¹⁹⁸² Selon la définition du dictionnaire de l'Académie Française : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9A0193>.

¹⁹⁸³ V. *infra*, n° 493.

percevoir une « acception unitaire »¹⁹⁸⁴ de la notion dans notre paysage jurisprudentiel¹⁹⁸⁵. Présentons les deux sens que la doctrine a donnés à l'abus, avant d'analyser l'utilisation judiciaire qui en est faite.

491. Apprécié subjectivement, l'abus se caractérise par la preuve d'une intention de nuire qui lui est consubstantielle¹⁹⁸⁶. Il convient donc d'appréhender l'intention de l'auteur. Si celui-ci est animé par la volonté de porter atteinte aux intérêts d'autrui ou de son cocontractant¹⁹⁸⁷, l'abus est alors qualifié. Pour G. Ripert, l'intention de nuire se révèle lorsque le droit exercé « apparaît tout à la fois inutile [pour le demandeur] et préjudiciable au défendeur »¹⁹⁸⁸. Ainsi en va-t-il, par exemple, du propriétaire d'une maison qui fait édifier une fausse cheminée sur le toit de celle-ci dans l'unique but de masquer la vue de ses voisins¹⁹⁸⁹. Selon cette conception, l'abus transparaît donc derrière la faute intentionnelle de son auteur¹⁹⁹⁰.

492. Interprété objectivement, il se définit comme « l'acte contraire au but de l'institution, à son esprit et à sa finalité »¹⁹⁹¹. Il n'est alors plus question d'analyser l'intention de l'auteur ; il s'agit de vérifier si le droit utilisé n'a pas été détourné de sa destination, c'est-à-dire de la finalité pour laquelle il a été créé¹⁹⁹². L'acception retenue ici, qualifiée de « téléologique »¹⁹⁹³, s'assimile à « l'usage antisocial »¹⁹⁹⁴ du droit mobilisé. Le droit du travail fournit une illustration éloquent de l'interprétation objective de l'abus, dans son contrôle de la mise en œuvre de la clause de mobilité¹⁹⁹⁵. Dans ce cadre, le juge doit, entre autre, vérifier si l'activation de la clause porte – ou non – une atteinte disproportionnée à la vie personnelle et familiale du

¹⁹⁸⁴ Selon la formule de M.-A. FRISON-ROCHE, « Va-t-on vers une acception unitaire de l'abus dans la fixation du prix ? », *RCC* 1996, p. 15.

¹⁹⁸⁵ V. not. L. CADIET, Ph. LE TOURNEAU, « Abus de droit », *Rep. civ.* Dalloz, 2015, spé., n° 25, qui écrivent que « la doctrine analysant le contenu de l'abus s'ordonne autour de deux pôles extrêmes, entre lesquels les tribunaux n'ont jamais formellement choisi ».

¹⁹⁸⁶ La théorie de l'abus subjectif a été développée par G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, préc.

¹⁹⁸⁷ Selon que l'on se situe en matière délictuelle ou contractuelle.

¹⁹⁸⁸ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, préc.

¹⁹⁸⁹ Colmar, 2 mai 1855, *DP* 1856, 2, 9.

¹⁹⁹⁰ V. not. Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET, M. MEKKI, *Droit des obligations*, Paris, LexisNexis, 13^e éd., 2014, spé., n° 587.

¹⁹⁹¹ L. JOSSERAND, *De l'esprit des lois et de leur relativité : théorie dite de l'abus de droit*, préc., spé., n° 292.

¹⁹⁹² L. CADIET, Ph. LE TOURNEAU, « Abus de droit », préc., spé., n° 26.

¹⁹⁹³ D. BUREAU, N. MOLFESSIS, « Les arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en matière de détermination du prix dans les contrats », *LPA* 1995, n° 155, p. 19.

¹⁹⁹⁴ Article 7, 2° du Code civil espagnol.

¹⁹⁹⁵ V. not. les travaux de L. BENTO DE CARVALHO, *L'apport du droit du travail à la théorie générale de l'acte juridique*, préc., p. 280 et s.

salarié¹⁹⁹⁶. À cet égard, il a par exemple été jugé qu'une mutation de près de 800 kilomètres dans un délai de cinq semaines ne porte pas une telle atteinte au salarié père de deux enfants en bas âge, car le changement de lieu de travail a été « décidé dans l'intérêt légitime de l'entreprise [et est] intervenu de façon loyale en application de la clause prévue par le contrat de travail »¹⁹⁹⁷. L'on comprend ici que le juge a moins apprécié l'intention de l'employeur que la manière dont il a mis en œuvre le droit qu'il détenait, illustrant là une approche objective de l'abus. Cette dernière se distingue plus aisément encore lorsqu'il est décidé que la mutation imposée au salarié porte une atteinte disproportionnée à ses droits et libertés fondamentaux. Quand la Cour de cassation juge « qu'en mettant en œuvre une clause de mobilité alors, d'une part, qu'il savait que la salariée était la mère d'un enfant handicapé moteur dont elle devait s'occuper à l'heure du déjeuner, alors d'autre part, que le poste qu'occupait antérieurement la salariée était libre, l'employeur avait agi avec une légèreté blâmable »¹⁹⁹⁸, on comprend qu'elle sanctionne « l'usage antisocial » de la clause de mobilité, dont l'application contrevient à « son esprit et à sa finalité »¹⁹⁹⁹. Le déséquilibre entre les prestations de chaque partie crée par l'actionnement de la clause de mobilité constitue ainsi un indice d'abus, lorsque celui-ci est apprécié de la manière dont le percevait L. Josserand²⁰⁰⁰.

493. En matière de violence économique, l'arrêt susmentionné du 3 avril 2002²⁰⁰¹ démontre sans équivoque que la Cour de cassation a fait le choix d'apprécier l'abus subjectivement. Le vice ne pouvait donc être sanctionné que s'il était démontré que l'auteur, en abusant de la dépendance économique de son cocontractant, était animé par l'intention de lui nuire. Ainsi, l'état de dépendance économique dans lequel la salariée était placée et l'avantage

¹⁹⁹⁶ V. not. Soc., 18 mai 1999, n° 96-44.315, *Dr. soc.* 1999. 734, obs. B. GAURIAU ; *D.* 2000. 84, obs. M.-C. ESCANDE-VARNIOL ; *D.* 2001. 2797, obs. B. BOSSU ; *RTD civ.* 2000. 326, obs. J. MESTRE, B. FAGES ; *JCP E* 2000. 40, note C. PUIGELIER ; Soc., 6 févr. 2001, n° 98-44.190, *D.* 2001. 2168, obs. C. MATHIEU ; Soc., 14 oct. 2008, n° 07-43.071, *D.* 2009. 1427, chron. P. LOKIEC ; Soc., 14 oct. 2008, n° 07-40.523, *Dr. soc.* 2009. 113, note Ch. RADÉ ; *RDT* 2008. 791, obs. G. AUZERO ; *D.* 2008. 2672, obs. L. PERRIN ; *D.* 2009. 590, obs. G. BORENFREUND, L. CAMAJI, A. FABRE, O. LECLERC, Th. PASQUIER, E. PESKINE, J. PORTA, C. WOLMARK ; *JCP S* 2008. 1668, obs. B. BOSSU ; Soc., 10 févr. 2016, n° 14-17.576, *Dr. soc.* 2016. 650, étude S. TOURNAUX ; Soc., 14 févr. 2018, n° 16-23.042 ; Soc., 26 sept. 2018, n° 17-19.554 ; Soc., 21 oct. 2020, n° 18-23.907.

¹⁹⁹⁷ Soc., 26 sept. 2018, n° 17-19.554, *ibid.*

¹⁹⁹⁸ Soc., 6 févr. 2001, n° 98-44.190, préc.

¹⁹⁹⁹ L. JOSSERAND, *De l'esprit des lois et de leur relativité : théorie dite de l'abus de droit*, préc., spé., n° 292.

²⁰⁰⁰ V. not. L. BENTO DE CARVALHO, *L'apport du droit du travail à la théorie générale de l'acte juridique*, préc., spé., p. 281.

²⁰⁰¹ Civ., 1^{re}, 3 avr. 2002, n° 00-12.932, préc., relatif à la cession des droits d'exploitation d'un dictionnaire à la société Larousse.

manifestement excessif retiré de la convention de cession par l'employeur²⁰⁰² n'ont pas suffi à faire émerger l'existence d'une violence économique, car il n'était pas concomitamment démontré que « [la salariée] était elle-même menacée par le plan de licenciement et que l'employeur avait exploité auprès d'elle cette circonstance pour la convaincre »²⁰⁰³. Pour faire échos à ce que nous développons ci-dessus, la salariée n'est pas parvenue à prouver l'intention de nuire de son employeur. Aussi, conformément à la théorie développée par G. Ripert²⁰⁰⁴, l'abus ne saurait être caractérisé. Un raisonnement par analogie laisse penser que l'interprétation de l'abus de l'état de dépendance se fasse également de manière subjective, par référence à l'intention de l'auteur de son auteur²⁰⁰⁵. Un arrêt récent rendu par la Cour d'appel de Nîmes semble s'inscrire dans cette tendance, en prononçant l'annulation de trois contrats de prêt après avoir caractérisé la « pression psychologique dont [l'auteur] a fait preuve à l'égard de [la victime] relativement aux prêts d'argent qu'il avait initialement consentis dans une intention libérale dans le cadre d'une opération de mécénat et qu'il a entendu voir remettre en cause en raison de l'évolution de la relation personnelle entre les parties »²⁰⁰⁶. Si la décision ne qualifie pas expressément l'abus commis, il résulte des éléments de faits rapportés que celui-ci ressort de la faute volontairement commise par l'auteur qui, suite au rejet de ses avances et en guise de représailles, a porté atteinte aux intérêts de sa cocontractante, par le biais de pressions psychologiques qui l'ont poussée à signer une reconnaissance de dette, alors même que, comme l'énonce la décision, l'argent avait initialement été donné et non prêté²⁰⁰⁷. S'il est ainsi probable que la Cour de cassation, sur le fondement du nouvel article 1143 du Code civil, continue d'interpréter l'abus de manière subjective, la jurisprudence des juridictions d'appel à cet égard n'est pas uniforme et, en certaines hypothèses, il semblerait que les juges en fassent une analyse objective²⁰⁰⁸.

²⁰⁰² Les droits d'exploitation de l'ouvrage ont été cédés à la société Larousse pour un montant de 30 000 francs. Par la commercialisation de l'ouvrage, la maison d'édition a réalisé un bénéfice nettement supérieur au prix qu'elle a payé à sa salariée.

²⁰⁰³ Civ., 1^{re}, 3 avr. 2002, n° 00-12.932, préc.

²⁰⁰⁴ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, préc.

²⁰⁰⁵ Pour une critique de la conception subjective de l'abus en matière de vice de violence pour abus de l'état de dépendance, V. *infra*, n° 854 et s.

²⁰⁰⁶ Nîmes, 1^{re} ch., 8 déc. 2022, n° 21/04508. Dans un sens similaire, V. ég. Paris, pôle 4, chambre 1, 3 juin 2022, n° 20/16211, où la mise en œuvre du nouvel article 1143 du Code civil a été rejetée, mais où la démonstration d'un abus, constitué par un chantage exercé sur la partie faible, n'a été écartée qu'en raison de l'absence de tout élément médical permettant d'attester de la fragilité émotionnelle de la partie faible.

²⁰⁰⁷ L'auteur de la violence se désignait d'ailleurs lui-même comme un « mécène ».

²⁰⁰⁸ V. not. Versailles, 26 nov. 2020, n° 19/03233, préc., où l'abus est constitué par le seul retard de paiement, sans que ne soit caractérisé, en sus, l'existence d'une intention de nuire à la société sous-traitante.

494. La démonstration d'un abus de l'état de dépendance suffisait, en application du projet de réforme dévoilé par la Chancellerie, à caractériser le vice de violence. En effet, son article 1142 dispose qu' « il y a également violence lorsqu'une partie abuse de l'état de nécessité ou de dépendance dans lequel se trouve l'autre partie pour obtenir un engagement que celle-ci n'aurait pas souscrit si elle ne s'était pas trouvée dans cette situation de faiblesse »²⁰⁰⁹. Au sein de l'ordonnance du 10 février 2016, une troisième condition, tirée des avant-projets doctrinaux²⁰¹⁰, a néanmoins été ajoutée : l'existence d'un avantage manifestement excessif retiré du contrat par l'auteur de l'abus.

C. L'AVANTAGE MANIFESTEMENT EXCESSIF

495. Afin de « répondre aux craintes des entreprises et d'objectiver l'appréciation de [l'abus] »²⁰¹¹, le Gouvernement a pris le parti de soumettre la mise en œuvre du nouvel article 1143 du Code civil au fait que le contractant dominant obtienne du contrat un « avantage manifestement excessif »²⁰¹². Sur le fondement de la sécurité juridique²⁰¹³ et du principe de l'intangibilité contractuelle, le domaine de la disposition a été rétréci, afin de limiter les usages du vice de violence pour abus de l'état de dépendance. Ce cantonnement semble aller à rebours de la garantie de justice contractuelle mise en avant par le rapport remis au Président de la République à l'occasion de la publication de l'ordonnance du 10 février 2016²⁰¹⁴. Il a en effet été démontré de longue date qu'au sein des relations contractuelles marquées par un déséquilibre de puissance contractuelle et, *a fortiori*, par un état de dépendance, la sécurité juridique « est la sécurité des économiquement puissants construits sur l'insécurité des

²⁰⁰⁹ *Ibid.*

²⁰¹⁰ Articles 1114-3 de l'avant-projet doctrinal de réforme dit « CATALA » (http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf, p. 81, et 66 de l'avant-projet dit « TERRÉ » (F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, préc., p. 218).

²⁰¹¹ Rapport remis au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131, préc.

²⁰¹² Il est peu probable que l'ajout de ce critère tende à objectiver l'appréciation de l'abus de l'état de dépendance. En effet, l'« avantage manifestement excessif » est un standard juridique, c'est-à-dire une notion flottante et non-prédéterminée, qui doit nécessairement être interprétée par le juge : V. not. S. BROS, « Les standards dans la réforme du droit des contrats : entre tradition et innovation », préc., p. 27 ; A. CHATAIN, S. LATASSE, « Le rôle du juge dans la réforme du droit des contrats », *Gaz. Pal.* 22 nov. 2016, p. 12 ; L. AYNES, « Le juge et le contrat : nouveaux rôles ? », *RDC* 2016, p. 14 ; S. CHASSAGNARD-PINET, « La réforme du droit commun des contrats – le vocabulaire », *Lextenso étudiant*, 27 sept. 2016. Cette interprétation est propre à chaque situation d'espèce. Dès lors, loin de l'objectiver, le critère de l'avantage manifestement excessif subjectivise la caractérisation du vice du consentement, dans la mesure où le juge s'adonne à une interprétation *in concreto* dudit avantage. Pour de plus amples développements, V. *infra*, n° 859 et s.

²⁰¹³ Qui, selon le rapport remis au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131, préc., constitue « le premier objectif poursuivi par l'ordonnance [du 10 févr. 2016] ».

²⁰¹⁴ Ledit rapport fait mention à cinq reprises de l'objectif de justice contractuelle.

économiquement faibles »²⁰¹⁵. Elle contribue ainsi, aux côtés de la force obligatoire du contrat, à « [perpétuer la] situation de domination »²⁰¹⁶ et « n'apporte rien à la recherche de la solution juste »²⁰¹⁷. Cette recherche, pourtant, constitue un pilier majeur de la justice contractuelle poursuivie²⁰¹⁸. Il résulte de la soumission du vice à la démonstration d'un avantage manifestement excessif que « le contractant ne commet aucun acte répréhensible en concluant un contrat qu'il sait dicté par l'état de [dépendance]²⁰¹⁹ dès lors qu'il ne profite pas de cette circonstance pour obtenir un contrat déséquilibré à son profit »²⁰²⁰. Autrement formulé, l'abus de l'état de dépendance²⁰²¹ ne peut être sanctionné sur le fondement de l'article 1143 du Code civil que s'il a procuré à son auteur – le contractant doté de la plus grande puissance contractuelle – un avantage certain.

496. Au-delà de sa mention par les avant-projets doctrinaux de réforme, le critère de l'« avantage manifestement excessif » n'est pas totalement étranger de notre droit interne. On en trouvait la trace dans certaines branches spéciales du droit, sous une appellation presque identique. Ainsi, dans sa version en vigueur jusqu'en 1995²⁰²², l'article L. 132-1 du Code de la consommation définissait la clause abusive comme celle qui est « [imposée] aux non professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et [qui] confèrent à cette dernière un *avantage excessif* ». De même, l'ancien article L. 442-6, 1°, du Code du commerce²⁰²³ prévoyait que « tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers » qui « [obtient] ou [tente d'obtenir] d'un partenaire commercial un *avantage* quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou *manifestement disproportionné* au regard de la valeur du service rendu » engage sa responsabilité. S'il n'y a pas de gémellité entre le nouvel article 1143 du Code civil

²⁰¹⁵ J.-P. CHAZAL, « Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ? », in Ch. JAMIN (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, préc., p. 125. V. ég. J.-B.-H. LACORDAIRE, 52^e conférence de Notre-Dame, 16 avr. 1848, pour lequel « entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime, et la loi qui affranchit ».

²⁰¹⁶ L. BENTO DE CARVALHO, *L'apport du droit du travail à la théorie générale de l'acte juridique*, préc., p. 186.

²⁰¹⁷ J. GHESTIN, « Les données positives du droit », *RTD civ.* 2002. 49.

²⁰¹⁸ V. not. D. MAZEAUD, « Mais qui a peur du solidarisme contractuel ? », *D.* 2005. 1828.

²⁰¹⁹ Nous précisons.

²⁰²⁰ P. REMY-CORLAY, D. FENOUILLET, « Le consentement », préc., p. 163.

²⁰²¹ Qui, s'il est apprécié subjectivement, renvoie à la commission d'une faute intentionnelle : Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET, M. MEKKI, *Droit des obligations*, préc., spé., n° 587.

²⁰²² Création par la loi n° 93-949 du 26 juill. 1993 relative au Code de la consommation (partie Législative) et modification par la loi n° 95-96 du 1^{er} févr. 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial.

²⁰²³ Dans sa version en vigueur jusqu'au 10 déc. 2016, l'article ayant été modifié par la loi n° 2016-1691 du 9 déc. 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

et ces deux textes désormais abrogés, force est de constater que « la ressemblance d'ensemble [...] est tout à fait saisissante »²⁰²⁴ et que la jurisprudence spéciale pourrait servir de « point d'appui »²⁰²⁵ à l'interprétation du droit commun des contrats.

497. Avant d'analyser comment la notion d'avantage manifestement excessif est judiciairement appréciée, il convient d'en définir les termes. Communément, le mot « avantage » signifie « ce qui est utile, favorable »²⁰²⁶. Juridiquement, son sens est protéiforme. Le Code civil le vise dans ses définitions des contrats à titre onéreux, gratuit²⁰²⁷, commutatif et aléatoire²⁰²⁸. L'« avantage » est alors perçu largement, comme « ce qui est octroyé à autrui ». Ce n'est toutefois pas le sens que notre législation lui donne le plus fréquemment. Bien souvent, la loi fait expressément mention de la nature de l'avantage, ce qui, fort logiquement, en cantonne la portée. Il en va par exemple ainsi lorsque le Code du travail évoque les « avantages en nature »²⁰²⁹ ou quand le Code général des impôts fait mention des « avantages fiscaux »²⁰³⁰.

La lecture de l'article 1143 du Code civil nous pousse à entendre le mot « avantage » de manière étendue, car le texte n'apporte aucune précision quant à la nature de l'avantage. Dès lors, en application de la maxime *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*²⁰³¹, il y a lieu de réserver à l'« avantage » son acception la plus vaste. Aussi, la clause qui emporte le déséquilibre du contrat accorde à une partie un avantage²⁰³². Le professeur Ch. Goldie-Genicon en donne un exemple, en évoquant la situation de l'employeur qui « extorque » à son salarié une clause de mobilité très large²⁰³³. Par ailleurs, le Code des transports énonce expressément qu'« un contrat ou certaines de ses clauses peuvent être annulés ou modifiés, si : 1°. Le contrat a été conclu sous une pression abusive ou sous l'influence du danger et que ses clauses ne sont

²⁰²⁴ H. BARBIER, « La violence par abus de dépendance », préc.

²⁰²⁵ *Ibid.* V. ég. M. CHAGNY, « Les contrats d'affaires à l'épreuve des nouvelles règles sur l'abus de l'état de dépendance et le déséquilibre significatif », *AJ contrat* 2016. 115.

²⁰²⁶ Selon la définition qu'en donne le dictionnaire de l'Académie Française : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9A3346>.

²⁰²⁷ Article 1107 du Code civil.

²⁰²⁸ Article 1108 du Code civil.

²⁰²⁹ Articles R. 3231-16, D. 3231-9 et D. 3231-15 du Code du travail.

²⁰³⁰ Articles 1378 octies, 1740, 1740-0A, du Code général des impôts, 310 G bis, 310 G ter et 310 G quinquies de l'annexe 2 du Code général des impôts et 46 quater A, 46 quater B et 46 quater C de l'annexe 3 dudit Code.

²⁰³¹ Selon laquelle « il est interdit de distinguer là où la loi ne distingue pas ».

²⁰³² V. not. H. BARBIER, « La violence par abus de dépendance », préc. ; O. RIVOAL, « La dépendance économique en droit du travail », préc. ; O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, préc., p. 262, qui estiment « qu'ériger le déséquilibre contractuel en condition d'un vice du consentement ne va pas de soi ».

²⁰³³ Ch. GOLDIE-GÉNICON, « Droit commun des contrats et contrat de travail, 100 ans après », préc.

pas équitables, ou 2. Si le paiement convenu en vertu du contrat est beaucoup trop élevé ou beaucoup trop faible pour les services effectivement rendus »²⁰³⁴. La disposition confirme que le déséquilibre contractuel qui résulte d'une « pression abusive » ou de « l'influence du danger » peut emporter l'annulation d'une convention, solution à laquelle abouti également le nouvel article 1143 du Code civil. Enfin, la Cour d'appel de Montpellier a récemment admis que l'obtention de faveurs sexuelles peut être « [considérée] comme un avantage [...] »²⁰³⁵. Il n'y a guère donc lieu de s'arrêter à l'évidente acception financière du terme, d'ailleurs mise en avant par l'Académie Française²⁰³⁶.

498. La seule caractérisation d'un avantage retiré par une partie du contrat ne permet toutefois pas à la victime de l'abus de l'état de dépendance d'obtenir la nullité du contrat conclu. En effet, l'article 1143 du Code civil précise les atours que l'avantage doit revêtir, par l'utilisation de l'adverbe « manifestement » et de l'adjectif « excessif ». Le premier terme évoque « l'évidence, l'indubitable »²⁰³⁷. Le second rappelle « l'absence de modération, ce qui dépasse la moyenne »²⁰³⁸. Autrement formulé, l'avantage qui résulte de la convention litigieuse doit, sans conteste, être dénué de mesure. Il ne doit être ni dérisoire, ni simplement commun et son importance ne doit souffrir d'aucun doute. Par conséquent, comme l'indique le professeur P. Chauvel, « les termes employés paraissent signifier qu'il ne doit pas s'agir d'un simple défaut d'équivalence des prestations, d'un déséquilibre quelconque. La différence doit être très importante »²⁰³⁹. De cette précision sémantique découle une question annexe : le caractère « manifestement excessif » d'un avantage peut-il être directement déduit de son illicéité ? Nous pouvons citer, comme exemple, l'employeur qui impose à un aspirant salarié une rémunération inférieure au salaire minimal interprofessionnel de croissance prévu par les articles L. 3231-1 et suivants du Code du travail²⁰⁴⁰. On perçoit aisément la nature de l'avantage obtenu par l'employeur, qui réalise des économies. La constatation de l'illicéité s'effectue également avec évidence. L'on pourrait considérer qu'un tel avantage, acquis par la violation d'une règle

²⁰³⁴ Article L. 5132-6 du Code des transports.

²⁰³⁵ Montpellier, 4^e ch. civ., 22 juin 2022, n° 19/05333, préc.

²⁰³⁶ Selon la définition de « l'avantage » susmentionnée, qui évoque, en guise d'exemple, « l'enrichissement procuré à l'un des époux par le contrat de mariage ou, quelquefois, par la loi ».

²⁰³⁷ Selon la définition qu'en donne le dictionnaire de l'Académie Française : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9M0527>.

²⁰³⁸ Selon la définition qu'en donne le dictionnaire de l'Académie Française : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9E3248>.

²⁰³⁹ P. CHAUVEL, « Violence », préc., spé., n° 58.

²⁰⁴⁰ Et actuellement fixé à 11,65 € brut de l'heure.

positive, est forcément « manifestement excessif ». Le caractère « excessif » de l'avantage ne résulterait alors pas de sa démesure, mais procèderait du fait que l'application des règles de droit en vigueur en interdit strictement l'obtention. Juridiquement, « excessivité » rimerait alors avec « illégalité ». Dès lors, l'employeur qui prévoit de rémunérer un salarié à hauteur de 11,64²⁰⁴¹ euros brut de l'heure, tirerait du contrat de travail un avantage manifestement excessif, même si le montant de ses économies mensuelles s'élèverait à 1,52 euros²⁰⁴².

499. Reste encore à apprécier si la jurisprudence retient de l'avantage manifestement excessif une conception stricte ou si, au contraire, elle en fait une application plus souple. L'étude empirique des décisions rendues met en exergue le fait qu'aucun débat ne se noue autour de la notion d'« avantage ». Son caractère « manifestement excessif » est, par contre, fréquemment remis en question. Il a par exemple été jugé que l'avocate qui possède « 41 ans d'expérience professionnelle et est spécialisée en droit de la famille et des personnes » ne retire pas un avantage manifestement excessif en fixant son taux horaire à 400 euros hors taxes²⁰⁴³, car « c'est justement en raison de cette expérience et de cette compétence que la requérante lui a confié la défense de ses intérêts en ayant parfaitement connaissance du taux horaire pratiqué »²⁰⁴⁴. Ainsi, lorsque le montant demandé n'est pas substantiellement démesuré – comme le fait remarquer la Cour d'appel de Paris – l'avantage tiré par le contractant fort n'est pas « manifestement excessif » et ne permet donc pas au juge de prononcer l'annulation du contrat. Par ailleurs, une série de trois arrêts illustrent que le fait, pour un créancier, de valablement²⁰⁴⁵ se constituer une garantie ne peut être perçu comme un avantage manifestement excessif. Dans le cadre d'un contrat de cautionnement, la solution est d'ailleurs clairement énoncée par la Cour d'appel de Poitiers, pour laquelle « le souhait [du créancier] de garantir le paiement des sommes dues ne [peut] être regardé comme un avantage excessif »²⁰⁴⁶. De même, la banque qui recueille un engagement d'aval d'un montant identique à celui du billet à ordre souscrit par l'emprunteur ne tire pas « un avantage manifestement excessif au sens de la loi, [puisqu'elle n'a] fait ainsi que se protéger d'une défaillance éventuelle de sa débitrice principale en obtenant la garantie d'un tiers, au demeurant directement intéressé par l'opération puisqu'étant le dirigeant de la société débitrice dans laquelle il détenait des intérêts

²⁰⁴¹ Soit un centime de moins que le salaire minimal horaire brut imposé.

²⁰⁴² Pour un salarié à temps plein, qui travaille 151,67 heures par mois.

²⁰⁴³ Paris, pôle 1, ch. 9, 13 sept. 2022, n° 20/00247.

²⁰⁴⁴ *Ibid.*

²⁰⁴⁵ Pour la constitution non valable d'une garantie, V. ci-dessous.

²⁰⁴⁶ Poitiers, ch. civ., 02, 8 déc. 2020, n° 19/01006.

personnels »²⁰⁴⁷. Enfin, le fait de demander le renouvellement d'une garantie déjà existante et souscrite à une époque où le débiteur ne connaissait aucune difficulté économique « ne peut constituer l'octroi d'un avantage manifestement excessif »²⁰⁴⁸.

Il ressort de ces différentes décisions, qui rejettent toutes le caractère manifestement excessif de l'avantage obtenu, que seul le déséquilibre évident des prestations peut être sanctionné, si tant est qu'il résulte de l'abus d'un état de dépendance. L'on pense par exemple, pour reprendre deux exemples utilisés ci-dessus²⁰⁴⁹, à la conclusion d'une transaction dont le déséquilibre au détriment d'une des parties est flagrant²⁰⁵⁰, mais également à la celle dénuée de toute concessions réciproques, ce qui accorde à l'une des parties un avantage manifestement excessif²⁰⁵¹. De la même manière, une banque tire un avantage manifestement excessif lorsqu'elle profite de la situation de dépendance économique dans laquelle est placé un emprunteur vis-à-vis d'elle pour lui faire souscrire un engagement de caution dont le montant était disproportionné²⁰⁵². Au sein de tous les arrêts mentionnés, qu'ils rejettent ou accueillent l'existence d'un avantage manifestement excessif, l'« avantage » dont il est question est toujours financier. Il convient cependant de rappeler, comme nous l'avons fait ci-dessus²⁰⁵³, que la notion s'étend bien au-delà de son seul aspect pécuniaire et que le fait d'obtenir des faveurs sexuelles en l'échange du versement de plus de 14 000 euros peut constituer un avantage manifestement excessif²⁰⁵⁴.

²⁰⁴⁷ Rennes, 3^e ch. com., 14 juin 2022, n° 21/01169.

²⁰⁴⁸ Toulouse, 2^e ch., 7 déc. 2022, n° 21/01346, préc.

²⁰⁴⁹ V. *supra*, n° 479 et s.

²⁰⁵⁰ Civ., 1^{re}, 4 févr. 2015, n° 14-10.920, préc. Une transaction a été conclue entre la société Karous et les sociétés Bouygues immobilier et Parismed, aux termes de laquelle la première renonce à toute action contentieuse moyennant le paiement d'une indemnité transactionnelle de 500 000 €. L'acte a été annulé pour abus de l'état de dépendance économique des deux sociétés au motif que la société Karous savait que « la menace d'exercer les recours contentieux en annulation de permis de construire, objet de la transaction, était illégitime, dès lors que ces voies de droit étaient dénuées de toute chance de succès comme devaient le révéler de nombreuses décisions rendues par les juridictions administratives qui, sur des recours similaires, ont sanctionné le défaut d'intérêt à agir de deux sociétés sœurs de la société Karous, dont elles partageaient le siège social [...] ».

²⁰⁵¹ Versailles, ch., 12, 26 nov. 2020, n° 19/03233, préc. On s'aperçoit d'ailleurs que l'article 2044 du Code civil définit la transaction comme « un contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître ». L'acte par lequel une partie n'accorde à son cocontractant aucune concession ne pourrait dès lors par être qualifié de « transaction ». Partant, le caractère « manifestement excessif » de l'avantage obtenu, dans cette affaire, résulterait du non-respect des conditions de validité de l'acte, et donc de son illicéité.

²⁰⁵² Paris, pôle 05, ch. 06, 19 juin 2019, n° 2019/356. À ce sujet, V. not. S. BROS, « Preuve de la disproportion du cautionnement et qualification de clause pénale », *AJ contrat* 2017. 335.

²⁰⁵³ V. *supra*, n° 497.

²⁰⁵⁴ Montpellier, 4^e ch. civ., 22 juin 2022, n° 19/05333, préc. Dans cet arrêt, la Cour d'appel de Montpellier n'annule toutefois pas le contrat litigieux, car l'appelante n'a ni démontré son état de dépendance, ni un abus de celui-ci. Par contre, elle indique expressément que les faveurs sexuelles pourraient être considérées comme un avantage manifestement excessif.

500. L'ajout de ce critère au sein du texte définitif complexifie indéniablement la caractérisation du vice de l'article 1143 du Code civil²⁰⁵⁵. Le Gouvernement en avait d'ailleurs bien conscience, car le rapport remis au Président de la République énonce que l'introduction de l'« avantage manifestement excessif » dans la disposition aura pour effet « d'encadrer l'application de ce texte »²⁰⁵⁶. Il se peut ainsi que la mobilisation du mécanisme devant les juridictions soit « limitée »²⁰⁵⁷. En somme, si requérir la preuve d'un avantage « manifestement excessif » n'est pas chose nouvelle, il se pourrait que cela mène la Cour de cassation à une « lecture sclérosante »²⁰⁵⁸ de l'article 1143 du Code civil, propre à le désamorcer en le rendant en pratique inoffensif. Son influence en droit commun des contrats se révèle donc être moins vive que ne le laissaient présager les promesses du rapport gouvernemental remis au Président de la République au mois de mars 2016. Néanmoins, le droit du travail – pris en la personne du salarié ou de ses représentants au niveau collectif – semble avoir tout intérêt à s'en servir. À cet égard, au même titre que le devoir précontractuel d'information ou que le contrat d'adhésion et son régime, le vice de violence pour abus de l'état de dépendance participe à accroître – à son propre degré – la portée de l'influence minimale accueillie produite par la réforme du droit des contrats au sein des frontières travaillistes.

§2. LA VIOLENCE POUR ABUS DE L'ÉTAT DE DÉPENDANCE EN DROIT DU TRAVAIL

501. Le consentement, présenté comme « le principal critère de légitimité des actions »²⁰⁵⁹ de la vie juridique, est historiquement « considéré avec circonspection »²⁰⁶⁰ en droit du travail. Les raisons de cette méfiance sont évidentes. En amont de la conclusion du contrat de travail, la volonté du salarié peut être altérée par des circonstances qui lui sont extérieures²⁰⁶¹. L'on

²⁰⁵⁵ Pour un avis contraire, cantonné au seul domaine du droit des libéralités, V. F. SAUVAGE, « Principales incidences de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve de l'obligation sur le droit des libéralités », *AJ fam.* 2016. 475, qui écrit : « certes, l'exigence que l'auteur de l'abus tire un avantage manifestement excessif de la libéralité est impuissante à tarir l'émergence d'un tel contentieux ».

²⁰⁵⁶ Rapport remis au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131, préc.

²⁰⁵⁷ Selon le terme employé par Y. PAGNERRE, « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », préc. V. ég. S. TOURNAUX, « Le contrat de travail et les dérogations au droit commun des contrats », préc. ; G. LOISEAU, « Le contrat de travail dans la réforme de droit des contrats », préc.

²⁰⁵⁸ E. CLAUDEL, « L'abus de dépendance économique : un sphinx renaissant de ses cendres ? (commentaire de l'article 1143 nouvel du Code civil et de la proposition de loi visant à mieux définir l'abus de dépendance économique », préc.

²⁰⁵⁹ M. FABRE-MAGNAN, « Le forçage du consentement du salarié », préc.

²⁰⁶⁰ *Ibid.*

²⁰⁶¹ Et qui n'émanent pas nécessairement de son futur employeur.

pense ici au travailleur dont la situation financière, précaire, le contraint à accepter la première offre d'emploi venue, même s'il est conscient que certaines clauses portent atteinte à son intérêt²⁰⁶². En aval, chaque acte conclu entre les acteurs des relations individuelles de travail est frappé du sceau de la suspicion, dans la double mesure où la volonté du salarié est juridiquement subordonnée à celle de son employeur et que le risque de dépendance économique du premier vis-à-vis du second est patent. La liberté du consentement du (futur) salarié ne peut donc qu'être interprétée avec précautions, car, en certaines circonstances, celui-ci peut « être prêt à tout consentir »²⁰⁶³. Ce constat illustre topiquement le fait que le travailleur, par son seul consentement, ne peut renoncer à certaines protections légales dont il bénéficie²⁰⁶⁴.

502. Pourtant, le consentement du salarié est utilisé de façon croissante dans l'optique de « détricoter le droit du travail »²⁰⁶⁵. Sa volonté suffit parfois pour lui faire expressément renoncer à certains droits ou accepter de nouvelles contraintes. La loi prévoit, par exemple, que « les salariés volontaires ayant donné leur accord par écrit à leur employeur peuvent travailler le dimanche »²⁰⁶⁶, alors même qu'il est précisé à l'article L. 3132-3 du Code du travail que « dans l'intérêt des salariés, le repos hebdomadaire et donné le dimanche ». Il est même des hypothèses dans lesquelles le consentement du travailleur est nécessaire, mais où son refus est susceptible d'être sanctionné. L'article L. 5412-1, 2°, du Code du travail, issu de la loi du 1^{er} août 2008 relative aux droits et aux devoirs des demandeurs d'emploi²⁰⁶⁷, en sa version en vigueur depuis

²⁰⁶² V. not. M. FABRE-MAGNAN, P. LOKIEC, « Le vice de violence en droit du travail », préc.

²⁰⁶³ H. CAMANA, *La conception du contrat de la jurisprudence contemporaine relative au contrat de travail*, Thèse, Paris 1, 2007.

²⁰⁶⁴ L'article L. 1231-4 du Code du travail indique que « l'employeur et le salarié ne peuvent renoncer par avance au droit de se prévaloir des règles prévues par le présent titre ». Ainsi, par exemple, un salarié protégé ne peut valablement accepter de rompre amiablement son contrat de travail, car ce serait là renoncer à son statut protecteur : Soc., 27 mars 2007, n° 05-45.310, *JCP S* 2007. 32, obs. J.-Y. KERBOUC'H ; *La lettre juridique* 2007, n° 257, obs. G. AUZERO. D'ailleurs, l'inspection du travail n'est pas autorisée à donner son accord pour le licenciement économique d'un salarié protégé au prétexte que celui-ci souhaite quitter l'entreprise, pour les mêmes raisons : CE, 2 juill. 2017, n° 368590, *AJDA* 2014. 1414, obs. J.-M. PASTOR ; *AJDA* 2014. 1897, concl. G. DUMORTIER ; *AJDA* 2014. 1935, chron. H. LESSI, L. DUTHEILLET DE LAMOTHE. La jurisprudence fait fréquemment mention du fait que le salarié ne peut pas « renoncer par avance au bénéfice d'un droit qu'il tient de dispositions d'ordre public avant que ce dernier ne soit né » : V. not. Soc., 5 mai 2021, n° 20-14.390, *Dr. soc.* 2021. 860, obs. S. TOURNAUX ; *RDT* 2021. 525, obs. M. VÉRICEL ; *JCP S* 2021. 1163, obs. Q. CHATELIER ; *JSL* 2021, n° 524-4, obs. M. HAUTEFORT (au sujet du fractionnement du congé principal) ; Soc., 27 avr. 1989, n° 86-42.663 (au sujet de l'acceptation anticipée d'un licenciement) ; Soc., 20 janv. 2016, n° 14-22.836 et s. (au sujet de la retraite) ; Soc., 16 nov. 1999, n° 97-43.853 (en matière de transaction). V. ég. X. CARSIN, *La renonciation en droit du travail*, Thèse, Paris 1, 2006.

²⁰⁶⁵ M. FABRE-MAGNAN, « Le forçage du consentement du salarié », préc.

²⁰⁶⁶ Article L. 3232-25-4, alinéa 1, du Code du travail.

²⁰⁶⁷ Loi n° 2008-758 du 1^{er} août 2008.

le 5 septembre 2018²⁰⁶⁸, dispose ainsi qu'est radié de la liste des demandeurs d'emploi celui qui, sans motif légitime, refuse à deux reprises une offre raisonnable d'emploi. Pourtant, la loi fait mention à plusieurs reprises de l'« acceptation » du travailleur. La recherche d'emploi est donc centrée sur son consentement. Toutefois, s'il doit exprimer librement sa volonté, son refus peut être sanctionné, ce qui paraît pour le moins paradoxal. L'article L. 2254-2, III° et V°, du Code du travail en donne une autre illustration. Le premier indique qu'un salarié peut toujours refuser la modification de son contrat de travail imposée par la mise en œuvre d'un accord de performance collective²⁰⁶⁹. Le second dispose cependant que « l'employeur dispose d'un délai de deux mois à compter de la notification du refus du salarié pour engager une procédure de licenciement. Ce licenciement repose sur un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse [...] »²⁰⁷⁰. Le choix offert au salarié est ainsi bien mince : accepter une potentielle modification *in pejus* de son contrat de travail ou risquer d'être licencié. Dans ces situations, se pose la question de la liberté du consentement, puisqu'une « contrainte de fait »²⁰⁷¹ pèse sur le travailleur²⁰⁷² lorsqu'il exprime sa volonté de s'engager.

503. On s'aperçoit néanmoins que, fréquemment, la partie faible s'engage²⁰⁷³ de son plein gré. À l'inverse des hypothèses d'erreur ou de dol, elle contracte en toute connaissance de cause²⁰⁷⁴, en sachant que les stipulations de l'acte ne lui sont pas favorables. Elle ne peut toutefois se permettre de refuser, en raison de la contrainte que fait peser sur elle l'absence de solution(s) alternative(s) satisfaisante(s) et les conséquences qui en résultent. Le vice de violence pour abus de l'état de dépendance pourrait alors opportunément être mobilisé. La chambre sociale de la Cour de cassation a d'ailleurs d'ores et déjà eu l'occasion de prononcer l'annulation d'un contrat pour « violence morale ». Il en est ainsi, par exemple, du contrat de travail conclu à des « conditions draconiennes » par un salarié qui « avait de pressants besoins d'argent » et qui n'avait pour seul choix celui « d'engager un procès »²⁰⁷⁵ qui pouvait être long

²⁰⁶⁸ L'article a été modifié par l'article 60 de la loi n° 2018-771 du 5 sept. 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel.

²⁰⁶⁹ L'article L. 2254-2, III°, du Code du travail dispose que « les stipulations de l'accord [de performance collective] se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail, y compris en matière de rémunération, de durée du travail et de mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise ». Le salarié peut refuser la modification de son contrat de travail résultant de l'application de cet accord.

²⁰⁷⁰ Article L. 2254-2, V°, du Code du travail.

²⁰⁷¹ Selon la formule de M. FABRE-MAGNAN, « Le forçage du consentement du salarié », préc.

²⁰⁷² Qu'il soit demandeur d'emploi ou salarié.

²⁰⁷³ Qu'il s'agisse d'un contrat de travail ou d'un acte conclu postérieurement, en cours d'exécution dudit contrat.

²⁰⁷⁴ M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, parle d'une « servitude volontaire ».

²⁰⁷⁵ Contre son ancien employeur.

ou d'accepter de recevoir immédiatement une somme réduite »²⁰⁷⁶. De la même manière, doit être considérée comme fautive la rupture anticipée d'un contrat à durée déterminée, acceptée par le salarié en raison des menaces de l'employeur, suivie de la conclusion d'un nouveau contrat précaire, « littéralement extorqué par [l'employeur] », dans l'optique de le priver des droits qui découlaient du premier contrat²⁰⁷⁷. Ainsi, même sous un autre vocable, la chambre sociale de la Cour de cassation a déjà fait application de la violence pour abus de l'état de dépendance. L'attrait du nouvel article 1143 du Code civil pour le salarié possède ainsi dans la jurisprudence antérieure une traduction concrète.

504. Avant d'apprécier les hypothèses dans lesquelles le nouveau vice pourrait avantageusement être soulevé par la partie faible des relations de travail²⁰⁷⁸, il convient d'énoncer ici que la teneur de la législation du travail risque de faire obstacle à sa mise en œuvre dans un cas particulier. En effet, l'article L. 1221-4 du Code du travail dispose que « les procédures d'enchères électroniques inversées étant interdites en matière de fixation du salaire, tout contrat de travail stipulant un salaire fixé à l'issue d'une telle procédure est nul de plein droit ». Dans cette situation, le recruteur exerce contre le demandeur d'emploi une pression sur la rémunération, dans l'espoir d'obtenir « un salaire manifestement et excessivement bas »²⁰⁷⁹. Cette pression emporte la nullité automatique et sans autre condition du contrat de travail. Dès lors, si l'on écarte temporairement le fait que la sanction de la nullité du contrat de travail souffre de plusieurs maux²⁰⁸⁰, la disposition spéciale travailliste est plus favorable pour le salarié que ne l'est le nouvel article 1143 du Code civil. Sur le fondement de la première, la nullité peut être prononcée dès lors que le contrat de travail indique que la fixation de la rémunération résulte d'une procédure d'enchères électroniques inversées²⁰⁸¹. À l'inverse, sur celui du second, la nullité ne résulte que de la démonstration, par le salarié, de l'existence d'un état de dépendance, dont le recruteur a abusé pour en retirer un avantage manifestement excessif, à savoir un salaire excessivement faible et fixé par le biais d'un procédé illicite. En cette matière très spécifique, l'attrait de la disposition de droit commun des contrats paraît très limité, puisque le droit du travail permet plus aisément au demandeur d'obtenir la nullité du

²⁰⁷⁶ Soc., 5 juill. 1965, *Bull. civ. IV*, n° 545, préc.

²⁰⁷⁷ Soc., 30 oct. 1973, n° 73-40.233.

²⁰⁷⁸ V. *infra*, n° 506 et s.

²⁰⁷⁹ S. TOURNAUX, « Le contrat de travail et les dérogations au droit commun des contrats », préc. V. ég. du même auteur, « L'interdiction des enchères électroniques inversées sur le salaire – la mise en place du CV anonyme », *Lexbase, éd. soc.*, 2006, n° 210.

²⁰⁸⁰ V. *supra*, n° 325.

²⁰⁸¹ Article L. 1221-4 du Code du travail.

contrat de travail. Néanmoins, la situation relève du cas d'école, car la chambre sociale de la Cour de cassation n'a jamais rendu un arrêt au visa de l'article L. 1221-4 du Code du travail²⁰⁸².

505. Si l'on excepte cette hypothèse, l'on s'aperçoit que le vice de violence pour abus de l'état de dépendance pourrait, en plusieurs occurrences, être mobilisé par la partie faible de la relation de travail **(A)**. Cet examen nous autorisera à déterminer la part du nouvel article 1143 du Code civil dans l'influence minimale accueillie de la réforme du droit des contrats en droit du travail **(B)**.

A. LES SITUATIONS D'ABUS DE L'ÉTAT DE DÉPENDANCE EN DROIT DU TRAVAIL

506. Le vice de violence pour abus de l'état de dépendance, à l'instar du devoir précontractuel d'information ou du contrat d'adhésion, présente intrinsèquement un attrait pour le droit du travail, en contribuant à résorber le déséquilibre de puissance contractuelle qui existe entre les contractants. En la matière, son intérêt pour la partie faible dépasse le seul carcan des relations individuelles **(1)**, pour s'étendre aux relations collectives de travail **(2)**.

1. Le vice de violence pour abus de l'état de dépendance dans les relations individuelles de travail

507. S'il ne s'y limite pas²⁰⁸³, le droit du travail régit en premier lieu²⁰⁸⁴ les relations nouées entre un employeur et un salarié. Les rapports qu'ils peuvent entretenir sont pluriels. L'emploi que le travailleur peut faire du nouvel article 1143 du Code civil à l'encontre de son donneur d'ordre l'est tout autant. La sanction de la nullité plane ainsi au-dessus de plusieurs actes, à commencer par le contrat de travail lui-même **(a)**. Néanmoins, les relations individuelles de travail ne sont pas bornées par ce seul contrat et plusieurs actes peuvent être conclus en cours d'exécution du contrat de travail **(b)** ou dans l'optique de le rompre **(c)**. Enfin, l'exemple de la

²⁰⁸² Plus encore, une recherche sur le site « Légifrance » nous apprend qu'au-delà même du visa, l'article L. 1221-4 du Code du travail n'a jamais été mentionné au sein d'un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation.

²⁰⁸³ G. AUZERO, E. DOCKES, D. BAUGARD, *Droit du travail*, préc., p. 5.

²⁰⁸⁴ Si l'on s'intéresse au plan du Code du travail, les règles relatives aux relations individuelles précèdent celles ayant trait aux relations collectives.

transaction nous permettra d'évoquer l'utilité du vice de violence pour abus de l'état de dépendance au cours de la période post-contractuelle (d).

a. Lors de la conclusion du contrat de travail

508. Conformément à nos développements précédents, le salarié qui entend obtenir la nullité de son contrat de travail par le truchement de l'article 1143 du Code civil doit réunir les preuves de son état de dépendance à l'égard de l'employeur, d'un abus commis par celui-ci, qui en a profité pour tirer de l'acte un avantage manifestement excessif.

509. La dépendance du salarié est étroitement liée à la subordination sous laquelle il est placé, au point que certains auteurs se questionnent sur la possibilité de déduire la première de la seconde²⁰⁸⁵. Dépendance et subordination ne feraient alors qu'un. Cela allègerait évidemment la charge probatoire qui pèse sur lui, dans la mesure où l'état de dépendance résulterait irréfragablement de la conclusion du contrat de travail. Il s'avère cependant que cet amalgame – si tant est qu'il soit judiciairement accueilli²⁰⁸⁶ – se heurte en l'espèce à un défaut rédhibitoire. En effet, une difficulté temporelle inextricable interdit au juge de prononcer la nullité d'un contrat de travail sur le fondement de l'article 1143 du Code civil en déduisant l'état de dépendance du salarié du lien de subordination auquel il est soumis²⁰⁸⁷. Tandis que la subordination est l'une des conséquences de la conclusion du contrat, la « nouvelle forme de violence est nécessairement antérieure à la conclusion du contrat de travail si elle doit avoir constitué un vice du consentement du salarié »²⁰⁸⁸. En d'autres termes, la déduction dont il est ici question permet de caractériser la dépendance du salarié à l'égard de l'employeur une fois le contrat de travail conclu, alors que la mobilisation du vice de violence pour abus de l'état de dépendance à l'encontre du contrat de travail lui-même ne peut tenir compte que de la phase précontractuelle. Dès lors, la confusion entre dépendance et subordination ne pourrait être effectuée qu'à l'encontre d'un acte conclu en cours d'exécution du contrat de travail²⁰⁸⁹, quand le salarié est effectivement placé sous la subordination de son employeur.

²⁰⁸⁵ V. not. G. LOISEAU, « Le contrat de travail dans la réforme de droit des contrats », préc. ; S. TOURNAUX, « Le contrat de travail et les dérogations au droit commun des contrats », préc. ; I. BEYNEIX, « L'unification prétorienne du vice de violence économique en droit privé », préc. ; B. EDELMAN, « De la liberté et de la violence économique », préc.

²⁰⁸⁶ V. *infra*, n° 864 et s. La Cour de cassation, de longue date, en a rejeté l'idée : Civ., 28 mars 1926, préc.

²⁰⁸⁷ V. not. M. FABRE-MAGNAN, P. LOKIEC, « Le vice de violence en droit du travail », préc.

²⁰⁸⁸ *Ibid.*

²⁰⁸⁹ V. *infra*, n° 514 et s.

510. Ce n'est pas pour autant que la conclusion du contrat de travail ne peut pas être entachée d'une telle violence. Simplement, la réalité de l'état de dépendance ne peut être cherchée dans la subordination de la volonté du salarié ; elle doit résulter de circonstances qui sont propres à la personne du travailleur ou d'un contexte qui lui est extérieur. Il est, par contre, complexe d'imaginer une situation dans laquelle le futur et hypothétique employeur se trouve, par son comportement, à l'origine de l'état de dépendance²⁰⁹⁰. Dès lors, l'exemple le plus topique est celui du candidat à l'embauche dont la situation financière, parfois conjuguée avec sa situation familiale, lui interdit de rejeter une proposition d'emploi²⁰⁹¹. Avec les professeurs M. Fabre-Magnan et P. Lokiec, l'on peut considérer que celui « qui a absolument besoin de ce contrat [de travail] dépend de son employeur potentiel pour le tirer d'affaire »²⁰⁹², permettant par-là de caractériser l'état de dépendance « à l'égard » de son cocontractant, conformément à la lettre de l'article 1143 du Code civil.

En se plaçant à la date de conclusion du contrat de travail, le lien de dépendance entre les contractants concerne essentiellement la sphère économique. En effet, et ce même si la disposition précitée permet d'interpréter largement la notion de « dépendance », il est raisonnable d'estimer que celle qui lie l'aspirant salarié et son futur employeur sera plus fréquemment économique que technologique ou affective²⁰⁹³. Par la conclusion d'un contrat de travail, l'objectif du travailleur est, bien souvent, de percevoir une rémunération, laquelle est parfois présentée comme son unique « moyen de subsistance »²⁰⁹⁴. Aussi, puisqu'il est

²⁰⁹⁰ Ce constat tend également à démontrer que l'exclusion de tous les facteurs endogènes de dépendance, crainte par une frange de la doctrine, interdirait au salarié de demander la nullité de son contrat de travail sur le fondement de l'article 1143 du Code civil, car l'état de dépendance invoqué, dans ce cas, trouve nécessairement sa source dans la personne même du salarié ou des circonstances qui l'entourent, et non pas dans le contrat de travail ou ses clauses.

²⁰⁹¹ Les faits présentés sont très similaires à ceux qui ont mené la chambre sociale de la Cour de cassation à prononcer l'annulation d'un contrat de travail au visa des anciens articles 1111 et s., du Code civil, en retenant que « le consentement [du salarié] avait été vicié par une violence morale » : Soc., 5 juill. 1965, *Bull. civ. IV*, n° 545, préc.

²⁰⁹² M. FABRE-MAGNAN, P. LOKIEC, « Le vice de violence en droit du travail », préc.

²⁰⁹³ L'on peut toutefois émettre l'hypothèse d'un contrat de travail conclu entre les deux membres d'un couple, à des conditions particulièrement défavorables pour le salarié, qui l'accepte néanmoins en raison de l'affection qu'il porte à son « conjoint ».

²⁰⁹⁴ V. not. G.-H. CAMERLYNCK, « L'autonomie du droit du travail », préc. ; A. MARTINON, « Le contrat de travail, laboratoire d'un droit commun des contrats spéciaux ? », préc. ; L. BENTO DE CARVALHO, *L'apport du droit du travail à la théorie générale de l'acte juridique*, préc., p. 75. La même idée se trouve également en jurisprudence. Par exemple, il a été jugé que « la demande [de délai de grâce] portant [...] sur une créance composée exclusivement de salaires, soit de moyens de subsistance » doit être rejetée » : Colmar, ch. civ., 03, sect., A, 10 nov. 2014, n° 14/0872. V. ég. Paris, pôle 06, ch., 08, 9 sept. 2021, n° 18/07218, au sein duquel il est considéré que « les obligations tenant au paiement de l'intégralité du salaire dû, à la détermination des conditions dans lesquelles est allouée la part variable de la rémunération et au respect des dispositions conventionnelles sur le salaire minimum constituent des obligations essentielles qu'il appartient à l'employeur de respecter dès lors

nécessaire pour tout être humain de « se nourrir, de se vêtir et de se loger [...], le fait de travailler ne résulte pas le plus souvent d'un choix, mais d'une nécessité »²⁰⁹⁵, ce dont il résulte que l'état de dépendance du candidat à l'embauche vis-à-vis d'un recruteur est avant tout économique.

511. Les faits de l'arrêt du 5 juillet 1965 susmentionné²⁰⁹⁶ nous permettent aisément d'imaginer quelle(s) sorte(s) d'avantage(s) un employeur peut tirer de la dépendance économique d'un candidat à l'emploi. L'on pense, par exemple, à l'insertion dans le contrat de « clauses draconiennes », ou de la prévision d'une rémunération particulièrement faible. Dans cet arrêt, un salarié s'était engagé en tant que représentant d'une entreprise, moyennant une commission de 3 % sur le prix hors taxe des ventes directes et indirectes qu'il parvenait à conclure. Après sa démission, il a été contraint – par la maladie de son enfant et son besoin pressant d'argent – de se réengager pour le compte du même employeur, qui en a profité pour abaisser le montant des commissions à 1,50 % sur le prix des seules ventes directes et supprimer l'ensemble des prestations sociales. Le déséquilibre conséquent des prestations au détriment du salarié, créé par les clauses du contrat de travail, permet ainsi de caractériser l'avantage manifestement excessif exigé par le nouvel article 1143 du Code civil²⁰⁹⁷.

512. La démonstration, par le salarié, d'un état de dépendance au moment de la conclusion du contrat de travail et de l'avantage manifestement excessif que celui-ci octroie à l'employeur ne paraît pas se heurter à un achoppement spécifique²⁰⁹⁸. Il en va autrement de celle de l'abus de l'état de dépendance. Nous l'avons énoncé²⁰⁹⁹, la Cour de cassation apprécie cet abus subjectivement, soulignant l'intention de nuire qui animait l'auteur lors de l'échange des consentements. Pourtant, dans la majorité des cas, l'employeur qui insère dans un contrat de travail des clauses à son avantage entend surtout en tirer un gain²¹⁰⁰ ; il n'a pas pour objectif

qu'elles participent à l'équilibre du contrat de travail faisant naître en échange des obligations s'imposant au salarié pour lequel le salaire est un moyen de subsistance ».

²⁰⁹⁵ Ch. GERMAIN, *Droit du travail et théorie de l'acte juridique*, préc., spé., n° 143.

²⁰⁹⁶ Soc., 5 juill. 1965, *Bull. civ. IV*, n° 545, préc.

²⁰⁹⁷ Ch. GOLDIE-GÉNICON, « Droit commun des contrats et contrat de travail, 100 ans après », préc., estime que le fait d'extorquer au salarié une clause de mobilité particulièrement large pourrait être constitutif d'un avantage manifestement excessif.

²⁰⁹⁸ Par rapport à ce que nous énoncions lors de l'étude du mécanisme : V. *supra*, n° 477 et s., n° 495 et s. La charge probatoire demeure lourde pour le salarié, mais il ne semble pas, en ce qui concerne les critères de l'état de dépendance et de l'avantage manifestement excessif, qu'elle le soit plus qu'en droit commun des contrats.

²⁰⁹⁹ V. *supra*, n° 493.

²¹⁰⁰ V. not. L. BENTO DE CARVALHO, « L'incidence de la réforme du droit des contrats sur le régime du contrat de travail : renouvellement ou *statu quo* ? », préc., qui rappelle que « l'auteur de la violence cherche avant tout à tirer un profit maximum de la dépendance de son cocontractant, et non à lui nuire ».

premier de nuire intentionnellement au salarié. Ainsi, lors de la conclusion du contrat de travail, solliciter du salarié la démonstration subjective d'un abus est en décalage avec les véritables aspirations de l'employeur. L'apport de la preuve semble donc être impossible, à moins que puisse effectivement être caractérisée une telle intention de nuire au salarié. L'on peut néanmoins se questionner sur l'intérêt qu'aurait un employeur de conclure un contrat de travail déséquilibré en sa faveur dans l'optique de porter atteinte aux intérêts de son nouveau salarié. En effet, même déséquilibré, ledit contrat comporte des obligations pour l'employeur, comme celle de rémunérer le salarié, *a minima* à hauteur du salaire minimal interprofessionnel de croissance²¹⁰¹ ou de lui fournir des tâches à réaliser²¹⁰². Ces obligations perdurent dans le temps, puisque le contrat de travail est un contrat à exécution successive²¹⁰³. En d'autres termes, l'investissement²¹⁰⁴ de l'employeur dans l'optique de porter préjudice à un aspirant salarié semble disproportionné²¹⁰⁵.

La chambre sociale de la Cour de cassation a néanmoins eu l'occasion de retenir une telle intention dans un arrêt susmentionné²¹⁰⁶, au sein duquel elle énonce « que de ces constatations, la Cour d'appel a pu déduire que la substitution d'un contrat de travail à un autre était due à l'initiative de l'employeur, que le second avait été littéralement extorqué par [l'employeur] aux deux [salariées] et que la manœuvre qui avait accompagné l'opération démontrait la volonté de l'employeur de les priver des droits découlant de leur premier contrat ». Par la conclusion d'un second contrat de travail, antidaté à la date du premier, l'intention de l'employeur était ainsi de priver illicitement ses salariées de certains droits prévus

²¹⁰¹ V. *supra*, n° 498.

²¹⁰² V. not. Soc., 26 nov. 1959, *Bull. civ. IV*, n° 1188 ; Soc., 30 juin 1993, n° 90-41.540 ; Soc., 21 juin 1994, n° 93-40.143 ; Soc., 20 janv. 1999, n° 96-45.424 ; Soc., 14 janv. 2004, n° 01-40.489, *Dr. soc.* 2004. 306, obs. Ch. RADÉ ; *D.* 2004. 1473, note J. MOULY ; *Cah. soc.* 2004, p. 161, obs. F.-J. PANSIER ; *RJES* 2004. 47, obs. J. BARTHÉLÉMY ; Soc., 9 juin 2015, n° 13-26.834.

²¹⁰³ Article 1111-1 du Code civil : « le contrat à exécution successive est celui dont les obligations d'au moins une partie s'exécutent en plusieurs prestations échelonnées dans le temps ». Le fait que le contrat de travail soit un contrat à exécution successive ne fait aucun doute : V. not. G. PIGNARRE, « Contrat de travail : exécution », *Rep. trav.*, Dalloz, 2020, spé., n° 1 : « le contrat en droit privé est traité selon le plan classique binaire, de la conclusion, puis des effets. Il est pourtant traditionnel de consacrer une brève rubrique du Répertoire à l'exécution, en raison du particularisme du contrat de travail, contrat personnel, synallagmatique et à exécution successive ».

²¹⁰⁴ Que ce soit le temps utilisé pour procéder au recrutement, à l'établissement du contrat de travail, que les obligations qui découlent de la conclusion de celui-ci.

²¹⁰⁵ À l'inverse, le fait, pour un employeur, de profiter de l'état de dépendance économique d'un candidat à l'emploi afin de lui imposer un contrat de travail à des conditions particulièrement défavorables est plus envisageable. Néanmoins, dans cette situation, dont nous avons d'ores et déjà parlé (V. *supra*, n° 508 et s.), l'abus commis ne peut pas être qualifié subjectivement, en ce que l'employeur n'a pas inévitablement l'intention de nuire à son cocontractant ; il souhaitait tirer un gain (financier, par exemple) du contrat de travail conclu et de l'état de dépendance susmentionné.

²¹⁰⁶ Soc., 30 oct. 1973, n° 73-40.233, préc.

par le contrat initial, dont la rupture a été obtenue par le biais de menaces et de pressions. Si l'employeur a indéniablement tiré un gain de la conclusion arrachée du deuxième contrat de travail, la formule employée par la Haute Cour met l'accent sur la volonté de nuire aux salariées et, par conséquent, sur la facette subjective de l'abus imaginée par G. Ripert. Cependant, les faits d'espèce présentent une particularité, car ils ne se sont pas déroulés au cours d'une phase de « primo-embauche », puisque les parties étaient déjà liées par un premier contrat de travail à durée déterminée, rompu par anticipation. L'hypothèse de la commission par l'employeur d'un abus subjectifs de la dépendance d'un candidat à une première embauche, au-delà d'être difficilement démontrable, est surtout celle d'un cas d'école sans transcription jurisprudentielle concrète. Il n'est donc pas certain, comme nous le détaillerons ci-dessous²¹⁰⁷, que le nouvel article 1143 du Code civil ait ici une quelconque utilité pratique pour un salarié demandeur.

513. Les relations individuelles de travail ne se limitent toutefois pas à la seule période précontractuelle et le vice de violence pour abus de l'état de dépendance semble être doté d'un tout autre avenir lors de la phase d'exécution du contrat de travail.

b. Lors de l'exécution du contrat de travail

514. Postérieurement à la conclusion du contrat de travail, la situation contractuelle est susceptible d'évolutions et plusieurs types d'actes juridiques peuvent être conclus. L'exemple le plus caractéristique est celui de la modification du contrat de travail, proposée par l'employeur, acceptée par le salarié et scellée par un avenant. Au-delà, les parties peuvent signer des actes annexes comme, par exemple, une convention de cession de droits personnels à l'employeur ou une convention de forfait en jours. Le risque d'un abus de l'état de dépendance du salarié, par lequel l'employeur obtient un avantage significatif, est présent dans chacune de ces hypothèses. Pour le salarié, l'intérêt du vice de violence pour abus de l'état de dépendance est donc renouvelé. Afin de nous éviter d'inutiles redondances, nous nous focaliserons sur l'exemple de la modification du contrat de travail, tout en prenant soin d'apporter certaines précisions propres aux autres actes lorsque cela paraîtra nécessaire.

²¹⁰⁷ V. *infra*, n° 540 et s.

515. Depuis la fin du siècle dernier, le droit du travail opère une nette distinction entre la modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail²¹⁰⁸. Tandis que la variation d'un élément du socle contractuel dudit contrat²¹⁰⁹ est impérativement conditionnée à l'accord du salarié, conformément aux dispositions de l'article 1193 du Code civil²¹¹⁰, le changement des conditions de travail est laissé au pouvoir de direction de l'employeur²¹¹¹. Dans ce cas, le vice de violence pour abus de l'état de dépendance se révèle totalement inutile, car le changement est imposé par l'employeur, sans que le salarié ne doive exprimer de volonté²¹¹². Son consentement ne peut donc pas être vicié de violence. *A contrario*, chaque salarié, qu'il bénéficie ou non d'un statut protecteur, doit expressément donner son accord à la modification de son contrat de travail. Dès lors, s'il lui est arraché par un employeur qui abuse de son état de dépendance et en tire un avantage manifestement excessif, l'avenant modificatif pourrait être annulé en application du nouvel article 1143 du Code civil.

²¹⁰⁸ Soc., 10 juill. 1996, n° 93-41.137, préc. V. *supra*, n° 3, n° 130.

²¹⁰⁹ Le socle contractuel regroupe les « éléments déterminants du consentement des deux parties » (Y. PAGNERRE, « Le secteur géographique : la fin d'un mystère ? », préc.). On y retrouve ainsi la rémunération contractuelle, la qualification du salarié (V. not. Soc., 16 déc. 1998, n° 96-41.845, *Dr. soc.* 1999. 566, étude Ph. WAQUET ; *JCP* 1999. I. 181, obs. J.-L. ALLIOT), la durée du travail (V. not. Soc., 20 oct. 1998, n° 96-40.614, préc.), voire le lieu de travail (V. not. Soc., 16 déc. 1998, n° 96-40.227, *Dr. soc.* 1999. 566, *op. cit.* ; Soc., 3 mai 2006, n° 04-41.880, *JCP S* 2006. 1666, note B. BOSSU. V. ég. P.-H. MOUSSERON, « Le lieu de travail, territoire de l'entreprise », *Dr. soc.* 2007. 1110 ; F. CANUT, « Le secteur géographique », *Dr. soc.* 2011. 923 ; M. DEL SOL, « Variations jurisprudentielles sur le lieu de travail », *JCP S* 2006. 1663 ; B. BOUBLI, « Le changement du lieu de travail », *SSL* 2004, n° 1180 ; Y. PAGNERRE, *op. cit.* ; J.-P. TRICOIT, « La modification du lieu de travail par l'employeur », préc.

²¹¹⁰ L'article 1193 du Code civil dispose que « les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise ».

²¹¹¹ Soc., 8 oct. 1987, n° 84-40.902, n° 84-41.902, préc. ; Soc., 10 juill. 1996, n° 93-41.137, préc. C'est le cas, par exemple, pour le simple changement des conditions de travail (V. not. Soc., 10 mai 1999, n° 96-45.673, *Dr. soc.* 1999. 566, étude Ph. WAQUET ; *Dr. soc.* 1999. 736, obs. B. GAURIAU ; *JCP E* 2000. 88, obs. C. PUIGELIER ; Soc., 12 mai 2010, n° 09-41.007 et s.) ou des horaires du salarié (V. not. Soc., 22 févr. 2000, n° 97-44.339, *D.* 2000. 377, obs. Th. AUBERT-MONPEYSEN ; Soc., 21 nov. 2000, n° 98-43.377 ; Soc., 9 avr. 2002, n° 99-45.155, *Dr. soc.* 2002. 665, obs. J. SAVATIER ; Soc., 20 oct. 2010, n° 08-44.594, préc. ; Soc., 23 janv. 2013, n° 11-22.364 ; Soc., 9 avr. 2015, n° 13-27.624, *RDT* 2015. 396, obs. L. BENTO DE CARVALHO ; *JCP S* 2015. 1213, obs. M. MORAND).

²¹¹² Et sans qu'il ne puisse valablement s'y opposer : V. not. Soc., 10 juill. 1996, n° 93-41.137, *ibid.* ; Soc., 23 févr. 2005, n° 03-42.018, *Dr. soc.* 2005. 576, obs. J. MOULY ; *D.* 2005. 1678, note K. GABA ; *RTD civ.* 2005. 395, obs. J. MESTRE, B. FAGES ; *JCP* 2005. II. 10076, note D. CORRIGNAN-CARSIN ; Soc., 8 juin 2011, n° 09-72.833 ; Soc., 23 mai 2013, n° 12-15.461, préc. ; Soc., 12 mai 2015, n° 14-10.408 ; Ass., plén., 23 oct. 2015, n° 13-25.279, *Dr. soc.* 2016. 11, note G. AUZERO, F. CANUT ; *Dr. soc.* 2016. 27, note J. MOULY ; *D.* 2016. 144, chron. Ph. FLORES, S. MARIETTE, E. WURTZ, N. SABOTIER ; *JCP S* 2015. 1362, note F. FAVENNEC-HÉRY. Par exception, le salarié qui bénéficie d'un statut protecteur (articles L. 2411-1 et s. du Code du travail) doit également donner son accord à un simple changement de ses conditions de travail : Soc., 30 avr. 1997, n° 95-40.573 ; Soc., 5 mai 1998, n° 95-45.190 ; Soc., 30 mai 2001, n° 00-60.194, *Dr. soc.* 2001. 901, obs. J. SAVATIER ; Soc., 5 mars 2008, n° 07-11.123, *RDT* 2008. 306, obs. F. DEBORD ; *AJDA* 2008. 498, obs. M.-C. DE MONTECLER ; *JCP S* 2008. 1309, note J.-Y. KERBOUC'H ; *JCP S* 2011. 1486, obs. S. BRISSY. Il se peut donc que le consentement du salarié soit donné dans les conditions cumulativement prévues par l'article 1143 du Code civil et que, par conséquent, il trouve un intérêt à invoquer le vice de violence pour abus de l'état de dépendance. L'hypothèse rejoint alors celle que nous détaillerons ci-dessous, au sujet de la caractérisation d'une telle violence en matière de modification du contrat de travail : V. ci-après.

516. À propos de l'état de dépendance du salarié, nos développements relatifs à la violence pour abus de dépendance lors de la conclusion du contrat de travail²¹¹³ peuvent parfaitement être repris. Et pour cause, fort logiquement, le lien de dépendance qui unit le salarié à son employeur en cours d'exécution du contrat de travail est à nouveau essentiellement économique. Nous ne pouvons cependant pas nous contenter d'un simple renvoi à nos remarques précédentes. En effet, une nuance doit être apportée, non pas sur la nature de la dépendance, mais quant à la difficulté de la charge probatoire ; il est certainement plus aisé pour le salarié de démontrer son état de dépendance lors de la modification du contrat de travail qu'au moment de la conclusion dudit contrat. En effet, lors de la phase précontractuelle, le juge peut retenir l'existence de solution(s) alternative(s) satisfaisante(s) chaque fois que l'aspirant salarié a eu la possibilité de s'engager pour le compte d'un autre employeur. Au-delà, il pourra également rejeter la dépendance toutes les fois où le salarié n'est pas parvenu à démontrer les conséquences néfastes qu'aurait eues pour lui le rejet de la proposition d'embauche.

À l'inverse, lorsque le contrat de travail est en cours d'exécution, l'existence même de solution(s) alternative(s) satisfaisante(s) est sujette à questionnements. Prenons l'exemple d'un employeur qui souhaite, par le biais d'un avenant modificatif, intégrer une clause de mobilité géographique dans le contrat de travail d'un salarié, en lui précisant qu'il serait concerné par le plan de licenciement projeté dans l'entreprise en cas de refus. Quelles sont les alternatives, tant judiciaires qu'extrajudiciaires, ouvertes au salarié économiquement dépendant ? En retenir l'existence reviendrait à considérer que le salarié possède *a minima* une option qui, en cas de licenciement²¹¹⁴, lui permette de pallier avantageusement à la perte de la rémunération. L'on peine à imaginer une telle alternative²¹¹⁵. En revanche, le juge pourrait retenir que ladite perte n'a pas entraîné, pour le salarié, de conséquences suffisamment graves pour caractériser son état de dépendance. Tel pourrait être le cas lorsqu'au moment du refus de la modification du contrat de travail, le salarié bénéficiait déjà d'une promesse d'embauche de la part d'un autre employeur, dont il entendait lever l'option²¹¹⁶. Toutefois, dans de telles circonstances, nous

²¹¹³ V. *supra*, n° 508 et s.

²¹¹⁴ Puisque telle est la menace formulée par l'employeur, dans notre exemple, pour contraindre le salarié à accepter la modification de son contrat de travail.

²¹¹⁵ Étant précisé qu'à notre sens, il ne fait aucun doute que la perception des indemnités de licenciement et de l'allocation de retour à l'emploi ne peut, en aucune circonstance, constituer une solution alternative satisfaisante en l'espèce.

²¹¹⁶ Article 1124 du Code civil.

percevons mal les raisons qui pourraient pousser ce salarié à agir en nullité de l'avenant modificatif, puisqu'il apparaît qu'il était dans son intention de quitter son emploi. L'hypothèse, potentiellement envisageable, n'en demeure pas moins particulièrement rare. Il apparaît ainsi que la difficulté de démontrer l'existence d'un état de dépendance à l'égard de l'employeur au moment de la modification du contrat de travail est moindre que lors de la conclusion de celui-ci.

517. Un constat similaire peut être dressé lorsque l'acte conclu au cours de l'exécution du contrat de travail concerne la cession, par le salarié, des droits sur ses créations personnelles. L'équation que constitue la preuve du lien de dépendance doit ici composer avec une nouvelle variable, à savoir l'obligation de loyauté du salarié. Et pour cause, si un employeur s'intéresse à l'acquisition des droits d'exploitation d'une chose, c'est qu'elle concerne, de près ou de loin, l'activité de l'entreprise qu'il dirige. Dès lors, l'objet de la cession concerne également l'activité d'autres entreprises. Ainsi, le salarié pourrait céder ses droits aussi bien à son employeur qu'à certains de ses concurrents. Pour dévoyer un exemple jurisprudentiel déjà cité²¹¹⁷, le salarié d'une maison d'édition, qui rédige un roman sur son temps personnel, pourrait aussi bien en céder les droits d'exploitation à son employeur comme à d'autres maisons d'édition intéressées. Il possède ainsi des solutions alternatives qui pourraient faire obstacle à la caractérisation d'un état de dépendance à l'égard de son employeur. Cette solution doit pourtant être fermement rejetée, car le salarié ne pourrait, sans méconnaître son obligation de loyauté, céder lesdits droits à un éditeur concurrent²¹¹⁸. Il s'avère qu'au cours de l'exécution du contrat de travail, le salarié est débiteur d'une telle obligation, qui découle du devoir général de bonne foi prévu aussi bien par le droit commun des contrats²¹¹⁹ que par le droit du travail²¹²⁰. Pour la chambre sociale de la Cour de cassation, cette loyauté fonde notamment pour le salarié l'obligation de ne pas faire concurrence à son employeur²¹²¹, ce qui lui « interdit, en principe, de développer, directement ou indirectement, tout acte de concurrence pour son propre compte ou pour celui d'un tiers »²¹²². Dès lors, il « doit se garder, pendant toute la durée du contrat de travail, de tisser des

²¹¹⁷ Celui de Civ., 1^{re}, 3 avr. 2002, n° 00-12.932, préc.

²¹¹⁸ Paris, 4^e chambre, 12 janv. 2000, n° XP120100X, préc., qui juge que l'obligation de loyauté du salarié « ne [lui] permettait certainement pas, sans risque pour son emploi, de proposer son manuscrit à un éditeur concurrent » : V. *supra*, n° 472.

²¹¹⁹ Article 1104 du Code civil.

²¹²⁰ Article L. 1222-1 du Code du travail.

²¹²¹ V. not. Soc., 30 mars 2005, n° 03-16.167, D. 2005. 2455, note M. GOMY ; Soc., 30 oct. 2007, n° 06-44.551.

²¹²² Y. PICOD, Y. AUGUET, S. ROBINNE, « Obligation de non-concurrence », *Rep. trav.*, Dalloz, 2018, spé., n° 12.

liens avec une entreprise concurrente »²¹²³. Par exemple, la tentative de commercialisation d'un produit concurrent des activités de l'employeur, même non suivie d'effets, justifie le licenciement pour faute grave²¹²⁴.

Le salarié qui propose son ouvrage à une maison d'édition concurrente de son employeur tisse indubitablement des liens avec elle et, en conséquence, viole son obligation de loyauté. La teneur de la sanction varie avec la gravité de l'atteinte portée aux intérêts de l'employeur et de la nature de l'acte de concurrence²¹²⁵ et il est certain qu'en certaines circonstances, le salarié peut être licencié disciplinairement pour violation de son obligation de loyauté²¹²⁶. On remarque que s'il existe des solutions alternatives, celles-ci ne peuvent guère être qualifiées de « satisfaisantes ». Dès lors, leur existence ne saurait exclure l'état de dépendance du salarié à l'égard de l'employeur. Dans notre exemple, un état de dépendance pourrait donc être qualifié car, au-delà de l'absence de solutions alternatives satisfaisantes, la menace réelle d'un plan de licenciement a pu être considérée comme étant suffisante pour contraindre le consentement d'un salarié²¹²⁷.

L'on s'aperçoit ainsi qu'en cas de modification du contrat de travail ou de cession de droits personnels, l'absence d'option(s) satisfaisante(s) à la conclusion du contrat proposé par l'employeur peut être démontrée plus aisément que lorsque le litige porte sur le contrat de travail lui-même.

518. Un bilan identique peut être dressé au sujet de la preuve de l'abus de l'employeur. En effet, nous sommes arrivés à la conclusion que ce dernier – sauf à être particulièrement mal intentionné – n'a strictement aucun intérêt à porter atteinte aux intérêts d'un candidat à l'embauche au cours de la période précontractuelle, eu égard au coût pratique de cette atteinte

²¹²³ Th. HAAS, « La loyauté en droit du travail », préc.

²¹²⁴ Soc., 13 févr. 2013, n° 11-27.902.

²¹²⁵ V. not. Soc., 14 mai 1997, n° 94-41.046, D. 1998. 221, obs. Y. SERRA.

²¹²⁶ V. not. Soc., 30 mars 2005, n° 03-16.167, préc. ; Soc., 13 févr. 2013, n° 11-27.902, *op. cit.*

²¹²⁷ Civ., 1^{re}, 3 avr. 2002, n° 00-12.932, préc., pour lequel « attendu, cependant, que seule l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence son consentement ; qu'en se déterminant comme elle l'a fait, sans constater, que lors de la cession, [la salariée] était elle-même menacée par le plan de licenciement et que l'employeur avait exploité auprès d'elle cette circonstance pour la convaincre, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

et à l'inexistence concrète de gain²¹²⁸. D'un point de vue moral, la caractérisation d'un abus subjectif s'envisage plus facilement lorsque les protagonistes n'ont pas l'intention de se lier par un contrat²¹²⁹, mais aussi lorsqu'elles sont d'ores et déjà contractuellement engagées. Certes, dans cette seconde hypothèse, les actions des contractants sont plus volontiers motivées par l'appât du gain que par la volonté de nuire à l'autre partie. L'un n'empêche néanmoins par l'autre ; un employeur peut faire montre d'une intention malveillante tout en souhaitant tirer un avantage d'un acte conclu au cours de l'exécution du contrat de travail. Aussi, la caractérisation d'un abus subjectif semble ici être envisageable. Tel serait le cas lorsqu'un employeur, pour contraindre un salarié d'accepter la modification du contrat de travail qui lui est soumise, le menace d'un licenciement²¹³⁰, de cesser de le rémunérer²¹³¹ ou de nuire à son avenir professionnel ou plus globalement à sa réputation²¹³². Il se peut ainsi que l'objectif premier de l'employeur soit d'obtenir un avantage²¹³³ de la modification envisagée. Toutefois, cette volonté ne peut dissimuler l'existence éventuelle d'une intention de nuire. L'affaire de la cession des droits sur le dictionnaire pour enfants²¹³⁴ – avec laquelle nous pouvons à nouveau raisonner par analogie – l'illustre pertinemment. L'employeur, en acquérant les droits d'exploitation pour une somme modique, entendait évidemment réaliser une plus-value financière de la commercialisation de l'ouvrage. Pour autant, la chambre sociale de la Cour de cassation a indiqué que ladite cession aurait pu être annulée si la salariée était parvenue à démontrer que son consentement lui a été arraché par la menace d'un licenciement. Il est dès lors acquis qu'une intention de nuire constitutive d'un abus subjective peut être caractérisée même si l'intérêt premier du cocontractant était d'obtenir un avantage de l'acte conclu.

²¹²⁸ Si ce n'est le fait de porter atteinte aux intérêts d'autrui, qui peut difficilement être considéré comme un « gain ». V. *supra*, n° 512 et s.

²¹²⁹ L'on peut illustrer cette idée par les affaires de voisinage dites de « la fausse cheminée de Colmar » (Colmar, 2 mai 1855, *DP* 1856, 2, 9, préc.) et « Clément-Bayard » (Req., 3 août 1915, n° 00-02.378). Dans la première, une personne a fait édifier une cheminée factice sur le toit de sa maison dans l'unique but de cacher la vue de ses voisins ; elle n'en tire aucun gain et son action était animée par le seul objectif d'importuner autrui. Dans la seconde, le Sieur Coquerel a installé « sur un terrain attenant [...] des carcasses de bois de seize mètres de hauteur surmontées de tiges de fer pointues » dans « l'unique but de nuire [à son voisin] », ce que la Cour de cassation a considéré comme étant un abus.

²¹³⁰ Hypothèse que nous avons envisagée ci-dessus : V. *supra*, n° 516. V. ég. Civ., 1^{re}, 3 avr. 2002, n° 00-12.932, préc.

²¹³¹ Soc., 30 oct. 1973, n° 73-40.233, préc. ; Douai, ch. sociale C, 21 oct. 2022, n° 20/00983.

²¹³² Au sujet d'une rupture conventionnelle, annulée sur le fondement du nouvel article 1140 du Code civil, V. Soc., 23 mai 2013, n° 12-13.865, *RD* 2013. 480, obs. G. AUZERO ; *D.* 2013. 1355, obs. B. INES ; *D.* 2013. 1768, chron. P. FLORES, S. MARIETTE, F. DUCLOZ, E. WURTZ, C. SOMMÉ, A. CONTAMINE ; *D.* 2014. 1115, obs. P. LOKIEC, J. PORTA.

²¹³³ Qui paraît appartenir plus au critère de l'avantage manifestement excessif qu'à celui de l'abus subjectif. Nous en reparlerons donc ci-dessous : V. *infra*, n° 520.

²¹³⁴ Civ., 1^{re}, 3 avr. 2002, n° 00-12.932, *op. cit.*

La même solution doit évidemment être retenue lorsque le seul objectif de l'employeur, par la modification du contrat de travail, était de nuire aux intérêts du salarié. On pense, par exemple, à la modification tendant à insérer une clause d'exclusivité dans un contrat de travail à temps partiel²¹³⁵, dans l'unique but d'interdire au salarié d'exercer une seconde activité professionnelle.

519. Lorsque le contrat de travail est en cours d'exécution, la commission d'un abus s'envisage donc plus naturellement. Pour autant, la démonstration de l'intention de nuire par le salarié est loin d'être aisée, sauf si les menaces susmentionnées ont été proférées par écrit. Faute de trace écrite, la preuve de l'abus souffrira souvent de l'absence de tout élément tangible²¹³⁶. Or, dans la mesure où la bonne foi est présumée²¹³⁷, le salarié ne bénéficie d'aucun aménagement probatoire susceptible de faciliter sa tâche. Il lui sera donc complexe de prouver qu'en sus de l'avantage perçu, l'employeur était également motivé par le souhait de porter atteinte à ses intérêts. Notons cependant que lorsque l'objet de la modification du contrat de travail est l'insertion d'une clause dotée d'un régime juridique particulier, le poids de la preuve peut s'alléger. Dans l'exemple de la clause d'exclusivité susmentionnée, le salarié est en mesure de prouver l'existence d'un abus de l'employeur en démontrant que ladite clause ne protège en aucun cas les intérêts légitimes de l'entreprise et qu'elle n'a donc été stipulée que pour l'empêcher de cumuler plusieurs emplois.

520. Concomitamment à l'abus, le salarié demandeur doit démontrer l'avantage manifestement excessif que l'employeur a obtenu de l'acte. En droit du travail, cet avantage semble pouvoir être de deux natures distinctes. Il peut d'abord être économique. Les hypothèses sont plurielles : un avantage économique est accordé à l'employeur lorsque l'avenant

²¹³⁵ De longue date, la chambre sociale de la Cour de cassation considère qu'une clause d'exclusivité ne peut être insérée dans un contrat de travail à temps partiel, à peine de nullité : Soc., 11 juill. 2000, n° 98-40.143, n° 98-41.486, n° 98-43.240, n° 89-43.945, préc. Elle est revenue sur sa position, en admettant la stipulation d'une telle clause si elle s'avère être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, qu'elle est justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherchée : Soc., 25 févr. 2004, n° 01-43.392, *JCP E* 2004. 1859, obs. J. RAYNAUD ; *Cah. soc.* 2004, p. 221, obs. F.-J. PANSIER ; *JSL* 2004, p. 12, obs. M. HAUTEFORT. V. ég. Soc., 16 sept. 2009, n° 07-45.346, préc. ; Soc., 14 oct. 2009, n° 08-40.161.

²¹³⁶ Si l'on excepte le témoignage d'une tierce personne, par exemple.

²¹³⁷ L'article 2274 du Code civil dispose que « la bonne foi est toujours présumée, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi de la prouver ». La Cour de cassation ne manque pas de le rappeler : V. not. Civ., 1^{re}, 4 avr. 1991, n° 90-04.008, *D.* 1991. 307, note B. BOULOC ; *RTD com.* 1991. 446 et 449, obs. G. PAISANT ; *JCP* 1991. II. 21702, note Y. PICOD ; Com., 29 mars 1994, n° 91-21.309, *D.* 1995. 20, obs. M. VASSEUR ; Soc., 11 mai 2005, n° 03-43.040, *JCP* 2005. II. 10177, note M. MEKKI.

modificatif du contrat de travail impose au salarié une rémunération particulièrement faible²¹³⁸. Il peut également être caractérisé en cas de cession de droits personnels du salarié à un bas prix, permettant à l'employeur de réaliser une plus-value ultérieure. Plus globalement, l'avantage peut être contractuel, lorsque le salarié se trouve soumis à des clauses (très) désavantageuses, comme des clauses de mobilité ou de non-concurrence particulièrement étendues²¹³⁹, offrant à l'employeur une flexibilité et une protection certaines. Alors que la question même de son existence devra se poser lorsque la violence pour abus de l'état de dépendance est invoquée lors de la rupture du contrat de travail²¹⁴⁰, il est incontestable que l'employeur puisse tirer un véritable avantage d'un acte conclu en cours d'exécution dudit contrat.

Le fait que celui-ci doive nécessairement être « manifestement excessif » vient à nouveau borner l'emploi du nouvel article 1143 du Code civil. Pour faire écho à l'une de nos précédentes remarques²¹⁴¹, on s'aperçoit que la sécurité juridique invoquée par le Gouvernement dans le rapport remis au Président de la République à l'occasion de la publication de l'ordonnance du 10 février 2016, qui justifie la démonstration d'un avantage « manifestement excessif », protège effectivement les intérêts du contractant fort, à savoir l'employeur en l'espèce. Entendu strictement²¹⁴², ce critère limite drastiquement les hypothèses dans lesquelles la violence pour abus de l'état de dépendance peut être valablement mobilisée par un salarié à l'encontre d'un acte conclu en cours d'exécution du contrat de travail, comme la doctrine travailliste n'a pas manqué de le faire remarquer²¹⁴³. Il n'en demeure pas moins qu'en l'espèce, aucun obstacle technique autre que probatoire ne vient réduire l'intérêt que la partie faible du contrat de travail peut porter à l'article 1143 du Code civil.

521. La question de l'utilité du vice de violence pour abus de l'état de dépendance dans les relations individuelles de travail doit être renouvelée lorsque l'acte contesté a emporté la rupture du contrat de travail.

²¹³⁸ V. not. Ch. GOLDIE-GENICON, « Droit commun des contrats et contrat de travail, 100 ans après », préc. À nouveau, il nous apparaît que le caractère manifestement excessif de l'avantage puisse résulter de son illicéité.

²¹³⁹ *Ibid.*

²¹⁴⁰ V. *infra*, n° 522 et s.

²¹⁴¹ V. *supra*, n° 495.

²¹⁴² Le juge social fait parfois une application « partisane » des vices du consentement, comme c'est le cas en matière de dol du salarié. Il faudra donc envisager, au sein de notre seconde partie, la possibilité qu'il procède de même vis-à-vis du vice de violence pour abus de l'état de dépendance : V. *infra*, n° 852 et s.

²¹⁴³ V. not. Y. PAGNERRE, « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », préc. ; G. LOISEAU, « Le contrat de travail dans la réforme du droit des contrats », préc. ; « Droit civil et droit du travail : une relation instable », préc.

c. Lors de la rupture du contrat de travail

522. L'initiative de la rupture du contrat de travail appartient individuellement à chacune des deux parties²¹⁴⁴. Elle peut également être collégiale, que le contrat en question soit à durée déterminée ou indéterminée. L'accord des deux contractants permet en effet de rompre valablement le contrat à durée déterminée par anticipation²¹⁴⁵. De la même manière, les articles L. 1237-11 et suivants du Code du travail permettent aux parties de rompre un contrat à durée indéterminée d'un commun accord, par le mécanisme de la rupture conventionnelle. Dans ces deux hypothèses, la validité de la rupture est notamment conditionnée par le consentement du salarié. L'article L. 1237-11 susmentionné fait d'ailleurs une double mention à la volonté des parties, en disposant que « la rupture conventionnelle [...] ne peut être imposée par l'une ou l'autre des parties », mais aussi qu'« elle est soumise aux dispositions de la présente section destinées à garantir la liberté du consentement des parties ». La législation travailliste s'assure que la rupture du contrat de travail n'est pas imposée à l'une des parties, qui se verrait contrainte de l'accepter contre son gré²¹⁴⁶, ce que le juge social ne manque pas de sanctionner par l'annulation de la rupture²¹⁴⁷. À la vue de la place accordée aux vices du consentement en la matière, tout laisse à penser que le vice de violence pour abus de l'état de dépendance trouve dans le contentieux de la rupture d'un commun accord du contrat de travail une terre d'accueil propice à son application. Plusieurs questionnements doivent néanmoins être tranchés.

523. La première interrogation a trait à l'intérêt qu'a le salarié dépendant de son employeur d'accepter la rupture du contrat de travail qui lui est proposée. Dans nos développements précédents, (l'aspirant) salarié acceptait de conclure un acte dont il savait que les termes lui

²¹⁴⁴ L'employeur peut ainsi licencier (L. 1232-1 et s. du Code du travail), tandis que le salarié peut démissionner (L. 1237-1 et s. du Code du travail), prendre acte de la rupture de son contrat de travail ou solliciter la résiliation judiciaire dudit contrat (article 1227 du Code civil).

²¹⁴⁵ Article L. 1243-1, alinéa 1, du Code du travail.

²¹⁴⁶ Sur ce sujet, V. not. P. LOKIEC, « Garantir la liberté du consentement contractuel », *Dr. soc.* 2009. 127 ; G. AUZERO, « La rupture conventionnelle du contrat de travail : l'illusion de la sécurisation », *RDT* 2008. 522 ; « Rupture conventionnelle : la sécurisation en marche ! », *RDT* 2013. 555 ; G. COUTURIER, « Quel contentieux pour la rupture conventionnelle du contrat à durée indéterminée ? », *RDT* 2009. 205 ; É. SAVAUX, « Droit commun et droit spécial dans la violence morale en cas de rupture conventionnelle du contrat de travail », *RDC* 2013. p. 879.

²¹⁴⁷ V. not. Soc., 24 janv. 2014, n° 12-24.539, *RDT* 2014. 255, obs. G. AUZERO ; D. 2014. 1115, obs. P. LOKIEC, J. PORTA ; Soc., 12 févr. 2014, n° 12-29.208 ; Soc., 9 juin 2015, n° 14-10.192 ; Soc., 29 janv. 2020, n° 18-24.296 ; Soc., 8 juill. 2020, n° 19-15.441, *JSL* 2020, n° 505-1, obs. D. FALLIK MAYMARD ; Soc., 23 mai 2013, n° 12-13.865, préc. Pour une hypothèse d'annulation d'une rupture conventionnelle pour un vice du consentement commis par le salarié : Metz, ch. soc., 6 mai 2013, n° 11/01105.

étaient défavorables afin d'être embauché ou de conserver son emploi. En d'autres termes, c'est parce qu'il était motivé par la perception d'une rémunération mensuelle que le contractant placé en position de faiblesse acceptait de signer le contrat. En l'espèce, la conclusion de l'acte produit l'effet inverse, puisqu'elle emporte la rupture du contrat de travail et, par conséquent, la perte de la rémunération. Or, s'il est économiquement dépendant, le salarié n'a aucun intérêt à accepter ladite rupture, quand bien même celle-ci s'effectuerait d'un commun accord. Il se placerait en effet dans une situation paradoxale, en acceptant, en raison de sa dépendance, de signer un acte qui aggravera sa précarité.

Une explication peut toutefois être apportée. Le salarié peut être tenté d'accepter la rupture conventionnelle qui lui est proposée lorsque celle-ci constitue un « moindre mal ». Il en est par exemple ainsi lorsque la seule alternative à la rupture conventionnelle est le licenciement pour faute grave²¹⁴⁸. En effet, à l'inverse de la rupture conventionnelle²¹⁴⁹, un tel licenciement interdit au salarié de percevoir l'ensemble de ses indemnités de rupture, à l'exception de l'indemnité compensatrice de congés payés²¹⁵⁰. Économiquement parlant, il est donc préférable pour le salarié d'accepter la rupture conventionnelle que d'être licencié pour faute grave, et ce même si la validité de ce dernier peut être plus largement contestée devant le juge. En effet, les délais actuels de la justice constituent un obstacle de taille pour celui qui connaît des difficultés financières²¹⁵¹. De surcroît, si le licenciement venait à être considéré comme étant dépourvu de cause réelle et sérieuse, les dommages et intérêts attribués au salarié seraient plafonnés, conformément à l'article L. 1235-3 du Code du travail²¹⁵². Prenons le cas d'un salarié doté de cinq années d'ancienneté lors du prononcé de son licenciement. En guise de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, il pourra obtenir entre 3 et 6 mois de salaire. La question de l'opportunité d'intenter une action judiciaire au long cours et au caractère incertain, dans l'espoir de percevoir au mieux 6 mois de salaire, mérite ici d'être posée. Dès lors, s'il est économiquement dépendant de son employeur, ce salarié aurait tout

²¹⁴⁸ Exemple de Soc., 12 févr. 2014, n° 12-29.208, préc.

²¹⁴⁹ L'article L. 1237-13, alinéa 1, du Code du travail dispose que « la convention de rupture définit les conditions de celle-ci, notamment de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle qui ne peut pas être inférieure à celle de l'indemnité prévue à l'article L. 1234-9 ».

²¹⁵⁰ Licencié pour faute grave, le salarié est privé de l'indemnité de licenciement (article L. 1234-9 du Code du travail) et du droit d'exécuter son préavis ou de percevoir une indemnité compensatrice de préavis (article L. 1234-1 du Code du travail).

²¹⁵¹ V. déjà Versailles, ch. 12, 26 nov. 2020, n° 19/03233, préc.

²¹⁵² Cet article encadre les dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse dans des minimaux et maximaux, qui varient en fonction de l'ancienneté du salarié au moment de la rupture abusive de son contrat de travail.

intérêt à accepter la rupture conventionnelle qui lui est soumise, car celle-ci constitue le « moindre mal » que nous évoquions.

524. Une fois n'est pas coutume, le critère de l'abus ne fait naître aucune nouvelle difficulté. Il peut en effet être constitué, comme précédemment, par la menace illégitime d'un licenciement disciplinaire, mais également par le fait d'infliger une sanction disciplinaire injustifiée au salarié au cours du délai de rétractation²¹⁵³ qui lui est laissé suite à la signature de la convention de rupture²¹⁵⁴. Il semblerait, de plus, que les obstacles probatoires soient identiques à ceux précédemment mis en exergue²¹⁵⁵.

525. *A contrario*, la recherche de l'avantage manifestement excessif est cette fois-ci génératrice d'écueils. De nombreux auteurs ont pourtant estimé que le nouvel article 1143 du Code civil pourrait s'avérer précieux pour le salarié qui entend contester la validité de la rupture conventionnelle qu'il a signée²¹⁵⁶. Une question demeure cependant en suspens : quel pourrait bien être l'avantage tiré par l'employeur de l'acte qui emporte la rupture d'un contrat de travail ? En matière de rupture conventionnelle, l'indemnisation du salarié est identique à celle légalement imposée en cas de licenciement. Aussi, comme l'indique le professeur Ch. Goldie-Genicon, « on ne voit guère en quoi [la rupture conventionnelle] entraînerait un avantage manifestement excessif pour l'employeur, dès lors que les effets en sont encadrés pour ne pas léser le salarié par rapport à un licenciement ». Il en découle que, s'il existe, l'avantage obtenu par l'employeur n'est pas de nature économique et doit être cherché ailleurs. Peut-il être trouvé dans la rupture du contrat de travail elle-même ? L'interprétation extensive d'un arrêt d'appel pourrait le laisser penser. En l'espèce, un salarié demande l'annulation d'une rupture conventionnelle sur le fondement du vice de violence pour abus de l'état de dépendance, alléguant que les négociations ont été tenues dans une langue qu'il ne maîtrisait pas, qu'il a été privé de tout contact avec les clients dont il gérât les dossiers et que la charge de la famille

²¹⁵³ V. not. Soc., 12 févr. 2014, n° 12-29.208, préc.

²¹⁵⁴ Article L. 1237-13, alinéa 3, du Code du travail : « à compter de la date de sa signature par les deux parties, chacune d'entre elle dispose d'un délai de quinze jours calendaires pour exercer son droit de rétractation. Ce droit est exercé sous la forme d'une lettre adressée par tout moyen attestant de sa date de réception par l'autre partie ».

²¹⁵⁵ V. *supra*, n° 518.

²¹⁵⁶ V. not. Y. PAGNERRE, « Impact de la réforme de droit des contrats sur le contrat de travail », préc. ; G. LOISEAU, « Le contrat de travail dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats », préc. ; « Le contrat de travail dans la réforme du droit des contrats », préc. ; A. LYON-CAEN, F. LOYSEAU DE GRANDMAISON, « L'impact de la réforme du droit des obligations sur le droit du travail », préc.

reposait intégralement sur ses épaules dans la mesure où sa femme ne travaillait pas²¹⁵⁷. Dans ses motifs, la Cour d'appel exclut expressément l'existence d'un état de dépendance à l'égard de l'employeur et, par conséquent, d'un abus de celui-ci, en rappelant que la convention de rupture était rédigée en langue française, ce qui a permis au salarié de prendre pleinement conscience de son engagement. Par contre, les juges ne disent rien de l'avantage manifestement excessif de l'employeur. Ce silence, conjugué avec les longs développements dressés sur les deux autres critères, pourrait sous-entendre que le l'existence d'un avantage n'est en l'espèce pas remise en cause. Or, dans cette affaire, seule la rupture du contrat de travail pourrait être considérée comme constitutive d'un « avantage ».

526. À notre sens, une telle solution doit être écartée. Il serait possible – par une interprétation particulièrement large de la notion – d'estimer qu'un chef d'entreprise obtienne un avantage en mettant fin à une relation de travail. Celui-ci pourrait être économique si le poste qu'occupait le salarié est laissé vacant. Il pourrait être moral si le salarié dont il est question troublait la bonne marche de l'entreprise²¹⁵⁸. En aucun cas, par contre, il n'est « manifestement excessif ». Retenir le contraire signifierait que chaque rupture de contrat de travail procure à l'employeur un avantage manifestement excessif. En effet, chaque licenciement, démission ou rupture conventionnelle peut permettre à l'entreprise de réduire sa masse salariale ou d'assainir l'ambiance de travail. En d'autres termes, si l'avantage manifestement excessif venait à résulter de la fin des relations contractuelles, il serait préconstitué dans tous les litiges intentés sur le fondement du nouvel article 1143 du Code civil qui portent sur la rupture d'un contrat de travail. Le nombre de contentieux se démultiplierait alors, car les salariés n'auraient « plus qu'à » démontrer la réalité d'un état de dépendance et d'un abus lors de la conclusion de la rupture conventionnelle pour que celle-ci soit annulée. La disposition deviendrait vectrice d'insécurité juridique²¹⁵⁹, alors que la rupture conventionnelle est de plus en plus utilisée dans l'optique de rompre le contrat de travail²¹⁶⁰.

²¹⁵⁷ Aix-en-Provence, pôle 04, ch. 04, 17 juin 2021, n° 18/06936.

²¹⁵⁸ Dans ce cas, toutefois, la voie du licenciement disciplinaire semble être préférable, pour l'employeur, que celle de la rupture conventionnelle.

²¹⁵⁹ Alors même, ironiquement, que le critère de l'avantage manifestement excessif a été ajouté afin de « répondre aux craintes des entreprises » : <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000032004539/>.

²¹⁶⁰ Selon une étude de la DARES, 454 000 ruptures conventionnelles ont été signées en 2021, contre 246 000 pour l'année 2010 : <https://dares.travail-emploi.gouv.fr/donnees/les-ruptures-conventionnelles>.

Dès lors, s'il n'est ni financier ni directement liée à la rupture elle-même, on peine à déceler concrètement l'avantage manifestement excessif qu'un employeur pourrait enlever de la conclusion d'une rupture conventionnelle.

527. Enfin, l'on peut également se questionner sur l'opportunité, pour le salarié, d'invoquer le vice de violence pour abus de l'état de dépendance pour remettre en cause la validité de la convention de rupture conventionnelle. Certes, seule la caractérisation d'un vice du consentement permet au juge d'en prononcer la nullité. Le nouvel article 1143 du Code civil constitue donc une nouvelle flèche dans le carquois du salarié, déjà composé de l'erreur, du dol et de la violence dite « classique ». Son intérêt ne peut cependant pas être intégralement déduit de sa seule existence ; s'il ne présente aucune utilité tangible pour le salarié, celui-ci n'en demandera pas l'application. Or, il apparaît que ses conditions de mise en œuvre sont difficiles à réunir lorsque le litige concerne la rupture du contrat de travail, puisque l'état de dépendance du salarié y joue un rôle moins contraignant et que l'on peine à démontrer l'existence d'un avantage manifestement excessif tiré de l'acte par l'employeur. Par conséquent, il n'est pas certain, au moment de rompre d'un commun accord le contrat de travail, que la codification du mécanisme offre véritablement au salarié une arme supplémentaire. Lorsque c'est envisageable, il semble plus judicieux de mobiliser la violence de l'article 1140 du Code civil, qualifiée par la preuve d'une crainte, d'une pression illégitime et de leur caractère déterminant sur le consentement de la victime. Il n'est d'ailleurs pas anodin que le contentieux de l'annulation de la rupture conventionnelle sur le fondement de l'abus de l'état de dépendance soit très maigre, avec uniquement trois occurrences au niveau d'appel²¹⁶¹, où les prétentions des salariés ont toujours été rejetées.

528. La rupture du contrat de travail n'interdit pas aux parties qui le composaient de contracter. Ainsi, il convient d'apprécier si la violence pour abus de l'état de dépendance peut opportunément être mobilisée lors de la période post-contractuelle, à travers l'exemple de la transaction.

²¹⁶¹ Aix-en-Provence, pôle 04, ch. 04, 17 juin 2021, n° 18/06936, préc. ; Douai, ch. soc., 17 févr. 2022, n° 20/00066 ; Douai, ch. soc., 1, 24 juin 2022, n° 20/01320, préc.

d. Lors de la période post-contractuelle

529. La transaction est, selon les dispositions de l'article 2044 du Code civil, « un contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître ». Il n'est donc pas rare qu'un tel acte, solennel dans sa forme²¹⁶², soit conclu entre les parties au contrat de travail. Les conditions de validité d'une transaction conclue entre ces deux acteurs reprennent celles fixées par le Code civil²¹⁶³. Toutefois, la jurisprudence a ajouté une condition propre au droit du travail : la transaction signée entre un employeur et un salarié n'est valable que si elle a été conclue postérieurement à la notification de la rupture du contrat de travail²¹⁶⁴, qu'il s'agisse d'un licenciement, d'une rupture conventionnelle ou d'une démission. L'explication de cette condition additionnelle se trouve ancrée dans le particularisme des relations individuelles de travail et dans le lien de subordination ; dans la mesure où la validité de la transaction est soumise à l'existence de concessions réciproques, le salarié doit offrir ou renoncer à quelque chose. Bien souvent, il renonce à agir en justice. Or, la liberté de son consentement pourrait être questionnée s'il renonçait à une telle action contre son employeur alors qu'il lui est encore subordonné. Aussi, il convient d'attendre la rupture du contrat de travail et la suppression du lien de subordination juridique pour que le salarié puisse valablement conclure une transaction²¹⁶⁵.

530. Entamons pour une fois notre étude par la recherche d'un abus de l'employeur et de l'avantage manifestement excessif qu'il peut tirer de la conclusion d'une transaction avec un

²¹⁶² Article 2044, alinéa 2, du Code civil : « Ce contrat doit être rédigé par écrit ». La Cour de cassation considère cependant que l'écrit est une condition *ad probationem* et non pas *ad validitatem* : Soc., 9 avr. 1996, n° 93-42.254, *Dr. soc.* 1996. 740, obs. H. BLAISE ; *D.* 1997. 193, note J. MOULY.

²¹⁶³ À savoir un consentement libre et éclairé, la capacité de contracter, un contenu licite et certain (article 1128 du Code civil), des concessions réciproques (article 2044 du Code civil), dans l'optique de terminer une contestation née ou de prévenir une contestation à naître. V. *supra*, n° 350 et s.

²¹⁶⁴ À ce sujet, la jurisprudence est constante. V. not. Soc., 29 mai 1996, n° 92-45.115, préc. ; Soc., 16 juill. 1997, n° 94-42.283, préc. ; Soc., 28 mai 2002, n° 99-43.852, *D.* 2002. 3116, obs. A. POUSSON ; *D.* 2003. 1464, note A. DEVERS ; *RTD civ.* 2003. 85, obs. J. MESTRE, B. FAGES ; Soc., 10 juill. 2002, n° 00-40.301, *JCP* 2002. II. 10147, note D. CORRIGNAN-CARSIN ; *Defrénois* 2002. 1253, obs. R. LIBCHABER ; Soc., 18 févr. 2003, n° 00-42.948, *Dr. soc.* 2003. 546, obs. G. COUTURIER ; *JCP* 2004. I. 145, obs. F. BOUSEZ ; Soc., 1^{er} déc. 2004, n° 02-46.341, *Dr. soc.* 2005. 339, obs. B. GAURIAU ; Soc., 16 mars 2005, n° 02-45.293 ; Soc., 22 févr. 2006, n° 03-46.086, *JCP S* 2006. 1406, note P.-Y. VERKINDT ; Soc., 14 juin 2006, n° 04-44.123, *RD* 2006. 172, obs. B. LARDY-PELISSIER ; *D.* 2006. 179, obs. P.-E. BERTHIER ; Soc., 21 juin 2006, n° 04-45.496 ; Soc., 20 déc. 2006, n° 05-44.071 ; Soc., 24 juin 2007, n° 05-42.333, *JCP S* 2007. 1187, note L. DRAI ; *Cah. soc.* 2008, p. 117, obs. S. NOUREDINE ; Soc., 1^{er} juill. 2009, n° 08-43.179, *D.* 2009. 2040, obs. L. PERRIN ; Soc., 31 mai 2011, n° 10-14.313 ; Soc., 31 mars 2016, n° 14-22.292 ; Soc., 10 oct. 2018, n° 17-10.066, *JA* 2018. 11, obs. D. CASTEL ; *JCP S* 2018. 1380, obs. L. DRAI ; *JSL* 2018, n° 464-1, obs. J.-P. LHERNOULD.

²¹⁶⁵ Un arrêt rendu par la Cour d'appel de Versailles illustre la complexité de conclure une transaction pour le contractant doté de la plus faible puissance contractuelle : Versailles, 26 nov. 2020, n° 19/03233, préc.

ancien salarié. En la matière, la Cour d'appel de Versailles a explicitement jugé que le simple fait pour un donneur d'ordre de ne pas respecter ses obligations contractuelles vis-à-vis d'un sous-traitant peut constituer un abus²¹⁶⁶. Néanmoins, dans cet arrêt, la relation contractuelle entre les deux acteurs était en cours d'exécution. Une hypothèse similaire peut néanmoins être imaginée en droit du travail, lorsqu'une clause de non-concurrence a été stipulée dans le contrat de travail rompu. En effet, celle-ci ne produit ses effets qu'en aval de la rupture de la relation de travail. Par son biais, le travailleur s'engage à ne faire pas concurrence à son ancien employeur et, en contrepartie, obtient de ce dernier le versement d'une contrepartie financière²¹⁶⁷. Si ladite contrepartie n'est pas versée, l'employeur se rend coupable d'une inexécution contractuelle susceptible de caractériser son abus.

L'avantage manifestement excessif, lui, peut tout simplement résulter de l'absence de concessions réciproques, au détriment du salarié²¹⁶⁸.

531. L'interrogation centrale est cette fois-ci tournée vers l'état de dépendance du salarié à l'égard de l'employeur. De prime abord, le fait que le contrat de travail soit rompu au moment de la conclusion de l'accord transactionnel ne constitue pas un obstacle à l'existence d'un lien de dépendance. Nous avons eu l'occasion de démontrer qu'un lien de dépendance pouvait être caractérisé en amont de la conclusion d'un contrat de travail, entre l'aspirant salarié et son futur employeur²¹⁶⁹. Sa réalité n'est donc pas soumise à l'existence d'un lien contractuel entre eux. Par analogie, la rupture du contrat de travail n'empêcherait pas le travailleur d'être dépendant de son ancien employeur lors de la conclusion d'un accord transactionnel.

Les deux situations doivent toutefois être différenciées. Lors de la phase précontractuelle, il se peut qu'un candidat à l'embauche ne puisse refuser l'unique offre d'emploi qui lui est proposée sans compromettre gravement sa situation personnelle, ce qui marque son état de dépendance. Nous ne pouvons en dire autant lorsque l'on place le curseur au moment de la conclusion d'une transaction, pour trois raisons. En premier lieu, il est difficile de considérer qu'un travailleur continue d'être économiquement dépendant d'un chef

²¹⁶⁶ *Ibid.* Cela traduit le fait, mis en évidence ci-dessus (V. *supra*, n° 491), que la faute intentionnelle d'un contractant permet la caractérisation d'un abus subjectif.

²¹⁶⁷ Soc., 10 juill. 2002, n° 00-45.135, préc.

²¹⁶⁸ Versailles, 26 nov. 2020, n° 19/03233, préc.

²¹⁶⁹ V. *supra*, n° 508 et s.

d'entreprise après la rupture du contrat de travail²¹⁷⁰. S'il connaît des difficultés financières, sa dépendance se nouera davantage vis-à-vis de son prochain employeur qu'à l'égard du précédent, lequel n'entretient avec lui plus qu'une relation résiduelle, à travers la clause de non-concurrence par exemple. En second lieu, puisque l'objet de la transaction est de résoudre un litige, né ou à naître, il est indubitable que le travailleur possède en toutes circonstances une solution alternative potentiellement satisfaisante, à savoir saisir un juge et lui soumettre ledit litige²¹⁷¹. En dernier lieu, si l'on peut comprendre que le rejet d'une proposition d'embauche peut emporter des conséquences graves pour l'aspirant salarié, il en va différemment lorsque l'acte en question est une transaction. Ici, le travailleur peinera à démontrer que son consentement a été contraint par les lourdes répercussions que son refus aurait engendrées.

Ainsi, les deux critères de l'état de dépendance risquent de faire défaut lorsque la contestation porte sur une transaction. Le travailleur ne semble donc pas être en mesure d'obtenir la nullité de cet acte sur le fondement du nouvel article 1143 du Code civil.

532. L'intérêt de la violence pour abus de l'état de dépendance pour le salarié dans les relations individuelles de travail apparaît donc comme étant pour le moins nuancé²¹⁷². Nonobstant, son attractivité doit être réévaluée à l'aune des relations collectives de travail, nouée au niveau de l'entreprise entre l'employeur et les représentants des salariés.

2. Le vice de violence pour abus de l'état de dépendance dans les relations collectives de travail

533. Le dialogue social est aujourd'hui le cœur du droit du travail, en particulier lorsqu'il se déroule au sein de l'entreprise²¹⁷³. Des garde-fous, censés assurer la qualité et la loyauté de la

²¹⁷⁰ Dans le cadre d'un contrat de travail conclu entre deux membres d'un couple, une situation de dépendance (affective, par exemple), peut perdurer après la rupture dudit contrat. Néanmoins, dans cette hypothèse, il est peu probable que les parties souhaitent conclure une transaction. Si tel est tout de même le cas, l'article 1143 du Code civil paraît être plus aisément mobilisable que si la dépendance invoquée est de nature économique. Au-delà, il se peut que la situation économique de l'ancien salarié laisse perdurer un lien de dépendance à l'égard de l'ancien employeur qui n'a pas encore versé les indemnités de rupture du contrat de travail ou la contrepartie financière de la clause de non-concurrence.

²¹⁷¹ Étant précisé que le succès de l'action en justice ne doit pas être entendu comme une condition du caractère « satisfaisant » de la solution alternative.

²¹⁷² Pour de plus amples développements sur l'influence du vice de violence pour abus de l'état de dépendance en droit du travail, V. *infra*, n° 540 et s.

²¹⁷³ V. not. G. AUZÉRO, « Conventions d'entreprise et conventions de branche », préc. ; P.-H. ANTONMATTEI, « L'irrésistible ascension de l'accord d'entreprise », préc. ; « La primauté de l'accord d'entreprise », préc. ; P.

négociation, ont ainsi été codifiés dans le Code du travail²¹⁷⁴. Cependant, leur efficacité est principalement axée autour de la communication des informations utiles et nécessaires à une négociation qualitative. Lorsque le consentement du représentant des salariés est arraché par les pressions qui pèsent sur la négociation, les dispositions spéciales travaillistes semblent inefficaces. À cet égard, la lacune peut désormais être comblée par le recours à l'article 1143 du Code civil, par le biais duquel l'annulation d'une convention collective peut être prononcée lorsque sa conclusion est entachée d'un abus de l'état de dépendance du représentant des salariés à la négociation collective.

534. Dans les entreprises qui en sont dotées²¹⁷⁵, l'employeur négocie et conclut les conventions collectives avec les délégués syndicaux. Les salariés sont ainsi représentés par un ou plusieurs d'entre eux. En l'absence de délégué syndical, la négociation collective est mise en œuvre par le biais de modes substitutifs, que nous avons déjà présentés²¹⁷⁶ et qui varient avec la taille de l'entreprise²¹⁷⁷. Elle s'effectue alors par le recours à un référendum d'entreprise²¹⁷⁸, avec un membre de la délégation élue du Comité Social et Économique²¹⁷⁹ ou encore avec un salarié non élu mais mandaté par une organisation syndicale représentative²¹⁸⁰.

ADAM, « L'accord de branche », préc. ; F. GÉA, « Contre l'autonomie de l'accord d'entreprise », préc. ; L. MARQUET DE VASSELLOT, A. MARTINON, « L'articulation croisée des accords collectifs », préc.

²¹⁷⁴ V. *supra*, n° 358 et s.

²¹⁷⁵ Selon l'article L. 2143-3 du Code du travail, les délégués syndicaux sont nommés par les organisations syndicales représentatives qui ont constitué une section syndicale dans les entreprises ou établissements d'au moins cinquante salariés. Ce seuil d'effectif peut être modifié conventionnellement, ainsi que l'indique implicitement l'article L. 2253-2, 3°, du Code du travail.

²¹⁷⁶ V. *supra* et *infra*, n° 375 et s., n° 419, n° 534 et s., n° 610.

²¹⁷⁷ Articles L. 2232-21 et suivants du Code du travail.

²¹⁷⁸ Article L. 2232-21 du Code du travail, intégré dans un paragraphe intitulé « modalités de ratification des accords dans les entreprises dont l'effectif habituel est inférieur à onze salariés », qui prévoit que « dans les entreprises dépourvues de délégué syndical et dont l'effectif habituel est inférieur à onze salariés, l'employeur peut proposer un projet d'accord ou un avenant de révision aux salariés, qui porte sur l'ensemble des thèmes ouverts à la négociation collective d'entreprise prévus par le présent code. La consultation du personnel est organisée à l'issue d'un délai minimum de quinze jours courant à compter de la communication à chaque salarié du projet d'accord. Les conditions d'application de ces dispositions, en particulier les modalités d'organisation de la consultation du personnel, sont fixées par décret en Conseil d'État ». Il en va de même dans les entreprises qui emploient régulièrement entre onze et vingt salariés et dans lesquelles aucun Comité Social et Économique n'a été institué, en application de l'article L. 2232-23 du Code du travail. V. ég. Y. LEROY, « La négociation collective sans négociation : coup de maître ou hérésie », préc.

²¹⁷⁹ Article L. 2232-23-1 du Code du travail, applicable dans les entreprises qui emploient régulièrement entre onze et cinquante salariés, qui prévoit qu'en leur sein, les conventions collectives peuvent être négociées et conclues avec un membre du Comité Social et Économique mandaté par une organisation syndicale représentative dans la branche ou, à défaut, au niveau national et interprofessionnel, par un salarié membre du Comité Social et Économique et non mandaté syndicalement ou, enfin, par un salarié non élu mais mandaté.

²¹⁸⁰ *Ibid.*

535. Les acteurs de la négociation collective disposent d'un mandat qui leur confère plusieurs protections. La plus commune est celle mentionnée à l'article L. 2411-1 du Code du travail, qui dispose que « bénéficie de la protection contre le licenciement prévue par le présent chapitre, y compris lors d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire, le salarié investi de l'un des mandats suivants : 1°. Délégué syndical ; 2°. Membre élu à la délégation du personnel du Comité Social et Économique [...] ; 10°. Salarié mandaté, dans les conditions prévues aux articles L. 2232-23-1 et L. 2232-26, dans les entreprises dépourvues de délégué syndical »²¹⁸¹. Cette protection contribue à réduire la portée des pressions qui peuvent entourer la négociation collective, notamment lorsque le contexte qui entoure les discussions est tendu²¹⁸². Ainsi, en tant que « salarié exposé du fait de l'exercice de son mandat »²¹⁸³, le délégué syndical ou l'élu du Comité Social et Économique ne peuvent faire l'objet d'un licenciement sans l'aval préalable de l'inspecteur de travail²¹⁸⁴. De ce fait, ils sont supposément mieux prémunis que les salariés non protégés contre les menaces ou intimidations, ce qui leur permet d'assurer au mieux la représentation de leurs intérêts au cours des tractations. Faut-il toutefois en déduire que les représentants des salariés à la négociation collective, titulaires d'un mandat et protégé à ce titre contre le licenciement, ne peuvent pas se trouver en position de dépendance à l'égard de l'employeur au moment de conclure une convention collective ? Si tel était le cas, la porte de la violence pour abus de l'état de dépendance serait fermée à l'ensemble des conventions collectives conclues par un délégué syndical, par un membre de la délégation élue du Comité Social et Économique ou un salarié mandaté par un syndicat représentatif *a minima* au niveau de la branche d'activité. Autrement formulé, l'article 1143 du Code civil ne

²¹⁸¹ Cette protection n'interdit pas le licenciement des salariés visés par les articles L. 2411-1 et L. 2411-2 du Code du travail, elle l'encadre. En effet, les articles L. 2411-3, L. 2411-4 et L. 2411-5 du Code du travail disposent que le licenciement d'un délégué syndical, d'un salarié mandaté par une organisation syndicale représentative au niveau de la branche ou, à défaut, au niveau national et interprofessionnel et d'un membre de la délégation du personnel du Comité Social et Économique « ne peut intervenir qu'après autorisation de l'inspecteur du travail ».

²¹⁸² V. not. M. FABRE-MAGNAN, P. LOKIEC, « Le vice de violence en droit du travail », préc.

²¹⁸³ Y. FERKANE, « Syndicats professionnels : droit syndical dans l'entreprise – Protection des représentants », *Rep. trav.*, Dalloz, 2021, spé., n° 668.

²¹⁸⁴ De surcroît, le licenciement prononcé en violation de la procédure spécifique susmentionnée n'est pas sanctionné par l'absence de cause réelle et sérieuse ; il est nul (article L. 1235-3-1, 5°, du Code du travail). Le salarié peut donc exiger sa réintégration dans l'entreprise et percevra l'intégralité des salaires qui lui auraient été versés s'il n'avait pas été illégalement licencié. S'il refuse d'être réintégré, les dommages et intérêts pour licenciement nul échappent, selon la même disposition, aux maximaux applicables en matière de licenciement sans cause réelle et sérieuse. V. not. Soc., 27 juin 1990, n° 87-43.046 ; Soc., 25 nov. 1997, n° 94-43.651, *Dr. soc.* 1998. 91, obs. M. COHEN ; Soc., 21 janv. 2003, n° 00-44.502, *Dr. soc.* 2003. 449, obs. J. MOULY ; *D.* 2005. 1613, obs. E. CHEVRIER ; *D.* 2005. 2499, obs. B. LARDY-PÉLISSIER, J. PÉLISSIER ; Soc., 4 févr. 2004, n° 01-44.962 ; Soc., 29 sept. 2009, n° 08-43.997 ; Soc., 29 mai 2013, n° 12-15.974, *Dr. soc.* 2013. 647, note J. MOULY ; *RDT* 2013. 450, note A. MOULINIER ; *D.* 2013. 2599, obs. P. LOKIEC, J. PORTA ; *JCP S* 2013. 1338, note F. DUMONT ; Soc., 18 mai 2022, n° 21-10.118, *Dr. soc.* 2022. 842, obs. J. MOULY ; Soc., 21 nov. 2022, n° 21-13.552, *JCP S* 2022. 1286, obs. B. GAURIAU ; *JSL* 2022, n° 552-4, obs. J.-P. LHERNOULD.

pourrait être utilement mobilisé qu'à l'encontre des conventions collectives adoptées par la voie d'un référendum d'entreprise. Dans cette situation, tous les salariés – même ceux qui ne bénéficient pas d'un statut protecteur – prennent part au processus de conclusion de l'acte collectif. Les pressions ne sont ainsi plus « tempérées »²¹⁸⁵ par le statut protecteur des acteurs traditionnels de la négociation collective. L'état de dépendance – principalement économique – pourrait alors plus aisément être mis en exergue, car les salariés sont directement concernés par les répercussions qui pourraient résulter du rejet du projet patronal soumis à leur vote. À l'inverse, le vice de violence pour abus de l'état de dépendance ne pourrait être régulièrement mobilisé dès lors que l'entreprise emploie régulièrement 11 salariés et est dotée d'un Comité Social et Économique²¹⁸⁶. En d'autres termes et sauf exception, l'utilité du mécanisme serait réservée aux seules (très) petites entreprises.

Au-delà, exclusion *de facto* l'état de dépendance de ces acteurs au prétexte qu'ils bénéficient d'une protection contre le licenciement manque de cohérence à double titre. En premier lieu, cela signifierait que la seule contrainte à laquelle les négociateurs peuvent être soumis est celle du prononcé d'un licenciement dans l'entreprise. C'est oublier que le vice de violence pour abus de l'état de dépendance trouve également à s'appliquer en raison de pressions contextuelles, qui n'émanent pas directement de l'employeur.

En second lieu, le rejet d'un lien de dépendance, motivé par le statut protecteur des négociateurs, reviendrait à considérer qu'un tel lien ne pourrait être caractérisé que lorsque la personne chargée des négociations est directement impactée par les conséquences que son refus de contracter pourrait engendrer. Formulé *a contrario*, son indépendance serait automatiquement acquise toutes les fois où elle ne serait pas personnellement concernée par les répercussions de son rejet. La disposition serait alors privée d'effet chaque fois qu'un contractant se fait représenter en son nom et pour son compte. Ce serait d'ailleurs ajouter à l'article 1143 du Code civil une condition qu'il ne comporte pas, sa lettre ne commandant pas de tenir compte du statut particulier du contractant placé en situation de faiblesse contractuelle. La solution ne convainc donc pas, puisqu'elle est le résultat d'une confusion, opérée entre l'identité du représentant et l'objet de sa mission. Effectivement, à la table de la négociation

²¹⁸⁵ *Ibid.*

²¹⁸⁶ Ou emploie régulièrement 21 salariés, sans que la question de la présence d'un Comité Social et Économique importe alors. En effet, dans ces deux situations, la voie du référendum d'entreprise est fermée et la négociation collective se déroule alors conformément aux dispositions de l'article L. 2232-23-1 du Code du travail.

collective, le représentant des salariés peut être seul. Néanmoins, il a pour tâche de représenter la communauté des salariés. Or, dans la mesure où tous les salariés sont engagés par la convention collective conclue, il est impératif d'admettre que leur représentant puisse être dépendant de l'employeur au moment de ladite conclusion, et ce même son statut le protège partiellement de certaines pressions²¹⁸⁷.

536. Les acteurs du dialogue social ne doivent donc pas être irréfragablement présumés indépendants. Pour autant, la démonstration de l'état de dépendance d'un délégué syndical, d'un membre du Comité Social et Économique ou d'un salarié mandaté expressément n'est pas chose aisée ; elle est simplement envisageable. Sa caractérisation ne donne lieu à aucune spécificité ; il convient de démontrer que, lors de la négociation et de la conclusion de l'acte collectif, le représentant des salariés ne disposait d'aucune solution(s) alternative(s) satisfaisante(s) et que son refus aurait emporté de graves conséquences pour la communauté des salariés.

Ceci peut être illustré avec l'exemple de la conclusion d'un accord de performance collective²¹⁸⁸. Ce dernier peut être négocié dans l'optique de préserver l'emploi²¹⁸⁹ et risque, par conséquent, d'être discuté « en situation de menace sur l'emploi »²¹⁹⁰. Dans ce cas, la liberté de son consentement doit être préservée. Tel n'est pas le cas, par exemple, lorsque l'unique

²¹⁸⁷ Dans ce cadre, il convient d'admettre que la représentation de la communauté des salariés lors de la négociation collective emporte des conséquences sur la nature de la dépendance. Lorsque le représentant est lui-même concerné par la mesure arrachée par l'abus de l'employeur, il est possible de considérer que cette dépendance est également économique. Toutefois, il en va autrement lorsque ladite mesure ne le concerne pas directement. L'on peut imaginer, par exemple, la situation dans laquelle un accord de performance collective est conclu par le truchement d'une violence pour abus de l'état de dépendance et prévoit la délocalisation d'un service auquel n'appartient pas le délégué syndical chargé de la négociation. En l'espèce, son consentement peut être extorqué sans que cela n'engage de conséquence pour lui-même. Pour autant, nous l'avons dit, il est possible que son état de dépendance soit tout de même caractérisé. Partant, à notre sens, cette dépendance n'est pas de nature économique, mais prend une forme solidariste, vis-à-vis des salariés représentés et concernés par la mesure.

²¹⁸⁸ Visée par l'article L. 2254-2 du Code du travail, qui dispose en son 1^o, du Code du travail que cet accord peut « aménager la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition », « aménager la rémunération au sens de l'article L. 3221-3 dans le respect des salaires minima hiérarchiques mentionnés au 1^o du I de l'article L. 2253-1 », mais aussi « déterminer les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise ».

²¹⁸⁹ C'était le cas de 30 % des accords de performance collective conclus au cours de l'année 2018, selon H. CAVAT, « Les accords de performance collective », préc. L'accord de performance collective peut également être négocié pour répondre aux « nécessités de l'entreprise » ou pour développer l'emploi, selon l'article L. 2254-2 du Code du travail.

²¹⁹⁰ Formule de M. FABRE-MAGNAN, P. LOKIEC, « Le vice de violence en droit du travail », préc.

échappatoire²¹⁹¹ à la conclusion de l'accord de performance collective est d'engager un plan de licenciement pour motif économique²¹⁹². En l'espèce, il n'existe aucune solution(s) alternative(s) satisfaisante(s) à la signature de l'accord. De plus, il n'est ici pas contestable que le rejet de celui-ci produirait des conséquences graves, puisqu'un ou plusieurs salariés seraient licenciés. Partant, malgré leur nombre²¹⁹³ ou leur protection inhérente à leur statut, les représentants des salariés à la négociation collective risquent d'être dépendants de l'employeur au moment de l'échange des consentements et de la formation d'une convention collective.

537. L'étude de l'abus commis par l'employeur ne paraît pas appeler de développements inédits ; nos analyses précédentes, bien que consacrées aux relations individuelles de travail, peuvent ici être reproduites. En effet, nous l'avons mis en lumière²¹⁹⁴, le fait que l'employeur cherche avant tout à tirer un gain de la conclusion d'un acte n'interdit pas la possibilité de prouver l'intention qu'il avait de nuire à son cocontractant. À nouveau, l'appréciation de l'abus doit être étendue au-delà des seuls partenaires sociaux ; l'intention de nuire de l'employeur n'a pas à être strictement analysée vis-à-vis de ses interlocuteurs directs dans la négociation ; elle peut également être caractérisée à l'égard de la communauté des salariés. La solution paraît logique car l'employeur obtiendra bien souvent un avantage plus important en portant atteinte aux intérêts de l'ensemble des salariés plutôt qu'à ceux des seuls représentants.

Aussi, pourrait se rendre coupable d'un abus subjectif celui qui, pour contraindre les représentants des salariés à consentir, fait illégitimement planer une menace de « suppressions ou délocalisations d'emplois »²¹⁹⁵.

538. La démonstration d'un avantage manifestement excessif tiré par l'employeur de la convention collective, quant à elle, s'envisage sans peine. Ce peut être le cas lorsque la

²¹⁹¹ À cet égard, il ne suffit probablement pas de s'arrêter aux seules alternatives proposées par l'employeur, il convient de tenir compte des possibilités véritables qui pouvaient être substituées à la conclusion de l'accord de performance collective.

²¹⁹² Sur le fondement des difficultés économiques de l'entreprise ou en vue d'une réorganisation nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité (article L. 1233-3 du Code du travail).

²¹⁹³ L'employeur peut être amené à négocier avec plusieurs personnes à la fois. D'ailleurs, si plusieurs délégués syndicaux ont été nommés dans l'entreprise, il a même l'obligation d'engager une négociation commune, car le fait de tenir des négociations séparées est sanctionné par la nullité de l'accord conclu : Soc., 10 oct. 2007, n° 06-42.721, préc. Le fait que les salariés soient représentés par plusieurs personnes n'exclue pas que ces dernières puissent être dépendantes. En l'espèce, le nombre ne constitue pas nécessairement une force – ce serait faire une analyse strictement psychologique de l'état de dépendance.

²¹⁹⁴ V. *supra*, n° 512.

²¹⁹⁵ M. FABRE-MAGNAN, P. LOKIEC, « Le vice de violence en droit du travail », préc.

convention collective prévoit la réduction radicale des avantages que possédaient jusqu'alors les salariés. Il en irait ainsi, par exemple, lorsqu'une convention collective d'entreprise emporte le détricotage du système de primes prévu au niveau de la branche d'activité. La réglementation des rapports entre les conventions d'entreprises et celles couvrant un champ territorial ou professionnel plus large, visée aux articles L. 2253-1 et suivants du Code du travail, autorise en effet largement aux premières à déroger aux secondes, même de manière défavorable aux salariés²¹⁹⁶. Une convention collective d'entreprise peut ainsi valablement prévoir la suppression d'une ou plusieurs primes prévues par une convention collective de branche. Cette suppression constitue indubitablement un avantage pour l'employeur, étant précisé que son caractère « manifestement excessif », requis par l'article 1143 du Code civil, pourrait dépendre du montant des économies réalisées.

Le recours à l'accord de performance collective permet à l'employeur de cantonner les acquis contractuels des salariés, certes en touchant à la rémunération ou à sa structure²¹⁹⁷, mais également en aménageant le temps de travail ou les conditions de la mobilité des travailleurs²¹⁹⁸. Dans ces situations, l'existence d'un avantage accordé à la partie patronale peut également être décelée. Nous estimions d'ailleurs que le fait, pour l'employeur, d'imposer au salarié une clause de mobilité particulièrement large dans son contrat de travail pouvait constituer, pour lui, un avantage disproportionné²¹⁹⁹. Cette mobilité peut également être imposée par les stipulations d'un accord de performance collective, par le biais d'un déménagement d'un service vers un autre établissement ou de « mobilités ponctuelles »²²⁰⁰, parfois à plusieurs centaines de kilomètres de distance²²⁰¹. En somme, contrairement à ce que nous pouvions évoquer au sujet

²¹⁹⁶ L'article L. 2253-3 du Code du travail prévoit effectivement que les stipulations des conventions collectives d'entreprise prévalent sur celles des conventions collectives de branche pour toutes les matières qui ne sont pas visées aux articles L. 2253-1 (13 thèmes) et L. 2253-2 (4 thèmes) du Code du travail. On s'aperçoit que parmi les 17 thèmes susmentionnés, pour lesquels l'accord de branche ne s'applique pas forcément, seule la prime pour travaux dangereux ou insalubres est mentionnée (article L. 2253-2, 4°, du Code du travail). Aussi, pour les autres primes, peu importe leur nature (prime d'ancienneté, de 13^{ème} mois, d'assiduité, d'habillement...), la convention collective d'entreprise prévaut sur la convention dotée d'un champ plus étendu, même si elle est moins favorable pour les salariés.

²¹⁹⁷ C'est le cas de 47 % des accords de performance collective conclus en 2018 : H. CAVAT, « Les accords de performance collective », préc.

²¹⁹⁸ Article L. 2254-2 du Code du travail.

²¹⁹⁹ V. *supra*, n° 497. V. ég. Ch. GOLDIE-GENICON, « Droit commun des contrats et droit du travail, 100 ans après », préc.

²²⁰⁰ H. CAVAT, *op. cit.*

²²⁰¹ Ce qui, en dehors de toute convention collective, constituerait à n'en point douter une modification du contrat de travail à laquelle le salarié doit accéder, car le nouveau lieu de travail se situe alors dans une autre zone géographique que l'ancien.

de la rupture conventionnelle²²⁰², la conclusion d'une convention collective, peu importe sa nature exacte²²⁰³, semble pouvoir conférer à l'employeur un avantage manifestement excessif.

539. La démonstration des trois critères posés par l'article 1143 du Code civil est en l'espèce envisageable. La remise en cause rétroactive d'une convention collective sur cette base ne se heurte donc à aucun achoppement. Cela nous permet d'affirmer que le mécanisme produit une certaine influence en droit du travail. Cette affirmation doit néanmoins être affinée par une étude plus précise.

B. L'INFLUENCE DU VICE DE VIOLENCE POUR ABUS DE L'ÉTAT DE DÉPENDANCE EN DROIT DU TRAVAIL

540. L'intensité de l'influence que le vice de violence pour abus de l'état de dépendance produit en droit du travail varie singulièrement en fonction des contextes et moments où il est mobilisé. Elle ne peut donc faire l'objet d'une analyse uniforme et ne peut résulter que d'un examen individualisé. Nous allons à nouveau scinder les relations individuelles et collectives de travail et, au sein des premières, décomposer le contrat de travail phase par phase. Celles-ci ne seront cependant plus abordées dans un ordre chronologique²²⁰⁴, mais en fonction du degré d'influence que le nouvel article 1143 du Code civil y produit.

541. Il résulte d'abord de nos analyses que le vice ne peut pas être mobilisé à l'appui d'une demande en nullité d'une transaction. En effet, dans la mesure où cet acte ne peut être valablement conclu que postérieurement à la rupture du contrat de travail, la caractérisation de l'état de dépendance du travailleur à l'égard de son ancien employeur pose une difficulté insurmontable. Il apparaît que dans cette situation, la partie faible dispose toujours d'une solution alternative satisfaisante à la signature d'une transaction, à savoir la saisine du juge compétent dans l'optique de lui soumettre le(s) litige(s) tranché(s) par l'acte juridique. L'inexistence du lien de dépendance entre les deux parties emporte l'impossibilité totale de solliciter l'annulation d'une transaction sur le fondement de l'article 1143 du Code civil. Par

²²⁰² V. *supra*, n° 525 et s.

²²⁰³ Qu'il s'agisse ou non d'un accord de performance collective.

²²⁰⁴ Allant de la phase précontractuelle à la période postcontractuelle, en passant par celle d'exécution du contrat de travail.

conséquent, en aval de la rupture du contrat de travail, l'influence que celui-ci produit est totalement nulle.

542. Un raisonnement similaire – sans être absolument identique – peut être tenu au sujet de la contestation d'une rupture conventionnelle du contrat de travail sur le fondement du vice de violence pour abus de l'état de dépendance. Cette fois-ci, deux obstacles de natures distinctes se dressent sur la route du salarié demandeur. Le premier est purement juridique : si un état de dépendance peut cette fois-ci être démontré, on peine à déceler l'existence d'un avantage manifestement excessif tiré de la convention par l'employeur. Or, si ce dernier n'obtient pas de la convention un gain démesuré, le vice ne peut être mobilisé. Le second est moral : les conditions de mise en œuvre du nouvel article 1143 du Code civil sont plus complexes à réunir que celles des autres vices du consentement. Au-delà même de toute considération juridique, le salarié n'a donc pas d'intérêt à demander l'annulation judiciaire de la convention de rupture conventionnelle pour abus de son état de dépendance, ce que le très faible contentieux au niveau d'appel démontre pertinemment. En somme, l'étendue de l'influence précitée n'est pas accrue par l'utilisation qui est faite du nouvel article 1143 du Code civil lors de la rupture du contrat de travail.

543. Il en va de même si l'on se place au moment de la conclusion du contrat de travail. Tout d'abord, l'apport de la preuve de l'abus subjectif du recruteur – qui passe par celle de son intention de nuire à l'aspirant salarié – s'il n'est pas inconcevable, se révèle particulièrement épineux. Ensuite, la sanction de la nullité concerne le contrat de travail lui-même et non plus un acte subséquent. Or, nous l'avons mentionné²²⁰⁵, la nature même dudit contrat empêche la réalisation des restitutions inhérentes à la rétroactivité de cette sanction²²⁰⁶. De plus, si le salarié est économiquement dépendant de son employeur, la disparition rétroactive du contrat de travail n'améliorerait en rien sa situation ; bien au contraire, cela n'aurait pour effet que de renforcer sa précarité et, par-là, sa dépendance. La nullité du contrat de travail, prévue par l'article 1143 du Code civil, aggrave ainsi la situation de la victime, qui, en conséquence, n'a pas d'intérêt à en solliciter l'application.

²²⁰⁵ V. *supra*, n° 325.

²²⁰⁶ V. not. J. DJOUDI, « Les nullités dans les relations individuelles de travail », préc.

544. Le constat diffère légèrement au cours de la phase d'exécution du contrat de travail. Il a été démontré que la caractérisation de l'état de dépendance et de l'abus de l'employeur peut s'effectuer de manière moins complexe, que ce soit en raison de l'absence de solution(s) alternative(s) satisfaisante(s) ou de l'existence d'une intention de nuire de l'employeur. De surcroît, la sanction de la nullité ne constitue désormais plus un obstacle, car elle ne porte pas sur le contrat de travail lui-même. L'acte conclu peut ainsi être annulé sans que cela ne cause, par ricochet, un préjudice au salarié dépendant, qui conserve son emploi et sa rémunération. Le mécanisme retrouve ainsi une véritable attractivité, malgré l'obstacle que constitue la preuve de l'avantage manifestement excessif. Rien ne s'oppose donc à ce que les salariés s'emparent de la disposition pour remettre en cause la validité d'un acte conclu lors de la phase d'exécution du contrat de travail.

545. Enfin, l'étude de l'influence du nouvel article 1143 du Code civil dans les relations collectives de travail mène au même résultat. Chacun des trois critères légaux peut prétendre à être caractérisé, car le statut protecteur des représentants des salariés ne doit en aucun cas emporter la remise en cause d'un éventuel lien de dépendance à l'égard de l'employeur²²⁰⁷. Partant, l'intérêt de faire application de la violence pour abus de l'état de dépendance à l'encontre d'une convention collective demeure intact. Sa mise en œuvre judiciaire demeure par contre soumise aux mêmes écueils probatoires.

546. En raison de critères trop contraignants, mais aussi du particularisme du droit du travail²²⁰⁸, rares sont les hypothèses dans lesquelles le nouveau vice du consentement produit un effet concret dans les relations individuelles et collectives de travail. Pour autant, il demeure des espaces dans lesquels l'article 1143 du Code civil peut opportunément trouver application. Si la démonstration d'un état de dépendance, d'un abus subjectif et d'un avantage manifestement excessif est toujours source de difficultés²²⁰⁹, les salariés ou leurs représentants ont un intérêt véritable à solliciter la nullité d'une convention collective, d'un avenant modificatif du contrat de travail ou encore d'un acte de cession de droits personnels à l'employeur sur ce fondement. L'influence du vice de violence pour abus de l'état de

²²⁰⁷ Ou de son représentant, si l'on se place aux niveaux de la branche d'activité ou interprofessionnel.

²²⁰⁸ Le particularisme du droit du travail impacte négativement l'influence susmentionnée en l'espèce, qu'il s'agisse de l'incompatibilité entre la nature du contrat de travail et la sanction de la nullité ou de l'obligation de conclure une transaction en aval de la rupture du contrat de travail, par exemple.

²²⁰⁹ Ce constat n'est pas propre au droit du travail, il est commun à l'ensemble des branches de notre droit.

dépendance en terre travailliste n'est ainsi pas totalement nulle. Force est néanmoins de constater qu'elle n'est que très modeste²²¹⁰, malgré les nombreuses attentes théoriques que le mécanisme a pu susciter.

²²¹⁰ À l'inverse de celle que produit, en droit du travail, le contrat d'adhésion et son régime : V. *supra*, n° 420, n° 458 et s.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

547. Les relations de travail – notamment individuelles – sont déséquilibrées par nature. Les parties qui les composent ne sont pas dotées d’une puissance contractuelle identique, celle de l’employeur étant bien supérieure à celle du salarié. Selon les termes du rapport remis au Président de la République, la réforme engagée par l’ordonnance du 10 février 2016 avait notamment pour objectif d’apporter « des correctifs de nature à garantir une justice contractuelle »²²¹¹, par le biais de plusieurs mécanismes. Ceux-ci sont au nombre de deux²²¹² et, à la vue de ce qui précède, possèdent un attrait évident pour le salarié ou ses représentants à la négociation collective, dans l’optique d’atténuer le déséquilibre susmentionné. Cet attrait renvoie directement à la notion d’influence minimale accueillie, que nous avons définie comme étant celle qui est tributaire de la mobilisation effective des règles de droit par les justiciables²²¹³ et, en ce qui nous concerne, les salariés. L’application des règles qui la composent n’est ainsi pas imposée par le droit commun des contrats et l’article 1105 du Code civil. En d’autres termes, le contrat d’adhésion et son régime, tout comme le vice de violence pour abus de l’état de dépendance, ne peuvent prétendre à exercer une influence en droit du travail que s’ils présentent une utilité pratique pour la partie faible des relations de travail. Si tel n’est pas le cas, celle-ci intentera son action sur un autre fondement juridique, qui, en raison de ses conditions de mise en œuvre ou de la nature de sa sanction, sont plus à même d’assurer le succès de ses prétentions.

548. Il s’agissait dès lors de déterminer si, au-delà de l’attrait susmentionné et mis en avant par la doctrine²²¹⁴, ces deux mécanismes étaient en mesure de produire – ou non – une influence en droit du travail. À cet égard, les résultats de nos études sont contrastés. D’un côté, nous avons démontré que le contrat d’adhésion ne produit par lui-même aucune influence directe.

²²¹¹ Rapport remis au Président de la République relatif à l’ordonnance n° 2016-131, préc.

²²¹² Le contrat d’adhésion et le vice de violence pour abus de l’état de dépendance.

²²¹³ V. *supra*, n° 273 et s.

²²¹⁴ V. not. L. BENTO DE CARVALHO, « L’incidence de la réforme du droit des contrats sur le régime du contrat de travail : renouvellement ou *statu quo* ? », préc. ; Y. PAGNERRE, « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », préc. ; G. LOISEAU, « Le contrat de travail dans la réforme du droit des contrats », préc. ; « Droit civil et droit du travail : une relation instable », préc. ; S. TOURNAUX, « Le contrat de travail et les dérogations au droit commun du contrat », préc. ; « Chronique d’actualité du régime juridique du contrat de travail », préc. ; Y. LEROY, « Paradoxe(s) sur ordonnances », préc. ; Ch. GOLDIE-GENICON, « Droit commun des contrats et contrat de travail, 100 ans après », préc. ; Ch. RADÉ, « L’impact de la réforme du droit des contrats en droit du travail », préc. ; M. FABRE-MAGNAN, « La réforme du droit des contrats : quelques contre-feux civilistes à la déréglementation du droit du travail », préc. ; A. LYON-CAEN, F. LOYSEAU DE GRANDMAISON, « L’impact de la réforme du droit des obligations sur le droit du travail », préc. ; S. BRISSY, « L’avant-projet de réforme du droit des obligations : une source d’évolution pour le droit du travail ? », préc.

Cependant, sa caractérisation – rendue complexe par les critères posés par l’article 1110 du Code civil – emporte logiquement l’application de son régime dual. Ainsi, les stipulations d’un contrat de travail ou une convention collective d’adhésion doivent – impérativement selon nous – être interprétées à l’encontre de celui qui les a proposées. Plus encore, les clauses dites abusives, qui sont celles – soustraites à la négociation – qui créent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, peuvent être dorénavant réputées non écrites, en application du nouvel article 1171 du Code civil. Mise en œuvre strictement, cette réglementation générale est susceptible de remettre en cause le recours à plusieurs clauses fréquemment utilisées, telles que les clauses de mobilité, d’exclusivité ou de renonciation unilatérale à la clause de non-concurrence. Les deux premières imposent une sujétion au seul salarié, tandis que la dernière accorde une prérogative à l’unique employeur. Dans la mesure où le déséquilibre ainsi créé au détriment du salarié ne fait l’objet d’aucune compensation, ces clauses risquent désormais d’être qualifiées d’abusives. La mise en œuvre du régime des clauses abusives bouleverserait ainsi la pratique travailliste car, pour être valables, ces clauses devraient prévoir une contrepartie au profit du salarié²²¹⁵, comme c’est le cas pour la clause de non-concurrence depuis le début du siècle²²¹⁶. Les employeurs seraient ainsi tenus de procéder à la modification de tous les contrats de travail en cours d’exécution, étant rappelé que ladite modification ne peut valablement s’effectuer sans l’accord du salarié. L’influence du régime du contrat d’adhésion en droit du travail, et plus particulièrement celle de la législation générale des clauses abusives, est ainsi susceptible²²¹⁷ d’être considérable.

Il en va bien autrement de celle du nouvel article 1143 du Code civil. Dans sa rédaction issue de la loi de ratification du 20 avril 2018, la mise en œuvre du vice de violence pour abus de l’état de dépendance est conditionnée par la réunion de trois preuves distinctes, dont la démonstration est particulièrement malaisée. À cela, il convient d’ajouter que certaines particularités propres au droit du travail viennent un peu plus encore complexifier la tâche du salarié demandeur. Ainsi, il apparaît que ce mécanisme, qui étend la jurisprudence antérieure

²²¹⁵ Ou qu’une autre clause du contrat de travail soit stipulée en faveur du travailleur subordonné, venant par-là compenser la sujétion qui lui a été imposée.

²²¹⁶ Soc., 10 juill. 2002, n° 00-45.135, préc. Si la chambre sociale de la Cour de cassation venait à considérer ces clauses comme étant abusives, sa solution s’appliquerait à l’ensemble des contrats de travail en cours d’exécution, car ce revirement de jurisprudence produirait des effets rétroactifs : V. *supra*, n° 459.

²²¹⁷ Notre constat découle de l’application stricte de l’article 1171 du Code civil. Nous avons néanmoins émis quelques réserves quant au fait que la chambre sociale de la Cour de cassation retienne une telle solution, en raison, justement, du chamboulement qu’elle emporterait dans la matière.

au-delà de la seule sphère économique²²¹⁸, est impossible à mobiliser à l'encontre d'un contrat de travail de travail, d'une rupture conventionnelle ou d'une transaction. Son intérêt se limite dès lors aux actes conclus en cours d'exécution du contrat de travail (avenant modificatif dudit contrat, cessions de droits à l'employeur...) et aux conventions collectives. L'influence exercée dans le carcan travailliste par ce nouveau vice du consentement est ainsi bien modeste.

549. Pour autant, la seule mise en œuvre susmentionnée de l'article 1171 du Code civil suffirait à provoquer un chambardement d'ampleur en droit du travail. Le rayonnement de l'influence minimale accueillie se trouve, par conséquent, substantiellement accru par les mécanismes qui emportent le rééquilibrage de puissance contractuelle entre les contractants.

²²¹⁸ Civ., 1^{re}, 3 avr. 2002, n° 00-12.932, préc.

CONCLUSION DU TITRE 2

550. Au sein du premier titre de notre travail, nous avons démontré qu'en application du nouvel article 1105 du Code civil, la réforme du droit des contrats produit en droit du travail une influence certaine et incompressible. C'est là l'expression du concept d'influence minimale contrainte. Cette étude ne nous permettait cependant pas de déterminer avec précision quel était le degré de ladite influence. Pour ce faire, une seconde analyse devait être réalisée, concentrée sur l'attractivité des nouvelles dispositions générales pour les acteurs des relations de travail. Il apparaît en effet que l'attrait d'un mécanisme constitue une source de son influence aussi bien que de son obligatorité. Le concept d'« influence minimale accueillie », qui se nourrit de trois mécanismes distincts, à savoir le devoir précontractuel d'information, le contrat d'adhésion et le vice de violence pour abus de l'état de dépendance, est ainsi né du constat selon lequel les acteurs des relations de travail doivent avoir un intérêt certain à mobiliser délibérément certains éléments du nouveau droit commun des contrats. Son intérêt est de découvrir, conjointement avec la facette contrainte de l'influence²²¹⁹, l'exacte intensité que la réforme engagée par l'ordonnance du 10 février 2016 exerce *a minima* en droit du travail.

551. Le passage au crible des trois dispositions précitées a mené à des conclusions nuancées. Néanmoins, à des degrés divers, chacune d'entre elles nous a permis de mettre en lumière la production d'une influence, dans l'ensemble des sphères du droit du travail. Il découle de nos analyses que le nouvel article 1143 du Code civil, giron de la nouvelle facette du vice de violence, est celui qui présente le moins d'intérêt pour la partie dotée de la plus faible puissance contractuelle, qui ne peut que rarement espérer le mobiliser avec succès. Les raisons avancées tiennent aussi bien aux conditions du mécanisme – particulièrement difficiles à réunir – qu'au particularisme du droit du travail, qui empêche la caractérisation d'un avantage manifestement excessif lors de la conclusion d'une rupture conventionnelle ou qui fait obstacle au prononcé de la nullité d'un contrat de travail.

Nous estimons que l'influence produite en droit du travail par le devoir précontractuel d'information de l'article 1112-1 du Code civil devrait être plus marquée, sans pour autant être substantielle. Le salarié dispose en effet de la faculté d'en demander l'application dans un litige

²²¹⁹ V. *supra*, n° 275.

qui l'oppose à l'employeur, notamment lorsqu'il aura pris le parti de rompre son contrat de travail au cours de la période d'essai. Dans la pratique, ces hypothèses devraient cependant se faire rares. C'est ainsi dans les relations collectives de travail que la disposition présente le plus d'intérêt, dans l'optique de renforcer la loyauté de la négociation collective, de sanctionner la violation des stipulations d'un accord de méthode ou d'allonger le délai dans lequel l'acte collectif peut être judiciairement remis en cause. Le fait que la nullité relative de l'acte soit conditionnée à la démonstration d'une réticence dolosive au sens de l'article 1137 du Code civil constitue néanmoins un frein à sa mobilisation et nuit donc à son attractivité.

Le moteur principal de la production de l'influence minimale accueillie s'avère incontestablement être le contrat d'adhésion et son régime. Par une appréciation *in concreto*, un contrat de travail peut effectivement être qualifié d'adhésion. Il est en effet récurrent qu'un ensemble de clauses soit soustrait à la négociabilité et imposé à l'aspirant salarié par le recruteur. De l'adhésion de la partie la même manière, les conventions collectives conclues par le truchement d'un accord référendaire – dans les (très) petites entreprises – ne font l'objet d'aucune négociation et, par conséquent, remplissent l'ensemble des conditions posées par l'article 1110, alinéa 2, du Code civil. De ce fait, les clauses obscures et ambiguës qui y sont stipulées devront être interprétées contre l'employeur. De surcroît, celles qui emportent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties – parce qu'elles accordent un avantage ou imposent une sujétion à un contractant sans aucune contrepartie, par exemple – devront dorénavant être qualifiées d'abusives et réputées non écrites. Plusieurs clauses fréquemment usitées dans la pratique travailliste pourraient être concernées, comme la clause de mobilité géographique ou la clause d'exclusivité, qui ne compensent aucunement l'obligation mise à la charge du salarié. La remise en cause du régime de ces diverses clauses, à l'instar de celui de la clause de non-concurrence par la chambre sociale de la Cour de cassation en 2002²²²⁰, suffit pour affirmer que l'influence de l'article 1171 du Code civil en terre travailliste est majeure.

552. L'addition de nos différentes analyses nous permet de présenter une conclusion sans appel ; en l'état actuel²²²¹, l'apport de l'influence minimale accueillie dans l'influence globale

²²²⁰ Soc., 10 juill. 2002, n° 00-45.135, préc.

²²²¹ Nous avons présenté le concept d'influence minimale accueillie comme possédant « une base molle et susceptible d'évoluer avec le temps et la pratique travailliste ».

produite par la réforme de droit des contrats en droit du travail n'est pas négligeable. Elle est susceptible d'être la source de bouleversements d'ampleur dans les relations individuelles de travail²²²², tout en présentant certaines utilités, dont l'impact est moindre, dans les rapports collectifs de travail²²²³.

²²²² Principalement par la mobilisation de l'article 1171 du Code civil, mais aussi par celle de l'article 1143 dudit Code, qui demeure applicable à l'encontre des actes conclus en cours d'exécution du contrat de travail : V. *supra*, n° 514 et s.

²²²³ Par la mise en œuvre de l'ensemble des mécanismes présentés au sein de ce titre.

CONCLUSION DE LA PARTIE 1

553. L'ordonnance du 10 février 2016 et la loi du 20 avril 2018 ont opéré le dépoussiérage d'un Code civil bicentenaire, dont certaines règles étaient devenues anachroniques. Les modifications apportées diffusent leurs effets en-dehors des frontières du seul droit commun des contrats. Il était ainsi certain que le droit du travail, dont l'autonomie a été tour à tour souhaitée²²²⁴, proclamée²²²⁵ et rejetée²²²⁶, subirait l'influence de cette réforme. Cet état de fait, dont la véracité n'a pas été remise en question, méritait néanmoins d'être précisé, par l'examen de la dimension de cette influence. Impalpable par nature, le degré d'une influence ne peut être déterminé par le truchement d'une analyse unique. L'étude doit ainsi nécessairement être balisée. Pour ce faire, deux voies peuvent, de prime abord, être pertinemment suivies, à savoir rechercher les influences minimales et maximales que la réforme peut être amenée à exercer dans le champ des relations de travail. Dans la mesure où la détermination du plafond d'influence est soumise à des facteurs nombreux et parfois subjectifs²²²⁷, nous avons opté pour entamer notre travail par l'évaluation de son plancher irréductible.

554. Deux sources de cette influence minimale ont été mises en exergue. La première découle directement du nouvel article 1105 du Code civil, qui régit les articulations entre les règles spéciales et générales de notre droit positif²²²⁸. Elle dispose ainsi d'un caractère contraignant, qui s'impose aux branches spéciales du droit. Ainsi, les lacunes du Code du travail doivent être comblées par le recours au nouveau droit commun des contrats et la coexistence de règles

²²²⁴ G. LYON-CAEN, « Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail », préc. ; J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, Paris, LGDJ, 1971.

²²²⁵ V. not. G.-H. CAMERLYNCK, « L'autonomie du droit du travail », préc. ; A. TOUFFAIT, concl. sous Ch. mixte, 21 juin 1974, n° 71-91.225, préc. ; J.-J. DUPEYROUX, « Droit civil et droit du travail : l'impasse », préc.

²²²⁶ P. DURAND, « Le particularisme du droit du travail », préc. ; G. COUTURIER, « Les techniques civilistes et le droit du travail », préc. ; A. MAZEAUD, « Droit du travail et bicentenaire du Code civil : autour des articles 1134 et 9 du Code civil, ou, du contrat à la personne », préc. ; Ch. RADÉ, « La figure du contrat dans le rapport de travail », préc. ; « L'autonomie du droit du travail », préc. ; G. LOISEAU, « Le rôle matriciel du droit commun des contrats en droit du travail », préc. ; « La tentation de l'autonomie », préc.

²²²⁷ Il en va ainsi, par exemple, de l'intérêt qu'ont les salariés à solliciter du juge l'application d'une règle générale civiliste. Le rôle de la chambre sociale de la Cour de cassation est également crucial – comme nous le détaillerons dans la seconde partie de ce travail. Ses solutions ne sont en effet pas uniquement dictées par la mise en œuvre d'une règle juridique. D'autres éléments, tels que la protection du salarié ou du particularisme du droit du travail, sont également pris en compte et révèlent le subjectivisme dont nous faisons mention.

²²²⁸ Il pose trois principes distincts. Les principes de comblement des lacunes de la législation spéciale par les règles générales et de cohabitation des règles constituent le pôle positif de l'influence. Celui de conflit de normes, à l'inverse, produit une attraction contraire et porte atteinte à l'influence de la réforme du droit des contrats en droit du travail. En cela, il peut être perçu comme le pôle négatif de l'article 1105 du Code civil. V. *supra*, n° 43 et s., n° 146.

spéciales travaillistes et générales civilistes emporte, en principe, leur application cumulée. En effet, l'éviction de ces dernières, prévue par l'adage *specialia generalibus derogant* codifié à l'article 1105, alinéa 3, du Code civil, n'est envisageable qu'en cas de conflit de normes, caractérisé par une identité d'objet et de nature et des solutions incompatibles. Cependant, entre la législation travailliste et le droit issu de la réforme de droit des contrats, de tels conflits ne sont qu'exceptionnels. Par conséquent, nombreuses sont les nouvelles dispositions civilistes qui ont vocation à s'appliquer aux relations individuelles et collectives de travail. Ainsi, la stricte mise en œuvre de l'article 1105 du Code civil conduirait, par exemple, à autoriser l'employeur à solliciter la résiliation judiciaire d'un contrat de travail, ou à sanctionner la réticence dolosive du candidat à l'embauche de manière bien plus sévère que ne le fait pour l'heure la chambre sociale de la Cour de cassation. L'influence minimale contrainte de la réforme du droit des contrats en droit du travail est ainsi notable et à même d'y emporter des modifications d'envergure.

555. La seconde résulte moins de la contrainte juridique que du déséquilibre de pouvoirs inhérent à l'ensemble des relations de travail. La mobilisation volontaire de nouveaux mécanismes, parfois par l'employeur, bien plus souvent par le salarié ou ses représentants, met en évidence l'existence d'une influence minimale accueillie. Les dispositions qui la composent sont celles qui, selon les termes du rapport remis au Président de la République, tendent à renforcer la « justice contractuelle »²²²⁹. Cantonnées par des régimes stricts, elles sont néanmoins toutes susceptibles d'influencer la pratique individuelle et collective du droit du travail, de manière plus ou moins soutenue. La seule mise en œuvre du nouvel article 1171 du Code civil, qui répute non écrite les clauses qualifiées d'« abusives », confère à l'influence minimale accueillie une intensité certaine, bien qu'inférieure à celle produite par la facette contrainte susmentionnée.

556. Le degré de l'influence minimale que la réforme de droit des contrats produit en droit du travail²²³⁰ semble ainsi être bien supérieur à ce qu'imaginait en 2016 la doctrine

²²²⁹ Formule employée à cinq reprises par ledit rapport. La justice contractuelle est présentée comme un « objectif » (rapport remis au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131, préc., spé. propos introductifs ; sous titre I, sous-titre I, chapitre IV, sous-section 1, consacrée à la force obligatoire), qui doit être « garanti » : *ibid*, spé. sous-titre I, chapitre 2, sous-section 3, consacrée au contenu du contrat.

²²³⁰ Qui s'avère être le résultat de l'addition de l'influence minimale contrainte et de l'influence minimale accueillie.

travailleuse²²³¹. Certes, d'un point de vue quantitatif, rares sont les dispositions qui impactent substantiellement les relations de travail. Nous l'indiquons toutefois²²³², l'influence qui nous intéresse ne dépend pas seulement d'une variable quantitative. En effet, certains textes, comme les nouveaux articles 1105 et 1171 du Code civil par exemple, produisent à eux seuls une influence de grande ampleur en droit du travail.

557. Ces résultats prennent appui sur le postulat selon lequel les règles générales reçoivent, en droit du travail, une application stricte et conforme à leur lettre. La réalité de la pratique judiciaire de la chambre sociale de la Cour de cassation nous impose désormais de le transcender. À l'examen de l'influence minimale de la réforme doit ainsi succéder celui de son exacte intensité, qui s'avère être soumise à un élément extra-juridique, à savoir l'utilisation qu'en fera le juge du travail.

²²³¹ Il a pu être dit que « le droit du travail est peu concerné par les nouvelles règles issues de l'ordonnance » (G. LOISEAU, « Le contrat de travail dans la réforme du droit des contrats », préc.), ou que « la réforme ne remettra pas substantiellement en cause la place prise par les techniques civilistes en droit du travail » (Ch. RADÉ, « Entre espoir et désespoir », préc.).

²²³² V. *supra*, n° 34.

Partie 2 : L'INFLUENCE FLUCTUANTE DE LA RÉFORME

558. L'influence globalement exercée par la réforme de droit des contrats en droit du travail a été présentée comme un « bloc massif »²²³³. La caractérisation de son point le plus bas, qui constitue la première étape de son analyse, repose sur l'idée selon laquelle le nouveau droit commun des contrats fait l'objet d'une application scrupuleuse dans les frontières travaillistes. Ce n'est finalement là que l'expression du nouvel article 1105 du Code civil²²³⁴. Conformément à celui-ci, les textes étudiés n'ont pas été adaptés au contexte dans lesquels ils sont mis en œuvre, à savoir les relations de travail. Nous en avons ainsi conclu que la réforme de droit des contrats produit *a minima* en droit du travail une influence notable.

559. Bien qu'imposé par cet article 1105, notre point de départ présente une dimension fictionnelle. L'histoire nous prouve en effet que, depuis l'apparition de la législation ouvrière²²³⁵, les règles civilistes font d'ordinaire l'objet, en droit du travail, d'une application spécifiée. Il en va ainsi, par exemple, du traitement travailliste réservé à la résiliation judiciaire²²³⁶, qui est jurisprudentiellement interdite à l'employeur²²³⁷ afin d'éviter qu'il n'en use pour contourner les règles spéciales du licenciement²²³⁸, qui sont plus protectrices de l'intérêt du salarié. En pratique, la confrontation de la règle de droit au contexte de sa mise œuvre peut être lourde de conséquences. La conclusion à laquelle nous avons abouti au sein de notre première partie doit désormais être dépassée, dans l'optique de tenir compte de ce constat.

²²³³ V. *supra*, n° 37.

²²³⁴ L'article 1105 du Code civil, qui dispose que « les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent sous-titre. Les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux. Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières », indique que la mise en œuvre des règles générales – même au sein des branches spéciales du droit – doit s'effectuer de manière stricte. En effet, s'il est indiqué que la règle générale doit céder son application devant la norme spéciale en cas de conflit entre elles (V. *supra*, n° 148 et s.), il n'est pas précisé que sa mobilisation soit conditionnée par son adaptation au contexte travailliste lorsqu'elle est utilisée en droit du travail.

²²³⁵ V. *supra*, n° 4 et s.

²²³⁶ Ancien article 1184 du Code civil, nouvel article 1227 du Code civil.

²²³⁷ Ch. mixte, 21 juin 1974, n° 71-91.225, préc. ; Soc., 9 mars 1999, n° 96-41.734, préc. ; Soc., 13 mars 2001, n° 98-46.411, préc.

²²³⁸ Articles L. 1232-1 et s. du Code du travail. V. not. I. DAUGAREILH, « La résiliation judiciaire du contrat de travail », *Dr. soc.* 1992. 805 ; Ch. RADE, « Le déclin de la résiliation judiciaire du contrat de travail », *D.* 1998. 350 ; « Feu la résolution judiciaire du contrat de travail », préc. ; « L'impossible recours à la résolution judiciaire du contrat de travail pour sanctionner une faute du salarié », *D.* 1999. 365 ; « L'impossible recours à la résolution judiciaire pour rompre le contrat de travail à durée déterminée », *D.* 1999. 623 ; C. ROY-LOUSTAUNAU, « Le recours à l'article 1184 du Code civil dans le cadre des CDD : l'impossibilité ? », *Dr. soc.* 2002. 406 ; P. MAZIÈRE, « La résolution judiciaire du contrat de travail à durée indéterminée entre droit civil et droit du travail (1^{re} partie) », *LPA* 1999, n° 66, p. 7 ; « La résolution judiciaire du contrat de travail à durée indéterminée entre droit civil et droit du travail (suite et fin) », *LPA* 1999, n° 67, p. 5.

La mise au jour de l'intensité précise de l'influence du nouveau droit commun des contrats dans les relations individuelles et collectives de travail ne peut dès lors passer que par la prise en compte de différents facteurs, extérieurs aux règles générales elles-mêmes, mais qui, en réalité, s'avèrent être la source de leur application spécifiée. En l'espèce, ces facteurs sont au nombre de deux : la volonté affichée par Gouvernement et le Parlement, respectivement lors de la rédaction de l'ordonnance du 10 février 2016²²³⁹ et de la loi du 20 avril 2018²²⁴⁰, et les valeurs et objectifs que la chambre sociale de la Cour de cassation entend sauvegarder par le truchement de ses décisions²²⁴¹. Ces éléments, étrangers à la seule technique juridique, emportent une fluctuation de l'influence minimale de la réforme de droit des contrats en droit du travail.

560. Le mot « fluctuation » provient du latin *fluctuatio*²²⁴², dont le sens originel est celui d'une « hésitation »²²⁴³. Il désigne aujourd'hui un « mouvement d'oscillation, de balancement [...] »²²⁴⁴, mais également, au sens figuré, une « variation, dans un sens, puis dans le sens opposé ; défaut de fixité, de permanence »²²⁴⁵. Le terme exprime ainsi un ballotement et, par conséquent, une incertitude. L'influence de la réforme de droit des contrats en droit du travail en subit frontalement les effets. Alors que nous imaginions son seuil minimal comme une borne solide et stable, l'influence prend désormais la forme d'un pendule, dont l'ondulation est alimentée par les deux facteurs exogènes susmentionnés ; notre influence oscille de bas en haut, des deux côtés l'intensité la plus faible que nous avons caractérisée. Ce balancement dévoile, en terre travailliste, l'existence concomitante d'une influence altérée (**titre 1**) et d'une influence amplifiée (**titre 2**) de la réforme du droit des contrats en droit du travail.

- Titre 1. Une influence altérée
- Titre 2. Une influence amplifiée

²²³⁹ Ordonnance n° 2016-131 du 10 févr. 2016, préc.

²²⁴⁰ Loi n° 2018-287 du 20 avr. 2018, préc.

²²⁴¹ V. *infra*, n° 655 et s.

²²⁴² Selon le dictionnaire de l'Académie Française : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9F1064>.

²²⁴³ *Ibid.*

²²⁴⁴ Sens premier donné au terme par le dictionnaire de l'Académie Française, *ibid.*

²²⁴⁵ Sens quatrième donné au terme par le dictionnaire de l'Académie Française, *ibid.*

Titre 1 : UNE INFLUENCE ALTÉRÉE

561. L'incompressibilité de l'influence minimale jusqu'alors mise en avant était intimement liée à la fiction précitée²²⁴⁶, sur le fondement de laquelle le contenu des nouvelles règles générales reste inchangé lors de leur mobilisation en droit du travail. En pratique, il est pourtant acquis qu'il subit des métamorphoses²²⁴⁷. Ces dernières sont susceptibles, de deux manières distinctes, d'altérer l'influence minimale que la réforme initiée par l'ordonnance du 10 février 2016 exerce en droit du travail. Dans son acception la plus courante, le terme « altérer » définit le fait de « changer, empirer »²²⁴⁸ quelque chose. Aussi, en ce qui nous concerne, l'altération de l'influence verbalise le passage de celle-ci en-deçà du seuil minimal que nous avons fixé ci-dessus²²⁴⁹.

562. Contrairement au phénomène d'amplification, dont la réalité demeure sujette à débats et hésitations²²⁵⁰, l'altération de l'influence de la réforme de droit des contrats constitue une certitude d'ores et déjà observable. Deux explications peuvent être apportées : tout d'abord, l'examen attentif des différentes étapes de la réforme²²⁵¹ met en lumière l'existence d'une volonté commune, qui a animé le Gouvernement lors de la rédaction de l'ordonnance du 10 février 2016 et le Parlement lors de celle de la loi de ratification du 20 avril 2018. Les deux organes ont en effet affiché l'intention d'amoindrir amplement la portée des dispositions qualifiées de « justice contractuelle »²²⁵². L'on constate ainsi que la réforme, par le biais du législateur, est volontairement venue placer un voile sur son propre rayonnement (**chapitre 1**).

²²⁴⁶ V. *supra*, n° 559.

²²⁴⁷ Intrinsèquement, le terme « métamorphose » est neutre ; les modifications qu'il sous-entend peuvent être aussi négatives que positives, ce que cette seconde partie tend à démontrer.

²²⁴⁸ Selon le dictionnaire de l'Académie Française : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9A1311>. Le Trésor de la langue française informatisé, cité par C. DUCHEMIN, *L'application du régime général des obligations en droit du travail*, préc., p. 29, donne au terme « altération » une seconde définition, qui renvoie à « la modification de l'état ou de la qualité d'une chose ». Au sein du présent titre, nous emploierons toutefois ce mot dans son acception la plus commune, qui vise la dégradation d'un élément, à savoir l'influence de la réforme du droit des contrats dans la sphère travailliste.

²²⁴⁹ Dans la mesure où la fixation dudit seuil repose sur la fiction de la mise en œuvre stricte et conforme du nouveau droit commun des contrats en droit du travail, il ne nous semble guère incongru, lorsque cette fiction est dépassée, de constater que le degré d'influence que la réforme produit en terre travailliste est plus faible que le seuil minimal que nous avons indiqué.

²²⁵⁰ V. *infra*, n° 770 et s.

²²⁵¹ Le projet d'ordonnance publié par la Chancellerie le 25 févr. 2015, l'ordonnance du 10 févr. 2016 et la loi de ratification du 20 avr. 2018.

²²⁵² À savoir le devoir précontractuel d'information (article 1112-1 du Code civil), le contrat d'adhésion et son régime juridique (articles 1110, 1171 et 1190 du Code civil) et le vice de violence pour abus de l'état de dépendance (article 1143 du Code civil).

Ce cantonnement, que l'on pourrait qualifier d'autolimitation, produit évidemment des effets en droit commun des contrats, nuit fortement à l'attractivité de certains mécanismes dans la sphère travailliste.

Il est impératif, ensuite, de tenir compte du rôle que joue la chambre sociale de la Cour de cassation, qui soumet ponctuellement l'accueil des mécanismes civilistes en droit du travail à des transmutations, quand bien même celles-ci entrent en contradiction directe avec les dispositions du nouvel article 1105 du Code civil. Lorsqu'il procède ainsi – c'est-à-dire qu'il adapte le contenu d'une règle générale au contexte travailliste – le juge en modifie parfois les conditions, voire l'étendue de son domaine d'application. Ces adaptations peuvent parfois accroître l'intérêt que la disposition revêt pour les acteurs des relations de travail. Il est cependant plus fréquent qu'elles produisent un effet négatif, qui s'exprime par un cantonnement du champ d'application²²⁵³, l'ajout d'une condition²²⁵⁴ ou un bouleversement des effets²²⁵⁵.

²²⁵³ Nous pouvons citer l'exemple du champ de la liberté contractuelle en droit du travail. Confronté aux relations de travail, ce principe, devenu général avec la réforme de droit des contrats (V. not. C. PÉRÈS, « La liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats de la Chancellerie (à propos de l'article 16, alinéa 2, du projet », préc. ; S. ROSALA, « Projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations : véritable révolution ou simple cartographie du livre III du Code civil ? », préc. ; M. MEKKI, « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », préc. ; G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, préc., p. 84 et s. ; O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, préc., p. 62 et s.) ne demeure pas totalement intact. Ainsi, la politique relative aux demandeurs d'emploi, qui sanctionne le chômeur qui refuse sans motif légitime deux offres raisonnables d'emploi (articles L. 5411-6 et s. du Code du travail), restreint la liberté de ne pas contracter. La protection des salariés les plus « faibles », comme les mineurs de moins de seize ans (article L. 4153-1 du Code du travail, qui interdit d'employer des « travailleurs de moins de seize ans », sauf exceptions) ou les femmes enceintes ou allaitantes (article D. 4152-9 du Code du travail, qui interdit d'affecter ces femmes « à des postes de travail les exposant à certains agents chimiques »), cantonne quant à elle la liberté de contracter. Pour plus de développements, V. A.-L. MAZAUD, *Contrat de travail et droit commun. Essai de mesure*, préc., p. 43 et s.

²²⁵⁴ En droit du travail, les conditions de caractérisation du dol diffèrent largement de celles énoncées par le Code civil. Selon l'article 1137 de ce dernier, le dol est « le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges. Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie ». L'article 1139 du Code civil dispose quant à lui que « l'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable ; elle est une cause de nullité alors même qu'elle porterait sur la valeur de la prestation ou sur un simple motif du contrat ». La caractérisation du dol en droit commun des contrats passe ainsi par celle d'une manœuvre active ou d'une dissimulation qui doit être volontaire et qui a déterminé le consentement du cocontractant. Il en va autrement en droit du travail. En premier lieu, l'erreur qui résulte d'un dol est susceptible d'être inexcusable, contrairement à ce que prévoit le nouvel article 1139 du Code civil : Soc., 3 juill. 1990, n° 87-40.349, préc. De surcroît, la réticence dolosive est également rejetée lorsque le salarié possède les compétences pour réaliser les tâches qui lui sont confiées : V. not. Soc., 5 oct. 1994, n° 93-43.615, préc. En somme, la qualification de dol, en droit du travail, est soumise à des conditions différentes que celles prévues par le Code civil.

²²⁵⁵ Lorsqu'elle est sollicitée par le salarié et prononcée par le juge, la résiliation judiciaire du contrat de travail ne produit pas les effets énoncés par l'article 1229 du Code civil, mais ceux d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse : V. not. Soc., 20 juin 2006, n° 05-40.662, *Dr. soc.* 2006. 1051, obs. Ch. RADE ; *RDT* 2006. 252, note G. PIGNARRE ; Soc., 20 mai 2009, n° 08-41.178 ; Soc., 10 avr. 2013, n° 11-15.651, *JCP S* 2013. 1281, note C. PUIGELIER ; *Lexbase Hebdo* 2013, n° 525, note S. TOURNAUX ; Soc., 12 juin 2014, n° 12-29.063, *RDT* 2014.

Ceci abouti à une altération de l'influence de la disposition générale en droit du travail, qui s'effectue postérieurement à son entrée en vigueur, au moment de sa mise en œuvre par le juge social. Cette altération est plus prégnante encore lorsque la chambre sociale de la Cour de cassation ne fait pas le choix de déformer la règle générale pour sculpter ses contours travaillistes, mais celui de l'écarter complètement du litige sans préalablement procéder à la caractérisation d'un conflit de normes²²⁵⁶. Il s'en évince l'existence d'une action altérante du droit du travail (**chapitre 2**) qui, dans son principe, ne présente aucune forme de nouveauté, mais dont la teneur doit être appréciée à travers le prisme des nouvelles dispositions du titre III du livre III du Code civil.

563. Ces deux sources d'altération – propres à la réforme par la main du Gouvernement et du Parlement et extérieures à la réforme par la voix de la chambre sociale de la Cour de cassation – ne présentent pas un caractère absolu de gémellité. Certes, elles concourent à une même finalité, à savoir la réduction de l'influence minimale exercée en droit du travail par la réforme de droit des contrats. Néanmoins, pour une raison chronologique, les chemins empruntés pour y parvenir sont dissemblables.

L'action altérante de la réforme s'est effectuée en deux mouvements. Le premier est antérieur à l'entrée en vigueur du nouveau droit commun des contrats. Il s'est ainsi effectué *a priori*, lors des débats qui ont précédé la rédaction finale de l'ordonnance du 10 février 2016. Dès lors et fort logiquement, cela ne peut frontalement porter atteinte au seuil minimal de l'influence que nous avons mis en exergue. Et pour cause ; celui-ci a été fixé sur le fondement des textes actuellement en vigueur, qui sont le résultat des interventions législatives de 2016 et 2018. L'altération se présente ainsi sous une autre forme : elle a empêché la réforme de produire une influence plus importante encore, et ce avant même qu'elle n'acquiert une portée positive dans notre ordre juridique interne. Le deuxième mouvement est postérieur à la promulgation de l'ordonnance susmentionnée, puisqu'il résulte des modifications qui y ont été apportées par la loi de ratification d'avril 2018. L'origine des atteintes à l'influence demeure législative et, par

447, étude Ph. FLORES ; *D.* 2014. 1628, note L. DRIGUES ; *Soc.*, 8 sept. 2021, n° 20-16.830 ; *Soc.*, 16 mars 2022, n° 21-11.796, voire d'un licenciement nul : *V. not. Soc.*, 20 févr. 2013, n° 11-26.560, *D.* 2013. 1026, obs. P. LOKIEC, J. PORTA ; *JCP S* 2013. 1250, note C. LEBORGNE-INGELAERE ; *Soc.*, 26 oct. 2016, n° 15-15.923, *Dr. soc.* 2016. 1062, obs. J. MOULY ; *D.* 2017. 235, chron. F. DUCLOZ, Ph. FLORES, F. SALOMON, E. WURTZ, N. SABOTIER ; *JCP G* 2016. 1208, note N. DEDESSUS-LE-MOUSTIER ; *Soc.*, 28 nov. 2018, n° 15-29.330, *Dr. soc.* 2019. 182, obs. J. MOULY ; *JCP S* 2019. 1029, obs. A. BARÈGE.

²²⁵⁶ *V. infra*, n° 709 et s.

conséquent, produit un effet identique, à savoir borner l'influence que produisent les mécanismes de justice contractuelle dans toutes les branches de notre droit privé.

À l'inverse, l'action altérante du droit du travail s'exprime postérieurement à ladite entrée en vigueur ; elle ne peut donc pas former un obstacle *a priori* à l'élargissement de notre influence minimale. Par contre, quand il fait le choix de déformer ou d'évincer une règle générale du litige, le juge social est le bras qui actionne le pendule, dont l'oscillation conduit notre influence en dessous du plancher susmentionné. Les moyens d'action diffèrent donc, mais mènent à un résultat identique : une altération de l'influence minimale que le nouveau droit commun des contrats exerce dans les relations de travail.

Chapitre 1. L'action altérante de la réforme de droit des contrats

Chapitre 2. L'action altérante du droit du travail

Chapitre 1 : L'ACTION ALTÉRANTE DE LA RÉFORME

564. Entre les objectifs prescrits par l'article 8 de la loi d'habilitation du 16 février 2015²²⁵⁷ et le contenu final de l'ordonnance du 10 février 2016, une véritable dichotomie peut être mise en évidence. Le Gouvernement, autorisé à légiférer par voie d'ordonnance, a pourtant respecté les grandes lignes des desseins qui lui étaient imposés. Il lui était demandé de « consacrer en particulier le devoir d'information et la notion de clause abusive [et d'introduire] des dispositions permettant de sanctionner le comportement d'une partie qui abuse de la situation de faiblesse de l'autre »²²⁵⁸. C'est chose faite, si l'on veut bien faire abstraction du fait que le nouvel article 1143 du Code civil sanctionne l'abus d'un état de dépendance et non celui d'une situation de faiblesse²²⁵⁹. Des techniques, dont l'existence n'était alors que doctrinale²²⁶⁰ ou jurisprudentielle²²⁶¹, ont été codifiées. Deux remarques doivent cependant être effectuées. En premier lieu, les conditions de mise en œuvre de chacun de ces textes sont très strictes. En second lieu, on s'aperçoit que cette volonté de restreindre la portée de ces différents textes n'a pas toujours existé ; elle s'est imposée au fur et à mesure de l'avancée des débats législatifs qui ont précédé la rédaction de l'ordonnance de 2016. L'on se retrouve ainsi avec des dispositions légales dont la mise en œuvre est particulièrement complexe²²⁶², ce qui les prive d'une fraction de leur substance.

565. Le rapport remis au Président de la République fait explicitement état de cette circonscription étroite des articles 1110, 1112-1, 1143 et 1171 du Code civil. Il y est indiqué que, par ce biais, la réforme permet de répondre « aux craintes des entreprises »²²⁶³, voire plus largement aux « inquiétudes des représentants du monde économique [qui craignaient] une atteinte à la sécurité des transactions entre partenaires commerciaux et à l'attractivité du droit

²²⁵⁷ Loi n° 2015-177 du 16 févr. 2015, préc.

²²⁵⁸ Article 8, 2°, *ibid.*

²²⁵⁹ V. *supra*, n° 468.

²²⁶⁰ Comme c'était le cas du contrat d'adhésion, tiré des travaux menés au début du XX^e siècle par R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté : Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, préc.

²²⁶¹ Comme c'était le cas du vice de violence pour abus de l'état de dépendance, dont la renaissance a été actée par deux arrêts de la première chambre civile de la Cour de cassation : Civ., 1^{re}, 30 mai 2000, n° 98-15.242, préc. ; Civ., 1^{re}, 3 avr. 2002, n° 00-12.932, préc.

²²⁶² Complexité qui, comme nous l'avons vu, ne s'efface pas avec la mobilisation de ces textes dans le contexte des relations individuelles et collectives de travail.

²²⁶³ Formule employée afin d'expliquer l'introduction du critère de l'avantage manifestement excessif au sein de l'article 1143 du Code civil.

français »²²⁶⁴. Si les mécanismes ont pour objet de réduire les déséquilibres de puissance qui grèvent les relations contractuelles, il fallait impérativement éviter, selon le Gouvernement et, après lui, le Parlement, que cela ne porte un trop grand préjudice aux acteurs économiques et à l'attractivité du nouveau droit commun des contrats.

566. Pour mieux comprendre l'action altérante de la réforme de droit des contrats en droit du travail, il est nécessaire de conserver en mémoire la donnée chronologique précédemment présentée. Le premier cantonnement s'est effectué avant même que le texte ne soit entré en vigueur. En effet, si l'on braque les projecteurs sur les dispositions susmentionnées, on remarque que le contenu du projet d'ordonnance de la Chancellerie et celui du texte définitif diffèrent nettement ; bien souvent, ce dernier est nettement plus restrictif. Le deuxième cantonnement s'inscrit dans la période de deux ans qui sépare l'entrée en vigueur de l'ordonnance²²⁶⁵ et celle de la loi qui la ratifie²²⁶⁶. Cette dernière procède à plusieurs retouches, parfois rétroactives, lorsque la modification possède un caractère interprétatif²²⁶⁷. Un mouvement identique peut s'identifier, avec un second rétrécissement du champ d'application de certains textes porteurs d'une plus grande justice contractuelle. Les développements à venir nous permettront d'apprécier quel aurait pu être le degré de l'influence de la réforme du droit des contrats en droit du travail si le législateur n'avait pas pris soin de modérer le champ de certaines de ses dispositions.

²²⁶⁴ Formule employée à quatre reprises, pour expliquer l'exclusion de la valeur de la prestation du champ du devoir précontractuel d'information ou du cantonnement de la traque des clauses abusives aux seuls contrats préalablement qualifiés d'adhésion.

²²⁶⁵ L'ordonnance du 10 févr. 2016 est entrée en vigueur le 1^{er} oct. 2016.

²²⁶⁶ La loi de ratification du 20 avr. 2018 est entrée en vigueur le 1^{er} oct. 2018.

²²⁶⁷ Une loi est dite « interprétative » lorsqu'elle « se borne à reconnaître, sans rien innover, un droit préexistant qu'une définition imparfaite a rendu susceptible de controverse » : Civ., 3^e, 27 févr. 2002, n° 00-17.902, *D.* 2002. 1142, obs. Y. ROUQUET ; *RTD civ.* 2002. 507, obs. J. MESTRE, B. FAGES ; *RTD civ.* 2002. 599, obs. N. MOLFESSIS ; *RTD com.* 2002. 269, obs. J. MONÉGER ; *AJDI* 2002. 291, obs. J.-P. BLATTER. Nous démontrerons ci-dessous que cette définition n'a pas forcément été respectée par le législateur au sein de la loi du 20 avr. 2018 (V. *infra*, n° 619 et s.). Le caractère interprétatif d'une disposition légale n'emporte pas obligatoirement la rétroactivité de son application, comme le rappelle Ass., plén. 23 janv. 2004, n° 03-13.617, *D.* 2004. 1108, note P.-Y. GAUTHIER ; *D.* 2005. 1090, obs. L. ROZÈS ; *RTD civ.* 2004. 341, obs. Ph. THÉRY ; *RTD civ.* 2004. 371, obs. J. RAYNARD ; *RTD civ.* 2004. 598, obs. P. DEUMIER ; *RTD com.* 2004. 74, obs. J. MONÉGER ; *AJDI* 2004. 175, étude M. LASSNER ; *AJDI* 2004. 201, obs. J.-P. BLATTER ; *JCP* 2004. II. 10030, obs. M. BILLIAU ; *RDC* 2004, p. 791, obs. A. MARAIS ; *LPA* 2005, n° 145, p. 12, note S. CHASSAGNARD ; *Deffrénois* 2004, p. 525, note L. RUET ; *RFDA* 2004. 224, note B. MATHIEU ; *RJDA* 2004. 304, rapp. C. FAVRE ; *RTDH* 2004. 461, obs. M. FRIOCOURT, B. MONGIN ; *Just. & cass.* 2005. 290, note G. CANIVET. En effet, la loi interprétative ne rétroagit qu'à la condition que cet effet soit expressément prévu par le législateur et que cela soit rendu nécessaire par un motif impérieux d'intérêt général.

567. Les limitations dont nous faisons mention n'ont épargné aucun des mécanismes qui tendent à restreindre les déséquilibres de puissance entre deux contractants. L'on observe ainsi un cantonnement général, qui met à mal les deux facettes de l'influence minimale accueillie, à savoir les rééquilibrages de puissance informationnelle (**section 1**) et de puissance contractuelle (**section 2**).

Section 1. LE CANTONNEMENT DU RÉÉQUILIBRAGE DE PUISSANCE INFORMATIONNELLE

568. Au sein du projet d'ordonnance rédigé par la Chancellerie et publié le 25 février 2015, le devoir précontractuel d'information se voit consacrer un paragraphe dans le plan du Code civil²²⁶⁸. Son article 1129 dispose ainsi que « celui des contractants qui connaît ou devrait connaître une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, ce dernier ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant. Le manquement à ce devoir engage la responsabilité extracontractuelle de celui qui en était tenu. Lorsque ce manquement provoque un vice du consentement, le contrat peut être annulé ».

Le contraste avec le nouvel article 1112-1 du Code civil ne se limite pas aux seuls termes employés. Le texte finalement adopté est en effet plus complet. Tout d'abord, il précise le sens qu'il convient d'accorder à la formule « information déterminante pour le consentement de l'autre »²²⁶⁹. Ensuite, il règle les questions d'ordre probatoire, en disposant qu'« il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie »²²⁷⁰. Enfin, il affirme de manière bienvenue le caractère d'ordre public de la disposition²²⁷¹. Ces ajouts ne nuisent cependant pas à l'influence du mécanisme.

²²⁶⁸ Titre III (intitulé : « des sources d'obligations »), chapitre II (intitulé : « la formation du contrat »), section 2 (intitulé : « la validité »), sous-section 1 (intitulé : « le consentement »), paragraphe 2 (intitulé : « le devoir d'information »).

²²⁶⁹ Article 1112-1, alinéa 3, du Code civil, selon lequel « ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties ». V. *supra*, n° 286 et s.

²²⁷⁰ Article 1112-1, alinéa 4, du Code civil.

²²⁷¹ Article 1112-1, alinéa 5, du Code civil, selon lequel « les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir ».

569. D'autres précisions, par contre, présentent une telle portée altérante. On s'aperçoit ainsi que l'ordonnance du 10 février 2016 allège l'obligation du débiteur du devoir précontractuel d'information, en rétrécissant le périmètre des informations qu'il doit communiquer. En effet, si l'on s'en tient aux dispositions de l'article 1129 susmentionné, le débiteur du devoir précontractuel d'information est tenu de communiquer à son futur cocontractant toutes les informations inhérentes au contrat projeté, du moment qu'elles sont déterminantes pour son consentement. Sous réserve de cette condition, le domaine des éléments à transmettre paraît ainsi illimité ; le texte n'exclut expressément de son champ aucune information. Cette généralité se traduit de deux manières principales. Premièrement, très certainement par inadvertance, le texte rompt avec la jurisprudence antérieure, selon laquelle l'information relative à la valeur de la prestation est expressément exclue du devoir précontractuel d'information²²⁷². L'article 1112-1 du Code civil reconnecte le mécanisme avec ladite jurisprudence et évince cette information spécifique de son propre champ d'application (**§1**).

Deuxièmement, au sein dudit projet, il importe peu que l'information déterminante soit connue du débiteur. Celui-ci est en effet également tenu de toutes les informations qu'il ignore mais qu'il aurait dû connaître. C'est là l'expression d'un devoir général de renseignement, en vertu duquel il doit faire l'effort de se renseigner personnellement pour mieux informer autrui. L'on perçoit aisément l'intérêt que ce dispositif présente pour la partie dotée de la plus faible puissance informationnelle, dans la mesure où il étend le champ des informations qui doivent lui être transmises. Toutefois, ce devoir spécifique de renseignement du débiteur n'apparaît plus dans le texte final (**§2**), sa suppression étant justifiée par un impératif de sécurité juridique²²⁷³.

§1. L'EXCLUSION DE L'INFORMATION RELATIVE À LA VALEUR DE LA PRESTATION

570. Depuis le début de notre siècle, il est de jurisprudence constante que le devoir précontractuel d'information ne possède pas une portée indéfinie : certaines données sont exclues de son champ. Il en va ainsi de celle qui porte sur « l'estimation de la valeur de la

²²⁷² Civ., 1^{re}, 3 mai 2000, n° 98-11.381, préc.

²²⁷³ V. le rapport remis au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131, préc.

prestation », tel que l'indique l'alinéa 2 du nouvel article 1112-1 du Code civil²²⁷⁴. La codification de la règle s'est effectuée à jurisprudence constante ; elle résulte du célèbre arrêt dit « Baldus »²²⁷⁵. Dans les faits qui ont mené à la décision, une personne a fait vendre aux enchères des photographies réalisées par É. Baldus pour un prix unitaire de 1 000 francs. Trois années plus tard, elle a contacté l'acquéreur pour lui proposer de lui céder, de gré à gré, quatre-vingt-cinq nouvelles photographies du même auteur à des conditions tarifaires identiques. Ce n'est que postérieurement à cette seconde vente qu'elle a appris qu'en raison de la grande notoriété de l'artiste, de telles photographies se vendaient à un prix infiniment plus élevé sur le marché de l'art. Elle a alors sollicité la nullité de la seconde vente, en invoquant l'existence d'une réticence dolosive. La Cour d'appel de Versailles a fait droit à ces prétentions²²⁷⁶, avant d'être censurée par la Cour de cassation. Celle-ci énonce : « attendu que pour condamner M. Z... à payer à Mme Y... la somme de 1 915 000 francs représentant la restitution en valeur des photographies vendues lors des ventes de gré à gré de 1989, après déduction du prix de vente de 85 000 francs encaissé par Mme Y..., l'arrêt attaqué, après avoir relevé qu'avant de conclure avec Mme Y... les ventes de 1989, M. Z... avait déjà vendu des photographies de [Baldus] qu'il avait achetées aux enchères publiques à des prix sans rapport avec leur prix d'achat, retient qu'il savait donc qu'en achetant de nouvelles photographies au prix de 1 000 francs l'unité, il contractait à un prix dérisoire par rapport à la valeur des clichés, manquant ainsi à l'obligation de contracter de bonne foi qui pèse sur tout contractant et que, par sa réticence à lui faire connaître la valeur exacte des photographie, M. Z... a incité Mme Y... à conclure une vente qu'elle n'aurait pas envisagée dans ces conditions ; Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'aucune obligation d'information ne pesait sur l'acheteur, la Cour d'appel a violé le texte susvisé ». L'usage de l'imparfait révèle que la portée de la décision se limite aux faits d'espèce et se cantonne à l'information inhérente à l'inadéquation du prix à la prestation²²⁷⁷. Il n'en demeure pas moins que la Cour de cassation pose ici la règle selon laquelle l'estimation du prix que les parties se font de l'objet du contrat n'entre pas dans le champ du devoir précontractuel d'information. Celui qui a conscience de réaliser une excellente affaire – et, *a contrario*, que son cocontractant effectue une bien mauvaise opération – n'est donc pas tenu de communiquer cette information. La même solution a d'ailleurs été retenue peu de temps après par la chambre

²²⁷⁴ Qui dispose « néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation ». V. not. D. SASSOLAS, « Le prix », in S. BROS (dir.), *Les innovations de la réforme du droit des contrats*, préc., p. 77.

²²⁷⁵ Civ., 1^{re}, 3 mai 2000, n° 98-11.381, préc.

²²⁷⁶ Versailles, 3^e ch., 5 déc. 1997, n° 95/00007290.

²²⁷⁷ G. LOISEAU, note sous Civ., 1^{re}, 3 mai 2000, n° 98-11.381, *op. cit.*, JCP 2000. I. 272.

commerciale, au sujet du prix de cession de titres sociaux²²⁷⁸ et par la troisième chambre civile dans une espèce relative à une promesse de vente consentie sur une maison²²⁷⁹.

571. Pourtant, l'article 1129 du projet d'ordonnance du 25 février 2015 ne fait aucune distinction selon l'objet de l'information. Sa lecture laisse ainsi suggérer que toutes les informations déterminantes pour le consentement des parties doivent être communiquées, y compris celles ayant trait à l'estimation de la valeur de la prestation. S'il avait été codifié de la sorte, le devoir précontractuel d'information aurait brisé la jurisprudence dite « Baldus ». Ce n'aurait pas été là une situation exceptionnelle ; l'ordonnance du 10 février 2016, par exemple, emporte la remise en cause de l'arrêt dit « Canal de Craponne »²²⁸⁰, en reconnaissant l'existence de la théorie de l'imprévision dans le spectre du droit privé²²⁸¹. Cependant, accueillir légalement l'existence d'un devoir précontractuel d'information sur l'estimation de la valeur de la prestation aurait eu des effets plus importants que celui de revenir simplement sur l'état de la jurisprudence antérieure. En effet, le nouvel article 1112-1 du Code civil serait entré directement en conflit avec d'autres dispositions de la même réforme, à savoir les articles 1136²²⁸² et 1168 du Code civil²²⁸³. Ces deux textes posent en effet un principe commun et pluriséculaire : l'indifférence de la lésion en droit commun des contrats. Ainsi, « celui qui paye trop cher, ou qui se fait payer trop peu cher, ne peut obtenir l'annulation du contrat s'il découvre ultérieurement la valeur réelle de la clause sur le marché »²²⁸⁴, ce qu'illustrent topiquement les faits de l'arrêt dit « Baldus ». Il en résulte que ni l'erreur sur la valeur²²⁸⁵ ni le défaut d'équivalence des prestations²²⁸⁶ ne sont source de nullité du contrat. On comprend dès lors aisément pourquoi l'article 1112-1, alinéa 2, du Code civil énonce expressément que

²²⁷⁸ Com., 12 mai 2004, n° 00-15.618, *D.* 2004. 1599, obs. A. LIENHARD ; *RTD civ.* 2004. 500, obs. J. MESTRE, B. FAGES ; *JCP* 2004. II. 10153, note G. DAMY ; *Gaz. Pal.* 11 janv. 2005, p. 645, obs. D. GUÈVEL.

²²⁷⁹ Civ., 3^e, 17 janv. 2007, n° 06-10.442, préc.

²²⁸⁰ Civ., 6 mars 1876, préc.

²²⁸¹ Article 1195 du Code civil. La théorie de l'imprévision était par contre reconnue depuis un siècle dans le champ du droit public, depuis CE, 30 mars 1916, préc.

²²⁸² L'article 1136 du Code civil dispose que « l'erreur sur la valeur par laquelle, sans se tromper sur les qualités essentielles de la prestation, un contractant fait seulement de celle-ci une appréciation économique inexacte, n'est pas une cause de nullité ». V. déjà Req., 17 mai 1832, S. 1832. 1. 849 ; Req., 1^{er} mars 1876, S. 1876. 1. 318 ; Civ., 16 mai 1939, S. 1939. 1. 260 ; Civ., 1^{re}, 5 avr. 1993, n° 91-11.576, CCC 1993, n° 146, obs. L. LEVENEUR ; Civ., 3^e, 31 mars 2005, n° 03-20.096, *D.* 2006. 2082, note C. BOULOGNE-YANG-TING ; *JCP* 2005. I. 194, obs. Y.-M. SERINET ; *Dr. et patr.* 2005. 94, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK.

²²⁸³ L'article 1168 du Code civil dispose que « dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement ».

²²⁸⁴ G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, préc., p. 272.

²²⁸⁵ Article 1136 du Code civil.

²²⁸⁶ Article 1168 du Code civil.

« néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation ». Effectivement, il serait incohérent de contraindre, d'un côté, une partie à dévoiler une telle information et, d'un autre, de ne pas sanctionner, sauf exceptions²²⁸⁷, les déséquilibres entre la valeur payée et la valeur réelle d'une prestation. Un devoir serait en effet mis à sa charge et son inexécution serait sanctionnée²²⁸⁸. Pourtant, le Code civil dispose lui-même, un peu plus loin dans son plan, que l'erreur sur la valeur de la prestation ou le déséquilibre entre les prestations réciproques d'un contrat synallagmatique – qui s'avèrent être les résultats de l'inexécution susmentionnée – ne constituent pas une cause de nullité de la convention litigieuse. L'on ferait alors face à une antinomie synonyme d'un conflit entre deux normes qui appartiennent au même *corpus* législatif. Ce conflit ne pourrait dès lors être résolu ni par le recours au principe de spécialité²²⁸⁹ ni par le recours au principe chronologique²²⁹⁰. Il demeurerait alors inextricable et la rectification de cette incohérence ne pourrait passer que par l'intervention du législateur²²⁹¹.

572. La modification apportée par le Gouvernement, à l'alinéa 2 de l'article 1112-1 du Code civil, est ainsi justifiée par un souci de sécurité et de cohérence juridique. Il n'en demeure pas moins qu'elle a parallèlement emporté la restriction du champ des informations à communiquer à son cocontractant sur le fondement du devoir précontractuel d'information. Cette restriction, même objectivement justifiée²²⁹², altère la protection de la partie placée en situation de faiblesse. Il n'est cependant pas certain que cela ait une véritable répercussion en droit du travail. En effet, les nombreuses règles qui encadrent les relations de travail rendent inutile toute

²²⁸⁷ Par exemple, l'erreur sur la valeur est une source de nullité des contrats lorsqu'elle résulte d'un dol, en application du nouvel article 1139 du Code civil.

²²⁸⁸ L'article 1129 du projet d'ordonnance sanctionne la violation du devoir précontractuel d'information par l'engagement de la responsabilité de l'auteur, mais aussi par la nullité du contrat si la non-communication de l'information s'analyse en un vice du consentement.

²²⁸⁹ Car les règles antinomiques ont une valeur légale, puisqu'elles se trouvent toutes les deux dans le Code civil.

²²⁹⁰ Car les règles antinomiques sont entrées en vigueur au même moment, car elles résultent toutes de la réforme de droit des contrats.

²²⁹¹ Une telle incohérence découlait d'ailleurs de l'ordonnance du 10 févr. 2016. En effet, la jurisprudence antérieure affirmait, comme nous l'avons mentionné (V. *supra*, n° 34, n° 163, n° 336), que l'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable (Civ., 3^e, 21 févr. 2001, n° 98-20.817, préc.). La portée de cet arrêt a été codifiée au sein de l'article 1139 du Code civil. De surcroît, l'article 1137, alinéa 2, du Code civil disposait que « constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie ». Néanmoins, l'article 1112-1 du Code civil affirmait que l'information relative à la valeur de la prestation était exclue du champ du devoir précontractuel d'information. La combinaison de ces trois articles laissait entendre que celui qui s'était insuffisamment renseigné sur ladite valeur était fautif. Tout ceci résulte de l'incompatibilité des articles 1112-1 et 1137 du Code civil, qui a été corrigée par la loi du 20 avr. 2018.

²²⁹² Au regard de la jurisprudence antérieure et du principe d'indifférence de la lésion qui irrigue notre droit des contrats depuis 1804.

communication de l'information qui a trait à l'estimation de la valeur des prestations. Pourtant, dans la mesure où le contrat de travail est synallagmatique par nature, des prestations réciproques sont échangées entre le salarié, qui fournit un travail, et l'employeur, qui verse un salaire. La rémunération constitue ainsi la réciproque de la force de travail²²⁹³. Dès lors, on pourrait penser que dans l'optique de protéger au mieux ses intérêts, le salarié devrait être informé loyalement, par l'employeur, de l'estimation qu'il fait de sa force de travail. Il n'en est rien ; cette solution pêcherait à la fois en opportunité et en pure logique juridique.

Tout d'abord, les normes travaillistes – qu'elles soient légales ou conventionnelles – réglementent la fixation du salaire, en imposant un plancher incompressible. Ainsi, le montant de la rémunération ne peut être inférieur au salaire minimum interprofessionnel de croissance²²⁹⁴. De la même manière, il n'est guère possible, par le biais du contrat de travail, de déroger *in pejus* aux dispositions conventionnelles applicables dans l'entreprise²²⁹⁵. La stipulation d'une rémunération inférieure à ces minimas légaux et conventionnels est ainsi sanctionnée²²⁹⁶. Pour le salarié, il n'est donc pas utile d'être informé sur l'estimation que l'employeur fait de sa force de travail. Et pour cause, à l'inverse de celui d'une photographie, d'une part sociale ou d'une maison d'habitation, le coût du travail salarié est strictement réglementé. Si l'estimation de la force de travail du travailleur subordonné ne s'assimile pas au salaire minimal, force est néanmoins de constater que le salarié ne peut, en l'espèce, réaliser de « mauvaise opération » ; qu'importe l'estimation que l'employeur fait de sa force de travail, les minimas conventionnels et légaux devront obligatoirement être respectés. De plus – et c'est là l'argument juridique – même si l'on faisait artificiellement fi de l'article 1112-1, alinéa 2, du

²²⁹³ X. LAGARDE, « Aspects civilistes des relations individuelles de travail », préc., rappelle que la force de travail du salarié possède une valeur patrimoniale, qui « s'illustre à travers l'existence d'un marché du travail, marché sur lequel les salariés offrent en location leurs aptitudes et leurs compétences en échange d'une rémunération ». V. ég. Th. REVET, « L'objet du contrat de travail », préc. ; A. SUPLOT, « Les nouveaux visages de la subordination », préc. ; F. GÉA, « À quoi sert le droit du travail ? », préc. ; G. DUCHANGE, « Réflexion sur l'objet du contrat de travail », préc. ;

²²⁹⁴ Articles L. 3231-1 et s. du Code du travail.

²²⁹⁵ L'article L. 2254-1 du Code du travail dispose en effet que « lorsqu'un employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord, ces clauses d'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui, sauf stipulations plus favorables ». L'articulation entre les stipulations d'une convention collective et celles d'un contrat de travail se résout donc par le recours au principe de faveur. V. not. F. BOCQUILLON, « Que reste-t-il du principe de faveur ? », *Dr. soc.* 2001. 255 ; A. JEAMMAUD, « Le principe de faveur », préc. ; « Les principes dits « de faveur » ont-ils vécu ? », préc. ; L. CLAVREUL, B. TAILLARDAT-PIETRI, « Le principe de faveur et la nouvelle hiérarchie des normes », préc.

²²⁹⁶ L'article R. 3233-1 du Code du travail dispose que le fait de payer « des salaires inférieurs au salaire minimum de croissance » est « puni de l'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe ». De surcroît, la chambre sociale de la Cour de cassation a récemment indiqué que si le salarié parvient à démontrer la mauvaise foi de l'employeur, le juge peut lui octroyer une indemnité supplémentaire : Soc., 29 sept. 2021, n° 20-10.634.

Code civil, il serait impossible d'imposer à l'employeur de communiquer une telle information. En effet, les éléments relatifs au salaire minimal légal et conventionnel peuvent difficilement être considérés comme étant inaccessibles. Dès lors, l'ignorance de l'aspirant salarié ne peut être qu'inexcusable et aucun devoir précontractuel d'information ne pourrait peser sur les épaules de son recruteur.

573. Nous arrivons à une conclusion identique dans d'autres domaines du droit du travail, comme celui de la contrepartie financière de la clause de non-concurrence dans les trois départements autrefois occupés par l'Allemagne et soumis aux spécificités du droit local²²⁹⁷. En effet, la clause de non-concurrence des commis commerciaux²²⁹⁸ est soumise à un régime spécifique : la contrepartie financière doit obligatoirement être égale à la moitié du montant de la rémunération²²⁹⁹. Cet encadrement juridique de la valeur de la contrepartie de l'obligation du salarié – celle de ne pas faire concurrence à son ancien employeur, dans le temps et l'espace prévu par la clause de non-concurrence – doublé à l'accessibilité de l'information relative au montant minimal de ladite contrepartie, rend à nouveau inutile la communication d'une telle information par l'employeur.

574. Au-delà de la situation particulière des commis-commerciaux dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle, le montant minimal de la contrepartie financière d'une clause de non-concurrence est fixé de manière plus floue, en laissant une marge de manœuvre plus grande à la liberté contractuelle et à l'appréciation judiciaire. Il est en effet prévu, sous peine de nullité de la clause, qu'il ne doit pas être « dérisoire »²³⁰⁰. Le trop grand écart entre la valeur respective de chacune des deux prestations²³⁰¹ – celle de ne pas faire concurrence et celle de verser une contrepartie financière – est ainsi sanctionné par l'annulation rétroactive de la clause. Le prononcé de la nullité n'est toutefois pas fondé sur une quelconque lésion ; il résulte

²²⁹⁷ Rendue obligatoire par Soc., 10 juill. 2002, n° 00-45.135, préc.

²²⁹⁸ Selon l'article L. 1226-24 du Code du travail, « est un commis commercial le salarié qui, employé par un commerçant au sens de l'article L. 121-1 du Code de commerce, occupe des fonctions commerciales au service de la clientèle ».

²²⁹⁹ La DREETS de la région Grand-Est précise par ailleurs que « tous les éléments ayant le caractère de salaire et avantages en nature doivent être pris en compte pour le calcul de l'assiette » : https://grand-est.dreets.gouv.fr/sites/grand-est.dreets.gouv.fr/IMG/pdf/guide_droit_local_du_travail_dec_2022.pdf, p. 13.

²³⁰⁰ Principe posé par Soc., 15 nov. 2006, n° 04-46.721, préc.

²³⁰¹ Par exemple, Soc., 3 févr. 2010, n° 07-44.491, *RDT* 2010. 299, obs. P. ADAM ; *D.* 2010. 1536, note B. REYNÈS, considère qu'est dérisoire la contrepartie financière d'une clause de non-concurrence qui s'élève à 10% du salaire brut mensuel.

de l'absence d'une condition de validité de la clause de non-concurrence²³⁰² lors de la formation du contrat de travail. Pour autant, contraindre l'employeur à communiquer au salarié l'information relative à l'estimation qu'il fait de la valeur de l'obligation de non-concurrence pourrait posséder un attrait pour le salarié ; dans la mesure où la réglementation diffère, nous ne pouvons pas raisonner par totale analogie avec le régime de la clause de non-concurrence sur le territoire d'Alsace et de Moselle. En dehors de ces trois départements, le montant de la contrepartie financière de ladite clause ne fait pas l'objet d'une réglementation précise ; il est suffisant tant qu'il n'est pas dérisoire. Partant, pour le salarié, l'accessibilité de l'information peut être mise en question ; en certaines circonstances, il n'est guère évident pour lui de déterminer si la contrepartie financière stipulée dans la clause de non-concurrence est suffisante. La communication d'une telle information lui permettrait ainsi d'apprécier l'opportunité d'agir en justice afin de faire constater le caractère dérisoire de la contrepartie financière qui lui est versée. En la matière, la codification de la jurisprudence dite « Baldus » au sein du nouvel article 1112-1 du Code civil altère légèrement l'influence de celui-ci, en supprimant une faculté pour le salarié de saisir le Conseil de Prud'hommes en annulation d'une clause de non-concurrence, dans les territoires de la Vieille-France.

575. À notre sens, l'altération susmentionnée se perçoit avec une intensité similaire dans les relations collectives de travail. En principe, la convention collective ne donne pas lieu à l'échange réciproque de prestations entre les parties qui la composent. Son objet, selon le Code du travail, est en effet de « [définir] les règles suivant lesquelles s'exerce le droit des salariés à la négociation collective de l'ensemble de leurs conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail ainsi que de leurs garanties sociales »²³⁰³. Historiquement, c'est par le biais de la convention collective que les conditions de travail – au sens large – des salariés ont été améliorées²³⁰⁴. Partant, puisque l'acte n'est pas le théâtre d'un échange réciproque, il ne

²³⁰² À savoir l'absence ou le caractère dérisoire de la contrepartie financière.

²³⁰³ Article L. 2221-1 du Code du travail.

²³⁰⁴ Pendant longtemps, en application du principe de faveur, la convention collective ne pouvait déroger à la loi de manière défavorable au salarié ; elle ne pouvait qu'accroître sa protection ou améliorer ses conditions de travail. V. not. M. KELLER, G. LYON-CAEN, « Sources du droit du travail », préc., qui rappelaient en 1992 que « la loi est bien en un sens impérative, mais sous réserve d'une clause *plus favorable* de la convention collective ». C'était alors l'expression de l'ancien article L. 132-4 du Code du travail, qui disposait que « la convention et l'accord collectif de travail peuvent comporter des dispositions plus favorables aux salariés que celles des lois et règlements en vigueur ». Aujourd'hui, les conventions collectives peuvent prévoir des stipulations moins favorables pour les salariés que celles de la loi : V. not. P. LOKIEC, « Qui dit conventionnel dit juste », préc. ; J. BARTHELEMY, « Mérites et exigences d'un droit du travail plus contractuel », *Dr. soc.* 2017. 737 ; Ch. RADÉ, « Droit du travail et conventions collectives », préc.

peut être générateur d'une erreur sur la valeur ou d'un déséquilibre important entre la valeur unitaire de chaque prestation. La reconnexion, opérée par l'ordonnance du 10 février 2016, avec la jurisprudence antérieure n'emporte donc en l'espèce aucun amoindrissement de la protection des salariés et de leurs représentants.

La multiplication accrue des accords dits « donnant-donnant »²³⁰⁵ modifie légèrement ce constat. Par leur biais, les acteurs des relations collectives échangent effectivement des prestations²³⁰⁶. Le dernier accord en date – l'accord de performance collective – l'illustre brillamment. Par sa conclusion, un employeur peut par exemple s'engager à préserver l'emploi pendant une durée contractuellement prévue, en échange de quoi les salariés acceptent de réduire le montant de leur rémunération²³⁰⁷. La législation travailliste est d'ailleurs muette au sujet de l'équilibre des prestations échangées par les parties à l'acte. Cette lacune juridique doit ainsi être comblée par le recours au droit commun des contrats. Plusieurs alternatives peuvent alors être envisagées, notamment la mobilisation du nouvel article 1169 du Code civil, selon lequel « un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire »²³⁰⁸. Par ce biais, le déséquilibre flagrant entre les prestations de chacune des parties est réprimé. Il pourrait néanmoins être possible, au-delà, de sanctionner le silence de l'employeur qui, au moment de la conclusion de l'accord, était conscient dudit déséquilibre et de la mauvaise opération que réalisait son cocontractant – le représentant des salariés ou les salariés eux-mêmes dans le cadre d'un accord référendaire. Si l'actuel article 1112-1 du Code civil se montre efficient pour contraindre la partie forte à l'accord de performance collective à communiquer à ses futurs cocontractants les informations déterminantes pour leur consentement²³⁰⁹, le fait de lui imposer, en sus, de leur indiquer l'estimation qu'il fait de la valeur des prestations constituerait, pour la partie faible, une protection additionnelle. Si l'objectif est d'engager la responsabilité extracontractuelle de l'employeur, la mobilisation du devoir précontractuel d'information ferait sens. *A contrario*, si les représentants des salariés espèrent obtenir la nullité de l'accord de

²³⁰⁵ V. not. P. LOKIEC, « Accord collectif et contrat de travail », préc. Pour une vive critique de ces accords, V. not. E. DOCKÈS, « Un accord donnant, donnant, donnant, donnant », *Dr. soc.* 2008. 280.

²³⁰⁶ V. not. J.-Y. FROUIN, « Le contrat de travail et les dérogations au droit commun des contrats », préc., pour lequel : « les accords dits donnant-donnant, dont le contenu même comporte des engagements réciproques à la manière d'un contrat synallagmatique ». V. ég. Ch. RADÉ, « L'autonomie du droit du licenciement », préc. ; H. CAVAT, *Le droit des réorganisations. Étude de droit du travail*, préc.

²³⁰⁷ Article L. 2254-2 du Code du travail.

²³⁰⁸ Pour de plus amples développements, V. *infra*, n° 802 et s.

²³⁰⁹ V. *supra*, n° 372 et s.

performance collective, la procédure intentée sur le fondement de l'article 1112-1 du Code civil – même s'il contient l'obligation de communiquer une information relative à l'estimation de la valeur de la prestation – a peu de chance d'aboutir, en raison de la complexité de la charge probatoire. Il serait alors certainement plus avisé de saisir le juge sur le fondement de l'article 1169 précité. Aussi, la codification de la jurisprudence dite « Baldus » par le Gouvernement n'a altéré l'influence du devoir précontractuel d'information dans les relations collectives de travail que de manière résiduelle.

576. Aussi, la codification de la jurisprudence dite « Baldus » par le Gouvernement n'a altéré l'influence du devoir précontractuel d'information en droit du travail qu'à la marge, aussi bien dans les relations individuelles que collectives de travail.

Une seconde forme d'altération heurte le périmètre des informations que le débiteur du devoir précontractuel d'information se doit de communiquer en amont de la conclusion d'un contrat. En effet, à l'inverse de l'article 1129 du projet d'ordonnance, l'article 1112-1 du Code civil ne prévoit plus l'obligation de transmettre les informations que la partie la mieux informée aurait dû connaître. Sous la plume du Gouvernement, le devoir général de renseignement a ainsi été bouté hors du champ du devoir précontractuel d'information.

§2. LA SUPPRESSION DU DEVOIR GÉNÉRAL DE RENSEIGNEMENT

577. Une fois le débiteur du devoir précontractuel d'information identifié avec certitude²³¹⁰, il convient de déterminer ce à quoi le texte l'oblige réellement. L'étendue du devoir a évolué, révélant de la même manière l'action altérante du Gouvernement. Le projet d'ordonnance,

²³¹⁰ La réponse n'est pas forcément évidente. S'il est acté que le devoir précontractuel d'information pèse d'abord sur la partie la mieux informée, l'on peut se demander s'il peut également être mis à la charge d'un tiers au contrat, notamment si celui-ci est chargé de sa rédaction. En effet, au sujet de la violence, l'article 1142 du Code civil énonce que « la violence est une cause de nullité qu'elle ait été exercée par une partie ou par un tiers ». L'action du tiers peut ainsi être prise en compte au titre des vices du consentement. L'est-elle également à celui du devoir précontractuel d'information ? La Cour d'appel de Bordeaux donne une réponse à ce questionnement. En l'espèce, un cabinet d'expertise-comptable et d'audit a procédé à la rédaction d'un acte de cession de parts sociales prévu entre deux sociétés. Le cessionnaire n'a toutefois pas honoré le paiement en raison de son placement en liquidation judiciaire un mois après la signature de l'acte. Le cédant l'a assigné en paiement et reproche au cabinet comptable – qui s'avérait être celui du cessionnaire – de ne pas l'avoir informé des difficultés financières que connaissait son client. La Cour d'appel de Bordeaux a rendu un arrêt confirmatif par lequel elle rappelle que le devoir précontractuel d'information ne peut peser sur un tiers au contrat, et ce même s'il en est l'unique rédacteur : Bordeaux, ch. civile 04, 12 oct. 2020, n° 18/05591. Il en résulte que seule une partie au contrat peut être assujettie au devoir imposé par le nouvel article 1112-1 du Code civil.

prenant appui sur la jurisprudence antérieure²³¹¹ et les avant-projets doctrinaux²³¹² dispose que celui qui « devrait connaître une information »²³¹³ est tenu de la communiquer. Ainsi, la partie qui s'abstient de renseigner son futur cocontractant en raison d'une ignorance illégitime doit, selon les textes susmentionnés, être sanctionnée au même titre que celui qui recèle une information connue. C'est l'expression d'un devoir général de renseignement. À cet égard, une précision sémantique s'impose ; ce devoir²³¹⁴ et le devoir travailliste de renseignement mis à la charge de l'employeur par la chambre sociale de la Cour de cassation²³¹⁵ doivent être différenciés. Certes, dans les deux hypothèses, un contractant a le devoir de se renseigner au risque d'être sanctionné. La cause du devoir diffère toutefois nettement ; l'employeur recherche des informations sur l'aspirant salarié et pour son propre compte, non pas pour les communiquer à une tierce personne. Il n'a donc pas le devoir de se renseigner pour mieux informer autrui ; il le fait pour avoir plus ample connaissance du passif d'un candidat à l'embauche, mais aussi et surtout parce qu'à défaut, il ne saurait reprocher à ce dernier de lui avoir caché une information déterminante de son consentement²³¹⁶. À l'inverse, l'article 1129 du projet de la Chancellerie de 2015 impose à une partie de procéder à des recherches afin de les communiquer à autrui en amont de la conclusion d'un contrat. Si cette facette du renseignement peut également s'imposer

²³¹¹ V. not. Civ., 1^{re}, 1^{er} mars 2005, n° 04-10.063, *RTD com.* 2006. 181, obs. B. BOULOC ; *JCP* 2005. II. 10164, note E. BAZIN ; *RDC* 2005, p. 1051, obs. D. FENOUILLET ; *RDI* 2005. 219, obs. B. BOUBLI. En l'espèce, un non-professionnel avait contracté avec une entreprise de bâtiment afin de se faire livrer du béton, dans l'optique de construire une terrasse. Ledit béton a néanmoins été livré au mauvais endroit, ce qui a contraint l'acquéreur de le transporter de son propre chef. Au cours du transfert, il a néanmoins été blessé au contact du béton. La Cour de cassation considère que, dans la mesure où l'utilisation du béton entraine dans le champ de l'activité professionnelle du vendeur, il incombait à celui-ci d'informer l'acquéreur non-professionnel des caractéristiques essentielles du produit vendu. À cet égard, il aurait dû se renseigner auprès de son fournisseur, afin de mieux pouvoir informer son cocontractant.

²³¹² L'article 1110 de l'avant-projet dit « CATALA » dispose que « celui des contractants qui connaît ou aurait dû connaître une information dont il sait l'importance déterminante pour l'autre a l'obligation de le renseigner. Cette obligation de renseignement n'existe cependant qu'en faveur de celui qui a été dans l'impossibilité de se renseigner par lui-même ou qui a légitimement pu faire confiance à son cocontractant, en raison, notamment, de la nature du contrat, ou de la qualité des parties. Il incombe à celui qui se prétend créancier d'une obligation de renseignement de prouver que l'autre partie connaissait ou aurait dû connaître l'information en cause, à charge pour le détenteur de celle-ci de se libérer en prouvant qu'il avait satisfait à son obligation. Seront considérées comme pertinentes les informations qui présentent un lien direct et nécessaire avec l'objet ou la cause du contrat ». De la même manière l'article 33 de l'avant-projet dit « TERRÉ » énonce que « la partie qui connaît ou devrait connaître une information dont elle sait le caractère déterminant pour l'autre partie doit la renseigner, lorsque l'ignorance de celle-ci est légitime. L'ignorance d'une partie est légitime lorsqu'elle est dans l'impossibilité de s'informer ou lorsqu'elle fait raisonnablement confiance à son cocontractant, du fait notamment de la nature du contrat ou de la qualité des parties. Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie ».

²³¹³ Article 1129, alinéa 1, du projet d'ordonnance.

²³¹⁴ Visé également, nous l'avons mentionné, par les deux avant-projets doctrinaux de réforme.

²³¹⁵ Soc., 3 juill. 1990, n° 87-40.349, préc.

²³¹⁶ P.-Y. GAUTHIER, note sous Soc., 30 mars 1999, n° 96-42.912, préc., parle d'une « jurisprudence exemptant le mensonge et l'amoral ».

à l'employeur²³¹⁷, l'on comprend bien qu'en dépit d'une terminologie identique, il existe deux devoirs de renseignements distincts et potentiellement cumulables²³¹⁸.

578. Pour le professeur J. Ghestin, la référence faite à celui qui « devrait connaître l'information » concerne avant tout les professionnels dans leurs relations avec les consommateurs²³¹⁹. Au cours de la période précontractuelle, le premier est en effet légalement tenu, par le Code de la consommation²³²⁰, de communiquer plusieurs types d'informations, que ce soit au sujet de ses qualités²³²¹, du contrat lui-même²³²² ou plus particulièrement sur certains produits²³²³. Le devoir général de renseignement du projet d'ordonnance se veut cependant plus vaste encore, dans la mesure où il n'est pas uniquement mis à la charge des professionnels²³²⁴. En cela, il fait écho à la jurisprudence civile antérieure à la réforme, qui a reconnu l'existence d'une asymétrie de puissance informationnelle dans un contrat conclu entre deux particuliers²³²⁵. Partant, la qualité du débiteur importe peu, tant qu'il s'agit effectivement d'une partie au contrat ; celui qui aurait dû connaître l'information en vue de la communiquer à l'autre partie à la négociation, mais qui n'en a pas connaissance, peut être sanctionné en application de

²³¹⁷ V. *infra*, n° 578 et s.

²³¹⁸ Pour éviter toute confusion, le devoir civiliste de renseignement, prévu par l'article 1129 du projet d'ordonnance du 25 févr. 2015, est mentionné comme étant un « devoir général de renseignement ».

²³¹⁹ J. GHESTIN, *La formation du contrat*, préc., n° 665. V. not. Civ., 1^{re}, 7 avr. 1998, n° 96-16.148, *RTD civ.* 1999. 83, obs. J. MESTRE ; *RTD com.* 1999. 177, obs. B. BOULOC ; *CCC* 1998. 97, obs. L. LEVENEUR, qui énonce que « l'obligation de conseil imposait à l'installateur de s'informer des besoins de sa cliente et d'adapter le matériel proposé à l'utilité qui en était prévue ».

²³²⁰ Notamment depuis le décret n° 2016-884 du 29 juin 2016 relatif à la partie réglementaire du code de la consommation. En effet, les dispositions de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, dite « loi Hamon », qui portaient sur l'information du consommateur, ont largement été abrogées par l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du Code de la consommation. Le décret n° 2022-424 du 25 mars 2022 relatif aux obligations d'information précontractuelle et contractuelle des consommateurs et au droit de rétractation alimente la réglementation, principalement lorsque le contrat a été conclu à distance ou en dehors d'un établissement commercial. V. not. X. DELPECH, « Précisions sur l'obligation d'information du professionnel et le droit de rétractation du consommateur », *D. actu.*, 31 mars 2022.

²³²¹ L'article R. 111-1 du Code de la consommation impose, par exemple, au professionnel de communiquer son nom, sa dénomination sociale ou encore son adresse, tandis que l'article suivant le contraint à faire connaître son statut et sa forme juridique, ses coordonnées ou son numéro d'inscription au registre du commerce et des sociétés. Les opérateurs de plateforme en ligne, eux, sont soumis à des obligations d'information particulières, mentionnées aux articles D. 111-7 et s. du Code de la consommation.

²³²² L'article R. 111-1, 4° du Code de la consommation oblige le professionnel à communiquer la durée du contrat ou des conditions de sa résiliation au consommateur. L'article R. 111-3 du Code de la consommation impose au prestataire de services, sur demande du consommateur uniquement, à lui communiquer le prix ou *a minima* la méthode de calcul qui permet de le déterminer.

²³²³ Par exemple, l'article R. 111-4-1 du Code de la consommation donne la définition de certains produits spécifiques, comme les ordinateurs portables, ordinateur tablette ou ordinateur ardoise.

²³²⁴ Sans quoi, le nouvel article 1112-1 du Code civil se contenterait de faire doublon avec les dispositions spéciales consumentistes susmentionnées. Intégré dans le Code civil, le texte a naturellement une vocation à s'appliquer à l'ensemble des contrats.

²³²⁵ Civ., 3^e, 30 juin 1992, n° 90-19.093, reconnaît d'ailleurs qu'il puisse exister une asymétrie de puissance informationnelle dans la relation contractuelle entre deux particuliers.

l'article 1129 précité. Pour autant, ce dernier ne va pas jusqu'à astreindre le débiteur à un devoir de conseil²³²⁶, dont l'intensité dépasse celle du devoir d'information²³²⁷.

579. En retenant une conception extensive du devoir précontractuel d'information, la Chancellerie propose d'insérer dans le Code civil « l'obligation de s'informer pour informer en connaissance de cause » que la Cour de cassation avait auparavant consacrée²³²⁸. La jurisprudence réservait toutefois ce devoir à la situation spécifique dans laquelle une partie avait accepté d'en renseigner une autre. Le projet de réforme procède ainsi à une généralisation de la jurisprudence, en imposant ce devoir à chaque contractant, même s'il n'a pas été question d'accepter en amont de renseigner expressément autrui. Tous les contrats se trouvent ainsi concernés, sans pour autant que cela ait pour objet ou effet de faire peser l'intégralité de la transmission précontractuelle des informations sur le seul débiteur²³²⁹. Cela souligne, par contre, la volonté de la Chancellerie de mettre un terme aux trop grands déséquilibres de puissance informationnelle qui existent parfois entre les parties. En imposant à quiconque de se renseigner pour informer au mieux son futur cocontractant, l'objectif est de combler le gouffre qui peut exister entre les connaissances respectives de chacune des parties, afin de permettre à celle qui ignore l'information d'être renseignée et, par-là, d'éclairer le consentement qu'elle donnera en vue de former le contrat. C'est une manifestation claire du solidarisme contractuel commandé par la loi d'habilitation du 16 février 2015²³³⁰ ; la partie faible, qui subit le déséquilibre de puissance informationnelle²³³¹, est protégée par l'obligation faite à l'autre de la

²³²⁶ F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations*, préc., p. 368

²³²⁷ *Ibid.* Le débiteur soumis à un devoir de conseil doit « éclairer son partenaire sur l'opportunité du contrat qu'il se propose de conclure, sur ses avantages et ses inconvénients ». V. not. B. de SAINT AFFRIQUE, « Du devoir de conseil », *Defrénois* 1995. 913.

²³²⁸ V. not. Civ., 2^e, 19 oct. 1994, n° 92-21.543, *D.* 1995. 499, note A.-M. GAVARD-GILLES ; *RDI* 1998. 123, obs. D. TOMASIN. En l'espèce, une salariée de la mutualité sociale agricole du Doubs a présenté sa démission sur la foi d'informations qui lui avaient été fournies par l'ASSEDIC lors d'une réunion organisée pour le compte du personnel de ladite mutualité, selon lesquelles elle pourrait bénéficier d'un contrat de solidarité, assurant un maintien des ressources de l'ordre de 70 % de son salaire. Il s'avère cependant que les informations communiquées n'étaient applicables à ces agents que sous réserve de leur appartenance à un régime complémentaire de retraite, ce qui n'était pas le cas de la salariée. Dès lors, par sa démission, elle n'a pu profiter du contrat de solidarité et du maintien de rémunération qui lui était inhérent. La Cour de cassation, qui censure l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Besançon, estime que le représentant de l'ASSEDIC, « venu renseigner spécialement le personnel d'une caisse de mutualité sociale agricole sur les possibilités offertes par les contrats de solidarité, était tenu, soit de s'enquérir de l'appartenance des agents à un régime complémentaire de retraite avant de fournir des renseignements, soit de préciser que ses informations étaient données sous la réserve notamment d'une telle appartenance ». V. ég. Civ., 1^{re}, 20 déc. 2012, n° 11-28.202.

²³²⁹ V. not. J.-F. HAMELIN, « Les devoirs de se renseigner et d'information », in G. CHANTEPIE, M. LATINA (dir.), *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Paris, Dalloz, 2015, p. 25 et s.

²³³⁰ Loi n° 2015-177 du 16 févr. 2015, préc.

²³³¹ Nous pouvons donner l'exemple d'un salarié, d'un consommateur ou d'un usager.

renseigner au mieux, quand bien même cela implique pour elle de procéder à des recherches afin de prendre connaissance de certains éléments qu'elle ignorait jusqu'alors. Un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris²³³² l'illustre avec pertinence. Les faits sont les suivants : un usager souffrant d'insuffisance respiratoire nécessitant une ventilation par trachéotomie a demandé à un agent de la Société Nationale des Chemins de Fer Français s'il lui était possible de brancher son appareil respiratoire électrique dans un train reliant Reims à Paris, ce à quoi il lui a été répondu par l'affirmative. Il s'est toutefois avéré que le train en question n'était pas muni de la prise indispensable au fonctionnement de l'appareil. La Société Nationale des Chemins de Fer Français a ainsi été condamnée pour avoir exécuté son devoir précontractuel d'information à l'égard d'un passager en situation de handicap avec « extrême désinvolture »²³³³, ce qui a fait dire à un auteur que « c'est peut-être une appréhension des faits à l'aune du solidarisme au sens plus général qui a permis à la Cour d'appel de sanctionner le manquement de la SNCF. L'attitude de cette dernière, contractant dominant, est appréciée avec plus de sévérité que celle du voyageur, partie faible [...]. Ce serait alors à la dimension morale du solidarisme que pourrait s'arrimer l'arrêt »²³³⁴. Il est ainsi reproché à l'agent de ne pas avoir pris la peine de se renseigner avec plus d'attention sur le matériel dont avait besoin le passager afin d'être à même de le renseigner avec exactitude.

580. Si la Cour d'appel de Paris s'est prononcée de la sorte, c'est de toute évidence parce que l'information revêtait pour l'usager en situation de handicap un caractère déterminant. En effet, à l'instar de l'article 1112-1 du Code civil, l'article 1129 du projet d'ordonnance borne doublement le devoir précontractuel d'information. Ainsi, puisque seules les « informations dans l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre » doivent être communiquées, il est certain que le devoir général de renseignement soit également cantonné aux seules informations qui présentent un « lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties »²³³⁵. De surcroît, l'ignorance de la partie faible doit également être légitime, tout comme la confiance qu'il place en son cocontractant. Doté d'un champ particulièrement étendu et contraignant pour la partie en situation de domination contractuelle, le devoir général de renseignement n'a pour autant pas une généralité totale.

²³³² Paris, 17^e ch., 14 mars 2005, n° 03/15894.

²³³³ *Ibid.*

²³³⁴ C. NOBLOT, « Le handicapé et la SNCF : insuffisance respiratoire contre insuffisance contractuelle », *D.* 2005. 1913.

²³³⁵ Définition de l'« information déterminante » par l'article 1112-1, alinéa 3, du Code civil. L'article 1129 du projet d'ordonnance, quant à lui, ne définissait pas la notion d'information déterminante.

581. Dans l'hypothèse où il aurait été conservé par le Gouvernement et codifié à l'article 1112-1 du Code civil²³³⁶, le devoir général de renseignement aurait-il accru le degré minimal de l'influence de la réforme de droit des contrats dans les relations de travail ? Une réponse affirmative révélerait l'action altérante *a priori* du législateur. De prime abord, il apparaît que le mécanisme n'aurait pas été mobilisable par tous les acteurs travaillistes. En effet, le texte « ne semble pas en mesure d'infléchir une jurisprudence particulièrement exigeante envers l'employeur et qui considère généralement qu'il avait l'obligation de se renseigner sur le salarié car il est en mesure de le faire »²³³⁷. Le devoir travailliste de renseignement, comme nous l'avons mentionné²³³⁸, s'oppose à ce qu'un devoir précontractuel d'information ou un devoir général de renseignement soit mis à la charge du candidat à l'embauche²³³⁹. De plus, on perçoit mal les hypothèses dans lesquelles, au cours de la période de recrutement, il serait nécessaire pour un aspirant salarié de procéder à des recherches dans l'optique de mieux renseigner un recruteur. En effet, conformément à l'article L. 1221-6, alinéa 2, du Code du travail, les informations sollicitées par ce dernier lors de l'entretien d'embauche ne peuvent concerner que « l'emploi proposé ou [...] l'évaluation des aptitudes professionnelles ». Un travailleur a naturellement connaissance de ces éléments sans qu'il ne doive procéder à des recherches additionnelles. Juridiquement aussi bien que concrètement, la codification du devoir général de renseignement à l'article 1112-1 du Code civil n'aurait donc eu aucun effet protecteur pour l'employeur au cours de la phase de conclusion du contrat de travail. Il n'en va d'ailleurs pas autrement postérieurement à l'embauche. Certes, au cours de l'exécution du contrat de travail, la jurisprudence sociale ne met plus à sa charge un devoir de se renseigner. Ce n'est donc pas

²³³⁶ L'article 1112-1 du Code civil dispose effectivement que « celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre [...] ». Il n'est ainsi plus fait mention de l'information qu'une partie « aurait dû connaître ». Le Code civil ne met donc pas un devoir général de renseignement à la charge des parties à la négociation. V. not. D. GALLOIS-COCHET, « L'avant-contrat », préc., p. 43 ; Ch. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil*, préc., p. 296.

²³³⁷ S. BRISSY, « L'avant-projet de réforme du droit des obligations : une source d'évolution pour le droit du travail ? », préc. L'auteur ne fait pas mention de l'article 1129 du projet d'ordonnance, mais de l'article 1110 de l'avant-projet dirigé par M. P. CATALA, qui comportait également le devoir pour le débiteur du devoir précontractuel d'information de se renseigner pour mieux renseigner son futur cocontractant.

²³³⁸ V. *supra*, n° 336 et s.

²³³⁹ C'est la position soutenue de longue date par J. MOULY, « Des rapports entre la réticence dolosive et l'erreur inexcusable », préc. On la retrouve hors des frontières travaillistes, notamment en droit des sociétés. D. MAINGUY, « Cession de contrôle et sort des contrats de la société cédée », *Rev. sociétés* 1996. 17, indique ainsi que « l'obligation de se renseigner du cessionnaire [...] compense, en effet, l'obligation de renseignement du cédant à tel point que les tribunaux l'évoquent pour « restreindre le domaine de l'obligation de renseignement pesant sur le cédant, qu'il s'agisse de rejeter une action en annulation pour dol ou en octroi de dommages et intérêts ». Elle rend illégitime l'ignorance du cessionnaire et, partant, légitime la réticence du cédant ». V. ég. P. JOURDAIN, « Le devoir de se renseigner », préc. ; Ph. LE TOURNEAU, « De l'allègement de l'obligation de renseignement ou de conseil », préc. ; P. MOUSSERON, « L'obligation de renseignement dans les cessions de contrôle », *JCP E* 1994. I. 362.

un conflit juridique entre deux normes qui fait obstacle à la mobilisation de la technique par l'employeur, mais l'absence d'intérêt concret que le mécanisme revêt pour lui. Nous sommes en effet parvenus à la conclusion selon laquelle le devoir précontractuel d'information, tel qu'il a été consacré en 2016, n'avait, en droit du travail, d'attrait que pour le travailleur subordonné²³⁴⁰. Cela s'explique aisément, car bien souvent l'employeur est l'unique titulaire de l'information. De plus, il est également force de proposition dans l'entreprise²³⁴¹. À cet égard, pour permettre à son interlocuteur d'exprimer un consentement éclairé, il se doit de l'informer avec précision. La réciproque n'est pas vraie pour autant. Nous avons démontré qu'en pratique, sauf exception tenant à l'existence d'une clause de non-concurrence qui le lie avec un ancien employeur²³⁴², le travailleur n'est pas contraint à communiquer de nouvelles informations sur le fondement du nouvel article 1112-1 du Code civil²³⁴³. Or, s'il n'est pas tenu de transmettre à l'employeur les informations qui pourraient être déterminantes pour son consentement, il n'y aurait aucun sens à ce que le salarié doive se renseigner pour mieux l'informer. Dès lors, vis-à-vis de l'employeur, la suppression du devoir général de renseignement par l'ordonnance du 10 février 2016 n'a aucune incidence. Sur cet aspect, sa préservation dans le texte final n'aurait donc pas engendré l'élargissement de l'influence de la réforme de droit des contrats dans la sphère travailliste.

582. Il en va nécessairement autrement lorsque l'analyse est effectuée à travers le prisme du salarié et de ses représentants. Il s'avère en effet que le devoir précontractuel d'information codifié permet, en droit du travail, de renforcer la défense des intérêts de la partie faible au contrat, qu'il s'agisse de lui communiquer les éléments essentiels du contrat de travail²³⁴⁴, du motif économique de la rupture amiable du même contrat²³⁴⁵ ou encore de contraindre l'employeur au respect du contenu d'un accord collectif de méthode²³⁴⁶. Aussi, et fort logiquement, l'extension du devoir aux informations que l'employeur ignorait mais aurait dû

²³⁴⁰ V. *supra*, n° 382.

²³⁴¹ L'employeur est souvent à l'origine d'une demande de modification du contrat de travail, par exemple. Sa force de proposition se traduit également dans les relations collectives de travail. Dans ce cas, les acteurs de la négociation collective doivent se voir transmettre toutes les informations nécessaires à une négociation loyale.

²³⁴² V. *supra*, n° 340 et s.

²³⁴³ En ce qui concerne la communication de l'information inhérente à l'existence d'une clause de non-concurrence, le salarié n'a normalement pas besoin de se renseigner afin de mieux informer le recruteur, puisqu'il a connaissance de l'information. Ce n'est donc pas une information qu'il « aurait dû connaître ». Dès lors, cette hypothèse échappe au champ du devoir général de renseignement de l'article 1129 du projet d'ordonnance.

²³⁴⁴ V. *supra*, n° 347 et s.

²³⁴⁵ V. *supra*, n° 351 et s.

²³⁴⁶ V. *supra*, n° 361 et s.

connaître accroît plus encore la sauvegarde desdits intérêts. Et pour cause, l'ignorance de l'employeur ne constituerait plus une barrière à la mobilisation du mécanisme, s'il s'avère que l'information non communiquée aurait dû être connue. L'éviction du devoir général de renseignement du champ du nouvel article 1112-1 du Code civil a donc atténué le rayonnement du texte ; la protection de la victime du déséquilibre de puissance informationnelle aurait effectivement été renforcée par l'obligation faite à son cocontractant de lui transmettre les informations déterminantes dont il aurait dû avoir connaissance. Néanmoins, encore faut-il que ce constat théorique puisse être doublé d'exemples concrets, qui révéleraient l'intérêt pratique du devoir général de renseignement pour le compte du salarié ou de ses représentants. La tâche est loin d'être évidente. Rares sont en effet les hypothèses dans lesquelles un employeur n'a pas communiqué, en raison d'une méconnaissance fautive, une information déterminante pour le consentement du salarié, dont l'ignorance était légitime²³⁴⁷. Il est plus fréquent que l'employeur s'abstienne volontairement de transmettre une information dont il a connaissance, mais qui pourrait nuire à ses intérêts s'il elle était connue de l'autre partie²³⁴⁸. Toutefois, il ne s'agit plus ici de la violation du devoir général de renseignement, dans la mesure où l'information était connue du débiteur. L'on peine ainsi à trouver une illustration jurisprudentielle. Sans fondement judiciaire, nous pourrions penser à la situation d'un aspirant salarié dont la santé, précaire, lui interdit d'être exposé à certains produits. Le recruteur, au cours d'un entretien, lui assure qu'en cas d'embauche, il ne serait soumis à aucun risque. Postérieurement, le salarié entre tout de même en contact avec lesdits produits, ce qui impacte négativement sa santé. Il aurait alors pu, sur le fondement du devoir général de renseignement, reprocher à l'employeur de ne pas s'être renseigné avec suffisamment de sérieux sur les produits auxquels les salariés sont exposés, afin de lui communiquer une information certaine et qui, sans nul doute, était déterminante de son consentement. En creusant, l'on peut donc trouver un intérêt travailliste au devoir général de renseignement. Celui-ci semble toutefois être mince. Il n'apporte que peu à la protection actuellement assurée par le nouvel article 1112-1 du Code civil²³⁴⁹, d'autant plus que les

²³⁴⁷ En effet, selon l'article 1129 du projet de réforme de droit des contrats, le devoir général de renseignement était mis à la charge de celui qui aurait dû connaître une information, mais seulement si l'ignorance de l'autre partie était légitime ou si elle pouvait légitimement lui faire confiance. Or nous sommes parvenus à la conclusion selon laquelle la relation entre un employeur et un salarié n'est pas susceptible de faire naître, entre eux, une relation de confiance légitime : V. *supra*, n° 308.

²³⁴⁸ Pour un exemple de réticence dolosive commis par l'employeur, V. not. Soc., 6 janv. 2021, n° 19-18.549.

²³⁴⁹ Nous sommes parvenus à la conclusion selon laquelle l'influence du devoir précontractuel d'information en droit du travail est modeste. Le constat ne serait donc pas à même d'évoluer si l'article 1112-1 du Code civil avait comporté, en sus, un devoir général de renseignement.

difficultés liées aux sanctions de sa violation sont identiques à celles d'ores et déjà mises en avant²³⁵⁰.

583. L'on peut ainsi mettre en exergue une double altération du devoir précontractuel d'information par l'ordonnance du 10 février 2016, à savoir l'exclusion de l'information relative à la valeur de la prestation²³⁵¹ et la suppression du devoir général de renseignement, qui pourrait nuire à l'information du salarié. Dans ces deux hypothèses, l'action altérante de la réforme est discrète ; elle est certes existante, mais n'a que superficiellement cantonné l'étendue protectrice du mécanisme en droit du travail. *A contrario*, elle s'est faite beaucoup plus vivace lorsqu'il a été question, en 2016 et 2018, de restreindre la portée des mécanismes codifiés dans l'optique de réduire les déséquilibres de puissance contractuelle susceptibles de grever les relations entre deux parties. En effet, le cantonnement du domaine du contrat d'adhésion, de son régime et du vice de violence pour abus de l'état de dépendance se caractérise aisément et emporte dans son sillage l'altération de l'influence de ces mécanismes en droit du travail.

Section 2. LE CANTONNEMENT DU RÉÉQUILIBRAGE DE PUISSANCE CONTRACTUELLE

584. L'examen des textes consacrés au contrat d'adhésion et au vice de violence pour abus de l'état de dépendance fait apparaître une tendance similaire à celle mise en exergue au sujet de l'article 1112-1 du Code civil et du devoir précontractuel d'information. Plusieurs d'entre eux ont également subi des cantonnements successifs. Il convient d'exclure de ces développements le nouvel article 1190 du Code civil, giron de l'interprétation *in favorem* des clauses obscures et ambiguës d'un contrat d'adhésion. Il s'avère en effet que le texte, entré en vigueur le 1^{er} octobre 2016, reprend à l'identique la proposition formulée au sein de l'article 1193 du projet d'ordonnance de la Chancellerie. Dans les deux cas, il est en effet prévu que ces clauses doivent être interprétées en faveur de l'adhérent et contre celui qui les a proposées²³⁵².

²³⁵⁰ La violation du devoir général de renseignement est sanctionnée, selon l'article 1129 du projet d'ordonnance, par l'engagement de la responsabilité de l'auteur, voire par la nullité de l'acte si le recel de l'information peut s'analyser en un vice du consentement. Ce sont ainsi exactement les mêmes sanctions que celles de la violation du devoir précontractuel d'information de l'article 1112-1 du Code civil : V. *supra*, n° 316 et s.

²³⁵¹ Dans le cadre de la valeur de la contrepartie financière de la clause de non-concurrence en-dehors des trois départements d'Alsace et de Moselle, mais aussi lors de la conclusion d'un accord de performance collective.

²³⁵² V. *supra*, n° 430 et s.

L'action du législateur, qu'il s'agisse du Gouvernement ou du Parlement, n'a donc eu aucun impact sur cette disposition, qui est demeurée inchangée.

585. Il en va bien autrement des autres textes. Ceux qui ont trait au contrat d'adhésion ont connu plusieurs modifications. Le contenu du projet d'ordonnance a été bouleversé par l'ordonnance du 10 février 2016, avant que la loi de ratification du 20 avril 2018 ne vienne à nouveau refonder la législation applicable. Ces différentes modifications, qui ont emporté la modification de la définition du contrat d'adhésion et la restriction du domaine de la traque des clauses abusives, ont nui à l'influence du mécanisme en droit du travail (§1). En ce qui concerne le vice de violence pour abus de l'état de dépendance, le Gouvernement et le Parlement ont œuvré avec un objectif commun, celui d'en réduire au maximum la mise en œuvre. Fort logiquement, il s'en évince une altération de l'influence minimale du mécanisme (§2).

§1. LES ATTEINTES PORTÉES AU CONTRAT D'ADHÉSION

586. Dans nos développements précédents, nous avons présenté le contrat d'adhésion comme étant celui « qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties ». Il s'agit néanmoins de la définition tirée de la loi de ratification d'avril 2018. Auparavant, deux autres définitions – qui comportent des différences notables – avaient été proposées²³⁵³ puis, pour l'une d'entre elles, adoptée²³⁵⁴. Dans l'optique de déterminer si la définition actuellement en vigueur a participé au cantonnement *a priori* de l'influence minimale que la réforme exerce en droit du travail, il est impératif de revenir sur ces multiples définitions, en adoptant pour ce faire une logique chronologique (A).

587. L'altération portée à l'article 1171 du Code civil et au réputé non écrit d'une clause abusive s'éprouve par contre sans difficulté. Le projet d'ordonnance énonçait en son article 1169 qu'« 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 contractant au détriment duquel elle est stipulée. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur la définition de l'objet du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation ». Autrement formulé, toutes les

²³⁵³ Par l'article 1108, alinéa 2, du projet d'ordonnance de la Chancellerie du 25 févr. 2015. V. *infra*, n° 558.

²³⁵⁴ Par l'article 1110 du Code civil, issu de l'ordonnance du 10 févr. 2016 et en vigueur du 1^{er} oct. 2016 au 30 sept. 2018. V. *infra, ibid.*

clauses pouvaient être qualifiées d’abusives, si tant est que la condition relative au déséquilibre significatif soit remplie. Devant les inquiétudes des acteurs du monde économique, le Gouvernement a circonscrit le champ des clauses abusives au seul contrat d’adhésion²³⁵⁵, qui est présenté, au sein du rapport remis au Président de la République, comme le « terrain d’élection de ce type de clause »²³⁵⁶. Les deux chambres du Parlement ont ajouté une dernière contrainte, en réservant la qualification d’ « abusive » aux seules clauses non négociables d’un contrat d’adhésion. Il est indubitable que, codifié selon les propositions de la Chancellerie, l’influence du mécanisme aurait été nettement supérieure, aussi bien en droit commun des contrats qu’en droit du travail. Il nous appartient ainsi d’apprécier l’étendue de l’action altérante du législateur (B).

A. LA CARACTÉRISATION DU CONTRAT D’ADHÉSION

588. Dans l’esprit de la Chancellerie, le contrat d’adhésion était celui « dont les stipulations essentielles, soustraites à la libre discussion, ont été déterminées par l’une des parties »²³⁵⁷. Malgré une évolution du vocabulaire, il s’agit peu ou prou de la définition qu’en donne aujourd’hui l’article 1110 du Code civil. Entre temps, néanmoins, l’ordonnance de 2016 en a fait évoluer les principaux contours, en disposant que le contrat d’adhésion est « celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l’avance par l’une des parties ». L’analyse de ces différentes définitions – et des conséquences qu’elles entraînent – s’effectuera d’abord de manière englobante (1). Il s’agira, ensuite, de revenir en détails sur les « stipulations essentielles », mentionnées par l’article 1108, alinéa 2, du projet d’ordonnance. En effet, il se pourrait que la notion d’ « ensemble de clauses », visée par l’actuel article 1110 du Code civil, puisse être interprétée à la lumière des travaux préparatoires de la Chancellerie, notamment à travers le prisme de ces stipulations essentielles. Cela constituerait alors un risque supplémentaire d’altération du domaine du texte (2).

²³⁵⁵ Article 1171 du Code civil, en vigueur du 1^{er} oct. 2016 au 30 sept. 2018.

²³⁵⁶ Rapport remis au Président de la République relatif à l’ordonnance n° 2016-131, préc.

²³⁵⁷ Article 1108, alinéa 2, du projet d’ordonnance du 25 févr. 2015.

1. Les modifications de la définition de contrat d'adhésion

589. Comme cela vient d'être expliqué, la notion de contrat d'adhésion a été l'objet de fluctuations législatives. Pour l'heure, deux définitions retiendront particulièrement notre attention ; celles données par l'ordonnance du 10 février 2016 et la loi du 20 avril 2018²³⁵⁸. Entre les deux se perçoit un changement terminologique, susceptible d'être accompagné d'une modification du champ d'application et de conséquences pour notre travail de recherche. Ainsi, entre les 1^{er} octobre 2016 et 20 septembre 2018, le contrat d'adhésion n'était pas qualifié par la référence à un « ensemble de clauses non négociables »²³⁵⁹ ; l'adhésion d'une partie était caractérisée par la soustraction à la négociation des « conditions générales » du contrat²³⁶⁰. Ces conditions, qui se trouvent principalement au verso des documents de nature commerciale, étaient d'ores et déjà connues de notre droit privé interne. Classiquement, elles renvoient aux « clauses abstraites, applicables à l'ensemble des contrats individuels ultérieurement conclus, rédigées par avance et imposées par un contractant à son partenaire »²³⁶¹. Une jurisprudence propre aux conditions générales s'est d'ailleurs développée, dans l'optique d'« encadrer leur transformation en loi des parties, alors que, par définition, elles sont l'œuvre d'un seul des contractants »²³⁶². Aussi, pour qu'elles soient valables, la partie qui y adhère doit en avoir eu connaissance²³⁶³ et avoir été placée, par le contractant rédacteur, en situation d'en prendre connaissance avant la conclusion du contrat²³⁶⁴. La réforme du droit des contrats ne dit pas autre chose, en insérant à l'article 1119 du Code civil un premier alinéa selon lequel « les conditions générales invoquées par une partie n'ont effet à l'égard de l'autre que si elles ont été portées à la connaissance de celle-ci et si elle les a acceptées ». Le Code de la consommation, qui consacre un titre aux « conditions générales des contrats »²³⁶⁵ dispose également que « les

²³⁵⁸ La définition donnée par le projet d'ordonnance de la Chancellerie ressemble non seulement à celle qui est aujourd'hui en vigueur, mais, de surcroît, fera l'objet d'une étude plus approfondie dans la sous-partie suivante.

²³⁵⁹ Définition actuellement donnée du mécanisme par l'article 1110, alinéa 2, du Code civil.

²³⁶⁰ Article 1110, alinéa 2, du Code civil, en vigueur entre le 1^{er} oct. 2016 et le 30 sept. 2018.

²³⁶¹ V. not. A. SEUBE, « Les conditions générales des contrats », in *Études offertes à A. JAUFFRET*, Aix-Marseille, PUAM, 1974, p. 629.

²³⁶² Th. REVET, « Les critères du contrat d'adhésion », préc.

²³⁶³ V. not. Com., 5 mars 2002, n° 98-17.488 ; Civ., 1^{re}, 11 mars 2014, n° 12-28.304, *RTD civ.* 2014. 397, obs. P.-Y. GAUTHIER ; *RTD civ.* 2014. 641, obs. H. BARBIER ; *AJ contrat* 2014. 79, obs. L. CONSTANTIN ; *RDLC* 2014, n° 5408, obs. C. LE GALLOU. La connaissance des conditions générales, doublée de la conclusion du contrat, fait présumer irréfragablement leur acceptation par l'adhérent : V. not. Civ., 1^{re}, 3 déc. 1991, n° 89-20.856, *RTD com.* 1992. 659, obs. B. BOULOC ; Civ., 1^{re}, 17 nov. 1998, n° 96-15.126, *CCC* 1999. 18, note L. LEVENEUR ; *Defrénois* 1999. 367, obs. Ph. DELEBECQUE ; *RGDA* 1999. 96, note M.-H. MALEVILLE.

²³⁶⁴ V. not. Civ., 2^e, 22 janv. 2009, n° 07-21.530, *RGDA* 2009. 127, obs. A. ASTEGIANO-LA RIZZA.

²³⁶⁵ Livre II, titre I du Code de la consommation.

clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible »²³⁶⁶.

590. Pour prendre la pleine mesure du champ d'application de l'article 1110 du Code civil en sa version applicable au 1^{er} octobre 2016, il est au préalable indispensable de déterminer si la notion de « conditions générales » doit – ou non – être entendue selon son acception la plus classique. Plusieurs arguments nous poussent à répondre positivement. Tout d'abord, ces conditions sont soustraites à la négociation et rédigées unilatéralement par l'une des parties. L'on retrouve ici deux idées soutenues par l'ensemble des définitions qui ont pu être données au contrat d'adhésion, à savoir l'absence de négociabilité²³⁶⁷ et la prédétermination du contenu du contrat²³⁶⁸. De surcroît, le rapport déposé au nom de la commission des lois le 7 février 2018, alors que les deux chambres du Parlement avaient déjà procédé à deux lectures du texte, rappelle la volonté de l'Assemblée nationale de définir le contrat d'adhésion comme « celui qui comporte des conditions générales au sens de l'article 1119 du Code civil, celles-ci étant déterminées à l'article 3 *bis* du projet de loi comme « un ensemble de stipulations non négociable, déterminé à l'avance par l'une des parties et destiné à s'appliquer à une multitude de personnes ou de contrats »²³⁶⁹. Le même rapport indique qu'en seconde lecture, le Sénat considérait que « cette tentative de définition des conditions générales, reposant sur l'idée implicite que les contrats d'adhésion ne sont que les « contrats de masse », pour intéressante qu'elle soit, soulève de trop lourdes questions pour permettre utilement de fonder la notion de contrat d'adhésion »²³⁷⁰.

La somme de ces arguments mène à penser que dans sa version tirée de l'ordonnance du 10 février 2016, les « conditions générales » visées par l'article 1110 du Code civil devaient être comprises dans leur sens le plus traditionnel, celui de clauses qui, « dans l'esprit de [celui]

²³⁶⁶ Article L. 211-1 du Code de la consommation.

²³⁶⁷ Le projet d'ordonnance du 25 févr. 2015 visait des « stipulations essentielles, soustraites à la libre discussion ». L'ordonnance du 10 févr. 2016, quant à elle, évoquait des « conditions générales soustraites à la négociation ». Enfin, la loi de ratification du 20 avr. 2018 fait mention d'un « ensemble de clauses non négociables ». L'idée de soustraction de la négociabilité est ainsi commune aux trois textes.

²³⁶⁸ De la même manière, le projet d'ordonnance du 25 févr. 2015 visait des « stipulations essentielles [...] déterminées par l'une des parties ». L'ordonnance du 10 févr. 2016, à l'instar de la loi de ratification du 20 avr. 2018, emploie la formule « déterminées à l'avance par l'une des parties ».

²³⁶⁹ S. HOULIÉ, *Rapport n° 629 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur le projet de loi, adopté par le Sénat, ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 7 févr. 2018.

²³⁷⁰ *Ibid.*

qui les établit [doivent] être d'application constante »²³⁷¹. Il s'en évince deux constats et une critique.

591. Tout d'abord, retenir une telle acception de la notion reviendrait à cantonner la qualification de contrat d'adhésion aux seuls contrats de masse et donc « d'exclure de ce domaine les contrats dont le contenu a été soustrait à la négociation par celui des contractants qui l'avait unilatéralement rédigé, sans constituer pour autant des contrats destinés à être reproduits à de nombreux exemplaires »²³⁷². Cela correspond à la vision que le professeur F. Chénédé se faisait de ce type de contrat, puisqu'il estimait que la catégorie de contrat d'adhésion devait être réservée aux « contrats de consommation de masse dans lesquels peuvent se nicher des clauses abusives échappant à la sagacité, non seulement d'un consommateur, mais également d'un professionnel qui ne peut que se réjouir de cette protection nouvelle »²³⁷³. Dès lors, seuls les contrats standardisés, « dont le contenu serait déterminé à partir de formules abstraites destinées à régir tous les contrats du même type conclus par celui qui les propose »²³⁷⁴, pourraient répondre à la définition donnée au contrat d'adhésion par l'ordonnance du 10 février 2016.

Le second constat découle directement du précédent ; les contrats de nature travailliste, qu'il s'agisse du contrat de travail ou d'une convention collective, ne possèdent pas de conditions générales. Ces actes juridiques, conclus entre les 1^{er} octobre 2016 et 30 septembre 2018²³⁷⁵, se verraient être *de facto* exclus de la qualification de contrat d'adhésion. Les salariés ou leurs représentants ne pourraient donc pas solliciter l'application des articles 1171 et 1190 du Code civil, dont la mise en œuvre a été, aussi bien en 2016 qu'en 2018, conditionnée à la caractérisation préalable de l'adhésion de la partie faible²³⁷⁶. L'action altérante de la réforme, par la main du Gouvernement, est alors clairement visible et ses conséquences sur l'influence

²³⁷¹ F.-X. TESTU, « Négociation et conclusion des contrats », *Dalloz référence – contrats d'affaires*, 2010, spé., n° 21.23

²³⁷² Th. REVET, « L'incohérent cantonnement, par l'Assemblée nationale, du domaine du contrat d'adhésion aux contrats de masse », *D.* 2018. 124.

²³⁷³ F. CHÉNÉDÉ, « Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme », préc.

²³⁷⁴ Th. REVET, « Les critères du contrat d'adhésion », préc.

²³⁷⁵ L'article 1110 du Code civil, en sa version résultant de l'ordonnance du 10 février 2016, était en vigueur durant ces deux années.

²³⁷⁶ V. not. D. BAKOUCHE, « Ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats : première étape », préc., qui estime que si les « conditions générales » de l'article 1110 du Code civil sont entendues comme toutes celles qui ne sont pas particulières, tous les contrats qui ne comportent pas de conditions générales ne pourraient pas être qualifiés d'adhésion.

que la réforme produit en droit du travail sont immenses, bien que temporellement circonscrites. En effet, pour les contrats de travail et conventions collectives formés au cours de cette période de deux années, l'accès au mécanisme du contrat d'adhésion et à son régime est interdit. La préservation partielle du principe de faveur ne peut donc plus être envisagée sur le fondement du nouvel article 1190 du Code civil²³⁷⁷. Plus important encore, les clauses fréquemment insérées dans ces contrats, qui imposent une sujétion au salarié sans lui offrir de contrepartie²³⁷⁸, ne pourraient en aucun cas être qualifiées d'abusives, et ce même si elles créent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties.

Comparativement à nos développements antérieurs, la protection de certains salariés et de ses représentants²³⁷⁹ est substantiellement amoindrie. L'influence minimale accueillie produite par la réforme en droit du travail, elle, se trouve quasiment réduite à néant²³⁸⁰. Le sens que l'on attribue aux « conditions générales » de l'article 1110 du Code civil a donc une importance majeure pour notre analyse ; estimer, à l'instar des deux chambres du Parlement, qu'elles ne renvoient qu'aux clauses générales insérées dans les contrats de masse revient à exclure totalement la faculté de mobiliser les mécanismes qui y sont inhérents²³⁸¹ en droit du travail.

592. Cette assimilation des conditions générales aux clauses standardisées des contrats de masse créée néanmoins une difficulté inextricable – et c'est là notre critique. L'article 1110 du Code civil est, depuis 2016, structuré autour de l'opposition des contrats de gré à gré et d'adhésion. Il n'existe effectivement aucune troisième alternative ; ceux qui ne répondent pas aux critères du contrat d'adhésion sont automatiquement qualifiés de gré à gré, et réciproquement. En 2016, le contrat de gré à gré était défini comme celui dont « les stipulations sont négociables entre les parties »²³⁸². Ainsi, lorsque les clauses d'un contrat ont été – ou auraient pu être – négociées par les deux parties, l'acte juridique qui résulte de l'échange des

²³⁷⁷ Qui prévoit l'interprétation *in favorem* des clauses obscures et ambiguës d'un contrat d'adhésion. V. *supra*, n° 430 et s.

²³⁷⁸ Comme ce peut être le cas d'une clause de mobilité géographique ou d'une clause d'exclusivité, par exemple.

²³⁷⁹ Seuls sont concernés les salariés qui ont conclu un contrat de travail entre les 1^{er} oct. 2016 et 30 sept. 2018 et leurs représentants qui ont signé une convention collective au cours de la même période.

²³⁸⁰ Nous sommes effectivement parvenus à la conclusion selon laquelle, sur le fondement des textes actuellement en vigueur, c'est le mécanisme de la traque des clauses abusives qui contribuait – de très loin – le plus à la production d'une influence minimale accueillie exercée par la réforme de droit des contrats dans les relations individuelles et collectives de travail. V. *supra*, n° 458 et s., n° 548.

²³⁸¹ À savoir, pour rappel, les articles 1110, 1171 et 1190 du Code civil.

²³⁸² Article 1110 du Code civil, en sa version applicable du 1^{er} oct. 2016 au 30 sept. 2018.

consentements est conclu de gré à gré. Subséquemment, cela signifie que le contrat dont les stipulations – ou à tout le moins certaines d’entre elles – n’ont pu être négociées par un contractant est forcément d’adhésion²³⁸³. Cette dualité ne permet toutefois pas de couvrir l’ensemble des situations, comme l’a fait remarquer le professeur Th. Revet²³⁸⁴. En effet, *quid*, dans cette hypothèse, des contrats dont les stipulations ont été soustraites à la négociation mais qui ne comportent pas de conditions générales à proprement parler ? L’on pense, par exemple, à la formation d’un contrat de travail qui n’a pas été précédé par une période de négociation, en raison de l’opposition de l’employeur. Celui-ci ne peut pas être considéré comme un contrat de gré à gré, car la négociabilité de son contenu était soustraite. Il ne peut pas plus être qualifié de contrat d’adhésion, puisqu’il est dépourvu de conditions générales. Dès lors, quelle est la qualification de ce contrat, dans la mesure où il n’existe pas de troisième voie ? L’on s’aperçoit ainsi que si la notion de conditions générales est réservée aux seuls contrats de masse, nous faisons face à une embuche insurmontable, car certains contrats demeureront sans qualification juridique propre et par conséquent sans régime juridique adapté.

593. L’unique solution serait de considérer que les « conditions générales » de l’article 1110 du Code civil ne soient pas comprises selon la définition qu’en donne l’article 1119 de celui-ci. Pour que l’opposition entre les deux types de contrat soit totale et fasse sens, leurs définitions doivent être antinomiques²³⁸⁵ ; le contrat de gré à gré doit pouvoir être défini par opposition au contrat d’adhésion. De cette manière, il n’existerait plus de lacunes, situées dans l’angle mort des deux définitions données par le Gouvernement au sein de l’ordonnance du 10 février 2016 ; tous les contrats pourraient alternativement être considérés comme étant de gré à gré ou d’adhésion. Pour ce faire, la définition des deux types de contrat doit faire mention d’une même notion. Ce pourrait être les « stipulations du contrat », qui permettent de caractériser le contrat de gré à gré depuis 2016. Partant, « conditions générales » et « stipulations du contrat » pourraient être tenues comme synonymes. Le contrat d’adhésion serait alors celui « dont les stipulations n’ont pas été librement négociables et ont été déterminées à l’avance par l’une des parties »²³⁸⁶. De la sorte, la formule retenue par le Gouvernement dans l’ordonnance du 10 février 2016 se rapprocherait de celle exprimée par le Parlement dans la loi qui en a emporté

²³⁸³ Il n’y a en effet pas de troisième voie ouverte. Tous les contrats qui ne répondent pas à la définition du contrat de gré à gré sont d’adhésion, et vice-versa.

²³⁸⁴ Th. REVET, « Les critères du contrat d’adhésion », préc.

²³⁸⁵ V. not. F. CHÉNÉDÉ, « Interprétation et amélioration du nouveau droit commun des contrats », préc.

²³⁸⁶ *Ibid.*

ratification. Par ce biais, les actes juridiques travaillistes seraient reconnectés avec le contrat d'adhésion et son régime. Néanmoins, bien que cette acception soit porteuse d'une plus grande sécurité juridique, elle est contredite par le législateur lui-même, qui cantonne expressément les « conditions générales » aux clauses standardisées des contrats de masse. Il conviendrait dès lors de s'en écarter.

594. Pour la période du 1^{er} octobre 2016 au 30 septembre 2018, il faudrait donc conclure, comme nous l'avons fait, à l'exclusion des mécanismes du contrat d'adhésion en droit du travail. Pour autant, la Cour de cassation pourrait en décider autrement. En effet, en amont de l'entrée en vigueur de la réforme de droit des contrats, la Haute Cour a rendu des arrêts « à la lumière de l'évolution du droit des obligations ». Ces affaires, pourtant, auraient dû être résolues en application du Code civil de 1804, en application du principe de non-rétroactivité de la loi²³⁸⁷. La chambre sociale a procédé ainsi dans un arrêt du 21 septembre 2017²³⁸⁸, rendu au visa de « l'évolution du droit des obligations, résultant de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 » qui, selon elle, « conduit à apprécier différemment, dans les relations de travail, la portée des offres et promesses d'embauche ». La chambre sociale de la Cour de cassation a ainsi procédé à un revirement de jurisprudence²³⁸⁹ sur le fondement de la réforme du droit des contrats, qui n'entrait pourtant en vigueur que dix jours plus tard. Il s'agit donc d'une mise en œuvre anticipée de ladite réforme, qui a été particulièrement critiquée²³⁹⁰.

De manière plus implicite, la chambre commerciale de la Cour de cassation a, elle aussi, tranché un litige daté du 7 juillet 2000 par la mise en œuvre silencieuse du nouvel article 1170

²³⁸⁷ Principe prévu à l'article 2 du Code civil.

²³⁸⁸ Soc., 21 sept. 2017, n° 16-20.103, préc.

²³⁸⁹ Le revirement porte sur la qualification à donner à un acte, écrit par l'employeur, qui précise au candidat à l'embauche l'emploi qui lui est proposé et la date d'entrée en fonction. Le 15 déc. 2010 (Soc., 15 déc. 2010, n° 08-42.951, préc.), la chambre sociale de la Cour de cassation avait considéré qu'un tel acte avait valeur de contrat de travail. Dans son arrêt du 21 sept. 2017, *ibid*, en mettant en œuvre les nouveaux articles 1113 et s. du Code civil, elle considère à l'inverse que cet écrit doit être apprécié comme une offre d'embauche ou une promesse d'embauche, mais non plus comme un contrat de travail.

²³⁹⁰ V. not. B. BAUDOUIN, J. DUBARRY, « Fallait-il lire les promesses d'embauche au prisme du nouveau droit commun des contrats ? », *D.* 2017. 2289 ; N. MOLFESSIS, « Promesses d'embauche : la chambre sociale retrouve la voie du droit civil mais s'égare dans la motivation enrichie », *JCP G* 2017. 1238 ; Ch. RADÉ, « Entre espoir et désespoir », préc. ; « Promesse de contrat de travail ne vaut plus contrat de travail », préc. ; Ch. GOLDIE GENICON, « Droit commun des contrats et contrat de travail, 100 ans après », préc. ; L. BENTO DE CARVALHO, « Offre de contrat et promesse unilatérale de contrat : la Cour de cassation marque enfin la différence ! », préc. ; C.-E. BUCHER, « L'influence de la réforme du droit des contrats sur le droit spécial antérieur », préc.

du Code civil, selon lequel « toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite »²³⁹¹.

595. S'il est arrivé à la Cour de cassation de faire une application anticipée de l'ordonnance du 10 février 2016, il n'est pas totalement ubuesque d'envisager qu'elle fasse de même à l'endroit du droit issu de la loi de ratification du 20 avril 2018. Les règles en vigueur entre les 1^{er} octobre 2016 et 30 septembre 2018 pourraient être interprétées à la lumière de la loi de ratification. Au sujet de la définition du contrat d'adhésion et de la référence aux « conditions générales soustraites à la négociation », l'interprétation réalisée sur le fondement de la loi de ratification est envisageable²³⁹². Elle aurait surtout des répercussions importantes pour notre étude. En effet, interprétées de la sorte, les « conditions générales » ne renverraient plus aux « clauses abstraites, applicables à l'ensemble des contrats individuels ultérieurement conclus, rédigées par avance et imposées par un contractant à son partenaire »²³⁹³, mais bel et bien à un « ensemble de clauses ». Cela permettrait, comme nous l'avons énoncé, de créer une opposition totale entre les définitions des deux contrats visés par l'article 1110 du Code civil, de sorte à ce que tous les actes puissent, en fonction de leur processus concret de conclusion, être qualifiés comme étant de gré à gré ou d'adhésion, sans qu'il n'y ait besoin d'imaginer une troisième alternative.

Si la Cour de cassation venait effectivement à interpréter l'article 1110, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 10 février 2016, à la lumière du texte actuellement en vigueur, tous les contrats de travail et conventions collectives conclues depuis le 1^{er} octobre 2016 pourraient être qualifiés d'adhésion, car l'obstacle des « conditions générales » serait contourné. Il n'y aurait dès lors plus lieu d'évoquer l'existence d'une action altérante de la réforme, par la main du Gouvernement.

596. Celle-ci pourrait, par contre, subrepticement se cacher derrière la plume de l'Assemblée nationale et du Sénat et dans l'interprétation que la Cour de cassation pourrait faire de « l'ensemble de clauses », notion centrale du contrat d'adhésion depuis le 1^{er} octobre 2018.

²³⁹¹ Com., 18 oct. 2017, n° 16-21.016, CCC 2018. 1, obs. L. LEVENEUR. La chambre commerciale rend sa décision au visa de l'ancien article 1134 du Code civil, tout en faisant en réalité application du nouvel article 1170 dudit Code.

²³⁹² V. not. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, préc., p. 132 et s.

²³⁹³ A. SEUBE, « Les conditions générales des contrats », préc.

Dans la mesure où l'article 1110 du Code civil, issu de la loi de ratification du 20 avril 2018, ressemble grandement à l'article 1108 du projet de la Chancellerie, il se pourrait que cet ensemble de clauses soit interprété à la lumière des travaux préparatoires de la réforme, ce qui aurait pour effet d'en réduire drastiquement l'influence.

2. Les dangers de l'interprétation de la notion d' « ensemble de clauses » à la lumière du projet d'ordonnance de la Chancellerie

597. À l'initiative du Sénat, qui considérait que la notion de « conditions générales » soulevait de « trop lourdes questions »²³⁹⁴, la définition du contrat d'adhésion a été une nouvelle fois modifiée à l'occasion de la ratification de l'ordonnance. La formule utilisée par l'article 1110 du Code civil – selon laquelle le contrat d'adhésion se caractérise par un « ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties » – est désormais particulièrement proche de celles employées, en 2005 et 2015, par l'avant-projet rédigé sous la direction de M. P. Catala et par le projet d'ordonnance du Ministère de la Justice. Le premier, dans son article 1102-5, prévoit que « le contrat d'adhésion est celui dont les conditions, soustraites à la discussion, sont acceptées par l'une des parties telles que l'autre les avait unilatéralement déterminées à l'avance ». Le second, comme nous le savons désormais, visait en son article 1108, alinéa 2, le contrat « dont les stipulations essentielles, soustraites à la libre négociation, ont été déterminées par l'une des parties ». Si le vocabulaire a évolué, l'on peut se questionner s'il en va de même de la règle portée par le texte positif. En somme, faut-il voir l' « ensemble de clauses » de la loi de ratification sous les mêmes traits que les « stipulations essentielles » du projet ? Une réponse affirmative complexifierait la caractérisation d'un contrat d'adhésion **(a)**, altérant par-là son influence dans les relations de travail²³⁹⁵. De surcroît, il apparaît que l'acception que la doctrine majoritaire retient des « stipulations essentielles » soit incompatible avec la législation générale des clauses abusives, qui perdrait alors énormément de son efficacité **(b)**.

²³⁹⁴ S. HOULIÉ, *Rapport n° 629*, préc.

²³⁹⁵ Au sein de ce chapitre, nous avons jusqu'alors estimé que, sauf à être interprétée à la lumière de la loi de ratification, la définition du contrat d'adhésion qui résulte de l'ordonnance du 10 févr. 2016 emportait une réduction sérieuse de ladite influence. Désormais, notre développement portera sur la définition donnée à cette catégorie de contrat par la loi de ratification du 20 avr. 2018, sur laquelle nous avons d'ores et déjà travaillé : V. *supra*, n° 392 et s. L'altération potentielle de l'influence de la réforme doit ainsi être perçue sous un autre prisme chronologique, car les contrats visés sont désormais ceux conclus depuis le 1^{er} oct. 2018, sous l'égide de la législation contemporaine.

- a. Les risques de l'assimilation de l' « ensemble de clauses » aux « stipulations essentielles »

598. Dans de précédents développements²³⁹⁶, nous avons défini la notion d' « ensemble de clauses » de l'article 1110 du Code civil à travers deux prismes. Nous estimions que « l' « ensemble de clauses non négociables » doit être compris quantitativement – au moins deux clauses non soustraites à la négociation – mais aussi qualitativement – les clauses accessoires du contrat »²³⁹⁷. L'assimilation de la notion aux « stipulations essentielles » emporterait toutefois la modification de cette définition et s'accompagnerait de difficultés concrètes pour démontrer la soustraction de la négociabilité dudit « ensemble ».

599. Dans le langage juridique le plus courant, les mots « stipulation » et « clause » possèdent un sens identique. L'Académie Française le confirme, en définissant le premier comme une « clause, condition expresse, convention qui entre dans un contrat »²³⁹⁸. Aussi, les « stipulations » mentionnées par l'article 1108, alinéa 2, du projet établi par la Chancellerie en 2015 pourraient tout à fait renvoyer aux « clauses » visées par la version contemporaine de l'article 1110 du Code civil. Il demeure cependant à déterminer ce que couvre l'adjectif « essentiel », adjoint aux « stipulations » par le Ministère de la Justice. Classiquement, est essentiel ce qui est « absolument nécessaire, indispensable »²³⁹⁹. Partant, les stipulations essentielles renverraient aux clauses les plus importantes d'un contrat. Pour le contrat de vente, par exemple, il s'agirait de celles relatives à la chose et au prix²⁴⁰⁰. Pour le contrat de travail, les stipulations essentielles seraient celles ayant trait à la prestation de travail, à la qualification ou à la rémunération.

600. Si l'on venait à opérer une totale analogie entre les « stipulations essentielles » et l' « ensemble de clauses », un contrat ne pourrait être qualifié d'adhésion que lorsque ses

²³⁹⁶ V. *supra*, n° 402 et s.

²³⁹⁷ *Ibid.*

²³⁹⁸ <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A8S1619>.

²³⁹⁹ Selon le dictionnaire de l'Académie Française : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9E2675>.

²⁴⁰⁰ L'article 1582, alinéa 1, du Code civil dispose que « la vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer ». L'article suivant rappelle que la vente « est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé ». Il s'évince de ces deux articles le fait que les clauses relatives à la chose vendue et au prix payé structurent le contrat de vente ; sans elles, le contrat ne peut valablement être formé.

clauses les plus fondamentales ont été soustraites à toute forme de négociation²⁴⁰¹. C'est, par exemple, l'acception retenue par le professeur D. Mazeaud, selon lequel « c'est au regard de l'importance des clauses non négociables au regard de l'équilibre contractuel que pourrait s'opérer la qualification [d'adhésion] »²⁴⁰². Cette analogie, néanmoins, est porteuse d'un risque indirect, qui est celui de limiter les situations dans lesquelles un contrat d'adhésion pourrait être caractérisé. Plusieurs auteurs ont en effet démontré qu'en pratique, la partie faible, qui subit le déséquilibre de puissance contractuelle, demeure « [attentive] aux clauses essentielles et [peut] dans certains cas les négocier »²⁴⁰³. En réalité, et ce même si cela paraît contre-intuitif aux premiers abords, « l'on peut poser en principe que les clauses essentielles des contrats d'adhésion sont acceptées sciemment et librement par les deux parties »²⁴⁰⁴. Bien souvent, la soustraction de la négociabilité ne concerne pas les stipulations essentielles ; elle porte, par contre, sur les stipulations dites « accessoires », pour lesquelles l'adhérent donne fréquemment « un consentement aveugle »²⁴⁰⁵.

Notre droit commun des contrats contiendrait alors des règles en principe protectrices des intérêts du contractant faible, mais dont le déclenchement est soumis à la non-négociabilité de clauses qui sont d'ordinaire négociées en raison de leur importance. Leur intérêt théorique se heurterait alors à leur maigre utilité concrète. *A contrario*, ledit contractant continuerait d'être démuni face aux clauses qui, dans la pratique, sont le plus souvent confisquées à la négociation. Cela peut à nouveau s'illustrer avec l'exemple du contrat de travail. La négociation – si tant est qu'elle soit ouverte – se resserre plus volontiers autour du montant et de la structure de la rémunération qu'autour des clauses « annexes », que sont par exemple les clauses de mobilité géographique, de non-concurrence ou d'exclusivité. Le professeur Ch. Goldie-Genicon le confirme, en écrivant que « le seul fait [...] que le salarié ait négocié son salaire ne suffisait pas à écarter la qualification de contrat d'adhésion si le reste du contrat lui a été imposé sans négociation possible »²⁴⁰⁶. Pourtant, si la notion d' « ensemble de clauses » venait à être strictement interprétée à la lumière des travaux préparatoires à la réforme, c'est la situation à

²⁴⁰¹ V. *supra*, n° 402 et s.

²⁴⁰² D. MAZEAUD, « Quelques mots sur la réforme de la réforme du droit des contrats », préc. V. ég. F. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, *Cours de droit civil. Contrats Théorie générale. Quasi-contrats*, Paris, PUF, 2018, spé., n° 221.

²⁴⁰³ O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, préc., p. 86.

²⁴⁰⁴ V. PICHON, *Des contrats d'adhésion, Leur interprétation et leur nature*, préc., p. 198.

²⁴⁰⁵ R. BOFFA, « Article 1108 : le contrat d'adhésion », préc.

²⁴⁰⁶ Ch. GOLDIE-GENICON, « Droit commun des contrats et contrat de travail, 100 ans après », préc.

laquelle mènerait la mise en œuvre de l'article 1110 du Code civil ; la négociation des clauses les plus fondamentales du contrat – notamment celles qui s'avèrent être essentielles pour sa formation – ferait obstacle à la qualification de contrat d'adhésion, et ce même si le reste des stipulations a été soustrait à la négociation de la partie la plus faible.

601. Si les organes légiférants ont expressément limité le domaine des mécanismes dits de « justice contractuelle » – c'est tout l'objet du présent chapitre – le fait de sciemment assimiler les deux notions – stipulations essentielles du projet d'ordonnance et ensemble de clauses de la loi de ratification – témoignerait d'une particulière méconnaissance de la thématique du contrat d'adhésion, au sein de laquelle « l'abus, comme le diable, se cache dans les détails »²⁴⁰⁷. Le rapporteur du Sénat lors des discussions de la loi de ratification ne s'y est d'ailleurs pas trompé et rappelle que « le contrat de gré à gré est en réalité celui dont au moins l'essentiel des stipulations – et non les stipulations essentielles, formule retenue dans l'avant-projet d'ordonnance et que votre rapporteur avait écartée en première lecture – est négociable »²⁴⁰⁸ et que le contrat d'adhésion est, par conséquent, celui « dont l'essentiel des stipulations sont soustraites à la négociation, lesquelles peuvent excéder le champ des conditions générales »²⁴⁰⁹. L'inversion de l'ordre des mots emporte celui du sens de la formule ; « l'essentiel des stipulations » s'écarte en effet de l'interprétation strictement qualitative retenue par certains auteurs, pour en consacrer une vision mixte, susceptible d'englober en son sein les stipulations annexes, qui sont celles qui sont le plus fréquemment soustraites à la négociation.

602. En conclusion, l'interprétation de la notion d' « ensemble de clauses », telle que mentionnée par l'article 1110 du Code civil depuis le 1^{er} octobre 2018, à la lanterne de l'article 1108, alinéa 2, du projet d'ordonnance de la Chancellerie doit à notre sens être impérativement rejetée. Elle conduit en effet à retenir une conception atrophiante du contrat d'adhésion, qui, de surcroît, s'avère être en décalage total avec la pratique contractuelle. Une analyse renouvelée de cette interprétation, non plus concentrée autour de la définition du contrat d'adhésion, mais autour du régime des clauses abusives, met en lumière l'existence d'un second obstacle.

²⁴⁰⁷ F. CHÉNÉDÉ, « Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme », préc.

²⁴⁰⁸ F. PILLET, *Rapport n° 247*, préc., p. 14.

²⁴⁰⁹ *Ibid*, p. 13.

b. Une incompatibilité avec le régime des clauses abusives

603. L'article 1171 du Code civil a également été modifié à plusieurs reprises au cours du processus de la réforme de droit commun des contrats²⁴¹⁰. Pour autant, malgré l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016, puis sa ratification le 20 avril 2018, il est un alinéa qui n'a jamais connu la moindre évolution, ne serait-ce que de pure forme, depuis la publication du projet d'ordonnance du 25 février 2015. Le second alinéa dudit article dispose ainsi que « l'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation »²⁴¹¹. La première éviction se justifie, comme nous l'avons indiqué²⁴¹², par le rejet de principe de la lésion, tandis que la seconde résulte de l'impossibilité, pour le juge, de redessiner le noyau d'un contrat déterminé par les parties qui le composent.

Les deux exclusions du régime du contrat d'adhésion se comprennent néanmoins différemment si le contrat d'adhésion venait à être celui dont les stipulations essentielles ont été soustraites à la négociation et déterminées à l'avance par l'une des parties. Il apparaît en effet que la clause qui exprime l'objet du contrat – qui ne peut être réputée abusive – en est une stipulation essentielle. Il en va d'ailleurs de même pour celle – également évincée du régime de l'article 1171 du Code civil – qui fixe le prix de la prestation.

604. Au-delà de réduire substantiellement la faculté de caractérisation d'un contrat d'adhésion, la lecture du nouvel article 1110 du Code civil à travers le travail de la Chancellerie vient, de surcroît, limiter l'influence du régime des clauses abusives. Et pour cause, dans cette hypothèse, sa mise en œuvre mène à une impasse. Nous avons en effet rappelé qu'en pratique, les stipulations essentielles d'un contrat sont souvent négociées ou, à tout le moins, auraient pu l'être²⁴¹³. Or, si elles étaient négociables, le contrat est conclu de gré à gré et, fort logiquement, le régime du contrat d'adhésion ne peut alors pas être mobilisé. De surcroît, même si elles ne l'étaient pas, l'article 1171 du Code civil ne pourrait pas nécessairement être utilisé, car certaines stipulations essentielles non négociables sont expressément évincées du régime des clauses abusives. Un ouvrage rappelle ainsi qu'« il est symptomatique [...] que les stipulations

²⁴¹⁰ V. *infra*, n° 607 et s.

²⁴¹¹ Article 1171, alinéa 2, du Code civil.

²⁴¹² V. *supra*, n° 444.

²⁴¹³ Pour rappel, le critère caractéristique du contrat d'adhésion est la soustraction de la négociabilité et non pas l'absence de négociation(s) effective(s). Ainsi, le contrat dont le contenu aurait pu être négocié – mais ne l'a pas été, peu importe la raison – doit être assimilé à un contrat de gré à gré. Sur ce sujet, V. *supra*, n° 396 et s.

les plus essentielles (l'objet principal, le prix), qu'elles aient été ou non négociées, ne peuvent jamais être prises en compte pour apprécier s'il y a un déséquilibre significatif »²⁴¹⁴. Aussi, pour qu'elle puisse être réputée abusive, il faudrait que la clause qui n'a pas pu être négociée par la partie faible ne concerne ni l'objet principal du contrat, ni l'adéquation du prix à la prestation, mais soit tout de même considérée comme « essentielle » au contrat.

605. En somme, en plus de porter atteinte à la qualification de contrat d'adhésion, l'assimilation de l'« ensemble de clauses » aux « stipulations essentielles » complexifie *de facto* l'application de la législation générale des clauses abusives. Celle-ci, pourtant, a d'ores et déjà enduré l'action altérante de la réforme ; le Gouvernement et le Parlement ont en effet agi de concert pour en cantonner au *maximum* l'étendue.

B. LE CHAMP DE LA TRAQUE DES CLAUSES ABUSIVES

606. Les dissemblances de contenu entre l'actuel article 1171 du Code civil et l'article 1169 du projet ministériel d'ordonnance sont évidentes. Le premier limite depuis 2018 la caractérisation d'une clause abusive aux seules clauses non négociables, stipulées dans un contrat d'adhésion et qui créent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat²⁴¹⁵. Le second, à l'inverse, dispose qu'« 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 contractant au détriment duquel elle est stipulée [...] »²⁴¹⁶. L'inspiration de la disposition se perçoit aisément, puisqu'elle présente des similitudes avec les propositions effectuées par les deux avant-projets doctrinaux de réforme. Une différence majeure doit toutefois être mise en avant ; à l'inverse du texte codifié, les articles 1122-2 de l'avant-projet dit « Catala » et 67 de l'avant-projet dit « Terré » n'ont pas opté pour limiter le domaine des clauses abusives de droit commun à un seul type de contrat. Ainsi, en autorisant la traque de ces clauses au sein des seuls contrats préalablement qualifiés d'adhésion, le Gouvernement a lourdement altéré l'influence minimale que le texte aurait pu produire (1). Une seconde altération – d'un degré certainement moindre – peut se discerner dans la seconde intervention législative, celle du Parlement. En effet, pour la Chancellerie, toutes les clauses d'un contrat

²⁴¹⁴ Y. LEQUETTE, F. TERRÉ, Ph. SIMLER, F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations*, préc., p. 109.

²⁴¹⁵ Article 1171, alinéa 1, du Code civil.

²⁴¹⁶ L'article termine, comme nous venons de l'énoncer, par l'affirmation selon laquelle les clauses relatives à l'objet principal du contrat et à l'adéquation du prix à la prestation ne peuvent être abusives.

peuvent se révéler abusives. La négociabilité de la clause ne constitue donc pas un critère de qualification. Le Sénat, prenant à son compte les propositions doctrinales de réforme²⁴¹⁷, a souhaité réserver la qualification de clause abusive aux seules stipulations non négociables d'un contrat d'adhésion, malgré les vives discussions que cela a engendré entre les deux chambres parlementaires²⁴¹⁸. Le champ de la législation générale des clauses abusives en sort encore un peu plus resserré (2).

1. Le cantonnement de la traque des clauses abusives au contrat d'adhésion

607. Affirmer que le champ d'application d'un texte est moins large lorsqu'il est limité à un seul génotype de contrat relève de l'évidence. Partant, il est indubitable que l'influence qu'exerce le nouvel article 1171 du Code civil – en droit du travail mais aussi en droit commun des contrats, évidemment – est plus faible que celle qu'il aurait pu exercer si le Gouvernement n'en avait pas limité la portée aux seuls contrats d'adhésion. L'altération provoquée par l'entrée en vigueur de la réforme est ainsi patente. Les motifs à cette limitation se comprennent moins aisément. Le rapport qui accompagne la publication de l'ordonnance se contente en effet d'assurer que les contrats d'adhésion constituent « le terrain d'élection »²⁴¹⁹ des clauses abusives. L'affirmation prend appui sur la législation consumériste des clauses abusives²⁴²⁰, qui, il est vrai, trouve principalement à s'appliquer à des contrats non négociables. Pour autant, il se peut que le déséquilibre de puissance qui grève parfois les relations contractuelles

²⁴¹⁷ L'article 67 de l'avant-projet rédigé sous la direction du professeur F. TERRÉ dispose : « en outre, la clause non négociée qui crée dans le contrat un déséquilibre significatif au détriment de l'une des parties peut être révisée ou supprimée à sa demande ». Si la terminologie peut être critiquée, notamment l'emploi du mot « négociée » en lieu et place du terme « négociable », le groupe de recherche avait bel et bien l'intention de limiter la caractérisation d'une clause abusive aux seules stipulations qui étaient soustraites à la négociation. De façon moins absolutiste, la même idée se retrouve au sein de l'avant-projet dit « CATALA », selon lequel : « cependant, la clause qui crée un déséquilibre significatif au détriment de l'une des parties peut être révisée ou supprimée à la demande de celle-ci, dans les cas où la loi la protège par une disposition particulière, notamment en sa qualité de consommateur ou encore lorsqu'elle n'a pas été négociée ». Le dernier segment de l'article et l'utilisation de l'adverbe « notamment » laisse en effet sous-entendre que les deux exemples cités par la suite n'ont pas un caractère exhaustif.

²⁴¹⁸ En première lecture, le Sénat a réduit le champ des clauses abusives aux seules clauses non négociables. Le texte adopté par la suite en première lecture par l'Assemblée nationale revient sur cette réduction, en élargissant à nouveau le texte à l'ensemble des clauses d'un contrat d'adhésion, sauf celles ayant trait à l'objet principal du contrat et l'adéquation du prix à la prestation. En seconde lecture, le Sénat a rétabli la limitation qu'il avait proposée en premier lieu, ce que l'autre chambre du Parlement a à nouveau rejeté suite à sa deuxième lecture. La Commission des Lois, saisie d'un amendement, s'est enfin prononcée en faveur de la position sénatoriale, donnant par-là naissance à l'article 1171 du Code civil tel que nous le connaissons aujourd'hui.

²⁴¹⁹ Rapport remis au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131, préc.

²⁴²⁰ Dans le Code de la consommation, le domaine des clauses abusives est fort logiquement réservé aux « contrats conclus entre professionnels et consommateurs » (article L. 212-1 du Code du travail). Le contenu de ces contrats est fréquemment soustrait à la négociation.

contraigne la partie la plus faible à consentir à un contrat dont elle sait pertinemment que les stipulations lui sont défavorables²⁴²¹. Cela ne signifie pas pour autant que celles-ci ont été soustraites à la négociation, car la marge de négociation de certains contractants est infime. Par exemple, il se pourrait qu'un employeur accepte que le contenu d'un contrat de travail soit négocié par le candidat à l'embauche, sans pour autant donner suite aux contre-propositions que celui-ci formule, ou en en modifiant les stipulations qu'à la marge. Il n'en demeure pas moins que s'il est finalement conclu, le contrat sera considéré à juste titre comme un contrat de gré à gré, au sein duquel la législation générale des clauses abusives ne peut trouver application. Ainsi, même négociées, les stipulations peuvent emporter un déséquilibre entre les droits et obligations des parties. Toutefois, lorsqu'elles sont le résultat de la confrontation des intérêts propres à chacune des deux parties, les stipulations ne doivent pas pouvoir être judiciairement modifiées, sauf abus. Ce serait en effet porter une atteinte frontale au principe général de liberté contractuelle²⁴²², situé en tête du sous-titre consacré par le Code civil au contrat²⁴²³.

Une ultime question demeure néanmoins : qu'en est-il du contrat au sein duquel une seule clause a été soustraite à la négociation et créé un déséquilibre significatif entre lesdits droits et obligations ? L'emploi du pluriel par l'article 1110 du Code civil, qui vise un « ensemble de clauses », nous fait penser qu'un contrat ne peut être qualifié d'adhésion que si au moins deux clauses n'ont pu être négociées²⁴²⁴. Dans la mesure où il ne répondrait pas à ce critère, ce contrat ne pourrait donc être qualifié que de gré à gré. Cela n'oblitére pas le fait qu'il comporte une stipulation qui – sur le fond du droit – rappelle la définition donnée aux clauses abusives par l'article 1171 du Code civil. Pour la partie forte, il serait alors aisé de contourner le régime des clauses abusives, en n'excluant qu'une seule stipulation de la négociation. Dans la sphère des relations individuelles de travail, ce pourrait être, par exemple, une clause de

²⁴²¹ Dans cette hypothèse, comme nous l'avons développé dans le chapitre précédent, l'article 1143 du Code civil, qui sanctionne l'abus d'un état de dépendance, ne peut pas forcément être mobilisé, car ses conditions de validité sont très restrictives. De plus, si l'on analyse la difficulté du point de vue du salarié, il est préférable de délaisser le vice de violence pour abus de l'état de dépendance au profit du régime des clauses abusives, dans la mesure où la sanction prévue par l'article 1171 du Code civil n'emporte pas la nullité de la convention, mais purge le contrat des clauses dites « abusives ».

²⁴²² L'article 1102 du Code civil dispose que « chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public ».

²⁴²³ L'article 1102 du Code civil est le second du chapitre I du sous-titre I du titre III du livre III du Code civil, consacré aux dispositions liminaires et communes à l'ensemble des contrats. Il succède simplement à l'article 1101, qui définit la notion de contrat.

²⁴²⁴ V. *supra*, n° 403 et s. L'analyse quantitative de la formule du nouvel article 1110 du Code civil sert ainsi de plancher.

mobilité géographique particulièrement étendue ou une clause de renonciation unilatérale à une clause de non-concurrence.

Dès lors, s'il est envisageable de présenter le contrat d'adhésion comme le terrain de jeu de prédilection des clauses abusives, il s'avère que celles-ci débordent parfois de ce cadre ; elles peuvent parfaitement être découvertes dans un contrat de gré à gré où, en raison de l'enfermement du régime des clauses abusives par l'ordonnance du 10 février 2016, leur validité ne peut être contestée.

608. Juridiquement, la position adoptée par le Gouvernement en 2016 prête le flanc à la critique. La raison du cantonnement du domaine de l'article 1171 du Code civil aux contrats d'adhésion, rejetée par tous les (avant) projets de réforme, doit donc être cherchée ailleurs. Elle trouve ainsi son origine, à l'instar des cantonnements du champ du devoir précontractuel d'information²⁴²⁵ ou du vice de violence pour abus de l'état de dépendance²⁴²⁶, dans la volonté gouvernementale de faire suite aux inquiétudes formulées par les acteurs du monde économique, qui craignaient qu'une introduction trop massive de la justice contractuelle dans le Code civil nuise à l'attractivité de notre droit interne, à sécurité juridique ou à celle des transactions entre partenaires commerciaux²⁴²⁷. L'exclusion des contrats de gré à gré du champ des clauses abusives ne découle donc pas d'une conception erronée que le Gouvernement se faisait de la notion, mais d'un choix consciemment fondé sur une volonté politique.

609. Notre analyse relative à l'altération *a priori* de l'étendue du devoir précontractuel d'information a démontré que les atteintes infligées à un mécanisme n'ont pas automatiquement de grandes répercussions sur l'influence qu'il exerce en droit du travail²⁴²⁸. Pour autant, en l'espèce, l'action gouvernementale semble avoir grandement impacté l'attractivité de la disposition pour le salarié ou ses représentants au niveau des relations collectives de travail. L'influence minimale accueillie qu'elle exerce – dont nous avons d'ores et déjà évoqué

²⁴²⁵ V. *supra*, n° 568 et s.

²⁴²⁶ V. *infra*, n° 619 et s.

²⁴²⁷ Tous ces arguments sont expressément mentionnés dans le rapport remis au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131, préc.

²⁴²⁸ La conservation du devoir général de renseignement au sein de l'article 1112-1 du Code civil n'aurait ainsi pas substantiellement accrue l'influence que cet article produit dans les relations individuelles et collectives de travail : V. *supra*, n° 583.

l'intensité²⁴²⁹ – aurait été ostensiblement plus importante si l'article 1169 du projet d'ordonnance avait été intégré sans modification aucune dans le Code civil.

Cela aurait tout d'abord allégé la charge de la preuve qui pèse aujourd'hui sur le demandeur. La démonstration de son adhésion aux clauses soustraites à la négociation et déterminées à l'avance par son cocontractant est en effet loin d'être simple²⁴³⁰. Pour celui qui sollicite le réputé non écrite d'une clause, elle est pourtant un préalable obligatoire. Si, comme l'entendait le Ministère de la Justice, le droit général des clauses abusives était applicable à l'ensemble des contrats, sans tenir compte de leur qualification, cette épine probatoire serait soustraite du pied du justiciable.

Cela signifierait, ensuite et par conséquent, que tous les contrats de travail seraient soumis à la règle de l'article 1171 du Code civil, que leurs stipulations aient été négociables ou non. Les salariés et leurs conseils n'auraient alors pas manqué de s'emparer de ce texte afin de contester la validité de toutes les clauses qui génèrent un déséquilibre significatif entre leurs droits et obligations et ceux de l'employeur²⁴³¹. Ce déséquilibre, selon la Cour d'appel de Chambéry, peut être interprété vastement, comme celui qui résulte d'un pouvoir unilatéral ou d'un avantage non réciproque²⁴³². À cela, il convient évidemment d'ajouter celui engendré par la clause qui impose une sujétion à un seul contractant, le salarié en l'occurrence. Chacune de ces facettes peut aisément être distinguée dans les relations individuelles de travail²⁴³³. Cela ne signifie pas pour autant que toutes les actions intentées sur ce fondement aboutiraient nécessairement à la condamnation de l'employeur ; l'existence du déséquilibre significatif susmentionné doit être appréciée *in concreto*, en tenant compte de l'entière économie du

²⁴²⁹ V. *supra*, n° 379 et s.

²⁴³⁰ V. not. D. HOUTCIEFF, « Loi de ratification de l'ordonnance de réforme du droit des contrats, de la preuve et du régime général des obligations : le droit schizophrène », préc., qui estime que « l'éviction de la référence aux conditions générales a cependant pour inconvénient de faire disparaître un critère formel de qualification : il ne sera pas aisé de démontrer le caractère non négociable d'un ensemble de clauses pour peu qu'elles ne soient pas matériellement réunies en conditions générales ! ».

²⁴³¹ Comme c'est par exemple le cas des clauses de mobilité géographique, d'exclusivité, de confidentialité ou de renonciation unilatérale à la clause de non-concurrence. Les trois premières mettent à la charge du salarié une obligation qui n'est guère compensée par l'octroi d'une contrepartie. La dernière, à l'inverse, accorde un droit à l'employeur, sans que le salarié n'en bénéficie.

²⁴³² Chambéry, ch. 02, 18 janv. 2018, n° 16/01710.

²⁴³³ Le pouvoir unilatéral est celui de l'employeur. Au-delà, certaines clauses, comme celle qui l'autorise à renoncer à la clause de non-concurrence, offre un avantage non-réciproque à l'une des parties. Enfin, plusieurs stipulations imposent une sujétion au salarié sans l'imposer à l'employeur, dans la mesure où les obligations respectives des parties n'ont pas à être identiques. Il ne ferait en effet pas de sens d'astreindre l'employeur à une clause de mobilité géographique, par exemple.

contrat²⁴³⁴. Aussi, la reconnaissance du caractère abusif d'une clause de mobilité géographique, par exemple, ne signifie pas inéluctablement que toutes les clauses de ce type sont irréfragablement réputées abusives.

610. L'élargissement du contrôle des clauses abusives à l'ensemble des contrats produirait un effet similaire dans les relations collectives de travail. Sous l'empire de l'actuel article 1110 du Code civil, seules les conventions conclues par le truchement d'un accord référendaire, dans les (très) petites entreprises²⁴³⁵, peuvent être qualifiées d'adhésion²⁴³⁶. À l'inverse, lorsque le processus de formation de la convention collective est le théâtre d'une négociation entre l'employeur et un délégué syndical²⁴³⁷, un membre du Comité Social et Économique²⁴³⁸, un salarié mandaté par une organisation syndicale représentative au niveau de la branche ou, à

²⁴³⁴ Par exemple, si une autre clause du contrat de travail est stipulée intégralement en faveur du salarié, le juge pourrait considérer que le déséquilibre créé par la clause de mobilité géographique est ainsi compensé. Cela nous permet de rappeler que le terme « contrepartie » n'a pas forcément à être entendu d'un point de vue pécuniaire. V. not. Grenoble, ch. commerciale, 14 oct. 2021, n° 20/00748, préc.

²⁴³⁵ Pour rappel, dans les entreprises qui emploient régulièrement moins de onze salariés, la procédure de conclusion d'une convention collective est aménagée : l'employeur rédige unilatéralement un projet d'accord, susceptible de porter sur tous les thèmes ouverts à la négociation collective d'entreprise, projet qui est ensuite soumis à un référendum d'entreprise (article L. 2232-21 du Code du travail). La même procédure est à mettre en œuvre dans les entreprises dont l'effectif habituel est compris entre onze et vingt salariés et qui sont dépourvues de Comité Social et Économique (article L. 2232-23 du Code du travail).

²⁴³⁶ Dans la mesure où la consultation des salariés par le truchement d'un référendum ne permet aucune négociation concrète, la convention collective conclue doit être perçue comme un contrat d'adhésion : V. not. A. FABRE, P. SAMPIETRO, « L'accord référendaire dans les TPE », préc. ; Y. LEROY, « La négociation collective sans négociation : coup de maître ou hérésie ? », préc. ; « Paradoxe(s) sur ordonnances », préc. ; L. BENTO DE CARVALHO, « Le contentieux des accords d'entreprise au prisme du contrat d'adhésion (première partie) », préc. ; « Le contentieux des accords d'entreprise au prisme du contrat d'adhésion (seconde partie) », préc. ; F. CANUT, « La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux », préc. ; Y. PAGNERRE, « Droit des contrats et accords collectifs, regards croisés », préc.

²⁴³⁷ L'article L. 2232-16 du Code du travail dispose que « la convention ou les accords d'entreprise sont négociés entre l'employeur et les organisations syndicales de salariés représentatives dans l'entreprise [...] ». Pour ce faire, dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, lesdites organisations nomment en principe un délégué syndical (articles L. 2143-3 et s. du Code du travail). Il est toutefois envisageable d'abaisser conventionnellement ce seuil d'effectif, comme l'indique implicitement l'article L. 2253-2 du Code du travail.

²⁴³⁸ En l'absence de délégué syndical, l'employeur peut négocier et conclure une convention collective avec « un ou des membres titulaires de la délégation du personnel du Comité Social et Économique », selon les termes de l'article L. 2232-23-1, 2°, du Code du travail. V. not. B. GAURIAU, « La négociation dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux », *Dr. soc.* 2015. 878 ; P. FADHEUILHE, « Négociation collective – Quels partenaires en l'absence de délégué syndical ? », *JA* 2017. 40 ; B. TEYSSIÉ, « La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégué syndical », *JCP S* 2018. 1112 ; J. ICARD, « Négociation collective et petite entreprise », préc. ; L. ALUOME, V. ARMILLEI, « La négociation collective des accords de substitution en l'absence de délégué syndical », préc. ; Ch. MARIANO, « Les zones d'ombre de la négociation collective en l'absence de délégué syndical », préc. ; F. CANUT, *op. cit.*

défaut, au niveau national ou interprofessionnel²⁴³⁹, voire un conseil d'entreprise²⁴⁴⁰, il est bien plus rare qu'un ensemble de clauses soit effectivement soustrait à la négociation²⁴⁴¹. Dans ces situations, il devient encore plus complexe de démontrer l'adhésion du représentant des travailleurs subordonnés. L'altération de l'influence de la législation civiliste des clauses abusives en droit du travail – et plus particulièrement au sein de ses relations collectives – se perçoit donc à nouveau nettement. Et pour cause ; étendue aux contrats de gré à gré, la réglementation générale des clauses abusives trouverait à s'appliquer à l'ensemble des conventions collectives, peu importe le mode de négociation utilisé ou le nombre de salariés régulièrement employés dans l'entreprise.

611. L'extension de la traque des clauses abusives à tous les contrats, peu importe la négociabilité de leur contenu, aurait en droit du travail des conséquences substantielles. L'influence produite par l'article 1171 du Code civil dépasserait effectivement de très loin nos conclusions précédentes²⁴⁴², car la pratique travailliste et le contenu des actes juridiques²⁴⁴³ en seraient profondément chamboulés. En effet, le risque du réputé non écrit planerait de manière latente au-dessus de toutes les clauses qui créent un déséquilibre entre les droits et obligations des deux parties. La protection des parties faibles que sont le salarié et ses représentants en sortirait grandement renforcée, puisque l'employeur pourrait être soumis à une contrainte nouvelle, celle d'assortir une contrepartie à ces stipulations. L'altération anticipée de l'influence du régime général civiliste des clauses abusives est ainsi sensible et a emporté un abaissement certain du seuil minimal de l'influence globale que la réforme de droit des contrats produit dans les relations de travail.

²⁴³⁹ En l'absence de délégué syndical, l'employeur peut, selon le même article L. 2232-23-1 du Code du travail, négocier et conclure une convention collective avec « un ou plusieurs salariés expressément mandatés par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans la branche ou, à défaut, par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives au niveau national et interprofessionnel ».

²⁴⁴⁰ Le conseil d'entreprise est une forme avancée de Comité Social et Économique, institué par convention collective d'entreprise (article L. 2321-2 du Code du travail) et qui, selon l'article L. 2321-1 du Code du travail, « exerce l'ensemble des attributions définies au chapitre II du titre Ier du présent livre et est seul compétent pour négocier, conclure et réviser les conventions et accords d'entreprise ou d'établissement ». V. not. P. RÉMY, « Le conseil d'entreprise : un premier pas vers le conseil d'établissement allemand ? », *Dr. soc.* 2017. 1050 ; J.-Ph. LIEUTIER, « Comité Social et Économique ou conseil d'entreprise : quel choix ? », *Dr. soc.* 2019. 415 ; L. PAOLI, « Peut-on donner sa chance au conseil d'entreprise ? », *Cah. soc.* 2018, p. 116 ; S. RIOCHE, « Le conseil d'entreprise, la vraie révolution de l'ordonnance n° 2017-1386 ? », *Gaz. Pal.* 13 mars 2018, p. 77.

²⁴⁴¹ V. *supra*, n° 418 et s.

²⁴⁴² V. *supra*, n° 518.

²⁴⁴³ Qu'il s'agisse d'un contrat de travail ou d'une convention collective.

612. Une seconde atteinte au champ d'application de l'article 1171 du Code civil doit être évoquée. Elle n'est cette fois-ci pas l'œuvre du Gouvernement. En effet, à l'initiative du Sénat, le Parlement a décidé, conformément aux avant-projets doctrinaux de réforme, d'assimiler les clauses abusives aux clauses non négociables d'un contrat d'adhésion. Depuis le 1^{er} octobre 2018, la caractérisation de ce dernier ne suffit donc plus ; encore faut-il démontrer que la clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, au détriment de l'adhérent, a été soustraite à la négociation lors de la phase précontractuelle.

2. Le cantonnement de la traque des clauses abusives aux clauses non négociables

613. Après avoir conditionné le caractère abusif d'une stipulation à un type précis de contrat, la réforme s'est chargée d'en limiter la caractérisation à des clauses spécifiques. L'on pourrait croire qu'en cela, la loi du 20 avril 2018 s'est contentée de prendre à son compte les propositions formulées par les deux groupes doctrinaux de recherche. Il n'en est pourtant rien. Certes, les avant-projets de réforme préconisaient tous deux, en des termes différents, de restreindre la traque des clauses abusives aux stipulations qui n'ont pas pu être négociées par la partie faible²⁴⁴⁴. Les clauses négociables auraient ainsi été exclues du champ du dispositif. Ils n'ont néanmoins pas fait le choix, en sus, de la limiter au contrat d'adhésion. En somme, pour qu'une clause soit boutée hors du contrat, il ne suffit plus qu'elle « ait été insérée dans un contrat d'adhésion »²⁴⁴⁵, il est également nécessaire de « se demander si [...] elle était ou non négociable »²⁴⁴⁶. Le texte en vigueur possède ainsi un domaine bien plus restreint que ceux prévus par les avant-projets susmentionnés.

614. Il n'y a rien de superfétatoire à réserver l'application du nouvel article 1171 du Code civil à des clauses non négociables, et ce même si elle est déjà conditionnée par la caractérisation préalable d'un contrat d'adhésion²⁴⁴⁷. Rien ne s'oppose, en effet, à ce que ces

²⁴⁴⁴ Articles 1122-2 de l'avant-projet dit « CATALA » et 67 de l'avant-projet dit « TERRÉ ».

²⁴⁴⁵ D. MAZEAUD, « Quelques mots sur la réforme du droit des contrats », préc.

²⁴⁴⁶ *Ibid.*

²⁴⁴⁷ À l'inverse de ce qu'a pu penser le Gouvernement, selon plusieurs auteurs, qui écrivent qu'« exigé par les avant-projets Catala et Terré, le caractère non négociable de la clause contestée étant absent de l'article 1171 issu de l'ordonnance du 10 février 2016. En réservant son application au contrat d'adhésion, le Gouvernement a pu penser que cette précision était superflue, et qu'il allait de soi que le contrôle de l'abus serait cantonné aux clauses non négociables d'un contrat d'adhésion. Il reste que cette interprétation ne s'imposait pas à la lecture de l'article 1171, et que différents commentateurs avaient pu estimer que le contrôle judiciaire était susceptible de s'étendre aux clauses négociées ou négociables du contrat d'adhésion » : Y. LEQUETTE, F. TERRÉ, Ph. SIMLER, F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations*, préc., p. 509.

deux conditions se cumulent, dans la mesure où un contrat peut être qualifié d'adhésion même si certaines de ses clauses ont été effectivement négociées. Il n'est donc guère nécessaire de démontrer la soustraction à la négociabilité de l'intégralité des stipulations du contrat²⁴⁴⁸ ; celle d'un « ensemble de clauses »²⁴⁴⁹ suffit. Partant, la position sénatoriale, derrière laquelle s'est rangée la commission mixte paritaire, n'a rien de redondante ; elle vient efficacement s'inscrire dans le mouvement de cantonnement du régime des clauses abusives engagé deux années plus tôt par le Gouvernement.

615. Si son existence ne fait pas l'ombre d'un doute, encore faut-il déterminer avec précision dans quelles mesures cette restriction a atténué le rayonnement de la législation générale des clauses abusives en droit du travail. Les effets sont à nouveau communs aux relations individuelles et collectives de travail. En 2016, à condition de figurer dans un contrat d'adhésion, toutes les clauses qui créaient un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties pouvaient être réputées non écrites. La tâche du demandeur – partie faible au contrat, qui subit le déséquilibre significatif précité – est désormais plus compliquée. Il doit non seulement prouver qu'il a adhéré à un ensemble de clauses non négociables et déterminées à l'avance par son cocontractant, mais aussi que la stipulation litigieuse en faisait expressément partie. À défaut, la clause contestée échappera au contrôle de l'abus. La preuve est cependant délicate à rapporter, car la soustraction de la négociabilité ne peut ni être décelée par la seule lecture du contrat, ni par la prise en compte de son contenu²⁴⁵⁰ ; le demandeur doit justifier de son incapacité à négocier²⁴⁵¹. Ainsi, chaque fois que les négociations n'empruntent pas la forme écrite, la partie faible aura bien du mal à démontrer que son cocontractant s'est opposé à la négociation de la stipulation prétendument abusive²⁴⁵². Les communications écrites

²⁴⁴⁸ V. not. M. FABRE-MAGNAN, « La réforme de droit des contrats : quelques contre-feux civilistes à la déréglementation du droit du travail », préc. ; N. DISSAUX, « La réforme du droit des contrats : de l'ordonnance du 10 février 2016 à la loi de ratification du 20 avril 2018 », préc.

²⁴⁴⁹ Article 1110 du Code civil.

²⁴⁵⁰ Le juge apprécie le contenu de la stipulation afin de déterminer si elle crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. Par contre, ledit contenu ne peut lui permettre de déterminer si la clause était – ou non – négociable.

²⁴⁵¹ V. not. Caen, ch. civile et commerciale, 23 sept. 2021, n° 19/01684, préc. : « en effet, outre que le contrat en cause n'est pas un contrat d'adhésion, il n'est nullement établi par l'appelante que la clause relative aux délais de livraison est une clause non négociable. S'agissant d'un contrat entre deux sociétés commerçantes, la société Batitec ne démontre pas de l'impossibilité pour elle d'imposer à sa cocontractante des délais de livraison précis [...] ».

²⁴⁵² À moins, ironiquement, que ladite stipulation soit intégrée dans des conditions générales : V. not. D. HOUTCIEFF, « Loi de ratification de l'ordonnance de réforme du droit des contrats, de la preuve et du régime général des obligations : le droit schizophrène », préc. Un arrêt récemment rendu par la Cour d'appel de Toulouse l'illustre avec pertinence. Une société a commandé à une autre un logiciel de gestion et de suivi des stocks et des clients. Pour ce faire, elle a parallèlement souscrit un contrat de location financière portant sur le financement dudit

entre les parties à la négociation peuvent en effet constituer un indice, permettant d'appréhender le caractère (non) négociable d'un contrat. Dans un arrêt du 17 janvier 2023, la Cour d'appel de Paris a constaté que les contractants ont, des semaines durant, échangé plusieurs versions amendées du contrat, ce dont s'évince que « la société B a pu négocier autant qu'elle le souhaitait les clauses du contrat, en particulier celle relative au remboursement des obligations en actions ou en numéraires, de sorte que la qualification de contrat d'adhésion ne sera pas retenue et la demande formée sur les dispositions de l'article 1171 du Code civil rejetée »²⁴⁵³.

Plusieurs décisions rendues au niveau d'appel reflètent d'ailleurs les difficultés probatoires que le demandeur rencontre. Pour rejeter le caractère non-négociable d'une clause, la Cour d'appel de Besançon estime que « l'indication manuscrite du nombre de mensualités et du montant du loyer, dans des cases non pré imprimées du formulaire contractuel, fait présumer que M. X a pu librement déterminer, en concertation avec le représentant de la société, les conditions d'échelonnement du prix de la prestation fournie et la durée du contrat. Ainsi, les stipulations relatives à la durée du contrat n'apparaissant pas avoir été soustraites à toute négociation, l'abus invoqué à ce titre n'est pas établi et la clause ne peut être réputée non écrite de ce chef »²⁴⁵⁴. La Cour d'appel de Chambéry, elle, retient qu'il « résulte des éléments produits que la signature des contrats litigieux fait suite à une proposition tarifaire émise par la société C.F que la société C était donc parfaitement en mesure de négocier ou de refuser, ce qu'elle a d'ailleurs fait pour la seconde offre émise en octobre 2017 »²⁴⁵⁵. Fort logiquement, la négociabilité de la clause litigieuse a été reconnue. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris, certes rendu sous l'empire du droit issu de l'ordonnance du 10 février 2016, se contente quant à lui de constater que la partie faible n'apporte pas la preuve de l'absence de négociabilité. En l'espèce, plusieurs conventions d'occupation précaires ont été conclues successivement par une société et un syndicat des copropriétaires, dans l'optique de mettre à disposition de la première un emplacement destiné à l'exercice de son activité professionnelle. Au terme extinctif du dernier contrat, la société a demandé la requalification de l'ensemble des conventions en un unique bail commercial et sollicité la nullité du congé qui lui a été donné. Les juges estiment cependant qu'

logiciel. Arguant un impayé, le bailleur a sollicité la résiliation du contrat. La Cour d'appel dispose qu' « en l'espèce, le contrat de location financière comportait des conditions générales pré-imprimées qui n'étaient pas négociables, le locataire, aux termes du contrat signé, reconnaissant avoir pris connaissance des conditions générales de la location figurant aux feuillets 5 et 6 de la liasse contractuelle et les accepter. Le preneur ne disposait donc d'aucune possibilité de négocier les stipulations contractuelles [...] ».

²⁴⁵³ Paris, pôle 5, ch. 16, 17 janv. 2023, n° 21/05879.

²⁴⁵⁴ Besançon, 11 sept. 2019, n° 18/00983, préc.

²⁴⁵⁵ Chambéry, ch. civile sect. 01, 30 juin 2020, n° 18/01858.

« en l'espèce, les conventions d'occupation précaires successives liant les parties ne contiennent pas de conditions générales distinctes des conditions particulières propres à l'acte en cause, l'article 5 « Conditions générales d'occupations », propres aux seules conditions d'occupation, ne constituant pas des conditions générales au sens de l'article 1171 dans sa version en vigueur au 1^{er} octobre 2016²⁴⁵⁶. En outre, la société L ne démontre pas que le syndicat des copropriétaires ne lui aurait ménagé aucune possibilité de négociation, en particulier quant aux modalités de résiliation de la convention et au montant de l'indemnité due après l'expiration de la convention »²⁴⁵⁷. Ainsi, que la négociabilité soit démontrée ou, à l'inverse, que l'absence de négociabilité ne le soit pas²⁴⁵⁸, la solution est identique : l'abus n'est pas caractérisé et la stipulation mise en cause ne peut être évincée du contrat sur la base de l'article 1171 du Code civil.

Une dernière remarque doit être formulée au sujet de la charge probatoire qui pèse sur la partie faible au contrat. En application de l'article 12, alinéas 1 et 2, du Code de procédure civile, « le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée ». Aussi, selon toute vraisemblance, la clause par laquelle il est stipulé que « toutes les clauses ont été négociées » ne devrait pouvoir lier le juge²⁴⁵⁹ ; celui-ci est en effet tenu d'apprécier concrètement si le contractant doté de la plus grande puissance contractuelle était effectivement – ou non – ouvert à la négociation. La seule affirmation contractuelle ne peut donc pas faire irréfragablement présumer la négociation des stipulations.

²⁴⁵⁶ Même dans sa version applicable au 1^{er} oct. 2016, l'article 1171 du Code civil ne visait pas la formule « conditions générales ». Il est probable que la Cour d'appel de Paris fasse en réalité mention de l'ancien article 1110 du Code civil.

²⁴⁵⁷ Paris, 30 nov. 2022, n° 20/02499.

²⁴⁵⁸ Un contentieux travailliste permet d'illustrer ce point. En l'espèce, une salariée a été engagée par une entreprise de travail temporaire, au statut cadre, par le biais d'un contrat de travail à durée indéterminée au sein duquel était stipulée une clause de non-concurrence. Elle démissionne au courant de l'année 2017 et est rapidement embauchée par une autre agence, alors même que la contrepartie financière de la clause de non-concurrence lui avait été versée. Elle sollicite en justice la nullité de la clause de non-concurrence. La Cour d'appel de Rouen rejette sa demande, en déclarant que « les précédents développements ont permis d'établir que la clause de non-concurrence litigieuse comporte une contrepartie financière qui n'est ni dérisoire, ni déséquilibrée par rapport aux obligations limitées qu'elle fait peser sur la salariée. De plus, cette dernière recrutée en tant que cadre avec une expérience avérée, ne peut se limiter à soutenir, sans le démontrer, qu'aucune négociation n'est possible lors d'un recrutement » : Rouen, ch. soc., 24 juin 2021, n° 19/00169.

²⁴⁵⁹ V. not. N. DISSAUX, « La réforme du droit des contrats : de l'ordonnance du 10 février 2016 à la loi de ratification du 20 avril 2018 », préc.

616. Le conditionnement de la règle relative aux clauses abusives à la soustraction de la négociabilité complexifie indéniablement sa mobilisation. Dès lors, avec l'entrée en vigueur de la loi de ratification, la part du nouvel article 1171 du Code civil dans l'influence minimale accueillie exercée par la réforme de droit des contrats a décliné. Auparavant, toutes les clauses génératrices d'un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, intégrées dans un contrat de travail ou une convention collective préalablement qualifiée d'adhésion, pouvaient être chassées du contenu contractuel. L'origine de l'abus importait guère ; par exemple, en l'absence de toute contrepartie, la renonciation unilatérale à la clause de non-concurrence pouvait être réputée non écrite, sans que le juge n'ait à chercher si sa stipulation résulte véritablement du consentement mutuel des parties ou si, *a contrario*, elle a été imposée par l'employeur.

Désormais, l'abus occupe un rôle secondaire ; son existence n'est analysée que s'il est démontré que la clause qui est soupçonnée de l'abriter n'a pu être factuellement négociée. Comme l'indique le rapport rendu par le rapporteur de l'Assemblée nationale postérieurement à la seconde lecture du projet de loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016²⁴⁶⁰, l'actuel article 1171 du Code civil s'éloigne du « souci de protection des parties les plus faibles »²⁴⁶¹. Au-delà même des difficultés probatoires susmentionnées, le texte est aujourd'hui inefficace toutes les fois où la contreproposition de la partie faible n'a pas été adoptée. En effet, la possibilité de formuler une contreproposition témoigne de la négociabilité de la stipulation²⁴⁶². La faculté de négocier, ouverte à la partie faible, suffit ainsi pour évincer intégralement le droit général des clauses abusives. La fructuosité de la négociation n'importe donc pas ; le fait que la négociation n'ait pas abouti et, en conséquence, que le contenu du contrat soit finalement imposé par le contractant le plus fort est sans incidence. Pour autant, le simulacre de négociation – par lequel ce dernier se dit ouvert à la négociation tout en sachant qu'il n'acceptera aucune proposition formulée par l'autre partie – ne doit pas suffire pour détourner un contrat et ses clauses de l'article 1171 du Code civil ; la négociabilité doit être loyalement ouverte, en application de l'article 1104 du Code civil, selon lequel « les contrats

²⁴⁶⁰ S. HOULIÉ, *Rapport n° 629*, préc.

²⁴⁶¹ *Ibid.* En cela, le Parlement a expressément suivi les remarques formulées par le Haut Comité Juridique de la Place financière de Paris, qui estimait en 2017 qu'il « conviendrait de restreindre expressément le champ d'application de l'interdiction des clauses abusives afin de conférer à l'article 1171 un champ d'application de caractère résiduel » : HCJP, *Propositions d'amélioration de la rédaction des dispositions régissant le droit commun des contrats*, 10 mai 2017, p. 21.

²⁴⁶² Comme nous l'avons mentionné, cela ne signifie pas automatiquement que le contrat est conclu de gré à gré, car la soustraction à la négociabilité d'une fraction du contrat suffit pour que celui-ci soit qualifié d'adhésion.

doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi ». La mauvaise foi dans la tenue des négociations, dont la preuve pèse à nouveau sur la partie faible, équivaut ainsi à une soustraction de la négociabilité des termes du contrat.

617. En conséquence, le Parlement a, lui aussi, altéré l'influence que la traque générale des clauses abusives aurait pu produire en droit du travail. L'étude des décisions de fond démontre le rôle particulièrement résiduel qu'y joue la technique. En effet, si l'on écarte du raisonnement les décisions qui émettent un doute quant à l'applicabilité même du texte aux relations de travail²⁴⁶³, on s'aperçoit que la mise en œuvre de l'article 1171 du Code civil, à l'initiative du salarié ou de l'employeur, est constamment rejetée²⁴⁶⁴. Cela ne signifie pas pour autant que la voie de la législation générale des clauses abusives est totalement interdite aux acteurs des relations individuelles et collectives de travail. Néanmoins, on prend la pleine mesure de la complexité de l'action judiciaire, dont le succès est pour l'heure dénué de toute traduction concrète dans la jurisprudence sociale. Malgré une influence qualifiée de « considérable »²⁴⁶⁵, l'on comprend à l'analyse que le rayonnement du droit commun des clauses abusives aurait pu être plus intense si les souhaits formulés par le Haut Comité Juridique de la Place financière de Paris n'avaient pas été suivis par le législateur.

²⁴⁶³ V. not. Versailles, 17^e ch., 1^{er} juill. 2020, n° 17/05012 : « certes, l'association Groupe Essec invoque l'article 1171 du Code civil et conclut au caractère abusif de la clause litigieuse, indiquant en substance que cette clause a été rédigée par Mme X elle-même et qu'elle crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat. Cependant, l'association Groupe Essec vise manifestement un article du Code civil qui n'était pas applicable à l'époque du litige puisqu'il est issu de l'ordonnance du 10 février 2016. En outre, et à supposer même que cette disposition trouve application, la loi n'envisage la question d'un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties que dans le cadre d'un contrat d'adhésion pour des clauses non négociables [...] ». V. ég. Rouen, 24 juin 2021, n° 19/00169, préc., selon lequel « il convient de rappeler que la qualification issue de l'article 110 rappelé concerne le contrat d'adhésion, qui se définit comme celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties. Si tant est que cette qualification doive être appliquée au contrat de travail, encore faut-il démontrer que la clause de non-concurrence considérée crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties ». Deux formules utilisées au sein de ces arrêts mettent en doute l'applicabilité du contrat d'adhésion et de son régime au contrat de travail : « à supposer même que cette disposition trouve application » et « si tant est que cette qualification doive être appliquée au contrat de travail ».

²⁴⁶⁴ V. not. Paris, pôle 6, ch. 10, 10 févr. 2021, n° 18/11116. L'article 1171 du Code civil n'était pas applicable dans la mesure où le contrat de travail a été conclu en 2012. Néanmoins, la Cour d'appel indique que le salarié était en tout état de cause en mesure de négocier la clause litigieuse, relative à la réduction de la prescription des actions en justice. V. ég. Rouen, 24 juin 2021, n° 19/00169, *ibid* ; Versailles, 1^{er} juill. 2020, n° 17/05012, *ibid* ; Bordeaux, ch. soc. 26 nov. 2020, n° 18/01324 ; Bastia, ch. soc., 1^{er} juin 2022, n° 21/00069. Pour une synthèse de ce constat, V. X. HENRY, « Synthèse de jurisprudence. Protection contre les clauses abusives en droit du travail. Protection par le droit commun du Code civil », Centre de recherche contre les clauses abusives, document n° 9748, 2023, consultable : <http://cerclab.univ-lorraine.fr/notice/9748/doc>.

²⁴⁶⁵ À notre sens, plusieurs clauses insérées dans un contrat de travail ou une convention collective peuvent aujourd'hui être considérées comme abusives : V. *supra*, n° 452 et s.

618. Le déséquilibre de puissance contractuelle entre deux contractants peut ainsi concerner le contenu du contrat. Pour contribuer à le résorber, malgré les difficultés mises en exergue, le salarié et ses représentants peuvent fonder leur action en justice sur l'article 1171 du Code civil. Ce déséquilibre peut prendre une seconde forme ; ce n'est plus l'équilibre du contrat qui est alors en jeu, mais l'égalité entre les parties. Il est alors plus pertinent d'agir sur le fondement du vice de violence pour abus de l'état de dépendance, quand bien même, nous l'avons démontré²⁴⁶⁶, l'influence de celui-ci dans la sphère travailliste est limitée. On constate à nouveau que la réforme du droit des contrats est venue, par vagues successives, en restreindre le domaine d'application, soulignant à nouveau son action altérante.

§2. LES ATTEINTES PORTÉES AU VICE DE VIOLENCE POUR ABUS DE L'ÉTAT DE DÉPENDANCE

619. Sans aucune exception, les (avant) projets de réforme ont tous proposé de créer une subdivision du vice de violence²⁴⁶⁷, aux côtés du vice général des anciens articles 1111 et suivants du Code civil. Répondant à l'injonction qui lui était faite par la loi d'habilitation du 16 février 2015, le Gouvernement a procédé à la modification de l'article 1143 du Code civil, qui sanctionne dorénavant l'abus d'un état de dépendance commis par une partie qui en tire un avantage manifestement excessif. Comparativement au projet d'ordonnance imaginé par la Chancellerie, le champ d'application du texte a néanmoins été restreint à deux reprises. En premier lieu, comme cela a été étudié au sein de notre première partie²⁴⁶⁸, seule la preuve de la dépendance d'une partie autorise la mise en œuvre du texte, tandis que le projet susmentionné faisait mention d'abus d'un « état de nécessité ou de dépendance »²⁴⁶⁹. L'altération de l'influence du mécanisme s'effectue ainsi aux dépens de la victime, car le fait, pour celle-ci, de se trouver dans un état de nécessité lors de l'échange des consentements est insuffisant pour solliciter la nullité de l'acte (**A**). En second lieu, avec l'ordonnance du 10 février 2016, il est imposé au juge d'apprécier si l'auteur de l'abus a extorqué de l'acte quelque chose de substantiel. En effet, l'abus de l'état de dépendance ne peut être réprimé que lorsque la partie forte en a retiré un « avantage manifestement excessif » (**B**), critère qu'ignorait l'article 1142

²⁴⁶⁶ V. *supra*, n° 540 et s.

²⁴⁶⁷ Articles 1114-3 de l'avant-projet dit « CATALA », 66 de l'avant-projet dit « TERRÉ » et 1142 du projet de la Chancellerie publié le 25 févr. 2015.

²⁴⁶⁸ V. *supra*, n° 477 et s.

²⁴⁶⁹ Article 1142 du projet de la Chancellerie publié le 25 févr. 2015.

du projet d'ordonnance et qui, encore une fois, a été « introduit afin de répondre aux craintes des entreprises et d'objectiver l'appréciation de l'abus »²⁴⁷⁰.

620. Au cours des débats législatifs qui ont précédé la ratification de l'ordonnance susmentionnée, le Parlement – et plus précisément le Sénat – a également été tenté de cantonner le champ d'application du vice de violence pour abus de l'état de dépendance. Deux tentatives ont été effectuées. En première lecture, la chambre haute du Parlement a d'abord décidé de « modifier le texte afin de qualifier d'économique l'état de dépendance, de façon à rétablir une formulation connue et bien établie par la jurisprudence »²⁴⁷¹. Afin de ne pas « retirer des droits aux cocontractants les plus faibles »²⁴⁷², l'Assemblée nationale est revenue sur cet amendement. En seconde lecture, les sénateurs ont proposé de réduire l'étendue de la protection de la partie faible par un autre biais, en soumettant l'application de la disposition à la preuve qu'elle était expressément dépendante de son cocontractant lors de l'échange des consentements. Considérant qu'il n'était question que de « clarifier le périmètre de l'état de dépendance »²⁴⁷³, les députés ont adopté la proposition. Pourtant, cet ajout nuit considérablement à la cohérence globale du Code civil et plus particulièrement à celle du paragraphe qu'il consacre aux vices du consentement²⁴⁷⁴. Et pour cause, en application de l'article 1142 du Code civil, « la violence est une cause de nullité qu'elle ait été exercée par une partie ou par un tiers ». Dans la mesure où l'abus de l'état de dépendance constitue une subdivision de ce vice général, l'on pourrait s'attendre à ce qu'il soit soumis aux mêmes règles. Il n'en est toutefois rien²⁴⁷⁵. Ainsi, en sa dernière mouture, l'article 1143 du Code civil dispose notamment qu'« il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance *dans lequel se trouve son cocontractant à son égard* [...] » et ne condamne pas le comportement par lequel une personne exploite la situation de dépendance dans laquelle se trouve son cocontractant à l'égard d'une tierce personne (C).

²⁴⁷⁰ Rapport remis au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131, préc.

²⁴⁷¹ F. PILLET, *Rapport n° 22*, préc., p. 51.

²⁴⁷² S. HOULIÉ, *Rapport n° 315*, préc.

²⁴⁷³ *Ibid.*

²⁴⁷⁴ Paragraphe 2 de la sous-section 1 (intitulée « le consentement ») de la section 2 (intitulée « la validité du contrat ») du chapitre II (intitulé « la formation du contrat ») du sous-titre I (intitulé « le contrat ») du titre III (intitulé « des sources d'obligations ») du livre III (intitulé « des différentes manières dont on acquiert la propriété ») du Code civil.

²⁴⁷⁵ V. *supra*, n° 482 et s.

A. L'EXCLUSION DE L'ÉTAT DE NÉCESSITÉ

621. Au sein du chapitre précédent²⁴⁷⁶, nous avons opéré la distinction entre le terme « dépendance » et certains mots qui partagent son champ lexical²⁴⁷⁷. Il en est ressorti que l'« état de nécessité » couvre une réalité plus grande que l'« état de dépendance ». En toute logique, la protection des contractants les plus faibles aurait donc été supérieure si la réforme du droit des contrats n'avait pas modifié l'article 1142 du projet d'ordonnance. Ce constat doit néanmoins être confronté au particularisme du droit du travail. En effet, comme l'exemple du devoir général de renseignement l'illustre avec justesse²⁴⁷⁸, le cantonnement d'une règle générale se perçoit parfois plus vigoureusement dans le contentieux civiliste qu'au sein des litiges travaillistes. L'observation logique ne se suffit donc pas à elle-même ; elle doit être doublée d'une analyse pratique. Il s'agit donc désormais de questionner les distinctions entre l'état de nécessité et l'état de dépendance à travers le prisme du droit du travail, en déterminant si l'influence du nouvel article 1143 du Code civil aurait été supérieure s'il sanctionnait également l'abus du premier.

622. Le schéma qui a été le nôtre au sein du présent chapitre – pour apprécier l'action altérante de la réforme vis-à-vis du devoir précontractuel d'information, du contrat d'adhésion et de son régime – ne peut ici être totalement reproduit à l'identique. Si la finalité reste évidemment la même, sa confrontation avec la structure du nouvel article 1143 du Code civil nous contraint à procéder avec plus de précautions encore. La reconnaissance du vice de violence pour abus de l'état de dépendance est aujourd'hui soumise à la réunion de trois conditions cumulatives : un état de dépendance, un abus de cet état et un avantage manifestement excessif. Au sein de cette sous-partie, notre intérêt est uniquement tourné vers la première d'entre elles. En effet, comme un raisonnement rationnel le laisse supposer, la suppression de la mention à l'état de nécessité a restreint le champ d'application du texte codifié. L'altération de son influence devrait donc être aisément démontrable. Ce n'est pourtant pas aussi évident, et ce pour deux raisons. Premièrement, comme les développements à venir tendront à le mettre en évidence, l'impact de ladite suppression n'est pas toujours discernable en droit du travail. Deuxièmement, il est des hypothèses où la mobilisation de ce nouveau vice

²⁴⁷⁶ V. *supra*, n° 467 et s.

²⁴⁷⁷ Que sont les mots « nécessité », « vulnérabilité » et « faiblesse ».

²⁴⁷⁸ V. *supra*, n° 583.

est inenvisageable en raison des difficultés à prouver l'abus commis par la partie forte²⁴⁷⁹ ou l'avantage manifestement excessif qu'elle a retiré de la convention litigieuse²⁴⁸⁰. Dans toutes ces situations, la prise en compte d'un état de nécessité, de faiblesse ou de vulnérabilité importe peu ; tant que l'on ne parvient pas à démontrer l'abus²⁴⁸¹ ou l'avantage démesuré²⁴⁸², la prise en compte plus large de la situation concrète du cocontractant le plus faible ne peut produire aucune influence bénéfique sur l'étendue de sa protection.

623. D'un point de vue plus technique, l'on pourrait estimer, tout d'abord, que « si le consentement est en principe éclairé, jamais en revanche il n'est totalement libre : toujours il intervient sous l'empire d'une nécessité [...] »²⁴⁸³. Il est vrai que celui qui contracte est inévitablement en quête de quelque chose. Par exemple, l'aspirant salarié est le plus souvent à la recherche d'une rémunération, tandis que l'emprunteur a besoin de fonds afin de réaliser un projet. Le professeur G. Loiseau complète cette position, en indiquant que « l'état de nécessité étant potentiellement présent dans de nombreuses situations contractuelles – chacun est en état de nécessité de se loger, de travailler... – cette condition, soit devrait être strictement entendue au sens étroit où elle est retenue depuis la fin du XIX^e siècle par la jurisprudence civile, et elle est alors inutile, soit pourrait être largement comprise, ce qui reviendrait à consacrer, sous couvert d'un vice de violence modernisé, un vice général de faiblesse qui deviendra rapidement un virus contractuel »²⁴⁸⁴. Ce constat est difficilement dubitable. Il est toutefois générateur d'une grande insécurité juridique, car l'article 1142 du projet du Ministère de la Justice pourrait faire peser le risque de la nullité sur l'ensemble des conventions. Le sens que donne classiquement la doctrine à la notion d' « état de nécessité » ne permet pas d'éloigner définitivement ce risque. Le professeur G. Chantepie le définit comme « la pression de circonstances extérieures »²⁴⁸⁵ qui pousse une personne « à conclure à des conditions désavantageuses »²⁴⁸⁶. Dans la mesure où la partie faible n'a manifestement pas abandonné

²⁴⁷⁹ Il en va ainsi, par exemple, lors de la phase de conclusion d'un contrat de travail, au cours de laquelle la caractérisation d'un abus subjectif d'une partie est difficilement démontrable : V. *supra*, n° 512 et s.

²⁴⁸⁰ C'est l'exemple de la rupture conventionnelle d'un contrat de travail à durée indéterminée, dont la nullité ne peut pas, à notre sens, être valablement demandée sur le fondement d'un vice de violence pour abus de l'état de dépendance, car le salarié ne parviendra pas à démontrer que l'employeur a retiré de l'acte un avantage manifestement excessif : V. *supra*, n° 522 et s.

²⁴⁸¹ V. *supra*, n° 489 et s.

²⁴⁸² V. *supra*, n° 495 et s.

²⁴⁸³ Ph. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, Paris, LGDJ, 9^e éd., 2017, spé., n° 515.

²⁴⁸⁴ G. LOISEAU, « Observations sur le projet de réforme du droit des contrats et des obligations », préc.

²⁴⁸⁵ G. CHANTEPIE, « Contrainte économique et indépendance statutaire d'un avocat », préc.

²⁴⁸⁶ *Ibid.*

toute autonomie²⁴⁸⁷, l'état de nécessité constitue le stade qui précède celui de la dépendance. Ses contours demeurent toutefois nébuleux²⁴⁸⁸ et peu connus des droits spéciaux²⁴⁸⁹. Le flou qui entoure la notion est alimenté par le fait que sa caractérisation et celle d'une dépendance ne peuvent se réaliser de manière similaire. Cette dernière est en effet perçue comme un lien qui « [unit] des entités différentes comme on accroche des choses »²⁴⁹⁰. Étymologiquement, le mot « lien » vient effectivement du latin *ligamen*, qui signifie « cordon, bandage »²⁴⁹¹. L'union qu'évoque le professeur E. Jeuland est primordiale ; elle rappelle qu'un lien possède inévitablement deux bouts. La dépendance d'une partie ne peut donc être perçue qu'en tenant compte d'un second segment, à savoir en l'espèce, selon la lettre de l'article 1143 du Code civil,

²⁴⁸⁷ Il en va de même dans la définition que nous avons retenue de la notion, à savoir « la contrainte, exercée par des circonstances extérieures, qui pousse une personne à agir, contractuellement ou non » : V. *supra*, n° 468.

²⁴⁸⁸ L'« état de nécessité » a été qualifié de notion « évasive » par O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, préc., p. 259, de « floue » par M. MEKKI, « L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », préc., et « d'imprécise et source d'insécurité » par F. CHÉNÉDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, préc., p. 63.

²⁴⁸⁹ Si l'on excepte, évidemment, le droit pénal qui fait implicitement mention de l'état de nécessité à l'article 122-7 du Code pénal, en disposant : « n'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace ». En l'espèce, l'état de nécessité est une cause d'irresponsabilité pénale qui profite à celui qui, face à un danger actuel ou imminent, accomplit un acte dans l'optique de sauvegarder une personne ou un bien : V. not. Crim., 28 juin 1958, *D.* 1958. 693, *JCP* 1959. II. 10941, note J. LARGUIER. On comprend ainsi que, malgré certaines similitudes (le danger, l'accomplissement d'un acte), la notion ne peut être employée de la sorte dans le cadre de la conclusion d'un acte juridique. Au sein de l'article 1142 du projet d'ordonnance, il n'est en effet guère question d'une cause d'exonération de responsabilité, mais d'une situation factuelle et défavorable dans laquelle est placé l'un des contractants en raison d'un contexte qui lui est extérieur. On constate d'ailleurs que si l'on exclut de la recherche les arrêts rendus par la chambre criminelle, la Cour de cassation n'a mobilisé la notion d'« état de nécessité » qu'en quatre occurrences. Parmi celles-ci, seul Civ., 1^{re}, 24 mai 1989, n° 87-10.564, *Rev. fr. dr. aérien*, 1989. 251, note G. GUILLAUME, utilise la notion dans un cadre contractuel. En l'espèce, une société spécialisée dans l'organisation de « voyages touristiques lointains » a obtenu un accord avec la compagnie aérienne Minerve, dont l'objet était la réalisation de « cinq rotations par semaine vers les Antilles françaises ». Néanmoins, au cours du mois de juillet 1983, la direction de l'aviation civile n'a pas donné l'autorisation à la compagnie d'effectuer autant de rotation hebdomadaire. La compagnie Air France a alors proposé de transporter les passagers qui s'étaient engagés avec la société organisatrice, mais à un coût bien supérieur à celui proposé par la Minerve. Celle-ci a refusé, sauf pour les touristes qui étaient déjà arrivés sur le sol Antillais et qui avaient avancé les frais de leur voyage retour. L'organisateur n'ayant pas payé le surcoût à la compagnie Air France, cette dernière a intenté une action judiciaire. Au soutien de ses prétentions, la société met en avant l'existence d'un état de nécessité qui a vicié son consentement. À l'instar de la Cour d'appel, la Cour de cassation rejette l'argumentaire, car l'état de nécessité « aurait supposé que lui fussent [à la société organisatrice] imposées des conditions anormalement onéreuses », ce qui n'était pas le cas. On s'aperçoit cependant que la définition donnée par la juridiction concerne moins la notion d'état de nécessité que celle d'abus de cet état. En effet, seul celui-ci peut résulter d'un prix excessif ; l'état de nécessité, lui, ne pouvait découler que du fait que l'organisateur, pressé par des circonstances qui lui étaient extérieures, à savoir la position adoptée par la direction de l'aviation civile, a conclu un contrat avec la compagnie Air France tout en ayant conscience que le contenu de celui-ci ne lui était pas favorable. Dans le domaine contractuel – et non pas pénaliste – la Cour de cassation n'a ainsi jamais défini l'« état de nécessité », lui préférant largement l'« état de dépendance », finalement consacré au nouvel article 1143 du Code civil.

²⁴⁹⁰ E. JEULAND, « L'énigme du lien de droit », *RTD civ.* 2003. 455.

²⁴⁹¹ Selon le dictionnaire de l'Académie Française : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9L0777>.

le cocontractant. Autrement formulé, l'état de dépendance ne peut s'apprécier que vis-à-vis d'un deuxième acteur, qui occupe le rôle de « second bout du lien ».

À l'inverse, la nécessité s'entend comme un état, c'est-à-dire comme la « disposition, manière d'être physique ou morale d'une personne »²⁴⁹². L'« état » se caractérise donc par rapport à la personne qu'il concerne directement ; il n'est guère nécessaire de chercher à le raccrocher à un tiers. Ainsi, la dépendance du salarié ou de ses représentants ne peut être caractérisée qu'à l'égard d'une tierce personne, l'employeur²⁴⁹³, tandis que la nécessité, elle, ne s'évalue que sur la tête du travailleur subordonné. Ceci contribue à expliciter la largesse des frontières de la « nécessité », qui peut intégrer en son sein des éléments tangibles et communs à toute une catégorie de personnes, comme l'indique le professeur G. Loiseau²⁴⁹⁴. Cette largesse, doublée de l'impératif de sécurité juridique, complexifient la question de savoir si la protection des acteurs travaillistes aurait été plus conséquente avec la codification de l'« état de nécessité » aux côtés de l'« état de dépendance ».

624. Afin de répondre à cette interrogation de la manière la plus intelligible et exhaustive possible, nous utiliserons la même chronologie appliquée à la vie du contrat qu'au sein du chapitre précédent, en séparant à nouveau les relations individuelles et collectives de travail. Débutons ainsi par l'étude de l'intérêt que revêt la notion d'« état de nécessité » lors de la formation du contrat de travail. Au cours de celle-ci, nous avons estimé qu'un lien de dépendance pouvait être caractérisé entre les parties au contrat de travail²⁴⁹⁵. Il est ainsi envisageable de mettre en lumière des « circonstances extérieures » susceptibles de contraindre le candidat à l'embauche à contracter. L'on pense évidemment aux pressions de nature économique. Toutefois, lorsqu'il s'agit de qualifier l'existence d'un état de nécessité, ces pressions n'ont pas besoin d'être aussi coercitives que lorsqu'il est question de caractériser un lien de dépendance. De même, l'urgence dans laquelle est placé le travailleur est moindre ; il n'est dès lors pas forcé d'accepter la première proposition d'emploi qui lui est formulée. *Stricto sensu*, la prise en compte de l'état de nécessité du candidat à l'embauche renforce donc sa

²⁴⁹² Selon le dictionnaire de l'Académie Française : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9E2829>.

²⁴⁹³ Depuis le 1^{er} oct. 2018, l'article 1143 du Code civil ne sanctionne effectivement que l'abus d'un état de dépendance qualifié à l'égard du cocontractant ; la dépendance caractérisée vis-à-vis d'un tiers et exploitée par l'autre partie se situe ainsi hors du domaine d'application du texte. À cet égard, V. *supra* et *infra*, n° 482, n° 644 et s.

²⁴⁹⁴ G. LOISEAU, « Observations sur le projet de réforme du droit des contrats et des obligations », préc., qui évoque la nécessité de se loger, de travailler, qui est commune à l'immense majorité de la population.

²⁴⁹⁵ V. *supra*, n° 482. V. ég. M. FABRE-MAGNAN, P. LOKIEC, « Le vice de violence en droit du travail », préc.

protection. Ce renforcement ne devrait cependant pas être suivi d'une traduction concrète. En effet, la mise en œuvre du vice de violence pour abus de l'état de dépendance – même dans sa version issue du projet de la Chancellerie du 25 février 2015 – est conditionnée par la preuve d'un abus commis par le contractant le plus puissant – l'employeur en ce qui nous regarde – qui se traduit par la démonstration d'une intention de nuire. Or, lors de la formation du contrat de travail, cet abus manque le plus souvent à l'appel. Partant, lors de la période précontractuelle, l'intervention législative du Gouvernement, qui a certes emporté le cantonnement du vice, ne produit en réalité aucune altération pratique de la protection du salarié ; dans les deux hypothèses, le texte est globalement privé d'utilité.

625. Il en va nécessairement autrement lorsque l'on se penche sur la période d'exécution du contrat de travail, car l'intention malveillante de l'employeur s'y conçoit plus facilement²⁴⁹⁶. Le vice de violence pour abus de l'état de dépendance est alors plus attractif pour le salarié. Ainsi, la restriction de son champ d'application au seul état de dépendance peut générer un risque d'affaiblissement de la protection du salarié²⁴⁹⁷. L'influence qu'il exerce en droit du travail en serait altérée.

Étant donné qu'il ne se caractérise que par rapport à la personne du salarié, l'état de nécessité nous permet ici de quitter les berges des seules difficultés de nature économique. En effet, la nécessité dans laquelle se situe le travailleur subordonné n'a pas obligatoirement à être financière, et ce même lorsque le contrat est conclu avec l'employeur. Elle pourrait parfaitement être familiale, par exemple. Il en irait ainsi du salarié qui sollicite l'amendement de son contrat de travail dans l'optique de modifier sa durée hebdomadaire de travail, afin de lui permettre d'assurer la garde de ses enfants en bas âge. On sort ici du strict cadre de la dépendance²⁴⁹⁸.

²⁴⁹⁶ Lorsque les parties entretiennent déjà une relation contractuelle à exécution successive, l'intention de nuire de l'une d'entre elles s'admet moins difficilement, dans la mesure où elles se connaissent et ont eu l'occasion de s'éprouver : V. *supra*, n° 518. À l'inverse, si l'on prend l'exemple du contrat de travail, on peine à discerner l'intérêt qu'aurait un employeur à souhaiter nuire aux intérêts d'un aspirant salarié, dans la mesure où la conclusion dudit contrat emporte notamment pour lui l'obligation de le rémunérer et de lui fournir du travail.

²⁴⁹⁷ En effet, le texte qui est dénué de toute attractivité sort du champ de ce que nous avons appelé « l'influence minimale accueillie » et, dès lors, n'est pas volontairement mobilisé par la partie faible aux relations de travail. Dès lors, s'il ne présente aucun intérêt pour cette dernière, son influence est minime – voire inexistante – et il n'y a aucune altération à mettre en exergue.

²⁴⁹⁸ Dans notre exemple, il n'est guère question de raccrocher la situation personnelle du travailleur à l'employeur, comme nous devrions l'effectuer dans le cadre de la recherche d'un état de dépendance. En effet, entre ces deux acteurs, seul l'aspect pécuniaire semble pouvoir fonder l'existence d'un lien de dépendance. Les considérations extérieures, qui concernent par exemple la famille du salarié (si tant est que l'employeur n'en fasse pas partie), sont ainsi écartées du champ de l'actuel article 1143 du Code civil. De plus, il n'est pas certain que le salarié soit dénué de toute(s) solution(s) alternative(s) satisfaisante(s).

Pour autant, l'employeur mal intentionné pourrait accéder à la requête du salarié, tout en insérant dans l'avenant modificatif des contreparties déséquilibrées à son avantage. Les conditions posées par le projet d'ordonnance²⁴⁹⁹ se trouvent alors toutes réunies : la contrainte, exercée par des circonstances extérieures, prend les traits de la nécessité pour le salarié d'assurer la garde de ses enfants. L'abus, quant à lui, se découvre derrière les contreparties imposées par l'employeur, dont le salarié a conscience. Tout n'est alors qu'une question d'équilibre ; si, dans l'esprit de la partie faible, la contrainte exercée prend le dessus sur les concessions contractuelles qui lui sont imposées, il exprimera alors son consentement à la formation du contrat²⁵⁰⁰.

On s'aperçoit ainsi qu'au cours de l'exécution du contrat de travail, la notion d' « état de nécessité » présente un intérêt véritable et concret pour le salarié. Il s'en évince un cantonnement de l'influence du vice en droit du travail ; celle-ci y aurait effectivement été plus intense si l'abus d'un état de nécessité avait également été réprimé par le nouvel article 1143 du Code civil.

626. Le thème de la rupture du contrat de travail présente en l'espèce une particularité. Trois voies sont ouvertes aux parties pour rompre ledit contrat : unilatérale, judiciaire et conventionnelle. Cette dernière – qui est la seule à nous intéresser ici²⁵⁰¹ – n'est toutefois composée que de deux mécanismes : la rupture conventionnelle, qui ne trouve à s'appliquer qu'aux contrats à durée indéterminée²⁵⁰² et la rupture anticipée amiable, dédiée aux seuls contrats à durée déterminée²⁵⁰³ et d'apprentissage²⁵⁰⁴. Dans un cas comme dans l'autre, peu nombreuses sont les situations dans lesquelles la validité de l'accord des parties peut être remise en cause sur le fondement de la violence pour abus de l'état de dépendance. La seule que nous ayons présentée est celle dans laquelle la rupture amiable du contrat constitue un « moindre

²⁴⁹⁹ Pour rappel, l'article 1142 du projet de la Chancellerie du 25 févr. 2015 soumet la mise en œuvre du nouveau vice de violence à la preuve d'un état de nécessité ou de dépendance, d'un abus et du caractère déterminant de la contrainte qui pesait sur lui lors de la formation du contrat.

²⁵⁰⁰ Et réciproquement ; si le déséquilibre est trop important, le salarié le rejettera et acceptera de subir la contrainte exercée par les circonstances extérieures.

²⁵⁰¹ Ce n'est que lorsque la rupture du contrat de travail est amiable que les parties qui le composent doivent toutes deux exprimer leur consentement et, par conséquent, qu'il existe un risque de vice du consentement. Lorsque la rupture du contrat de travail s'effectue unilatéralement (licenciement, démission, prise d'acte de rupture du contrat de travail) ou judiciairement (résiliation judiciaire à l'initiative du salarié), elle peut certes être abusive, mais ne peut en aucun cas être annulée sur le fondement des vices du consentement.

²⁵⁰² Article L. 1237-11 et s. du Code du travail.

²⁵⁰³ Article L. 1243-1 du Code du travail.

²⁵⁰⁴ Article L. 6222-18 du Code du travail.

mal » ; l'hypothèse est celle où la rupture conventionnelle ou la rupture d'un commun accord du contrat à durée déterminée est proposée à un salarié menacé d'une rupture²⁵⁰⁵ pour faute grave²⁵⁰⁶. Ce dernier peut alors avoir intérêt à accepter la rupture négociée du contrat, qui s'avère être plus avantageuse financièrement pour lui.

627. À notre sens, nous ne pouvons ici évoquer que la rupture conventionnelle sollicitée par l'employeur, en excluant donc du raisonnement celle conclue à l'initiative du salarié. En effet, pour que l'état de nécessité soit caractérisé, le salarié doit accepter de conclure un contrat pour lequel il n'aurait pas donné son consentement s'il s'était trouvé dans une autre situation. Le fait qu'il doive « accepter » signifie en principe que l'employeur est à l'origine de la proposition contractuelle. Cela renvoie également à toutes les hypothèses dans lesquelles le salarié en est à l'initiative, mais où l'employeur possède la faculté d'imposer dans l'acte juridique certaines de ses conditions²⁵⁰⁷. Pour ce faire, le cadre normatif de l'acte ne doit pas être intégralement imposé par la loi ; les parties, en application du principe général de liberté contractuelle, doivent pouvoir aménager au moins une fraction de son contenu. Ce n'est guère le cas pour la rupture conventionnelle, dont le contenu est très strictement imposé par la législation travailliste. La procédure à respecter est en effet prévue à l'article L. 1237-12 du Code du travail. La seule marge de manœuvre dont dispose les parties est celle de prévoir plusieurs entretiens²⁵⁰⁸. Au cours du dernier d'entre eux, une convention de rupture doit être signée. Elle « définit [...] notamment le montant de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle qui ne peut pas être inférieur à celui de l'indemnité [de licenciement] [...] et fixe la date de rupture du contrat de travail, qui ne peut intervenir avant le lendemain du jour de l'homologation. À compter de la date de sa signature par les deux parties, chacune d'entre elles dispose d'un délai de quinze jours calendaires pour exercer son droit de rétractation. Ce droit est exercé sous la forme d'une lettre adressée par tout moyen attestant de sa date de réception par l'autre partie »²⁵⁰⁹. Ainsi, au-delà même de la forme, le texte impose le montant minimal de l'indemnité de rupture

²⁵⁰⁵ Le terme rupture englobe ici à la fois le licenciement – mode propre aux contrats à durée indéterminée – et la rupture anticipée pour faute grave – mode réservé aux contrats à durée déterminée.

²⁵⁰⁶ V. *supra*, n° 518, n° 524.

²⁵⁰⁷ C'était d'ailleurs le cas dans notre exemple précédent ; il était en effet question d'un salarié qui sollicite la modification de sa durée du travail. L'employeur, tout en acceptant, a inséré dans l'avenant modificatif d'autres éléments, qui ne profitent qu'à son seul intérêt. En l'espèce, le salarié est certes à l'initiative de la demande de modification dudit contrat. Toutefois, pour que celui-ci soit effectivement conclu, il a été contraint d'accepter les stipulations déséquilibrées que l'employeur y a fait figurer, révélant par-là les pressions exercées par l'état de nécessité.

²⁵⁰⁸ Article L. 1237-12, alinéa 1, du Code du travail.

²⁵⁰⁹ Article L. 1237-13 du Code du travail.

conventionnelle et la date de la rupture du contrat de travail. Le tout doit d'ailleurs être consigné dans la convention de rupture, dont le modèle²⁵¹⁰ ne peut être modifié par le seul accord des parties. Dès lors, l'employeur n'est pas en mesure de moduler le contenu de la convention de rupture conventionnelle. L'unique expression de la liberté contractuelle qui puisse être envisagée se situe dans la faculté d'accroître le montant de l'indemnité de rupture du contrat de travail. Néanmoins, cette modification s'effectue en faveur du salarié, dont l'acceptation ne résulte donc pas des pressions exercées par un état de nécessité.

Par conséquent, s'il sollicite la rupture conventionnelle de son contrat de travail, le salarié n'a rien à accepter. Son éventuel état de nécessité ne peut alors valablement fonder une action en nullité de la convention signée. Aussi, lorsque l'initiative de la rupture conventionnelle est revenue au travailleur, il nous semble que le nouveau vice de violence ne puisse être mobilisé, peu importe en cela qu'il sanctionne – ou non – l'abus d'un état de nécessité.

628. Qu'il soit nécessaire ou dépendant, le salarié n'a aucun intérêt à accepter la rupture de son contrat de travail, car cela ne ferait qu'aggraver sa situation²⁵¹¹. Ce n'est que pour éviter des conséquences pires encore – comme celles qui découleraient d'une rupture pour faute grave du contrat de travail – qu'il pourrait être contraint, par les circonstances qui l'entourent, de consentir à la rupture d'un commun accord dudit contrat. Ce constat est commun à l'ensemble des salariés, peu importe l'état de leur situation personnelle. Il n'en demeure pas moins qu'en l'espèce, l'insertion de l'état de nécessité dans le vice spécial de violence pourrait servir à élargir la protection du salarié. L'explication est identique à celle développée ci-dessus²⁵¹² ; puisque l'état de nécessité de la partie faible se caractérise moins difficilement qu'un lien de dépendance, le nombre de situations dans lesquelles la partie faible est protégée augmente indéniablement.

L'analyse qui précède, consacrée à l'influence du vice lors de l'exécution du contrat de travail, nous a permis de découvrir que la « nécessité » du salarié n'avait pas nécessairement à

²⁵¹⁰ Document Cerfa n° 14598*01, consultable : https://www.formulaires.service-public.fr/gf/cerfa_14598.do.

²⁵¹¹ En l'espèce, et à l'inverse de ce que nous estimions ci-dessous au sujet de la prise en compte de l'état de nécessité lors de la période d'exécution du contrat de travail, la « nécessité » dont il est question est essentiellement financière.

²⁵¹² V. *supra*, n° 468, n° 621 et s., au sujet de l'influence du vice de violence pour abus de l'état de nécessité ou de dépendance lors de la formation du contrat de travail.

être financière ; elle peut posséder une variété que méconnaît totalement la « dépendance » qui, dans les relations individuelles de travail, n'est qu'économique et juridique. Lors de la rupture d'un commun accord du contrat de travail, il apparaît néanmoins que la nécessité du salarié – qui le pousse à contracter – est avant tout financière. L'accueil de l'« état de nécessité » en droit commun des contrats ne devrait pas permettre, en l'espèce, de tenir compte de situations extra-monétaires. Et pour cause ; c'est pour éviter les éventuelles pertes économiques liées à une rupture pour faute grave que le salarié donne son consentement à la rupture conventionnelle ou à la rupture anticipée amiable de son contrat de travail à durée déterminée. On peine en effet à imaginer une situation dans laquelle des considérations familiales – par exemple – pourraient emporter la nullité de la rupture consentie d'un contrat de travail sur le fondement d'un abus de l'état de nécessité. Aussi, en l'espèce, l'état de nécessité du salarié est intégralement économique ; la codification de la notion dans le Code civil n'aurait ainsi pas rehaussé l'influence qu'exerce le mécanisme par la diversification de la nature de la nécessité dans laquelle se trouve le salarié lors de l'échange des consentements.

629. Il résulte de ce qui précède que, de prime abord, la codification de l'état de nécessité accroîtrait encore un peu plus l'influence du vice dans les relations individuelles de travail. À tout le moins, un intérêt théorique peut être mis en avant. Néanmoins, pour rappel, il apparaît que le nouvel article 1143 du Code civil ne peut être mobilisé par le travailleur qui entend contester la validité de la rupture d'un commun accord de son contrat de travail²⁵¹³. L'explication est toutefois extérieure à la personne de la partie faible qui, nous l'avons démontré, peut se trouver dans un état de nécessité ou de dépendance lors de la formation de l'acte. Elle trouve son origine, en effet, dans l'impossibilité de démontrer que l'employeur, par le truchement de son abus, a obtenu de l'acte un avantage manifestement excessif²⁵¹⁴. Aussi, à l'instar de la constatation formulée au sujet de l'attrait de l'« état de nécessité » lors de la formation du contrat de travail, qui est nulle en raison de la difficulté de prouver l'abus du recruteur, le vice de violence pour abus de l'état de dépendance demeure, pour le salarié, inexploitable lors de la rupture d'un commun accord du contrat de travail. L'éviction de la notion par le Gouvernement n'altère donc ni la protection du travailleur ni, *de facto*, l'influence que le texte produit en droit du travail.

²⁵¹³ V. *supra*, n° 352 et s.

²⁵¹⁴ *Ibid.*

630. Ce raisonnement peut totalement être dupliqué au sujet de la rupture anticipée amiable d'un contrat à durée déterminée, qui a également tout intérêt à être acceptée par le salarié menacé d'une rupture anticipée fondée sur une faute grave²⁵¹⁵. On saisit ici l'intérêt qu'aurait le salarié, titulaire d'un contrat précaire et placé dans un état de nécessité, d'accepter de rompre celui-ci de manière anticipée. Néanmoins, une nouvelle fois, l'incapacité du salarié à démontrer l'avantage manifestement excessif extorqué par l'employeur de la rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée fait obstacle au succès d'une action judiciaire intentée sur le fondement d'un abus de l'état de nécessité ou de dépendance.

631. Au sein des relations individuelles de travail, il nous reste à aborder une dernière période, chronologiquement située après la rupture du contrat de travail. L'on sait, par l'exemple de la transaction, que les parties peuvent entretenir un lien contractuel malgré ladite rupture. Nous avons également constaté qu'à ce moment-ci, il est inconcevable de caractériser un lien de dépendance entre un travailleur et son ancien employeur, car la possibilité de saisir le Conseil de Prud'hommes pour trancher le différend constitue, en toute circonstance, une solution alternative satisfaisante à la conclusion d'une transaction. Aussi, il s'agit de déterminer si la prise en compte de la nécessité dans laquelle se trouvait le salarié au moment de la conclusion d'une transaction peut réactiver l'application du vice et emporter la nullité de l'acte.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, l'article 2044 du Code civil, qui définit la transaction, indique expressément qu'il s'agit d'un contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou à naître « par des concessions réciproques »²⁵¹⁶. Il ne s'agit cependant pas d'une nouveauté ; de telles concessions étaient déjà exigées dans le Code de Justinien²⁵¹⁷, étaient mise en avant par la doctrine après la promulgation du Code civil²⁵¹⁸ et visées par la jurisprudence dès 1883²⁵¹⁹. L'abus que peut commettre

²⁵¹⁵ La rupture anticipée d'un contrat à durée déterminée pour faute grave du salarié le prive en effet de son indemnité spécifique de fin de contrat, comme l'indique expressément l'article L. 1243-10, 4°, du Code du travail.

²⁵¹⁶ Article 2044 du Code civil.

²⁵¹⁷ Loi n° 38 du titre IV du livre II du Code de Justinien, qui dispose qu'« une transaction ne peut avoir lieu sans donner, retenir ou promettre quelque chose ». V. not. M. REVERCHON-BILLOT, « La notion de transaction », *Rep. proc. civ.*, Dalloz, 2018, spé., n° 28.

²⁵¹⁸ V. not. A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, Paris, éd. E. GUILBERT, t. 18, 4^e éd., 1825, spé., n° 391 ; L. BOYER, *La notion de transaction (contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif)*, Thèse, Toulouse, 1948 ; Ch. AUBRY, CH.-F. RAU, *Cours de droit civil français*, préc., spé., n° 418 ; M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, préc., spé., n° 3220. Pour une synthèse, V. Ch. JARROSSON, « Les concessions réciproques dans la transaction », D. 1997. 267.

²⁵¹⁹ Civ., 3 janv. 1883, *DP* 1883. 1. 457.

l'employeur se niche ainsi dans l'absence totale de concession ou dans la concession au caractère dérisoire²⁵²⁰. Dans ces deux hypothèses, la chambre sociale de la Cour de cassation prononce en effet la nullité de l'acte²⁵²¹. L'existence même d'un abus n'est donc pas source de difficultés.

À l'analyse, il apparaît que celle d'un état de nécessité du salarié ne génère pas plus d'obstacle. Celui-ci se conçoit en effet aisément. En la matière, les circonstances extérieures qui pèsent sur le travailleur sont à nouveau avant tout financières. La conclusion d'une transaction peut constituer pour lui une alternative de choix, car les différends seraient alors réglés immédiatement²⁵²². Ce serait par exemple avantageux pour le salarié qui, contraint par une urgence – déménagement, charge d'un enfant, traitement médical couteux... – renonce à saisir la juridiction compétente pour trancher un litige qui l'oppose à son ancien employeur et conclut avec lui une transaction. L'urgence dont il est question pourrait le contraindre à accepter de percevoir une somme moindre, tant qu'elle est versée prestement. L'état de nécessité est ici caractérisé, tout comme l'abus de l'employeur lorsque le montant chiffré de sa concession est jugé dérisoire. Enfin, pour faire écho à la lettre de l'article 1143 du Code civil, il est patent que, dans notre exemple, le travailleur « n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte ». La transaction pourrait alors être frappée de nullité, l'acte ayant été formé sans l'une de ses conditions de validité, à savoir la liberté du consentement de l'une des parties.

632. La synthèse de ces développements met en lumière l'existence d'un intérêt concret du travailleur pour le « vice de faiblesse » imaginé par le Ministère de la Justice dans son projet du 25 février 2015. Si deux des quatre phases du contrat de travail que nous avons analysées demeurent hermétique à l'extension du champ du texte – la formation du contrat de travail et la rupture d'un commun accord de celui-ci –, la protection du salarié, partie faible à la relation individuelle de travail, serait indéniablement renforcée si le droit commun des contrats venait à sanctionner l'abus d'un état de nécessité. La consécration d'un tel vice ouvrirait de nouveaux horizons au salarié – contester la validité de la transaction sur ce fondement, par exemple – mais attire également dans son giron des situations extérieures au seul état financier du

²⁵²⁰ V. *supra*, n° 499.

²⁵²¹ V. not. Soc., 18 mai 1999, n° 96-44.628, *Dr. soc.* 1999. 749, obs. B. GAURIAU, *JCP E* 1999. 1833, note F. TAQUET ; Soc., 28 nov. 2000, n° 98-43.635.

²⁵²² On pense, par exemple, à la situation dans laquelle, par la transaction, l'ancien salarié s'interdit de saisir le Conseil de Prud'hommes en contrepartie du versement d'une certaine somme d'argent.

travailleur subordonné. En somme, en droit du travail, l'influence du vice proposé par le projet d'ordonnance est significativement supérieure à celle qu'y produit l'actuel article 1143 du Code civil²⁵²³. L'intervention du Gouvernement a ainsi causé une altération flagrante de ladite influence.

633. Il ne reste qu'à apprécier l'intérêt que revêt l'état de nécessité pour les partenaires sociaux et plus particulièrement pour les représentants des salariés à la négociation collective, voire les salariés eux-mêmes dans l'hypothèse où la convention collective est conclue par la voie d'un accord référendaire. Dans la mesure où une caractérisation subjective de l'abus de l'employeur est théoriquement envisageable²⁵²⁴, les intérêts de la partie faible sembleraient mieux sauvegardés si le droit commun des contrats venait à protéger les contractants placés dans un état de nécessité lors de la formation d'un contrat. Pour autant, une interrogation inhérente à la spécificité des relations collectives de travail doit être tranchée. Nous l'avons expliqué²⁵²⁵, l'appréciation d'un état de nécessité ne s'effectue qu'au regard de la partie faible ; il n'est pas utile, comme c'est le cas pour la dépendance, de la raccrocher à la personne du cocontractant. Lorsqu'une personne contracte en son nom et pour son propre compte, nous avons démontré²⁵²⁶ qu'il est plus aisé pour elle de prouver sa « nécessité intrinsèque »²⁵²⁷ que sa dépendance à l'égard de son cocontractant²⁵²⁸. Cependant, sauf exception²⁵²⁹, la convention collective est conclue par des représentants au nom et pour le compte de la communauté des salariés. Partant, convient-il de tenir compte de l'état de nécessité du seul représentant des salariés – peu importe son exact statut – ou, à l'inverse, faut-il également prendre en considération la nécessité dans laquelle ces derniers peuvent se trouver ? Retenir cette dernière solution suppose de parvenir à démontrer la réalité d'un état de nécessité commun à l'ensemble des salariés soumis aux dispositions de la convention collective. Il ne ferait en effet guère sens d'apprécier si, au moment de la conclusion de l'acte, chaque salarié se trouvait – ou non –

²⁵²³ V. *supra*, n° 540 et s.

²⁵²⁴ V. *supra*, n° 537.

²⁵²⁵ V. *supra*, n° 621 et s.

²⁵²⁶ *Ibid.*

²⁵²⁷ Condition exigée pour la mise en œuvre de l'article 1142 du projet d'ordonnance publié par la Chancellerie, préc.

²⁵²⁸ Condition exigée pour la mise en œuvre de l'article 1143 du Code civil.

²⁵²⁹ Pour rappel, dans les entreprises dépourvues de délégué syndical et employant régulièrement moins de onze salariés, les salariés participent, par le truchement d'un référendum d'entreprise, à la conclusion de la convention collective (article L. 2232-21 du Code du travail). Il en va de même dans les entreprises qui emploient régulièrement moins de vingt-et-un salariés et qui ne possèdent pas de représentation élue (article L. 2232-23 du Code du travail).

individuellement dans un état de nécessité. De surcroît, la lecture littérale de l'article 1142 du projet d'ordonnance nous apprend que le texte n'a vocation à régler que les situations inhérentes aux parties à la négociation et à la conclusion de l'acte²⁵³⁰. Dès lors, il est acquis que l'analyse du juge ne doit tenir compte que de la personne qui a pris part à la négociation collective, peu importe son identité exacte, à l'exclusion de la situation concrète des salariés représentés.

634. La nature de la nécessité du représentant des salariés n'est évidemment pas économique ; elle est juridique. Elle ne peut pas non plus résider dans la seule protection des intérêts des salariés ; ce serait en effet confondre l'objet de la mission dans laquelle il est investi avec les pressions inhérentes à la caractérisation d'un état de nécessité. L'origine des pressions doit donc être cherchée ailleurs. On s'aperçoit qu'elles émanent à nouveau²⁵³¹ principalement de l'employeur et prennent le plus souvent la forme de menaces qui pèsent sur les conditions de travail ou l'emploi des salariés. Ceci peut être illustré par deux exemples. Le premier – certainement le plus topique – renvoie aux négociations qui se déroulent dans un climat tendu par l'éventualité d'une compression des effectifs. Si ladite convention est présentée comme l'unique alternative à un projet de licenciement, le représentant des salariés risque d'y consentir, même si elle emporte une diminution des avantages des salariés ou leur impose une sujétion nouvelle. Cependant, dans cet exemple, la question de la dépendance du signataire mériterait d'être posée. Or, on sait qu'un contractant dépendant est automatiquement nécessaire, tandis que la réciproque, elle, n'est pas forcément véridique. Le second exemple prend les traits d'une négociation entretenue sous l'empire de pressions moindres, dont la réalisation ne produit pas d'effets gravissimes²⁵³², mais qui demeurent suffisantes pour arracher le consentement du représentant des salariés²⁵³³. Dans cet exemple, le vice de violence pour abus de l'état de dépendance ne peut être mobilisé, car ses critères de caractérisation ne peuvent être démontrés²⁵³⁴.

²⁵³⁰ Le texte dispose qu'« il y a également violence lorsqu'une partie abuse de l'état de nécessité ou de dépendance dans lequel se trouve l'autre partie [...] ». G. LOISEAU, « Le contrat de travail dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats », préc., estime que l'un des *contractants* doit « avoir été privé de sa liberté de consentir ou de ne pas consentir ».

²⁵³¹ Il en allait déjà ainsi lorsque nous nous demandions si le représentant des salariés pouvait – ou non – être dépendant de l'employeur lors de la négociation d'une convention collective : V. *supra*, n° 535 et s.

²⁵³² Par exemple, la pérennité des emplois n'est pas menacée par la réalisation desdites pressions.

²⁵³³ À cet égard, l'article L. 2141-7 du Code du travail dispose qu'« il est interdit à l'employeur ou à ses représentants d'employer un moyen quelconque de pression en faveur ou à l'encontre d'une organisation syndicale ».

²⁵³⁴ À savoir l'absence de solution(s) alternative(s) satisfaisante(s) et les conséquences graves qu'elle entraîne.

Derechef, on comprend que la codification d'un vice de violence pour abus d'un état de nécessité multiplie les situations dans lesquelles la partie faible est protégée contre des contraintes extérieures, car la charge probatoire qui pèse sur elle en est allégée. Il n'est guère nécessaire de démontrer une absence de solution alternative satisfaisante et l'impact qu'elle possède sur sa situation ; dans la mesure où l'état de nécessité renvoie à une réalité moins alarmante que l'état de dépendance, sa qualification est moins périlleuse.

635. La notion d' « état de nécessité », appliquée aux relations collectives de travail, présente ainsi un attrait certain ; comparativement à l'article 1143 du Code civil tel qu'il est aujourd'hui en vigueur, elle accroît le nombre d'occurrences dans lesquelles une convention collective encourt potentiellement l'annulation. En ce domaine, son influence est sensiblement similaire à celle qu'elle produit au sein des relations individuelles. L' « état de nécessité » irrigue l'ensemble de la matière, à compter du moment où le contrat de travail est conclu. La distinction avec le lien de dépendance est ainsi marquée ; là où celui-ci ne peut être qualifié qu'au cours de l'exécution du contrat de travail et lors de la négociation d'une convention collective, l'état de nécessité se caractérise également lors de la conclusion d'une transaction. Le nombre d'actes concernés par la nullité s'accroît. De même, dans tous les cas où le vice de violence pour abus de l'état de dépendance peut trouver application, l'état de nécessité révèle également une utilité, étant donné que sa caractérisation répond à des critères moins stricts. En découle alors une multiplication des hypothèses dans lesquelles la nullité inhérente au nouveau vice du consentement peut être prononcée.

636. En supprimant toute mention à l'état de nécessité, le Gouvernement a rigoureusement cantonné le champ d'application du vice et, par-là, sévèrement altéré l'influence minimale qu'il aurait pu exercer en droit du travail. Néanmoins, la promulgation de l'ordonnance du 10 février 2016 n'a pas uniquement éjecté du texte toute référence à la « nécessité » ; elle a également soumis le vice à un troisième critère. La preuve d'un abus de l'état de dépendance ne suffit ainsi plus ; encore faut-il que l'auteur de cet abus ait tiré de l'acte litigieux un « avantage manifestement excessif ». La dimension de la portée altérante de cet ajout doit en conséquence être mesurée.

B. LA DÉMONSTRATION D'UN AVANTAGE MANIFESTEMENT EXCESSIF

637. Depuis le 1^{er} octobre 2016, la mobilisation du vice de violence pour abus de l'état de dépendance²⁵³⁵ est soumise à une condition qui a directement trait à ce que la partie forte retire de l'acte litigieux. Aussi, sur le fondement du droit commun des contrats, le seul fait d'abuser, en toute connaissance de cause, d'un état de dépendance n'est ainsi pas répréhensible ; cela ne le devient que lorsque le contrat procure à l'auteur de l'abus un avantage dont la démesure n'est pas source d'interrogation ; il faut ainsi que « celui qui a exploité la contrainte résultant de l'état de dépendance en ait profité pour extorquer à son partenaire un avantage manifestement excessif »²⁵³⁶. Ce critère n'est cependant pas une totale invention du Gouvernement ; l'exécutif l'a réintroduit dans le texte conformément aux propositions formulées par les avant-projets doctrinaux de réforme de droit des contrats. L'article 1114-3 de l'avant-projet dit « Catala » dispose ainsi dans son premier alinéa qu'« il y a également violence lorsqu'une partie s'engage sous l'empire d'un état de nécessité ou de dépendance, si l'autre partie exploite cette situation de faiblesse en retirant de la convention un avantage manifestement excessif ». On retrouve une formule similaire dans l'ébauche de réforme supervisée par le professeur F. Terré, dont l'article 66 prévoit : « toutefois, lorsqu'un contractant, en exploitant l'état de nécessité ou de dépendance de l'autre partie ou sa situation de vulnérabilité caractérisée, retire du contrat un avantage manifestement excessif [...] ». Le Ministère de la Justice n'avait néanmoins pas fait sien des deux propositions doctrinales, en évinçant de son projet toute mention à un « avantage manifestement excessif », préférant conditionner le vice à la preuve que la partie faible « n'aurait pas souscrit si elle ne s'était pas trouvée dans cette situation de faiblesse »²⁵³⁷. La réintégration du standard de l'« avantage manifestement excessif » dans le texte final a été unanimement considérée par la doctrine travailliste comme une source de cantonnement manifeste du mécanisme²⁵³⁸.

²⁵³⁵ La notion d'état de nécessité ayant été supprimée par le Gouvernement, il n'y a plus lieu de l'évoquer dans le présent développement. On lui préférera donc l'appellation « vice de violence pour abus de l'état de dépendance », conformément à la législation en vigueur.

²⁵³⁶ F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations*, préc., p. 360.

²⁵³⁷ Article 1142 du projet d'ordonnance de la Chancellerie, préc.

²⁵³⁸ Parmi la doctrine travailliste, V. not. Y. PAGNERRE, « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », préc. ; G. LOISEAU, « Le contrat de travail dans la réforme du droit des contrats », préc. ; « Droit civil et droit du travail : une relation instable », préc. ; Ch. GOLDIE-GENICON, « Droit commun des contrats et contrat de travail, 100 ans après », préc. Parmi la doctrine civiliste, V. not. H. BARBIER, « La violence par abus de dépendance », préc. ; F. CHÉNÉDÉ, « La réforme du droit des contrats et le dialogue des chambres », préc. ; E. CLAUDEL, « L'abus de dépendance économique : un sphinx renaissant de ses cendres ? (commentaire de l'article 1143 nouveau du Code civil et de la proposition de loi visant à mieux définir l'abus de dépendance économique) », préc. ; M. LEVENEUR-AZÉMAR, « Éclairage de droit comparé sur l'interprétation de la réforme

638. Il est certain, en toute circonstance, que l'ajout d'une condition complexifie la mise en œuvre d'une règle de droit. Pour le salarié, il est plus aisé de démontrer qu'il se trouvait dans un état de dépendance vis-à-vis de l'employeur au moment de l'échange des consentements et que ce dernier en a abusé, que de devoir adjoindre à ces deux éléments une preuve supplémentaire, celle d'un avantage manifestement excessif. L'altération de l'influence du mécanisme en droit du travail se caractérise ainsi avec la force de l'évidence. Une analyse plus approfondie nous permettrait toutefois d'en apprécier la proportion.

639. Nous avons expressément exclu l'applicabilité du vice de violence pour abus de l'état de dépendance à un acte spécifique – la rupture conventionnelle d'un contrat de travail à durée indéterminée²⁵³⁹ – au motif que la preuve d'un avantage manifestement excessif extorqué de l'acte par l'employeur ne peut être rapportée par le salarié. La rupture négociée d'un contrat de travail n'octroie en effet à l'employeur aucun avantage substantiel ; l'indemnité de fin de contrat est identique, *a minima*, à celle qui doit être versée lors d'un licenciement²⁵⁴⁰ et le seul fait d'évincer un salarié de l'entreprise ne peut constituer, à notre sens, un tel avantage²⁵⁴¹. L'introduction, dans l'ordonnance du 10 février 2016, du critère de l'avantage manifestement excessif interdit ainsi *de facto* au salarié de solliciter la nullité d'une rupture conventionnelle sur le fondement du nouvel article 1143 du Code civil. Le Gouvernement a donc fermé la voie du mécanisme à cet acte, alors même que le nombre de ruptures conventionnelles conclues annuellement augmente²⁵⁴² et que l'unique manière d'en contester la validité est de démontrer l'existence d'un vice du consentement²⁵⁴³. En l'espèce, l'altération dont il est question n'a pas simplement pour effet de complexifier la mise en œuvre judiciaire du mécanisme ; elle le rend totalement inaccessible.

du droit des contrats », préc. ; L. THIBIERGE, « L'Arlésienne, encore une occasion manquée pour la violence économique », préc. ; M. MEKKI, « Pour une ratification minimaliste de l'ordonnance du 10 février 2016 », préc. ; G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, préc., p. 292 et s. ; O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, préc., p. 252 et s. ; F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations*, préc., p. 349 et s.

²⁵³⁹ Étant précisé que les explications qui suivent trouvent également à s'appliquer à la rupture amiable anticipée d'un contrat de travail à durée déterminée ou d'un contrat d'apprentissage.

²⁵⁴⁰ Article L. 1237-13, alinéa 1, du Code du travail.

²⁵⁴¹ V. *supra*, n° 526.

²⁵⁴² Selon le Ministère du Travail, 454 000 ruptures conventionnelles ont été signées en France en 2021 : <https://dares.travail-emploi.gouv.fr/publication/les-ruptures-conventionnelles-en-2021#:~:text=En%202021%2C%20454%20000%20ruptures,3%20%25%20leur%20niveau%20de%202019.>

²⁵⁴³ La rupture conventionnelle ne peut pas être imposée par l'une ou l'autre des parties. V. not. Soc., 24 janv. 2014, n° 12-24.539, préc. ; Soc., 12 févr. 2014, n° 12-29.208, préc. ; Soc., 9 juin 2015, n° 14-10.192, préc. ; Soc., 29 janv. 2020, n° 18-15.359, préc. ; Soc., 8 juill. 2020, n° 19-15.441, préc.

640. Il en va autrement vis-à-vis des autres actes juridiques travailistes. À l'égard du contrat de travail lui-même, ce nouveau critère créé des difficultés théoriques qui ne connaissent cependant aucune transcription pratique, car, encore une fois, le néo-salarié peinera à démontrer l'intention de nuire de l'employeur au moment de la formation du contrat. La preuve d'un avantage manifestement excessif extorqué par ce dernier alourdit évidemment la charge probatoire qui pèse sur les épaules du salarié ; néanmoins, cela n'altère pas l'influence du mécanisme lors de la phase précontractuelle, compte tenu du fait qu'elle est en tout état de cause inexistante.

641. Cet écueil – la complexification de la mise en œuvre de l'article 1143 du Code civil par l'ajout d'une nouvelle condition – se fait plus flagrant dans les autres phases des relations individuelles et collectives du travail. Il ne serait en effet guère compliqué pour la partie faible d'établir que l'employeur a retiré un avantage de l'acte contesté. Toutefois, pour qu'il soit sanctionné, cet abus doit être totalement déraisonnable. L'employeur qui, par le biais d'un acte conclu en cours d'exécution du contrat de travail, d'une transaction ou d'une convention collective, obtient un avantage contractuel mineur²⁵⁴⁴, ne pourra donc pas être sanctionné sur le fondement du nouveau vice de violence, et ce même s'il a sciemment abusé de l'état de dépendance de son cocontractant. Seuls les avantages les plus conséquents, qui déséquilibrent considérablement le contrat²⁵⁴⁵, sont susceptibles de passer sous les fourches de la violence pour abus de l'état de dépendance. Par rapport à l'article 1142 du projet d'ordonnance du 25 février 2015, le champ du vice est sans conteste plus restreint. Tandis qu'il était question de prohiber – sous réserve d'un abus d'un état de nécessité ou de dépendance – tous les contrats conclus sous l'empire déterminant de pressions extérieures, seules sont en réalité passibles de nullité – sous les mêmes réserves, à l'exclusion de l'état de nécessité – les conventions par lesquelles le contractant le plus fort a acquis un avantage disproportionné.

642. En conclusion, la réinsertion du critère tenant à l'avantage manifestement excessif dans la structure du vice produit, en droit du travail, une altération de deux ordres. En premier lieu,

²⁵⁴⁴ L'on pense, par exemple, à l'insertion dans un contrat de travail, par le biais d'un avenant modificatif, d'une clause de mobilité géographique aux contours larges, mais pas abusifs, aux petites économies réalisées par un employeur dans le cadre d'une convention de cession des droits d'un salarié sur une création personnelle ou à la diminution du montant d'une prime.

²⁵⁴⁵ Il y a ici lieu de faire une différence avec le régime général des clauses abusives, qui sanctionne le déséquilibre significatif créé par une clause. Pour rappel, le mécanisme ne concerne que les clauses non négociables d'un contrat d'adhésion. En l'espèce, la notion d'avantage manifestement excessif, qui se rapproche sans être identique de celle de déséquilibre significatif, trouve potentiellement à s'appliquer à toutes les clauses de tous les contrats.

elle constitue un obstacle manifestement infranchissable à la mobilisation du vice à l'encontre de l'acte qui emporte la rupture d'un commun accord d'un contrat de travail. En second lieu, elle aggrave les difficultés de la partie faible au contrat – le salarié ou ses représentants – qui, en sus des obstacles constitués par les preuves d'un lien de dépendance et d'une intention de nuire, est contrainte de démontrer que l'employeur a obtenu de l'acte un avantage manifestement excessif, dont le juge effectue pour l'heure une interprétation rigoureuse.

643. À tout ceci, il convient d'ajouter une dernière modification, adoptée par les deux chambres du Parlement le 20 avril 2018. En 2016, l'article 1143 du Code civil sanctionnait indifféremment les abus d'un état de dépendance par le truchement desquels une partie obtient un avantage manifestement excessif, que cette dépendance ait été caractérisée à l'égard du cocontractant ou d'un tiers. Dorénavant, l'application du mécanisme est conditionnée par l'identité de la seconde personne tenue par le lien de dépendance ; pour que la nullité soit encourue, il est impératif que la partie faible soit dépendante de son cocontractant. La loi de ratification a ainsi exclu du domaine du vice les situations dans lesquelles l'auteur de l'abus s'est contenté d'exploiter un lien de dépendance noué à l'égard d'un tiers.

C. L'EXCLUSION DE L'EXPLOITATION DE LA DÉPENDANCE À L'ÉGARD D'UN TIERS

644. Parmi les trois vices du consentement visés par le Code civil depuis 1804²⁵⁴⁶, la violence est considérée comme étant la plus inacceptable, que ce soit socialement ou politiquement²⁵⁴⁷. En raison de sa particulière gravité, elle a historiquement été dotée d'un régime particulier ; à l'inverse du dol, « la violence est cause de nullité même lorsqu'elle émane d'un tiers, sans que l'on ait à prouver sa complicité, sa connivence »²⁵⁴⁸. Ainsi, même commise par un tiers au contrat, elle emporte l'annulation rétroactive de l'acte litigieux. Il en allait de la sorte, par exemple, dans un arrêt rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation le 13 janvier 1999²⁵⁴⁹. Dans cette affaire, une personne, victime depuis plusieurs années de violences physiques et morales perpétrées par les membres d'une secte à laquelle elle a adhéré, a vendu

²⁵⁴⁶ À savoir l'erreur (articles 1132 à 1136 du Code civil), le dol (articles 1137 à 1139 du Code civil) et la violence (articles 1140 à 1143 du Code civil).

²⁵⁴⁷ P. CHAUVEL, « Violence », préc., spéc., n° 40.

²⁵⁴⁸ *Ibid.*

²⁵⁴⁹ Civ., 3^e, 13 janv. 1999, n° 96-18.309, *D.* 2000. 76, note Ch. WILLMANN ; *RTD civ.* 1999. 381, obs. J. MESTRE ; *AJDI* 1999. 1035, étude F. COHET-CORDEY ; *Defrénois* 1999. 749, obs. Ph. DELEBECQUE.

sa propriété à une société, qui l'a ensuite affectée à l'hébergement de ladite secte. La troisième chambre civile, pour annuler la vente sur le fondement de la violence exercée par des tiers au contrat, retient que « Mme X... avait subi, de la part des membres de la communauté animée par Roger Melchior, depuis 1972 et jusqu'en novembre 1987, date de son départ, des violences physiques et morales de nature à faire impression sur une personne raisonnable et à inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent, alors que séparée de son époux et ayant à charge ses enfants, elle était vulnérable et que ces violences l'avaient conduite à conclure l'acte de vente de sa maison en faveur de la société Jojema afin que les membres de la communauté fussent hébergés [...] ». L'origine des faits fautifs importe ainsi peu ; le contrat vicié de violence est nul, que le vice du consentement émane d'un cocontractant – ce qui n'était pas le cas en l'espèce – ou d'un tiers. Ce n'est d'ailleurs là que l'expression de l'ancien article 1111 du Code civil²⁵⁵⁰, repris aujourd'hui à l'article 1142²⁵⁵¹. Étant donné que le nouveau vice constitue incontestablement un sous-genre de violence²⁵⁵², la logique et la sécurité juridique voudraient qu'il soit soumis à un régime identique. La violence pour abus de l'état de dépendance ne doit en effet pas être perçue comme une exception du vice général, mais bel et bien comme une subdivision. Partant, son régime devrait être rattaché à celui de la violence générale telle qu'elle est entendue depuis 1804 par le droit commun des contrats²⁵⁵³.

Il n'en va toutefois pas ainsi. À l'initiative du Sénat, depuis le 1^{er} octobre 2018, l'état de dépendance ne peut être caractérisé qu'à l'égard du cocontractant placé en position de domination contractuelle. Le lien de dépendance qui unit la partie faible et un tiers au contrat, qui est abusivement utilisé par le cocontractant, n'ouvre plus la voie du nouvel article 1143 du Code civil. Cette éviction a de quoi interpellier. Le professeur M. Mekki estime par exemple que « cet ajout d'une dépendance à l'égard du cocontractant n'exclurait pas tant la dépendance endogène, mais empêcherait surtout que la dépendance à l'égard d'un tiers puisse fonder la

²⁵⁵⁰ L'article 1111 du Code civil de 1804, dans sa version en vigueur jusqu'au 30 sept. 2016, dispose que « la violence exercée contre celui qui a contracté l'obligation est une cause de nullité, encore qu'elle ait été exercée par un tiers autre que celui au profit duquel la convention a été faite ».

²⁵⁵¹ L'article 1142 du Code civil dispose que « la violence est une cause de nullité qu'elle ait été exercée par une partie ou par un tiers ».

²⁵⁵² Plusieurs indices prouvent que l'article 1143 du Code civil doit être considéré comme une subdivision du vice général de violence. Les deux premiers sont sémantiques ; le mécanisme est en effet appelé vice de *violence* pour abus de l'état de dépendance et le texte dispose qu'« il y a *également violence* [...] ». Le troisième et dernier est légistique et concerne la place de la disposition dans le Code civil. Elle fait directement suite aux articles 1140 à 1142, consacrés au vice général de violence. Il s'évince de tout ceci que le nouvel article 1143 du Code civil constitue indéniablement un sous-genre de violence vice de consentement.

²⁵⁵³ M. MEKKI, « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 – Une réforme de la réforme ? », préc.

nullité du contrat. Cependant, même limitée à une telle interprétation, l'exclusion de l'état de dépendance à l'égard des tiers est très regrettable. Tout d'abord, la violence d'un tiers, contrainte morale ou physique²⁵⁵⁴, a toujours été une cause de nullité. Pourquoi en décider autrement lorsque la dépendance existe à l'égard d'un tiers et est exploitée de manière abusive par le cocontractant ? »²⁵⁵⁵. Aussi, on comprend que l'abus d'un état de dépendance est rattaché au vice général de violence, mais aussi que ce lien connaît une part certaine de superficialité ; hormis la sanction – la nullité, qui leur est commune – les deux mécanismes sont soumis à des règles distinctes. L'on fait donc face à une assimilation légale de l'abus de dépendance à la violence générale, tout en le soumettant à un régime dérogatoire²⁵⁵⁶ qui exclut le rôle du tiers dans la caractérisation du vice.

645. Cette exclusion produit un effet secondaire, semble-t-il recherché par le Sénat dès le lancement des débats législatifs autour de la ratification de l'ordonnance du 10 février 2016. Pour rappel, en première lecture, ce dernier avait tenté de restreindre l'article 1143 du Code civil à la seule et unique dépendance économique²⁵⁵⁷, conformément à la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation²⁵⁵⁸, ce que les députés ont refusé. Il apparaît néanmoins que le rejet de l'exploitation de la dépendance caractérisée à vis-à-vis d'un tiers mène peu ou prou à un résultat identique. En effet, si la dépendance doit être expressément caractérisée dans le carcan du contrat et de son contenu – comme l'indique la lettre du texte depuis le 1^{er} octobre 2018 – elle sera principalement de nature financière. Le contentieux d'appel l'illustre avec pertinence. Tout d'abord, on s'aperçoit que l'article 1143 du Code civil est parfois désigné par le juge – sans égard à la matérialité des faits qui lui sont présentés – sous le vocable de « violence économique »²⁵⁵⁹, alors même, nous l'avons précisé²⁵⁶⁰, que son domaine théorique est en réalité bien plus vaste. Ensuite, dans les rares hypothèses dans lesquelles les juges du fond ont mis en œuvre le vice de violence pour abus de l'état de dépendance, l'état de dépendance de la victime est essentiellement de nature économique. Il en est ainsi, par exemple,

²⁵⁵⁴ V. not. Ch. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil*, préc., p. 288 et s.

²⁵⁵⁵ *Ibid.*

²⁵⁵⁶ V. not. F. ROGUE, « Abus de dépendance : la « réforme de la réforme » du droit des contrats a-t-elle accouché d'une souris ? », préc.

²⁵⁵⁷ F. PILLET, *Rapport n° 22*, préc., p. 51.

²⁵⁵⁸ Civ., 1^{re}, 30 mai 2000, n° 98-15.242, préc. ; Civ., 1^{re}, 3 avr. 2002, n° 00-12.932, préc.

²⁵⁵⁹ V. not. Paris, pôle 06, ch. 02, 1^{er} juin 2023, n° 23/01841 ; Bordeaux, 4^e ch. commerciale, 15 mars 2023, n° 21/00489 ; Besançon, 1^{re} ch., 22 nov. 2022, n° 20/01273 ; Riom, ch. civile et commerciale 03, 17 nov. 2021, n° 20/00359 ; Paris, pôle 05, ch. 09, 19 juin 2019, n° 2019/356.

²⁵⁶⁰ V. *supra*, n° 468.

dans un arrêt rendu le 26 novembre 2020 par la douzième chambre de la Cour d'appel de Versailles, qui a prononcé l'annulation d'un protocole d'accord transactionnel conclut entre deux sociétés, au motif que les concessions réalisées par l'une d'entre elles – le contractant fort – étaient dérisoires et revêtaient dès lors le caractère d'avantage manifestement excessif²⁵⁶¹. Il s'avère que la partie faible – sous-traitant de son cocontractant – avait accepté de conclure l'acte malgré la faiblesse de la contrepartie afin de pouvoir payer au plus vite la rémunération de ses salariés. Sa dépendance, caractérisée par le juge, est donc intégralement économique. Il en va de même dans l'affaire précitée de la maintenance de la flotte aérienne de la compagnie Transavia²⁵⁶², où la dépendance de cette dernière à l'égard de son prestataire était avant tout financière, car le rejet de l'avenant modificatif lui aurait interdit d'accueillir deux nouveaux appareils au sein de ladite flotte. Enfin, l'employeur qui menace l'un de ses salariés de ne pas lui régler son salaire afin de le contraindre à consentir à un acte juridique abuse, lui aussi, de des dépendances économique et juridique de son subordonné, selon les juges de la Cour d'appel de Douai²⁵⁶³. Il s'avère donc que dans de nombreuses relations contractuelles²⁵⁶⁴, la dépendance de la partie faible vis-à-vis de son cocontractant ne peut être qu'économique.

646. À nouveau, le constat est celui d'une double altération du champ de l'article 1143 du Code civil, cette fois-ci par la loi du 20 avril 2018. La première, l'éviction du lien de dépendance caractérisé à l'égard d'un tiers, découle directement de la nouvelle rédaction de la disposition. La seconde, indirecte, prend les traits de la dépendance économique qui, bien souvent et malgré les précisions formulées par le rapport remis en 2016 au Président de la République²⁵⁶⁵, est la seule qui autorise la partie faible à solliciter du juge l'annulation d'une convention souscrit sous l'empire d'une dépendance. Pour autant, cette conclusion théorique doit être questionnée – encore une fois – à travers le particularisme des relations de travail, afin d'apprécier si elle

²⁵⁶¹ Versailles, ch. 12, 26 nov. 2020, n° 19/03233, préc.

²⁵⁶² Paris, pôle 05, ch. 04, 20 déc. 2017, préc.

²⁵⁶³ Douai, ch. sociale C, 21 oct. 2022, préc., n° 20/00983.

²⁵⁶⁴ Comme c'est surtout le cas, sauf de très rares exceptions (contrat de travail conclut entre deux personnes mariées, par exemple), au sein des relations individuelles de travail. La dépendance du salarié, exprimée à l'égard de l'employeur, est avant tout financière.

²⁵⁶⁵ Le rapport remis au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131, préc., indique que : « s'agissant de la violence, l'ordonnance reprend l'essentiel du droit positif en vigueur, quant à sa définition (article 1140), la menace de l'usage de voies de droit (article 1141) ou la violence émanant d'un tiers au contrat (article 1142). L'une des innovations essentielles du texte consiste à assimiler à la violence l'abus de la dépendance dans laquelle se trouve son cocontractant, ce que la jurisprudence de la Cour de cassation a admis dans des arrêts récents, et que la doctrine et les praticiens qualifient de « violence économique », même si le texte est en réalité plus large, et n'est pas circonscrit à la dépendance économique (article 1143). En effet toutes les hypothèses de dépendance sont visées, ce qui permet une protection des personnes vulnérables et non pas seulement des entreprises dans leurs rapports entre elles ».

possède – ou non – une transcription concrète, qui se traduirait par une énième altération avérée de l'influence du vice de violence pour abus de l'état de dépendance en droit du travail. Il nous apparaît clairement que l'intervention du Parlement à l'occasion de la promulgation de la loi de ratification du 20 avril 2018, qui a emporté la réduction du domaine du vice de violence pour abus de l'état de dépendance, est en réalité sans incidence véritable en terre travailliste. Pour le démontrer, il nous semble à nouveau opportun d'opérer une scission entre les relations individuelle et collective de travail, pour leur réserver un développement qui leur est propre.

647. Au sein de l'entreprise, le salarié ne peut semble-t-il être dépendant que de son employeur²⁵⁶⁶. Cela nous fournit un argument majeur dans l'optique de démontrer que la ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 – qui exclut de l'article 1143 du Code civil les dépendances qualifiées à l'égard des tiers au contrat – ne restreint pas la protection du salarié. En effet, dans l'entreprise, l'employeur s'impose comme l'unique partenaire contractuel des travailleurs qui lui sont subordonnés²⁵⁶⁷. Aussi, le fait que le lien de dépendance doive obligatoirement être rattaché au cocontractant – car la dépendance s'analyse sous la forme d'un lien – n'est en l'espèce source d'aucune difficulté : le salarié ne peut être dépendant que de l'employeur et, en pratique, il ne contracte dans la sphère professionnelle qu'avec ce dernier. De surcroît, la primauté de fait accordée à la nature économique de la dépendance n'est guère génératrice d'obstacle, car la dépendance du travailleur subordonné à l'égard de son employeur ne peut – sauf exception d'ordre sentimental, par exemple – qu'être financière.

Ainsi, l'intervention parlementaire n'a emporté, en l'espèce, aucune altération de l'influence du nouveau vice de violence dans les relations individuelles de travail. L'on pourrait même considérer que si la réforme avait procédé à la codification d'un seul vice de violence économique – comme le nommait la jurisprudence du début du siècle et le proposait le Sénat en première lecture de la loi de ratification – la protection des intérêts du salarié dans le cadre des contrats conclus avec l'employeur serait tout de même entière.

²⁵⁶⁶ On peine en effet à imaginer une situation dans laquelle, dans le cadre des relations professionnelles de travail, un salarié parviendrait à démontrer qu'au moment de conclure une convention avec l'employeur, il se trouvait être dépendant d'une autre personne et que son cocontractant en a abusé pour en tirer un avantage manifestement excessif.

²⁵⁶⁷ Dans le cadre des conventions conclues au sein de l'entreprise, évidemment. En effet, aucun contrat n'est paraphé entre deux salariés, ou entre un salarié et ses représentants élus ou syndicaux dans l'entreprise.

648. Il en va de même au sein des relations collectives de travail, bien que la conclusion se fasse notamment à l'appui d'un autre argument. Préalablement, notre développement relatif à l'identité des partenaires contractuels peut ici être reproduit ; peu importe le mode de conclusion, la convention collective d'entreprise ou d'établissement fait toujours l'objet d'un accord entre l'employeur et les représentants des salariés, quels qu'ils soient. De plus, il apparaît que la focale réalisée depuis le 1^{er} octobre 2018 par le vice sur la dépendance économique est en l'espèce indifférente, car la dépendance des représentants des salariés lors de la conclusion d'une convention collective n'est en aucun cas financière ; elle est nécessairement de nature extra-économique²⁵⁶⁸. *A contrario* de la situation du salarié dans ses relations individuelles avec l'employeur²⁵⁶⁹, la codification d'un unique vice de violence économique aurait ici interdit aux partenaires sociaux de mobiliser avec succès le nouvel article 1143 du Code civil. Il n'en est toutefois rien ; le resserrement autour de la dépendance économique, qui découle de l'exclusion du rôle du tiers dans le vice du consentement, n'est ni total ni absolu. Il reste ainsi encore une place pour invoquer l'existence d'un lien de dépendance fondé non pas sur la sphère financière, mais sur des considérations autres, qu'elles soient endogènes ou exogènes au contrat conclut.

649. Négativement impactée par la promulgation de l'ordonnance du 10 février 2016, l'influence minimale produite par le vice de violence pour abus de l'état de dépendance en droit du travail n'est pas amoindrie par l'intervention du Parlement deux années plus tard. Certes, l'étendue de la disposition a été encore un peu plus limitée. Pour autant, ces restrictions devraient se ressentir plus fortement en droit commun des contrats qu'en droit du travail, où elles sont en réalité indolores, en raison des spécificités inhérentes à la matière.

²⁵⁶⁸ V. *supra*, n° 535 et s. (chap. 4), n° 621 et s.

²⁵⁶⁹ V. *supra*, n° 647.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

650. En œuvrant avec une volonté commune, Gouvernement et Parlement ont freiné l'extension de l'influence minimale qu'exerce la réforme de droit des contrats en droit du travail avant même qu'elle n'entre en vigueur. L'étude du présent chapitre a en effet démontré que son intensité aurait pu être sensiblement supérieure. Et pour cause ; tour à tour, le devoir précontractuel d'information, le contrat d'adhésion et le vice de violence pour abus de l'état de dépendance ont subi des cantonnements successifs, qui ont porté une atteinte à leur attractivité respective.

651. Nos développements ont permis de démontrer que les répercussions engendrées par lesdites atteintes sont d'ampleurs distinctes. Les limites apportées à l'article 1112-1 du Code civil – la codification de la jurisprudence dite « Baldus » et la suppression du devoir général de renseignement – ne produisent en réalité aucun impact négatif sur la protection des intérêts du salarié ou de ses représentants. Elles ne sont ainsi pas automatiquement synonymes d'altération ; les restrictions apportées à certains mécanismes – principalement par l'ajout de conditions nouvelles – ne se traduisent pas toujours concrètement en droit du travail ; il se peut qu'elles se fassent ressentir plus intensément dans le contentieux civiliste.

652. Une fois l'analyse braquée sur les articles 1110, 1171 et 1143 du Code civil, le constat diverge significativement. En effet, le premier semble inapplicable aux actes travaillistes – individuels comme collectifs – conclus entre les 1^{er} octobre 2016 et 30 septembre 2018 – car ils ne possèdent pas de « conditions générales », sauf à ce que la Cour de cassation interprète la notion à la lumière du droit issu de la loi de ratification. La porte du contrat d'adhésion se fermerait alors sur les contrats de travail et conventions collectives formés au cours de cette période de deux années. Partant, le régime du contrat d'adhésion – formé de l'interprétation *in favorem* des clauses obscures et ambiguës et de la traque des clauses abusives – ne pourraient guère être mobilisés par les salariés ou leurs représentants.

Le régime général des clauses abusives est certainement celui qui a subi le cantonnement le plus strict. D'abord conditionnée à la démonstration préalable d'un contrat d'adhésion, sa mise en œuvre a ensuite été limitée aux seules clauses non négociables d'un tel contrat. La

charge probatoire qui pèse sur le demandeur est dorénavant extrêmement lourde et il est indéniable que, par rapport aux propositions formulées par la Chancellerie, le rayonnement de l'actuel article 1171 du Code civil est nettement plus terne.

Il en va de même à l'égard du vice de violence pour abus de l'état de dépendance. Alors que le Gouvernement a supprimé toute référence à l'état de nécessité de la partie faible et, de surcroît, soumis l'applicabilité du vice au fait que l'auteur de l'abus ait extorqué de l'acte litigieux un avantage absolument démesuré, le Parlement a, par la suite, restreint la caractérisation du lien de dépendance aux seules frontières du contrat. Si cette dernière modification – qui interdit au juge d'annuler un acte en raison de l'exploitation, par le contractant le plus fort, de la dépendance de son cocontractant vis-à-vis d'un tiers – devrait être imperceptible en droit du travail, les deux premières ont porté un coup certain à l'attractivité du texte et, partant, à son influence dans les relations de travail.

653. L'action altérante de la réforme, qui s'est effectuée *a priori*, a eu pour unique effet d'interdire à certains textes – ceux qui devaient faire imprégner le Code civil d'une plus grande justice contractuelle – de produire une influence plus grande encore. Le seuil minimal de cette dernière – fixé au sein de la première partie de notre travail – a ainsi été abaissé au cours des débats qui ont précédé l'entrée en vigueur du nouveau droit commun des contrats.

654. Une seconde source d'altération – extérieure à la législation générale elle-même – doit désormais être mise en lumière. Le droit du travail contribue en effet activement à l'abaissement du seuil minimal susmentionné. La façon de procéder évolue toutefois ; l'altération s'effectue ici par le truchement de la chambre sociale de la Cour de cassation, dont certaines actions nuisent à l'influence que produit en terre travailliste la réforme de droit des contrats.

Chapitre 2 : L'ACTION ALTÉRANTE DU DROIT DU TRAVAIL

655. En application du nouvel article 1105 du Code civil, les textes de droit civil mobilisés dans une branche spéciale du droit privé doivent y être appliqués strictement. Mise en œuvre en droit du travail, la règle générale ne doit donc subir aucune métamorphose liée au contexte dans lequel elle est employée. Le contenu de la règle de droit, intangible, n'aurait ainsi pas à varier en fonction des circonstances dans lesquelles cette dernière est utilisée. Par exemple, le régime général des clauses abusives²⁵⁷⁰ devrait – en toute logique – être appliqué de manière identique, que la clause litigieuse soit insérée dans un contrat de vente ou dans un contrat de travail²⁵⁷¹. Néanmoins, depuis l'émergence de la législation travailliste²⁵⁷² et la création d'un véritable droit éponyme²⁵⁷³, l'on constate que la chambre sociale de la Cour de cassation ne met pas toujours en œuvre la réglementation générale conformément à sa lettre. Il arrive même qu'elle fasse le choix de ne pas en faire application. Le juge social n'est ainsi pas étranger à l'altération de l'influence des règles générales en droit du travail.

656. Pour comprendre la portée de ladite altération, nous ne pouvons-nous contenter de raisonner par analogie avec le chapitre précédent. Et pour cause ; les interventions successives du Gouvernement et du Parlement ont eu pour effet d'empêcher certains mécanismes de produire une influence plus importante que celle qui est aujourd'hui la leur²⁵⁷⁴. L'atteinte se constate ainsi *a priori*, avant même que les textes n'entrent en vigueur²⁵⁷⁵. Il en va dorénavant bien différemment. Chronologiquement, l'on ne se situe plus en amont de l'entrée en vigueur précitée, mais au moment de l'application d'une disposition par le juge. Le texte possède alors assurément une portée positive. Partant, l'atteinte qui lui est judiciairement portée ne peut avoir pour effet de l'empêcher de produire une influence minimale plus importante encore ; au contraire, elle conduit l'influence sous le seuil minimal que nous avons fixé²⁵⁷⁶. Nous

²⁵⁷⁰ Article 1171 du Code civil.

²⁵⁷¹ Pour une nuance de ce constat, V. *infra*, n° 791 et s.

²⁵⁷² La première loi dite « sociale » date du 22 mars 1841 et a pour objet la fixation d'un âge minimal pour les enfants amenés à travailler dans les manufactures, usines ou ateliers.

²⁵⁷³ Sous l'impulsion d'A. GROUSSIÉ, alors député, une proposition de loi sur la codification des lois ouvrières a été déposée le 14 mars 1896. Il a fallu attendre plus de quatorze années pour que le projet voie le jour ; le premier livre du Code du travail a été promulgué par la loi du 28 déc. 1910.

²⁵⁷⁴ V. *supra*, n° 564 et s.

²⁵⁷⁵ Ou au cours de la période transitoire, qui s'est étendue du 1^{er} oct. 2016 au 30 sept. 2018, au cours de laquelle le droit issu de l'ordonnance du 10 févr. 2016, parfois modifié par la loi de ratification du 20 avr. 2018, doit être appliqué.

²⁵⁷⁶ V. *supra*, n° 550 et s.

retrouvons là l'image du pendule, dont l'oscillation peut freiner le rayonnement de la réforme en droit du travail.

657. L'action du juge social n'est toutefois pas dirigée par le pur hasard ou une volonté autonomiste de rompre définitivement avec la législation générale. L'étude de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation démontre en effet que le droit commun des contrats est mobilisé en droit du travail lorsqu'il y présente une utilité. L'utilité de la règle de droit général est ainsi le pivot sur lequel tourne la problématique de la mise en œuvre des textes civilistes dans la résolution des litiges travaillistes. Nous ne pouvons ainsi faire l'impasse sur son analyse (**section 1**). Celle-ci mettra en avant le fait que cette utilité possède deux facettes : une dimension positive, qui se traduit par l'adaptation de la règle à son contexte travailliste de mise en œuvre et, *a contrario*, une face négative, génératrice de risques dont la typologie est variée. Cette dernière peut ponctuellement être caractérisée lors de l'application du nouveau droit commun des contrats en droit du travail, forçant la chambre sociale de la Cour de cassation à intervenir et, par conséquent, à minorer ou à majorer²⁵⁷⁷ l'influence qu'y produit la réforme susmentionnée (**section 2**).

Section 1. LA NOTION D'UTILITÉ DE LA RÈGLE DE DROIT GÉNÉRAL

658. Lorsque des règles spéciale travailliste et générale civiliste coexistent dans un même ordre juridique, elles doivent en principe cohabiter paisiblement l'une avec l'autre²⁵⁷⁸. Néanmoins, en cas de conflit avéré entre elles, la première doit évincer la seconde, conformément à l'adage *specialia generalibus derogant*²⁵⁷⁹. Il s'avère toutefois que, dans le dessein de résoudre un éventuel conflit de cet ordre, la chambre sociale de la Cour de cassation fait, sans le dire expressément, usage d'une condition annexe, totalement ignorée du Code civil : l'utilité de la règle de droit général²⁵⁸⁰. Ce n'est que si celle-ci est susceptible d'apporter

²⁵⁷⁷ V. *infra*, n° 770 et s.

²⁵⁷⁸ V. *supra*, n° 95 et s.

²⁵⁷⁹ V. *supra*, n° 148 et s. V. ég. W. MALGAUD, « Les antinomies en droit : à propos de l'étude de G. Gavazzi », préc. ; P. FORIERS, « Les antinomies en droit », préc. ; L. MORGENTHAL, « Les antinomies en droit social », préc. ; L. SILANCE, « Quelques exemples d'antinomies et essai de classement », préc. ; G. BOLAND, « Quelques propos sur les antinomies et pseudo-antinomies en particulier en droit administratif », préc. ; N. BOBBIO, « Des critères pour résoudre les antinomies », préc. ; N. BLANC, « Contrat nommes et innomés, un article disparu ? », préc.

²⁵⁸⁰ Par cette formule, nous n'évoquons que la norme ayant valeur légale et, plus précisément encore, les textes issus de la réforme du droit des contrats et codifiés au sein du Code civil.

quelque chose de positif au droit du travail que le juge en fera application. Dès lors, nous ne pouvons débiter notre chapitre que par l'étude théorique de l'utilité que peut présenter la règle de droit général en droit du travail (§1), qui servira de fondement à nos développements ultérieurs.

659. À l'inverse, lorsque l'utilité susmentionnée ne peut être caractérisée, notamment en raison de l'inadaptation du texte au particularisme des relations individuelles et collectives de travail, sa mise en œuvre est constitutive d'un risque protéiforme qui contraint bien souvent le juge à procéder à sa modulation, qui, selon les circonstances, est susceptible d'en altérer l'influence (§2).

§1. L'UTILITÉ DE LA RÈGLE DE DROIT GÉNÉRAL EN DROIT DU TRAVAIL

660. Selon l'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, « la loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse [...] ». Longtemps considérée comme l'unique norme susceptible de pouvoir cantonner la liberté des citoyens auxquels elle s'applique, la loi est, depuis 1958, enfermée dans un domaine précis²⁵⁸¹. Dans son acception la plus générale et objective, elle a pour objet de prescrire, d'interdire et de réglementer la vie de la société. Le prisme qui sera le nôtre au sein de ce chapitre est néanmoins plus subjectif et restreint. Pour le percevoir, il nous convient d'adopter le point de vue de la chambre sociale de la Cour de cassation. Celle-ci, en

²⁵⁸¹ Article 34 de la Constitution du 4 oct. 1958, qui fixe précisément le domaine de la loi. Il est indiqué que « la loi fixe les règles concernant : les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias, les sujétions imposées par la Défense nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens ; la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités ; la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ; la procédure pénale ; l'amnistie ; la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats ; l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures ; le régime d'émission de la monnaie [...] ; le régime électoral des assemblées parlementaires, des assemblées locales et des instances représentatives des Français établis hors de France ainsi que les conditions d'exercice des mandats électoraux et des fonctions électives des membres des assemblées délibérantes des collectivités territoriales ; la création de catégories d'établissements publics ; les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'État ; les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé. La loi détermine les principes fondamentaux : de l'organisation générale de la Défense nationale ; de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources ; de l'enseignement ; de la préservation de l'environnement ; du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales ; du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale [...] ».

effet, ne fait application des règles générales que si elles s'avèrent être « utiles »²⁵⁸². Le terme, ici, doit être compris en son sens premier ; est utile « ce qui sert à quelque chose »²⁵⁸³. Ainsi, le Code civil est mis en œuvre en droit du travail à condition d'y apporter quelque chose. À défaut, le juge social n'y recourt pas. L'utilité dont il est ici question est analysée subjectivement, au regard des besoins du droit du travail et de son juge.

À cet égard, il est un postulat selon lequel la règle générale civiliste présente une utilité en droit du travail lorsqu'elle est adaptée au contexte dans lequel elle est mobilisée. Si la législation travailliste s'est développée en réponse au constat de l'inadaptation des règles du Code Napoléon aux relations individuelles de travail²⁵⁸⁴, il est erroné d'affirmer que toutes les règles qui composent le droit commun des contrats sont absolument inadaptées au contexte travailliste et ne pourraient y trouver une application pertinente et utile qu'une fois modifiées par les soins du juge. Si la règle de droit général, telle qu'elle a été rédigée par le législateur²⁵⁸⁵, est susceptible de produire en droit du travail les effets attendus par la chambre sociale, cette dernière n'a alors aucun intérêt de la tordre pour lui sculpter de nouveaux contours. En somme, la déformation du texte général mis en œuvre pour résoudre un litige travailliste n'est pas automatique ; elle répond à un besoin du juge, celui de faire produire à la règle en question les effets qu'il souhaite – même si, derechef, elle est censée recevoir une application stricte au sein des branches spéciales du droit. Partant, la déformation susmentionnée doit être perçue comme une exception.

661. L'adaptation de la règle de droit général au contexte travailliste de sa mise en œuvre se constate en amont comme en aval de l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016.

²⁵⁸² V. not. A. POUSSON, « Contrat individuel de travail et droit commun des contrats – influences croisées », préc. ; G. LOISEAU, « Le contrat de travail dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats », préc. ; « La tentation de l'autonomie », préc. ; M. CHAGNY, « Droit commun et droit spéciaux », préc. ; Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préc. ; A.-L. MAZAUD, *Contrat de travail et droit commun. Essai de mesure*, préc. ; Ch. RADÉ, « L'impact de la réforme du droit des contrats en droit du travail », préc. ; *Droit du travail et responsabilité civile*, préc. ; G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, préc. ; O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, préc.

²⁵⁸³ Selon la définition qu'en donne le dictionnaire de l'Académie Française : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A8U0114>.

²⁵⁸⁴ Cette opinion était partagée par le professeur G. LYON-CAEN, « Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail », préc., près de cent-cinquante années plus tard.

²⁵⁸⁵ Voir interprétée par les chambres civiles et commerciale de la Cour de cassation.

Par exemple, les anciens articles 1108²⁵⁸⁶ ou 1134, alinéa 3²⁵⁸⁷, du Code civil faisaient l'objet, en droit du travail, d'une application conforme à leur lettre respective. De la même manière, la chambre sociale de la Cour de cassation a d'ores et déjà affiché sa volonté de faire une application scrupuleuse de certains nouveaux textes. Il en va ainsi au sujet de la formation du contrat, qui est strictement soumise aux règles des articles 1113 et suivants du Code civil²⁵⁸⁸, mais aussi, en matière de promesse unilatérale, aux dispositions du nouvel article 1124 dudit Code²⁵⁸⁹. Le plus haut juge social considère que ces textes, relatifs à l'offre, l'acceptation et la promesse unilatérale de contrat, sont suffisamment adaptés aux spécificités de la conclusion d'un contrat de travail pour être appliqués sans modification dans l'optique de résoudre les contentieux. Il en va de même pour la majorité des nouveautés codifiées susceptibles de présenter un intérêt en droit du travail, qui devraient faire l'objet d'une application littérale et dépourvue de toute métamorphose²⁵⁹⁰. Appliqués strictement en droit du travail, tous ces textes – mais d'autres également, la liste qui précède n'étant pas exhaustive – devraient produire les effets recherchés par le juge social qui les mobilise. Partant, l'expression de leur utilité leur permet d'être mis en œuvre sans subir de transformation d'une quelconque nature. Leur

²⁵⁸⁶ L'ancien article 1108 du Code civil listait les conditions de validité du contrat. Il trouvait naturellement à régir le contrat de vente, qui a servi de modèle à la rédaction du Code civil et à l'édiction des règles relatives au contrat au sens large (V. *supra*, n° 384), les contrats dits « spéciaux » (comme, par exemple, contrat d'échange, de bail, de prêt, d'entreprise, de mandat ou encore de dépôt) ou encore le contrat de travail. Celui-ci n'était en effet valable que si les parties qui le composent avaient la capacité de contracter (étant précisé que les règles relatives à la capacité des parties ont été aménagées en droit du travail. Ainsi, le Code civil considère en son article 1146, 1°, que les mineurs non émancipés sont incapables de contracter, mais demeurent capables de conclure seuls des actes courants (article 1148 du Code civil). Le Code du travail, à l'inverse, dispose qu'« il est interdit d'employer des travailleurs de moins de seize ans [...] » (article L. 4153-1 du Code du travail). Ainsi, les règles inhérentes à la capacité de contracter, posées par le droit commun des contrats, ont été déformées pour mieux correspondre à la réalité des relations de travail et pour permettre, sous certaines conditions d'ordre public, l'emploi de mineurs. Cela n'ôte toutefois rien au fait que l'ancien article 1108 du Code civil était appliqué de manière conforme en droit du travail), exprimé un consentement libre et éclairé et que le contrat possédait un objet certain et une cause licite dans l'obligation.

²⁵⁸⁷ L'ancien article 1134, alinéa 3, du Code civil visait le principe de bonne foi, qui, en droit du travail, faisait l'objet d'une conception classique, qu'il s'agisse de la fonction complétive ou limitative. Par exemple, l'obligation faite à l'employeur de tenter de reclasser un salarié en cas de licenciement prononcé pour motif économique (Soc., 25 févr. 1992, n° 89-41.634, préc.) trouve son fondement dans la fonction complétive de la bonne foi, qui permet à la Cour de cassation de découvrir de nouvelles obligations dans un contrat : A.-L. MAZAUD, *Contrat de travail et droit commun. Essai de mesure*, préc., p. 98 et s. De même, l'arrêt qui sanctionne l'employeur qui, dans le cadre de la mise en œuvre d'un plan de sauvegarde de l'emploi, n'a pas communiqué aux salariés concernés une lettre de l'administration fiscale relative à l'assujettissement d'une indemnité à l'impôt sur le revenu (Soc., 2 avr. 1996, n° 93-42.082, n° 93-42.084, préc.), est fondé sur la fonction limitative de la bonne foi (A.-L. MAZAUD, *op. cit.*, p. 117), qui est utilisée non pas pour découvrir de nouvelles obligations au sein d'un contrat, mais pour apprécier le comportement des parties.

²⁵⁸⁸ Soc., 21 sept. 2017, n° 16-20.103, préc.

²⁵⁸⁹ *Ibid.*

²⁵⁹⁰ L'on peut penser aux articles 1112-1 du Code civil, relatif au devoir précontractuel d'information, 1156, qui a codifié la théorie de l'imprévision en droit commun des contrats ou encore 1168 et s., qui viennent remplacer l'ancien mécanisme de la cause (à ce sujet, V. *infra*, n° 795 et s.).

mobilisation s'effectue ainsi dans le respect de leur lettre et dans celui du nouvel article 1105 du Code civil.

662. Opérer le constat selon lequel la règle de droit général est adaptée aux relations individuelles ou collectives de travail constitue la première phase de sa mise en œuvre. Dans une seconde, il faut déterminer ce à quoi elle peut concrètement servir. Autrement formulé, il convient d'apprécier la nature de son utilité pour le droit du travail et ses différents acteurs. La tâche est loin d'être aisée. Néanmoins, à l'étude, il semblerait que l'utilité du nouveau droit commun des contrats en droit du travail se scinde en trois catégories inégalement constituées.

663. Il ne s'agira pas de revenir en détails sur la première, qui s'avère également être celle au champ le plus étendu. En effet, l'utilité première de la règle civiliste mobilisée par le juge social est de combler les lacunes de la législation travailliste²⁵⁹¹. Si le Code civil est mis en œuvre, c'est que le ladite législation, qui ne peut totalement tendre à la complétude, est silencieuse sur une thématique donnée. Aussi, pour reprendre rapidement certains exemples susmentionnés, il apparaît que les articles 1113 et suivants du Code civil, relatifs à l'offre et à l'acceptation, ne possèdent aucun alter-ego travailliste. Leur mise en œuvre comble ainsi le silence du Code du travail, qui régit peu la période précontractuelle²⁵⁹². Il en va de même du nouvel article 1128 du Code civil, qui liste les nouvelles conditions de validité du contrat²⁵⁹³ et qui trouve évidemment à s'appliquer au contrat de travail ou à la convention collective. L'on peut – enfin – évoquer l'exemple du nouvel article 1104 du Code civil, relatif à la bonne foi et qui s'avère être plus vaste que la disposition travailliste qui porte sur le même objet²⁵⁹⁴, ou celui du texte suivant, fondamental pour notre travail et qui, en régissant l'articulation des règles spéciales travaillistes et générales civilistes entre elles, n'est guère visé par le droit du travail²⁵⁹⁵.

²⁵⁹¹ V. *supra*, n° 59 et s.

²⁵⁹² Le chapitre relatif à la « formation du contrat » (chapitre I du titre II du livre II de la première partie du Code du travail) est composé de 26 articles, inhérents notamment au recrutement (articles L. 1221-6 à L. 1221-9), aux formalités liées à l'embauche (articles L. 1221-10 à L. 1221-18) ou à la période d'essai (articles L. 1221-19 à L. 1221-26). Rien n'est ainsi dit sur le déroulement des négociations entre l'aspirant salarié et le recruteur. Par conséquent, la lacune doit être comblée par le recours au droit commun des contrats, qui, pour rappel, possède une fonction subsidiaire impérative : V. *supra*, n° 45 et s.

²⁵⁹³ À savoir le consentement des parties, leur capacité de contracter et un contenu licite et certain. V. not. Ch. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil*, préc., p. 167 et s.

²⁵⁹⁴ Article L. 1222-1 du Code du travail, selon lequel « le contrat de travail est exécuté de bonne foi ». Le nouvel article 1104 du Code civil est ainsi doté d'un champ plus vaste, puisqu'il dispose que « les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi ». Il n'est ainsi pas limité au seul contrat de travail et impose le respect de la bonne foi au-delà de la seule exécution du contrat.

²⁵⁹⁵ Le nouvel article 1105 du Code civil rappelle que tous les contrats sont soumis à des règles générales – qui composent le droit commun des contrats. Celles-ci trouvent à s'appliquer en toute circonstance, à moins qu'un

Cette première nature de l'utilité du nouveau droit commun des contrats est d'une totale généralité, en ce qu'elle se décèle derrière l'application de tous les textes que nous évoquons au sein de notre travail de recherche.

664. Il y a cependant certaines dispositions qui, en sus de combler les lacunes précitées, présentent également l'utilité – du point de vue du droit du travail et de son juge – de sauvegarder l'intérêt des acteurs des relations de travail, peu importe leur identité (**A**). D'autres, enfin, permettent à la chambre sociale de la Cour de cassation d'octroyer *a posteriori* à certaines de ses solutions un fondement juridique pertinent (**B**).

A. LA PROTECTION DE L'INTÉRÊT DES ACTEURS DES RELATIONS DE TRAVAIL

665. Générale et impersonnelle, la loi s'applique indistinctement à tous. Certaines de ses dispositions protègent néanmoins les intérêts d'un contractant spécifique. Pour autant, parmi celles qui possèdent un avenir en droit du travail, la majorité des règles issues de l'ordonnance du 10 février 2016 et de la loi du 20 avril 2018 peut être invoquée aussi bien par le salarié, ses représentants ou l'employeur. En d'autres termes, la protection accordée par le nouveau droit commun des contrats est loin d'être manichéenne ; les intérêts de la partie faible et ceux de son cocontractant peuvent ainsi être sauvegardés par une même disposition, même s'ils sont divergents. Il en va ainsi, par exemple, du nouvel article 1226 du Code civil, qui, s'il venait à être appliqué à la prise d'acte de rupture du contrat de travail, pourrait avoir pour effet de préserver le lien contractuel de travail, ce que peuvent espérer les deux parties. Au-delà, la mise en demeure qu'il impose permettrait à l'employeur de mettre fin aux agissements qui lui sont reprochés, sans qu'il ne soit automatiquement traduit devant le Conseil de Prud'hommes²⁵⁹⁶. Réciproquement, le salarié retrouverait alors des conditions de travail qui lui siéent. L'utilité du mécanisme est ainsi duale et concerne chaque acteur des relations individuelles de travail. L'hypothèse de la résiliation unilatérale aux risques et périls du créancier est cependant loin d'être isolée, car nombreux sont les textes qui peuvent préserver les intérêts des deux parties.

conflit soit caractérisé entre deux normes, auquel cas, en application de l'adage *specialia generalibus derogant*, la règle particulière évince la règle générale.

²⁵⁹⁶ La prise d'acte de rupture du contrat de travail emporte la rupture automatique du contrat de travail et, pour que la rupture de celui-ci soit imputée au bon acteur, le salarié doit saisir le Conseil de Prud'hommes.

Sans exhaustivité, l'on peut penser à la force obligatoire du contrat²⁵⁹⁷, la bonne foi²⁵⁹⁸, l'articulation des règles spéciales et générales²⁵⁹⁹, au mandat apparent²⁶⁰⁰, la nullité²⁶⁰¹ ou encore la caducité²⁶⁰².

666. Il convient ainsi de s'éloigner de la critique formulée par le professeur G. Lyon-Caen qui, en 1974, estimait que le langage civiliste véhiculait un « parti pris en faveur de l'employeur »²⁶⁰³. Certes, il est des hypothèses dans lesquelles le nouveau droit commun des contrats vise essentiellement à protéger les intérêts de ce dernier (2). Néanmoins, d'autres dispositions, plus nombreuses encore, préservent avant tout l'intérêt de la partie faible, qu'il s'agisse du salarié ou de ses représentants au niveau collectif (1).

1. La protection de l'intérêt de la partie faible

667. Au sein d'un article très remarqué²⁶⁰⁴, le professeur G. Couturier a démontré qu'appliqué en droit du travail, le langage civiliste ne présente pas un « vice originel »²⁶⁰⁵ et, dès lors, n'est en réalité pas favorable à l'employeur. Il serait ainsi en réalité totalement neutre, à l'inverse de sa mise en œuvre qui, elle, alimenterait l'idée d'un parti pris²⁶⁰⁶. Démontrée à l'égard du Code civil de 1804, la véracité de cette neutralité se vérifie également vis-à-vis de l'ordonnance du 10 février 2016. Néanmoins, la façon dont certaines nouvelles dispositions sont employées dans le contentieux permet de mettre en exergue le fait qu'elles tendent plus volontiers à sauvegarder l'intérêt d'un acteur déterminé des relations de travail. Ainsi, certains textes sont clairement identifiés comme protecteurs de la partie faible, quand bien même certains d'entre eux peuvent ponctuellement être mis en œuvre par l'employeur²⁶⁰⁷.

²⁵⁹⁷ Article 1103 du Code civil.

²⁵⁹⁸ Article 1104 du Code civil.

²⁵⁹⁹ Article 1105 du Code civil.

²⁶⁰⁰ Article 1156 du Code civil.

²⁶⁰¹ Articles 1178 et s. du Code civil.

²⁶⁰² Articles 1186 et s. du Code civil.

²⁶⁰³ G. LYON-CAEN, « Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail », préc.

²⁶⁰⁴ G. COUTURIER, « Les techniques civilistes et le droit du travail », préc.

²⁶⁰⁵ Selon l'expression d'A. TOUFFAIT, concl. sous Ch. mixte, 21 juin 1974, n° 71-91.225, préc.

²⁶⁰⁶ G. COUTURIER, *op. cit.*

²⁶⁰⁷ La jurisprudence au niveau d'appel montre, par exemple, que la mise en œuvre du nouvel article 1171 du Code civil est ponctuellement sollicitée par un employeur : V. not. Versailles, 17^e ch., 1^{er} juill. 2020, n° 17/05012, préc. ; Bastia, ch. soc., 1^{er} juin 2022, n° 21/00069, préc.

668. L'on peut ici rappeler que les premiers balbutiements du droit du travail ont notamment fait suite à la nécessité d'accroître la protection du travailleur et de ses intérêts. Les premières lois dites « sociales » ont ainsi eu pour objet de sauvegarder l'intégrité des travailleurs considérés comme les plus faibles²⁶⁰⁸. Son développement au cours du XX^e siècle s'est inscrit dans cette même tendance²⁶⁰⁹. Tandis que les dernières réformes en date se sont éloignées de cet objectif, pour se concentrer plus en avant sur la protection de l'intérêt de l'entreprise²⁶¹⁰, le droit commun des contrats a emprunté un chemin opposé, pour consacrer dans le Code civil des dispositions protectrices de l'intérêt de la partie faible au contrat. Il a ainsi pu être suggéré que la réforme du droit des contrats puisse agir comme un « contre-feu à la déréglementation du droit du travail »²⁶¹¹. Sans aller jusque-là, il est indéniable que le pas effectué par le droit commun des contrats vers la « justice contractuelle » constitue un indice de son adaptation à l'un des piliers du droit du travail, la protection du salarié²⁶¹². Dès lors, comme nous en avons émis l'hypothèse²⁶¹³, il n'y a guère lieu de douter de la mobilisation de ces différents textes dans le contentieux travailliste. Leur utilité principale – la protection de l'intérêt de la partie faible – est ainsi vectrice de leur utilisation et, partant, de leur influence en droit du travail.

669. Nous avons d'ores et déjà évoqué longuement le cas de plusieurs de ces dispositions. Contentons-nous ainsi de les énumérer à nouveau. Dans les rangs des textes susceptibles de

²⁶⁰⁸ L'on peut citer la loi du 22 mars 1841 relative au travail des enfants employés dans les manufactures, usines ou ateliers, celle du 22 févr. 1851 qui interdit le travail de nuit pour les enfants de moins de 16 ans ou celle du 19 mai 1874 qui, au-delà de porter la création de l'inspection du travail, interdit en son article 9 aux femmes de travailler dans les mines, minières et carrières. Le XIX^e siècle s'est, enfin, refermé avec la loi du 9 avr. 1898, relatives aux responsabilités des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail.

²⁶⁰⁹ Que l'on songe à la loi du 25 oct. 1919, qui étend aux maladies d'origine professionnelle la loi précitée du 9 avr. 1898 sur les accidents du travail, à celles des 25 mars 1919, 24 juin 1936, 23 déc. 1946 (n° 46-2924) et 11 févr. 1950 (n° 50-205) au sujet des conventions collectives ou celle du 13 juill. 1973 (n° 73-680), qui soumet la rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur à la démonstration d'une cause réelle et sérieuse de licenciement.

²⁶¹⁰ V. not. F. GÉA, « À quoi sert le droit du travail ? », préc. ; « Un changement de paradigme ? », préc. ; J.-D. COMBREXELLE, « Vers un nouveau droit du travail », *JCP G* 2017. 1140. Parmi les nouvelles mesures prises dans l'intérêt de l'entreprise, l'on trouve le plafonnement des dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (article L. 1235-3 du Code du travail, qui résulte de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 sept. 2017), le raccourcissement des délais de prescription (article L. 1471-1 du Code du travail, qui résulte de la même ordonnance), la fusion des institutions représentatives du personnel (article L. 2311-2 et s. du Code du travail, qui résulte de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 sept. 2017), la primauté quasi-totale octroyée à la convention collective d'entreprise (articles L. 2253-3 du Code du travail, qui résulte de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 sept. 2017), l'élargissement de la notion de difficultés économiques dans le cadre d'un licenciement pour motif économique (article L. 1233-3 du Code du travail, qui résulte de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016) ou l'établissement de modèles types de lettres de notification de licenciement (décret n° 2017-1820 du 29 déc. 2017).

²⁶¹¹ M. FABRE-MAGNAN, « La réforme du droit des contrats : quelques contre-feux civilistes à la déréglementation du droit du travail », préc.

²⁶¹² V. not. Y. LEROY, « Paradoxe(s) sur ordonnances », préc.

²⁶¹³ V. *supra*, n° 271 et s.

sauvegarder l'intérêt du salarié ou de ses représentants, l'on trouve indirectement le nouvel article 1110 du Code civil, qui pose la définition des contrats de gré à gré et d'adhésion. Il ne porte en son sein aucune protection concrète, puisqu'il s'apparente à une disposition liminaire vierge de toute règle de fond. En lui-même, il ne préserve ainsi aucunement les intérêts précités. Il en constitue cependant un des points de départ. S'il n'est lui-même pas porteur d'une quelconque protection, le nouvel article 1110 du Code civil est une porte d'entrée par laquelle la partie faible peut passer afin de prétendre à une sauvegarde accrue de ses intérêts. Lorsque le contrat est qualifié d'adhésion, cette dernière passe en effet par la traque des clauses abusives et l'interprétation *in favorem* des clauses²⁶¹⁴, prévues aux articles 1171 et 1190 du Code civil. Le premier permet de purger le contrat de toutes les clauses génératrices d'un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des deux parties, tandis que le second impose au juge d'interpréter les clauses obscures et ambiguës dans le sens le plus favorable à la partie faible. Il apparaît ainsi que ces trois dispositions, qui composent le régime du contrat d'adhésion, tendent naturellement vers la protection du salarié et de ses représentants.

670. Le constat est identique vis-à-vis du nouvel article 1112-1 du Code civil, porteur d'un devoir précontractuel d'information mis à la charge du contractant qui a connaissance d'informations déterminantes pour le consentement de l'autre. Le texte, en effet, est avant tout protecteur des intérêts de la partie faible, dans la mesure où, le plus souvent, l'employeur est le seul contractant à avoir connaissance d'une telle information²⁶¹⁵. De surcroît, en amont de la conclusion du contrat de travail, il est soumis à un devoir de renseignement qui évince *de facto* toute obligation, pour l'aspirant salarié, de communiquer certaines informations qui le concernent pourtant personnellement²⁶¹⁶. Exceptionnelles sont ainsi les hypothèses dans lesquelles la partie forte – l'employeur en ce qui concerne le droit du travail – peut s'emparer avec pertinence du devoir précontractuel d'information inséré dans le Code civil ; la disposition sauvegarde ainsi prioritairement les intérêts du salarié et de ses représentants.

671. L'employeur reste en mesure – dans de rares circonstances – de solliciter la mise en œuvre de certaines dispositions susmentionnées. La voie du nouvel article 1143 du Code civil

²⁶¹⁴ V. *supra*, n° 421 et s.

²⁶¹⁵ V. *supra*, n° 278.

²⁶¹⁶ *Ibid.* V. not. Versailles, ch. 15, 31 mars 2021, n° 19/00111, préc., où la Cour d'appel a refusé de soumettre la candidate à l'embauche au devoir précontractuel d'information car le recruteur aurait dû vérifier qu'elle disposait effectivement du diplôme lui permettant d'exercer la fonction d'assistante dentaire.

lui est cependant totalement interdite. En effet, pour qu'il puisse l'invoquer utilement, il faudrait qu'il parvienne à démontrer l'existence d'un lien de dépendance caractérisé à l'égard d'un salarié et dont ce dernier a abusé afin de tirer d'une convention un avantage démesuré. Cela ne s'envisage guère au-delà du seul cas d'école. Ainsi, dans le cadre des relations de travail, ce vice ne protège en réalité que la partie la plus faible, qui est la seule à pouvoir démontrer les conditions susmentionnées. En sus de combler les lacunes de la législation travailliste – totalement muette sur les vices du consentement – le texte présente ainsi une utilité certaine ; la protection exclusive des intérêts de la partie faible au contrat de travail ou à la convention collective.

672. Le nouvel 1169 du Code civil paraît également préserver avant toute chose les intérêts susmentionnés. Selon sa lettre, « un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire ». Le texte ne s'attache pas expressément à l'équilibre des prestations ; il fonde le contrôle de la réalité de la cause de l'obligation²⁶¹⁷ et a d'ores et déjà servi à la Cour de cassation pour prononcer la nullité d'un contrat pour absence de cause²⁶¹⁸. En cela, il fait partie de la « boîte à outils »²⁶¹⁹ codifiée par le Gouvernement dans l'optique de compenser la disparition de la notion de cause dans notre Code civil²⁶²⁰. Plusieurs auteurs ont estimé qu'un salarié pourrait introduire une action en justice sur le fondement du nouvel article 1169 du Code civil, lorsque la contrepartie à la clause de non-concurrence²⁶²¹ ou au temps d'astreinte²⁶²² est dérisoire, voire inexistante. Au-delà, le texte pourrait servir à « s'opposer au contrat zéro heure »²⁶²³, que l'on trouve au Royaume-Unis, mais également à remettre en cause la validité d'une convention collective ou d'une

²⁶¹⁷ G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, préc., p 377 et s. ; D. HOUTCIEFF, « Le nouvel équilibre contractuel », préc., p. 61 et s.

²⁶¹⁸ Com., 6 déc. 2017, n° 16-22.809.

²⁶¹⁹ Selon l'expression de Y. LEQUETTE, « Y aura-t-il encore en France, l'an prochain, un droit commun des contrats ? », préc.

²⁶²⁰ Pour de plus amples développements, V. *infra*, n° 795 et s.

²⁶²¹ V. not. Y. PAGNERRE, « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », préc. ; G. LOISEAU, « Le contrat de travail dans le projet de réforme du droit des contrats », préc. ; Ch. RADÉ, « L'impact de la réforme du droit des contrats en droit du travail », préc.

²⁶²² Y. PAGNERRE, *ibid.*

²⁶²³ V. not. M. FABRE-MAGNAN, « La réforme du droit des contrats : quelques contre-feux civilistes à la déréglementation du droit du travail », préc. Par un contrat de travail dit « zéro heure », le salarié s'engage à se mettre à disposition d'un employeur dans l'espoir que celui-ci fasse appel à ses services ; l'employeur n'a ainsi pas l'obligation de lui fournir une prestation de travail. Comme l'indique le professeur M. FABRE-MAGNAN, l'employeur « ne fournit aucune contrepartie » et « n'est engagé à rien ». Un tel contrat de travail serait ainsi nul sur le fondement du nouvel article 1169 du Code civil, en raison de sa contrepartie illusoire.

décision unilatérale de l'employeur²⁶²⁴. Appréciée strictement au niveau d'appel²⁶²⁵, la contrepartie dérisoire ou illusoire devrait, en droit du travail, être soulevée principalement par le salarié ou ses représentants, lorsque la réalité d'un engagement de l'employeur est sujette à caution.

673. Ainsi, en plusieurs occurrences, le nouveau droit commun des contrats s'attache à la sauvegarde des intérêts de la partie faible de la convention. Ces textes présentent pour le droit du travail une utilité certaine, puisque, théoriquement à tout le moins, ils peuvent accroître la protection accordée au salarié ou aux partenaires sociaux. Cette utilité motive leur application dans le contentieux travailliste et, partant, légitime l'existence de leur influence dans cette matière. Le même raisonnement peut être adopté au regard des dispositions qui, à l'inverse, assurent la protection de l'intérêt de l'employeur.

2. La protection de l'intérêt de l'employeur

674. Si le droit du travail tire une fraction certaine de son origine de la nécessité de protéger le salarié – d'abord physiquement, puis de manière plus globale²⁶²⁶ – il n'en demeure pas moins un droit « ambivalent »²⁶²⁷, dont la législation s'intéresse également à la défense des intérêts de l'employeur ou, plus vastement, à ceux de l'entreprise²⁶²⁸. Nous venons de le mentionner, les dernières réformes en date ont largement délaissé les considérations propres aux salariés, pour se tourner davantage vers l'entreprise, en flexibilisant les règles applicables aux relations de travail²⁶²⁹. Il est ainsi vain de « définir le droit du travail en référence à l'objectif de

²⁶²⁴ V. not. Y. PAGNERRE, « Droit des contrats et accords collectifs, regards croisés », préc.

²⁶²⁵ V. not. Agen, ch. civile, 10 déc. 2018, n° 16/00018 ; Pau, ch. 02, sect. 01, 26 sept. 2019, n° 18/3786 ; Saint-Denis, ch. commerciale, 18 déc. 2019, n° 18/01684 ; Lyon, ch. 03 A, 27 févr. 2020, n° 18/08026, préc. ; Paris, pôle 01, ch. 02, 25 juin 2020, n° 19/15987 ; Montpellier, ch. commerciale, 6 avr. 2021, n° 18/04893 ; Rennes, ch. commerciale, 9 nov. 2021, n° 21/02393 ; Colmar, 30 janv. 2023, n° 22/00020 ; Fort-de-France, ch. civile, 4 juill. 2023, n° 22/00062.

²⁶²⁶ V. *supra*, n° 668.

²⁶²⁷ Selon l'expression de G. LYON-CAEN, « Les fondements historiques et rationnels du droit du travail », *Dr. ouvr.* 1951. 1. V. ég. Ch. RADÉ, *Droit du travail et responsabilité civile*, préc., p. 3 ; « Peut-on dire qu'à l'époque moderne le droit civil reposerait sur l'idée d'une égalité abstraite alors que le droit du travail reposerait sur l'idée d'une inégalité concrète ? », in *Mélanges Hauser*, Paris, Dalloz, 2012 ; A. JEAMMAUD, « Les fonctions du droit du travail », préc., p. 254.

²⁶²⁸ Plusieurs thèses ont abordé cette thématique au cours du XXI^e siècle : V. not. Th. FAVARIO, *L'intérêt de l'entreprise en droit privé français*, Thèse, Lyon 3, 2004 ; J.-Y. FROUIN, *Une construction prétorienne du droit du travail : entre protection du salarié et intérêt de l'entreprise*, Thèse, Paris 2, 2009 ; Ch. LECOEUR, *La notion d'intérêt de l'entreprise en droit du travail*, Thèse, Aix-Marseille, 2013.

²⁶²⁹ V. *infra*, n° 674.

protection »²⁶³⁰, car cela « sous-entendrait que l'objet de la protection se trouverait nécessairement être le travailleur ; or il apparaît que de nombreuses dispositions ne sont pas destinées à le protéger mais visent à assurer le respect des intérêts de l'employeur (délai de préavis avant une démission), de l'entreprise (obligation de loyauté ou de fidélité) [...] »²⁶³¹. Actif dans la préservation des considérations patronales, le droit du travail peut, dans cette tâche, être suppléé par le nouveau droit commun des contrats, dont certaines dispositions devraient majoritairement ou uniquement être mobilisées devant le juge du travail à l'initiative d'un employeur. De prime abord, aucun argument ne s'oppose à leur mise en œuvre en droit du travail, à moins – nous le détaillerons plus tard²⁶³² – qu'elle soit créatrice d'un risque trop important pour le salarié.

675. Le premier texte qui protège les intérêts de l'employeur s'avère être le nouvel article 1139 du Code civil – si l'on ne s'intéresse qu'à la période qui précède la conclusion du contrat de travail. En disposant que « l'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable », la disposition est susceptible d'accroître doublement la protection de l'employeur contre la réticence dolosive d'un aspirant salarié. En premier lieu, selon les termes de l'article, elle lui offre la faculté de solliciter la nullité du contrat, même si l'erreur commise « porte sur la valeur de la prestation ou sur un simple motif du contrat »²⁶³³. En second lieu, son fondement légal lui permettrait d'évincer le devoir travailliste de renseignement mis à sa charge, car celui-ci n'a qu'une portée jurisprudentielle²⁶³⁴. En somme, le recruteur trompé par un candidat à l'embauche coupable d'un dol actif ou par réticence pourrait, grâce au nouvel article 1139 du Code civil, être délié de ses engagements contractuels par le jeu de l'annulation rétroactive du contrat vicié. En cela, la protection de ses intérêts est indubitablement renforcée et l'influence du mécanisme en droit du travail pourrait alors être certaine. Il s'avère cependant, comme cela sera détaillé ci-dessous²⁶³⁵, que le risque généré pour le salarié est d'une importance telle que la chambre sociale de la Cour de cassation devrait évincer le texte de la résolution des litiges travaillistes. Il n'en demeure pas moins que c'est l'employeur qui mobilisera le plus fréquemment les dispositions du nouvel article 1139, qui en préserve principalement les intérêts.

²⁶³⁰ Ch. RADÉ, *Droit du travail et responsabilité civile*, préc., p. 3.

²⁶³¹ *Ibid.*

²⁶³² V. *infra*, n° 694 et s.

²⁶³³ Article 1139 du Code civil.

²⁶³⁴ V. *supra*, n° 191.

²⁶³⁵ V. *infra*, n° 734 et s.

676. L'on peut raisonner à l'identique au sujet de l'utilité de l'article 1182, alinéa 3, du Code civil. Consacrant la théorie dite « moderne » des nullités²⁶³⁶, ce dernier opère désormais la distinction entre les nullités dites « absolue » et « relative »²⁶³⁷. Cette dernière, caractérisée lorsque la règle violée avait pour seul objectif de protéger un intérêt privé²⁶³⁸, est susceptible de « confirmation »²⁶³⁹. Cela signifie que « celui qui pourrait se prévaloir de la nullité y renonce », par le biais d'un acte qui mentionne « l'objet de l'obligation et le vice affectant le contrat »²⁶⁴⁰. L'alinéa 3 du même article 1182 du Code civil indique également que « l'exécution volontaire du contrat, en connaissance de cause de nullité, vaut confirmation ».

Tandis que la demande en justice devrait principalement porter sur un acte annexe ou postérieur à la conclusion du contrat de travail²⁶⁴¹ et être intentée par la personne du salarié, ce texte permet à l'employeur de faire rejeter une demande de nullité en faisant admettre que l'exécution volontaire du contrat de travail, par le salarié, en a emporté la tacite confirmation. La cause de nullité relative qui le grevait ne peut alors plus servir de fondement à l'annulation de l'acte, car le demandeur, par l'exécution susmentionnée qui vaut confirmation, a renoncé à faire usage de son droit. Eu égard au particularisme de la relation individuelle de travail, la confirmation tacite prévue par l'article 1182, alinéa 3, du Code civil protège ainsi avant tout l'intérêt de l'employeur²⁶⁴².

677. Il en va de même pour la théorie civiliste de l'imprévision, aujourd'hui codifiée au nouvel article 1195 du Code civil, qui dispose : « si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au

²⁶³⁶ R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques ; Essai d'une théorie nouvelle*, Thèse, Dijon, 1909.

²⁶³⁷ Pour de plus amples développements, V. *supra* et *infra*, n° 84 et s., n° 739 et s. (chap. 6).

²⁶³⁸ Article 1179, alinéa 2, du Code civil.

²⁶³⁹ Article 1181 du Code civil.

²⁶⁴⁰ Article 1182, alinéa 1, du Code civil.

²⁶⁴¹ L'on pense, par exemple, à l'action en justice tendant à faire prononcer la nullité d'une clause de non-concurrence stipulée sans contrepartie financière ou celle d'une convention de forfait conclue sur la base d'une convention collective insuffisante : V. not. Y. PAGNERRE, « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », préc.

²⁶⁴² Pour de plus amples développements, V. *infra*, n° 739 et s.

juge de procéder à son adaptation. À défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ». Si nous gardons les développements relatifs aux conditions de validité et au régime du mécanisme pour la suite du présent travail²⁶⁴³, l'on peut ici démontrer que dans les frontières travaillistes, seul l'employeur peut valablement introduire une action sur le fondement de cet article. Il s'avère en effet qu'au cours de l'exécution de la relation de travail, le salarié n'a rien à payer. Or, pour celui qui n'engage pas de frais, l'exécution du contrat ne peut en aucun cas devenir excessivement onéreuse. Certes, le travailleur subordonné peut avoir des dépenses liées à son emploi, comme celles générées, par exemple, par une mutation²⁶⁴⁴. Néanmoins, dans la mesure où celles-ci sont induites par la clause de mobilité insérée dans son contrat de travail, le salarié ne peut prétendre qu'elles possèdent un caractère « imprévisible lors de la conclusion du contrat ». L'idée a également été émise que cette onérosité puisse être qualifiée au-delà du seul prisme financier²⁶⁴⁵. Le salarié serait alors, par exemple, autorisé à invoquer « la survenance de contraintes familiales nouvelles et impérieuses »²⁶⁴⁶ pour demander la révision du contrat de travail. Pour autant, il n'est pas certain que le terme « onéreuse » puisse se défaire de toute mention à une valeur monétaire. Aussi, le domaine du nouvel article 1195 du Code civil doit, à notre sens, être cantonné à cet aspect²⁶⁴⁷. Certains auteurs estiment dès lors, sur la base d'une interprétation large de cette condition, que les représentants des salariés pourraient, en certaines circonstances, s'emparer avec succès du nouvel article 1195 du Code civil²⁶⁴⁸. En droit du travail, la mobilisation du texte perdrait alors son absolue asymétrie. L'exécution d'une convention collective deviendrait excessivement onéreuse lorsque l'acte prévoit la suppression non nécessaire d'un avantage conventionnel, ou que, le temps passant, la privation soit devenue inutile. Ce peut être le cas d'un accord de performance collective qui prévoit la baisse de la rémunération des salariés pour une durée déterminée alors, qu'entre temps, la situation économique de l'entreprise s'est totalement redressée²⁶⁴⁹. La baisse susmentionnée pourrait

²⁶⁴³ V. *infra*, n° 725 et s, n° 807 et s.

²⁶⁴⁴ Exemple donné par Y. PAGNERRE, « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », *préc.*

²⁶⁴⁵ G. AUZERO, F. CANUT, « Le juge et la modification du contrat de travail », *préc.*

²⁶⁴⁶ *Ibid.*

²⁶⁴⁷ Sur cet avis, V. not. P. ANCEL, « Imprévision », *Rep. civ.*, Dalloz, 2018, spé., n° 75 ; Ph. STOFFEL-MUNCK, « L'imprévision et la réforme du droit des contrats », *préc.*

²⁶⁴⁸ V. not. P. STOFFEL-MUNCK, *ibid* ; O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, *préc.*, p. 447 et s.

²⁶⁴⁹ V. ARMILLEI, « La révision pour imprévision appliquée aux accords collectifs de travail », *RTD civ.* 2022. 815.

alors être perçue comme créatrice d'une excessive onérosité pour les salariés. La notion, dans ce cas, ne doit pas être comprise comme étant la cause d'une dépense nouvelle et démesurée²⁶⁵⁰, mais comme la privation injustifiée de gains supplémentaires. Un argument semble cependant faire obstacle à cette hypothèse ; l'onérosité est en l'espèce subie par les travailleurs subordonnés eux-mêmes, tandis qu'en principe, la convention collective est négociée par des représentants nommés. Or, selon l'article 1195 du Code civil, l'exécution du contrat doit être devenue excessivement onéreuse pour une « partie » à l'acte. Dans la mesure où, sauf exception, les salariés ne prennent pas part à la négociation et à la conclusion de la convention collective, ils ne peuvent être considérés comme une « partie » au sens du texte précité. Dès lors, la voie de l'imprévision semble, à nouveau, être verrouillée en l'espèce²⁶⁵¹. Aussi, comme l'ont fait remarquer certains auteurs²⁶⁵², la porte de l'imprévision ne peut être ouverte qu'à l'employeur, seul contractant à pouvoir alléguer avec pertinence que l'exécution du contrat de travail est devenue excessivement onéreuse. S'en évince logiquement le constat selon lequel le texte, en droit du travail, ne peut être protecteur que de ses intérêts.

678. Dans cette optique, l'on peut faire mention d'un dernier texte : le nouvel article 1218 du Code civil, relatif au cas de force majeure. Celui-ci est caractérisé par la survenance d'un « événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées »²⁶⁵³ et qui « empêche l'exécution de son obligation par le débiteur »²⁶⁵⁴. Dans le cadre de la gestion d'une entreprise, le dirigeant peut être confronté à plusieurs situations qui pourraient s'apparenter à un tel événement, que l'on songe à une pandémie, une catastrophe naturelle voire une grève qui paralyse l'activité de la société. La mobilisation du nouvel article 1218 du Code civil est ainsi essentiellement d'initiative patronale. L'on peine en effet à imaginer concrètement une situation dans laquelle un salarié ou ses représentants vient à subir un tel événement, qui l'empêcherait d'exécuter l'une de ses obligations²⁶⁵⁵. Dès lors, derechef, l'utilité théorique du mécanisme est toute tournée vers l'employeur et ses intérêts.

²⁶⁵⁰ Selon le sens qu'en donne le dictionnaire de l'Académie Française, qui définit le terme comme « qui se fait à prix d'argent, qui impose des frais » : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9O0461>.

²⁶⁵¹ V. ARMILLEI, « La révision pour imprévision appliquée aux accords collectifs de travail », préc.

²⁶⁵² *Ibid.* V. ég. S. TOURNAUX, « Chronique d'actualité du régime juridique du contrat de travail », préc.

²⁶⁵³ Article 1218, alinéa 1, du Code civil.

²⁶⁵⁴ *Ibid.*

²⁶⁵⁵ Les auteurs qui se sont intéressés à l'influence du nouvel article 1218 du Code civil en droit du travail ne font d'ailleurs aucune mention d'une utilisation de la disposition par le salarié ; leur développement se concentre autour de l'utilité que revêt le cas de force majeure pour le seul employeur : V. not. Ch. RADÉ, « Covid-19 et force

679. Si la mise en œuvre effective de plusieurs des dispositions mentionnées devra être questionnée, celle de leur utilité première en droit du travail est désormais tranchée, puisqu'il s'agit de préserver les intérêts propres à l'employeur. Ceci a pour conséquence – à tout le moins en théorie – d'augmenter le rayonnement de la réforme du droit des contrats en droit du travail. Et pour cause, sauf si une autre cause défendue par le juge social venait à prendre le dessus²⁶⁵⁶, cette utilité devrait mener à la mise en œuvre de ces textes dans le cadre des litiges du travail.

680. L'on peut percevoir une utilité d'une règle de droit civiliste en droit du travail au-delà du comblement de ses propres lacunes et de la protection de l'un de ses acteurs. Son juge peut ainsi désormais s'en emparer pour donner à certaines de ses anciennes solutions un fondement cohérent.

B. LE FONDEMENT *A POSTERIORI* DE SOLUTIONS JURISPRUDENTIELLES

681. En sus de la protection des différents acteurs des relations individuelles et collectives de travail, le nouveau droit commun des contrats présente également une utilité majeure pour la chambre sociale de la Cour de cassation. L'utilité, en l'espèce, concerne certains pans – relativement rares – de la jurisprudence de ladite chambre. Certaines de ses décisions possèdent des fondements bancals, contestables, voire erronés, utilisés parce qu'ils présentaient l'avantage d'être les moins inadaptées à la solution recherchée par le juge.

À leurs égards, l'entrée en vigueur du nouveau droit commun des contrats présente un attrait évident pour le juge du travail. Elle lui permet, certes *a posteriori*, d'offrir à certaines de ses décisions un fondement juridique pertinent. Son utilité est alors clairement établie. Il en va ainsi au sujet de la promesse d'embauche du contrat de travail (1), dont la réglementation est dorénavant identique à celle exprimée par le Code civil. Plus encore, la mobilité intra-groupe du salarié pourra se défaire de son fondement actuel – la novation – qui lui sied particulièrement mal, car elle peut désormais être mise en œuvre sur celui de la cession conventionnelle de contrat prévue par le nouvel article 1216 du Code civil (2). Enfin, la notion d'« avantage de

majeure », *Dr. soc.* 2020. 598 ; C.-E. BUCHER, « La force majeure et l'imprévision remèdes à l'épidémie de covid-19 ? », *CCC.* 2020. 5 ; A.-L. MAZAUD, *Contrat de travail et droit commun. Essai de mesure*, préc., p. 198 et s.

²⁶⁵⁶ Comme ce pourrait être le cas de la défense des intérêts du salarié, mise en balance avec la protection de ceux de l'employeur.

retraite », jurisprudentiellement découverte au début de notre siècle²⁶⁵⁷, pourrait désormais être rattachée aux articles 1100 et suivants du Code civil, relatifs à la naissance des obligations (3).

1. La promesse d'embauche du contrat de travail

682. Le contentieux de la promesse unilatérale de contrat de travail a fait couler beaucoup d'encre au sein de la doctrine travailliste au cours de la décennie passée. Se trouvait principalement en cause un arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 15 décembre 2010²⁶⁵⁸, selon lequel « constitue une promesse d'embauche valant contrat de travail l'écrit qui précise l'emploi proposé et la date d'entrée en fonction »²⁶⁵⁹. Ainsi, sous réserve de contenir certaines informations précises et exhaustivement énumérées par l'arrêt susmentionné, la promesse unilatérale rédigée par l'employeur – pour laquelle l'aspirant salarié est considéré comme en étant le bénéficiaire – valait contrat de travail. Autrement formulé, ce contrat pouvait se former par l'expression de la volonté d'une seule partie, à savoir l'employeur. En effet, au moment de ladite formation, le candidat à l'embauche n'avait pas encore levé l'option laissée à sa diligence²⁶⁶⁰. Il n'avait donc pas exprimé son consentement²⁶⁶¹ et, d'un point de vue strictement juridique, « le contrat projeté [restait] encore à conclure, même si cette conclusion ne [dépendait] que de la seule manifestation de volonté du bénéficiaire de la promesse d'embauche »²⁶⁶². Et pour cause, la promesse unilatérale est un avant-contrat²⁶⁶³ qui offre à une partie le droit d'opter ou non pour la conclusion d'un contrat. L'on ne peut ainsi évoquer cette dernière qu'au futur, car il manque encore le consentement du bénéficiaire, symbolisé par la levée de l'option.

²⁶⁵⁷ Soc., 30 nov. 2004, n° 02-45.367, *Dr. soc.* 2005. 327, obs. Ch. RADÉ.

²⁶⁵⁸ Soc., 15 déc. 2010, n° 08-42.951, préc.

²⁶⁵⁹ V. déjà *supra*, n° 67, n° 594.

²⁶⁶⁰ Article 1124 du Code civil.

²⁶⁶¹ V. not. L. BENTO DE CARVALHO, « Offre de contrat et promesse unilatérale de contrat : la Cour de cassation marque enfin la différence ! », préc. ; N. DEDESSUS-LE-MOUSTIER, « Rétractation de la promesse d'embauche par l'employeur », *JCP G* 2011. 19 ; Th. GENICON, « La promesse d'embauche ou le miracle du « contrat sans acceptation », *RDC* 2011, p. 804 ; H. PESCHAUD, « Promesse d'embauche rétractée : licenciement injustifié », *LPA* 2012, n° 192, p. 10.

²⁶⁶² G. AUZERO, « Vers une disparition de la promesse d'embauche en tant qu'acte juridique autonome du contrat de travail ? », *RDT* 2011. 108.

²⁶⁶³ Elle a même été présentée, en compagnie du pacte de préférence, comme « l'archétype des avant-contrats » : G. PILLET, « Pacte de préférence », *Rep. civ.*, Dalloz, 2019, spé., n° 3.

Pourtant, dans l'optique d'assurer la protection des intérêts du travailleur contre la rétractation fautive²⁶⁶⁴ d'une promesse unilatérale d'embauche²⁶⁶⁵, le juge social a estimé qu'un contrat de travail pouvait être formé par le seul consentement de l'employeur, exprimé expressément dans la promesse d'embauche. De la sorte, la rétractation fautive du promettant devait s'analyser comme un licenciement sans cause réelle et sérieuse. En effet, la renonciation de l'employeur ne concerne finalement plus une promesse unilatérale, dans la mesure où celle-ci « vaut contrat de travail »²⁶⁶⁶. Elle exprime dès lors la volonté unilatérale de l'employeur de rompre ledit contrat, quand bien même il n'en avait pas conscience. De surcroît, puisque le contrat de travail n'a pas fait l'objet d'un écrit, il n'était pas possible pour l'employeur de considérer que sa rupture est intervenue au cours d'une période d'essai, qui aurait eu pour effet d'exclure les règles du licenciement des frontières du litige²⁶⁶⁷. Et pour cause, l'article L. 1221-23 du Code du travail dispose que « la période d'essai et la possibilité de la renouveler ne se présument pas. Elles sont expressément stipulées dans la lettre d'engagement ou le contrat de

²⁶⁶⁴ La rétractation d'une promesse unilatérale, à l'instar de celle d'une offre, est soumise à une règle temporelle spécifique. Elle est totalement libre tant que la promesse n'est pas parvenue à son destinataire. Une fois qu'elle l'est, la rétractation ne peut valablement intervenir qu'après le respect du délai conventionnellement fixé ou, à défaut, d'un délai qualifié de « raisonnable ». En conséquence, est fautive la rétractation de la promesse parvenue au bénéficiaire avant même que le délai laissé à celui-ci pour lever l'option ne soit écoulé. En amont de la réforme de droit des contrats, cette rétractation fautive n'était sanctionnée que par l'octroi de dommages et intérêts au bénéficiaire : Civ., 3^e, 15 déc. 1993, n° 91-10.199, préc. Ainsi, lorsque la chambre sociale de la Cour de cassation a rendu son arrêt controversé du 15 déc. 2010, en application de la jurisprudence civiliste antérieure, la violation d'une promesse unilatérale d'embauche aurait dû donner lieu au versement de dommages et intérêts à l'aspirant salarié. C'est notamment pour s'écarter de cette sanction – peu favorable pour la victime – que la chambre sociale a considéré que la promesse valait contrat de travail et que, dès lors, sa rétractation fautive devait s'analyser comme un licenciement sans cause réelle et sérieuse, lequel ouvrait alors au salarié la perception de dommages et intérêts plus conséquents, conformément à l'ancien article L. 1235-3 du Code du travail. Celui-ci disposait en effet que « si le licenciement d'un salarié survient pour une cause qui n'est pas réelle et sérieuse, le juge peut proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise, avec le maintien des avantages acquis. Si l'une ou l'autre des parties refuse, le juge octroie une indemnité au salarié. Cette indemnité, à la charge de l'employeur, ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois. Elle est due sans préjudice, le cas échéant, de l'indemnité de licenciement prévue à l'article L. 1234-9 ».

²⁶⁶⁵ En l'espèce, une société avait transmis, le 31 juill. 2006, à un aspirant salarié un écrit qui indiquait la date de l'embauche, le poste pourvu, la rémunération brute mensuelle et certains avantages annexes. En date du 9 août 2006, elle lui a cependant indiqué qu'elle n'entendait finalement pas donner suite à la promesse d'embauche. Le salarié a alors saisi le Conseil de Prud'hommes compétent afin de lui faire dire que la promesse s'analysait en contrat de travail et, par conséquent, que sa rétractation équivalait à un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

²⁶⁶⁶ Soc., 15 déc. 2010, n° 08-42.951, préc.

²⁶⁶⁷ En de nombreuses occurrences, la chambre sociale de la Cour de cassation a affirmé que lorsque le contrat de travail est rompu au cours de la période d'essai, les règles propres au licenciement et à la démission ne trouvent pas à s'appliquer : V. not. Soc., 6 mars 1980, n° 78-41.417 ; Soc., 12 janv. 1989, n° 86-40.345 ; Soc., 14 mars 1995, n° 91-43.658 ; Soc., 17 juill. 1996, n° 93-46.494 ; Soc., 9 oct. 1996, n° 93-45.668 ; Soc., 11 oct. 2000, n° 98-42.772 ; Soc., 10 mars 2004, n° 01-44.750, *Dr. soc.* 2004. 733, obs. M. DUBERTRET ; *D.* 2004. 2189, obs. B. GÉNIAUT ; *JCP* 2004. II. 10088, note D. CORRIGNAN-CARSIN ; Soc., 5 mai 2004, n° 02-41.224, *Dr. soc.* 2004. 786, obs. C. ROY-LOUSTAUNAU ; Soc., 15 mai 2008, n° 07-42.289 ; Soc., 7 févr. 2012, n° 10-27.525, *Dr. soc.* 2012. 524, obs. J. MOULY ; *RD* 2012. 214, note G. AUZERO ; *D.* 2012. 901, obs. P. LOKIEC, J. PORTA ; Soc., 12 sept. 2018, n° 16-26.333, *Dr. soc.* 2018. 1066, obs. J. MOULY ; *D.* 2019. 963, obs. P. LOKIEC, J. PORTA ; *JCP S* 2019. 1338, obs. A. BARÈGE ; *JSL* 2018, n° 463-2, obs. J.-P. LHERNOULD ; Soc., 9 janv. 2019, n° 17-31.754.

travail ». Or, en l'espèce, la relation de travail a été nouée sans qu'une lettre d'engagement ou un contrat de travail ne soit rédigé. Aussi, la rétractation de l'employeur, qui s'analyse comme une rupture du contrat à son initiative, doit impérativement respecter les règles procédurales, de justification et indemnitaires du licenciement²⁶⁶⁸. Si tel n'est pas le cas, celui-ci sera irrégulier et dépourvu de toute cause réelle et sérieuse.

La chambre sociale a, par la suite, atténuée sa position, sans toutefois la revirer totalement. Elle a effectivement considéré que la promesse d'embauche n'a pas à respecter les conditions de formes spécifiquement imposées au contrat de travail à durée indéterminée²⁶⁶⁹, mais aussi qu'elle ne vaut contrat de travail qu'à compter du moment où son bénéficiaire l'a acceptée²⁶⁷⁰. La finalité restait toutefois identique ; la promesse unilatérale d'embauche pouvait valoir contrat de travail. Au-delà d'être particulièrement critiquée, cette solution était « hétérodoxe »²⁶⁷¹, en ce qu'elle dérogeait clairement au droit commun des contrats, qui était certes alors dénué de normes de nature légale²⁶⁷².

683. L'on s'attendait à ce que la chambre sociale de la Cour de cassation profite de l'entrée en vigueur de la réforme du droit des contrats – qui insère dans le Code civil des dispositions relatives à l'offre²⁶⁷³ et la promesse unilatérale²⁶⁷⁴ – pour opérer un revirement de jurisprudence et revenir à la position qui était la sienne en 2005²⁶⁷⁵. Il en est allé ainsi. Par un arrêt du 21 septembre 2017²⁶⁷⁶, la promesse unilatérale de contrat de travail est définie comme « le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat de travail, dont l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire ». La définition donnée par le nouvel article 1124 du Code civil est ainsi respectée, lui qui qualifie de « promesse unilatérale » le contrat dont les éléments essentiels sont déterminés et dont la

²⁶⁶⁸ Article L. 1232-1 et s. du Code du travail.

²⁶⁶⁹ Soc., 6 juill. 2016, n° 15-11.138, *Dr. soc.* 2016. 867, obs. J. MOULY ; *RDT* 2016. 616, obs. G. AUZERO ; *D.* 2016. 840, obs. P. LOKIEC, J. PORTA ; *JCP S* 2017. 1359, obs. F. BOUSEZ ; *Cah. Soc.* 2016, p. 426, obs. J. ICARD.

²⁶⁷⁰ Soc., 5 oct. 2016, n° 15-28.672, *RDT* 2016. 700, obs. S. TOURNAUX ; *JCP S* 2016. 1391, note F. BOUSEZ ; *JSL* 2016, n° 420-3, obs. M. HAUTEFORT.

²⁶⁷¹ Y. PAGNERRE, « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », préc.

²⁶⁷² V. not. S. TOURNAUX, « Le contrat de travail et les dérogations au droit commun des contrats », préc.

²⁶⁷³ Articles 1113 et s. du Code civil.

²⁶⁷⁴ Article 1124 du Code civil.

²⁶⁷⁵ V. not. Soc., 30 mars 2005, n° 03-40.901.

²⁶⁷⁶ Soc., 21 sept. 2017, n° 16-20.103, préc.

formation définitive est soumise à l'expression du consentement de l'optionnaire. Ainsi, l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016 a permis au juge social de revenir à l'orthodoxie juridique au sujet de la caractérisation d'une promesse unilatérale d'embauche. C'est là l'expression de l'utilité des articles 1113 à 1122 et 1124 du Code civil.

684. Il ne faut cependant pas considérer que cet arrêt du 21 septembre 2017 acte définitivement le retour de la chambre sociale dans le giron du droit commun des contrats. La décision est en effet empreinte d'un opportunisme certain à plusieurs égards et consacre en réalité une « allégeance de façade [du droit du travail] au droit commun des contrats »²⁶⁷⁷. Et pour cause, la jurisprudence civile antérieure à la réforme du droit commun des contrats²⁶⁷⁸ condamnait déjà la position adoptée par la chambre sociale. Pourtant, cette dernière n'est jamais totalement revenue sur sa jurisprudence, même si l'article L. 1221-1 du Code du travail le commandait²⁶⁷⁹. Si l'alignement avec le droit commun des contrats doit être salué, il s'avère en réalité que le juge social s'est saisi des nouveaux articles 1113 et suivants du Code civil pour revenir sur un pan très critiqué – et critiquable – de sa jurisprudence ; il se pourrait, à l'avenir et comme nous le détaillerons ci-dessous²⁶⁸⁰ – qu'il en vienne à « s'affranchir de règles communes jugées inopportunes »²⁶⁸¹.

L'opportunisme susmentionné est également alimenté d'une seconde manière. Nous l'avons énoncé, sous l'empire de l'arrêt du 15 décembre 2010, la rétractation fautive de la promesse d'embauche par l'employeur valait licenciement sans cause réelle et sérieuse, dont la sanction était alors particulièrement favorable – financièrement parlant – pour la victime. Néanmoins, les ordonnances du 22 septembre 2017 s'apprêtaient à entrer en vigueur²⁶⁸² et à insérer dans le Code du travail un plafonnement desdits dommages et intérêts. L'existence de ce plafonnement allait rendre inutile la position adoptée par la Cour de cassation le 15 décembre 2010, car le salarié n'aurait alors plus aucun intérêt indemnitaire à saisir le Conseil de Prud'hommes d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse lorsque son employeur a

²⁶⁷⁷ Selon l'expression de Ch. GOLDIE-GENICON, « Droit commun des contrats et contrat de travail, 100 ans après », préc.

²⁶⁷⁸ V. not. N. MOLFESSIS, « Promesses d'embauche : la chambre sociale retrouve la voie du droit civil mais s'égare dans la motivation enrichie », préc.

²⁶⁷⁹ *Ibid.*

²⁶⁸⁰ V. *infra*, n° 709 et s.

²⁶⁸¹ Ch. GOLDIE-GENICON, *op. cit.*

²⁶⁸² Les différentes ordonnances du 22 sept. 2017 sont entrées en vigueur le surlendemain, le 24 sept. 2017.

fautivement rétracté la promesse d'embauche dont il était le bénéficiaire²⁶⁸³. En effet, depuis l'entrée en vigueur de ce que la doctrine nomme communément un « barème »²⁶⁸⁴ d'indemnisation prud'homale, le salarié doté d'une ancienneté inférieure à un mois²⁶⁸⁵ et dont le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse peut prétendre à percevoir au maximum une indemnité équivalente à un mois de salaire²⁶⁸⁶. Aussi, continuer de sanctionner la rétractation fautive d'une promesse unilatérale d'embauche par la voie du licenciement sans cause réelle et sérieuse perdrait toute efficacité. Bien consciente de cela, la chambre sociale de la Cour de cassation a replacé la promesse d'embauche dans le carcan du nouveau droit commun des contrats. En effet, le nouvel article 1124 du Code civil dispose expressément que la faute commise par le promettant dans sa rétractation n'empêche pas la formation du contrat projeté. Le salarié dispose ainsi de la faculté de forcer la conclusion du contrat de travail, même si l'on peut douter de la pertinence d'une telle action²⁶⁸⁷. S'il ne sollicite pas l'exécution forcée de la promesse unilatérale, il est alors autorisé à engager la responsabilité de l'employeur promettant²⁶⁸⁸.

²⁶⁸³ V. not. B. BAUDOUIN, J. DUBARRY, « Fallait-il lire les promesses d'embauche au prisme du nouveau droit commun des contrats ? », préc.

²⁶⁸⁴ Les exemples sont très nombreux. Parmi cette littérature particulièrement fournie, V. not. J. MOULY, « L'inconventionnalité du barème : une question de proportionnalité », *Dr. soc.* 2019. 234 ; Ch. RADÉ, « De la conventionnalité du « Barème Macron », *Dr. soc.* 2019. 324 ; « Le nouveau « barème » d'indemnisation des salariés licenciés sans cause réelle et sérieuse », préc. ; I. SAYN, « Des barèmes et des juges », *Dr. soc.* 2019. 293 ; B. PALLI, « La place du « barème » dans certains pays européens », *Dr. soc.* 2019. 310 ; G. BARGAIN, « Le contrôle de conventionnalité du barème d'indemnités : des choix contestables », *RDT* 2019. 569 ; P. LOKIEC, « Barèmes d'indemnisation en cas de licenciement abusif : la résistance des juges », préc. ; « Indemnités de licenciement : le barème ou le préjudice amputé », *SSL*, n° 1950, p. 10 ; C.-É. LE ROY, « Social – Licenciement – Barème d'indemnisation : quand pèse l'incertitude... », *JA* 2019, n° 607. 38 ; A. D'HEILLY, « En question : la conventionnalité des barèmes d'indemnisation prud'homale », *JCP S* 2016. 160 ; G. LOISEAU, « Conventionnalité du barème : le débat est ouvert », *JCP S* 2018. 1367 ; « Le barème conventionnellement correct », *JCP S* 2019. 826 ; « Un examen clinique de la conventionnalité du barème d'indemnité prud'homale », *Gaz. Pal.* 18 juin 2018, p. 15 ; « Le barème d'indemnités : mésaventures en prud'homie », *Gaz. Pal.* 29 janv. 2019, p. 19 ; J. ICARD, « La logique juridique n'est pas absente des jugements prud'homaux sur le barème », *SSL* 2019. 1846 ; G. BARGAIN, T. SACHS, « La tentation du barème », préc. ; L. BENTO DE CARVALHO, « Indemnisation de la rupture conventionnelle viciée : quelles stratégies face au « barème Macron » ? », préc. ; P. HENRIOT, « La réception du barème par le juge : quel impact sur sa mission ? », préc. ; A. LYON-CAEN, « Complexité du barème », préc. Le mot « barème » ne semble toutefois pas totalement adapté pour évoquer les plancher et plafond fixés par le nouvel article L. 1235-3 du Code du travail. Il s'agirait plutôt d'un « référentiel obligatoire » : V. not. Ch. RADÉ, *op. cit.* ; É. SERVERIN, « Forfaits, minima, maxima, référentiels : les outils de la maîtrise des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse », *RDT* 2016. 634.

²⁶⁸⁵ Comme c'est le cas de celui qui sollicite la constatation d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse suite à la rétractation fautive d'une promesse d'embauche par l'employeur.

²⁶⁸⁶ Article L. 1235-3 du Code du travail.

²⁶⁸⁷ Il n'est en effet pas certain que le salarié gagne véritablement quelque chose à forcer la conclusion d'un contrat de travail suite à une rétractation fautive d'une promesse d'embauche par l'employeur. Celui-ci, nous venons de l'énoncer, dispose de la faculté de rompre unilatéralement le contrat de travail à bas coût lorsque le salarié a récemment intégré l'effectif de l'entreprise. De surcroît, nous pouvons émettre des doutes quant à l'ambiance de travail entre les deux acteurs, si l'un n'a finalement pas souhaité honorer sa promesse d'embauche et que l'autre l'y a contraint.

²⁶⁸⁸ Article 1124 du Code civil.

Cet opportunisme ne doit pas occulter l'utilité que présentent les dispositions générales mobilisées, qui ont tout de même fourni au juge social l'assise nécessaire pour opérer le revirement d'une jurisprudence peu convaincante.

685. De manière analogue, le nouveau droit commun des contrats a d'ores et déjà servi à la chambre sociale de la Cour de cassation à revenir sur une autre solution critiquée, relative au fondement juridique de la mobilité intra-groupe du salarié.

2. La mobilité intra-groupe du salarié

686. Centraux dans le paysage juridique et économique français²⁶⁸⁹, les groupes de sociétés font cependant l'objet d'une réglementation très parcellaire, principalement concentrée sur le cas des filiales²⁶⁹⁰. La loi n'en donne d'ailleurs aucune définition. Classiquement, l'on considère qu'il s'agit d'une « entité économique formée par une société contrôlante et l'ensemble des sociétés qu'elle contrôle »²⁶⁹¹. Le groupe de société est ainsi dirigé par une société dite « mère », qui contrôle une ou plusieurs sociétés dites « filles », les filiales²⁶⁹².

Le Code du travail, lui, n'ignore pas totalement la notion. Par exemple, son article L. 1233-3, qui présente et définit les différents motifs économiques de licenciement, dispose notamment que « les difficultés économiques, les mutations technologiques ou la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise s'apprécient au niveau de cette entreprise si elle n'appartient pas à un groupe et, dans le cas contraire, au niveau du secteur d'activité commun à cette entreprise et aux entreprises du groupe auquel elle appartient, établies sur le territoire national, sauf fraude ». Pour autant, dans les relations de travail, toutes les situations qui font intervenir la notion de « groupe de sociétés » ne sont pas légalement régies. La question de la mobilité du salarié entre deux sociétés d'un même groupe n'est ainsi pas réglementée. Il est certes une disposition du Code du travail qui concerne directement le transfert de contrat de travail entre deux employeurs, à savoir l'article L. 1224-1 du Code du travail. Celui-ci, néanmoins, ne trouve à s'appliquer que « lorsque survient une modification dans la situation

²⁶⁸⁹ V. not. A. LECOURT, « Groupe de sociétés », *Rep. sociétés*, Dalloz, 2021, spé., n° 6.

²⁶⁹⁰ Articles L. 233-1 et s. du Code du commerce.

²⁶⁹¹ Selon l'Institut National de la Statistique et des Études Économiques : <https://www.insee.fr/fr/metadonnees/definition/c1041>.

²⁶⁹² V. A. LECOURT, *op. cit.*, spé., n° 15 et s.

juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise »²⁶⁹³. Dans cette hypothèse, « tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise »²⁶⁹⁴. La disposition trouve ainsi à s'appliquer au transfert d'un contrat de travail, mais uniquement dans le cadre spécifique d'un transfert d'entreprise, qui résulte de la caractérisation d'une entité économique et autonome dont l'activité est préservée²⁶⁹⁵. L'on est ainsi loin de notre hypothèse de départ, à savoir le transfert d'un contrat de travail entre deux sociétés qui appartiennent à un même groupe.

687. Devant le contentieux ponctuel généré par cette question, la chambre sociale de la Cour de cassation a dû faire appel au droit commun des contrats afin de trancher le litige et de combler les lacunes de la législation spéciale travailliste²⁶⁹⁶. Dans un arrêt rendu en date du 3 mars 2010, elle a estimé que la mobilité intra-groupe du salarié devait être fondée sur le mécanisme civiliste de la novation²⁶⁹⁷. Cette dernière sied pourtant bien mal à la situation concrète dans laquelle est placé le salarié. Selon l'article 1329 du Code civil, « la novation est un contrat qui a pour objet de substituer à une obligation, qu'elle éteint, une obligation nouvelle qu'elle crée. Elle peut avoir lieu par substitution d'obligation entre les mêmes parties, par changement de débiteur ou par changement de créancier ». L'article suivant, quant à lui, rappelle que « la novation ne se présume pas ; la volonté de l'opérer doit résulter clairement de l'acte ». Ainsi, le principe même de la novation est d'éteindre une obligation et de lui en substituer une nouvelle, par la volonté expresse et consciente des parties au contrat. Il s'avère que dans l'affaire qui a mené à l'arrêt du 3 mars 2010, ces deux éléments font clairement défaut. En effet, la mobilité intra-groupe ne

²⁶⁹³ Article L. 1224-1 du Code du travail.

²⁶⁹⁴ *Ibid.*

²⁶⁹⁵ V. not. Ass. plén., 16 mars 1990, n° 89-45.730, *Dr. soc.* 1990. 399, concl. H. DONTENWILLE ; *Dr. soc.* 1990. 412, note G. COUTURIER ; *Dr. soc.* 1990. 416, note X. PRÉTOT ; *D.* 1990. 305, note A. LYON-CAEN ; *Dr. ouvr.* 1990. 317, note E. WAGNER ; Soc., 28 juin 2000, n° 98-43.692, préc. ; Soc., 9 févr. 1994, n° 92-40.146 ; Soc., 12 mai 1998, n° 94-43.480. Aussi, le texte spécial travailliste ne trouve absolument pas à régir l'hypothèse du transfert d'un contrat de travail entre deux sociétés d'un même groupe. V. not. L. PERRIN, « Transfert du contrat de travail : dispositif conventionnel », *D.* 2010. 703 ; F. BOUSEZ, « Transfert conventionnel et changement d'employeur : l'accord du salarié est requis », *JCP S* 2016. 1242 ; B. BOSSU, J.-F. CESARO, L. DAUXERRE, E. JEANSEN, Y. PAGNERRE, « Chronique sous la direction de Bernard Teyssié », *JCP E* 2022. 1330 ; L. BENTO DE CARVALHO, « L'incidence de la réforme du droit des contrats sur le régime du contrat de travail : renouvellement ou *statu quo* ? », préc. ; Y. PAGNERRE, « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », préc. ; Ch. RADÉ, « L'impact de la réforme du droit des contrats en droit du travail », préc. ; A.-L. MAZAUD, *Contrat de travail et droit commun. Essai de mesure*, préc., p. 590 et s.

²⁶⁹⁶ V. *supra*, n° 70 et s.

²⁶⁹⁷ Soc., 3 mars 2010, n° 08-41.600, n° 08-40.895, préc.

donne pas lieu à l'extinction d'une obligation²⁶⁹⁸, car le même contrat de travail se poursuit pour le compte du nouvel employeur. L'ancienneté²⁶⁹⁹ et la qualification professionnelle²⁷⁰⁰ du salarié, qui auraient dû être abandonnées suite à l'extinction de l'obligation première et la création de l'obligation successive, sont d'ailleurs conservées. Dès lors, et fort logiquement, il est certain que les parties à l'opération n'ont guère eu l'intention de nover. L'*animus novandi* commandé par l'article 1330 du Code civil est ainsi manquant²⁷⁰¹. En d'autres termes, il est évident que la novation est inadéquate pour fonder juridiquement la mobilité intra-groupe d'un salarié et qu'elle n'a été utilisée par la chambre sociale de la Cour de cassation que parce qu'il s'agissait du mécanisme le moins inadapté à cette tâche.

688. À nouveau, l'entrée en vigueur de la réforme du droit des contrats pourrait offrir au juge social un fondement congruent. Le nouvel article 1216 du Code civil est en effet directement relatif à la cession conventionnelle d'un contrat, peu importe sa nature²⁷⁰². Il dispose qu'« un contractant, le cédant, peut céder sa qualité de partie au contrat à un tiers, le cessionnaire, avec l'accord de son cocontractant, le cédé »²⁷⁰³. Le Gouvernement, à l'instar de l'avant-projet dirigé sous la direction de M. P. Catala, a fait le choix de rejeter la conception duale de la cession de contrat, perçue comme le cumul d'une cession de dette et de créance²⁷⁰⁴. En lieu et place, a été consacrée une vision unitaire de la cession de contrat, entendue comme celle de la qualité de « partie » au contrat et des prérogatives contractuelles qui y sont attachées²⁷⁰⁵. Ainsi, pour donner un exemple qui nous concerne directement, un employeur peut céder cette qualité à une

²⁶⁹⁸ L'on comprend d'ailleurs que le mécanisme de la novation est censé provoquer l'extinction d'une obligation et non pas celle d'un contrat : V. not. D. CHOLET, « La novation de contrat », *RTD civ.* 2006. 467.

²⁶⁹⁹ Soc., 21 juin 2005, n° 02-45.918.

²⁷⁰⁰ Soc., 6 avr. 2011, n° 09-70.598.

²⁷⁰¹ V. not. Y. PAGNERRE, « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », préc. ; Ch. RADÉ, « L'impact de la réforme du droit des contrats en droit du travail », préc. ; A.-L. MAZAUD, *Contrat de travail et droit commun. Essai de mesure*, préc., p. 479 et s.

²⁷⁰² G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, préc., p. 547, rappellent que « le législateur consacre à cet égard [...] la possibilité de céder un contrat conclu *intuitu personae*, un contrat unilatéral ou un contrat instantané, notamment lorsqu'il est conclu à terme ou sous condition. Il n'existe pas, par nature, de contrats incessibles ». Cela fait écho à la jurisprudence antérieure de la chambre commerciale de la Cour de cassation : V. not. Com., 7 janv. 1992, n° 90-14.831, *D.* 1992. 278, obs. L. AYNÈS ; *RTD civ.* 1992. 762, obs. J. MESTRE ; *JCP* 1992. I. 3591, obs. Ch. JAMIN ; *CCC* 1992. 110, obs. L. LEVENEUR ; Com., 6 juin 2000, n° 97-19.347, *D.* 2001. 1345, note D. KRAJESKI ; *D.* 2002. 853, obs. B. BLANCHARD ; *RTD civ.* 2000. 571, obs. J. MESTRE, B. FAGES ; *RTD civ.* 2000. 858, obs. P.-Y. GAUTHIER ; *Defrénois* 2000. 1125, obs. Ph. DELEBECQUE.

²⁷⁰³ Article 1216, alinéa 1, du Code civil.

²⁷⁰⁴ V. not. A. LECOURT, « L'impact de la réforme du droit des contrats sur le droit des sociétés : aspects théoriques et pratiques », préc.

²⁷⁰⁵ *Ibid.*

tierce personne – appelée cessionnaire, qui deviendra ainsi le nouvel employeur – avec l’accord du salarié²⁷⁰⁶.

689. Comme nous l’avons mentionné dans le premier chapitre de notre travail, ce nouvel article 1216 du Code civil présente une utilité certaine et permettrait de justifier de manière judicieuse le transfert d’un contrat de travail entre deux sociétés d’un même groupe²⁷⁰⁷. La disposition se trouve en effet être en parfaite adéquation avec la jurisprudence antérieure de la chambre sociale de la Cour de cassation. Dans la mesure où seule la qualité d’employeur est transmise, l’on comprend que le salarié cédé conserve à la fois l’ancienneté qu’il a acquise dans l’entreprise ainsi que sa qualification. Le texte autorise ce que le mécanisme de la novation interdisait normalement, à savoir la poursuite du contrat de travail aux mêmes conditions²⁷⁰⁸. Ses effets doivent être clairement distingués de ceux qui résultent d’un transfert de contrat organisé sur la base de l’article L. 1224-1 du Code du travail, comme l’indique la Cour de cassation²⁷⁰⁹. Le juge social a ainsi tout intérêt à mobiliser la nouvelle disposition générale pour octroyer à la mobilité intra-groupe des salariés un fondement cohérent et en adéquation avec sa jurisprudence passée. Il s’en est d’ailleurs d’ores et déjà emparé en plusieurs occurrences, sans pour autant rendre expressément son arrêt au visa du nouvel article 1216 du Code civil. Dans la décision susmentionnée du 8 juin 2016²⁷¹⁰, l’article est même utilisé par anticipation, alors même que la réforme du droit des contrats n’était pas encore entrée en vigueur, afin de rejeter l’application du régime de la rupture conventionnelle lors de la conclusion d’une convention tripartite « ayant pour objet d’organiser, non pas la rupture, mais la poursuite du contrat de

²⁷⁰⁶ La thématique de l’accord du salarié – notamment son anticipation – sera développée plus tard dans ce chapitre : V. *infra*, n° 719 et s.

²⁷⁰⁷ V. *supra*, n° 70 et s.

²⁷⁰⁸ V. not. Soc., 8 juin 2016, n° 15-17.555, préc.

²⁷⁰⁹ V. not. Soc., 23 mars 2022, n° 20-21.518, *Dr. soc.* 2022. 467, obs. J. MOULY ; *JCP S* 2022. 1132, obs. P. MORVAN ; *JCP E* 2022. 1330, note Y. PAGNERRE ; *JSL* 2022, n° 541, obs. H. NASMN-TISSANDIER. En l’espèce, une salariée a été engagée par la société BNP Paribas Lease Group en mai 2001. En avril 2009, avec son accord, son contrat de travail a été conventionnellement transféré à la société BNP Paribas. La cession a ainsi été réalisée conformément au nouvel article 1216 du Code civil. Ultérieurement, la salariée a saisi le Conseil de Prud’hommes « afin d’obtenir son positionnement à un autre niveau de la grille indiciaire, un rappel de salaire, des dommages et intérêts pour discrimination en raison de ses maternités, de son sexe et de son engagement syndical et pour harcèlement discriminatoire ». La Cour de cassation rejette ces prétentions, en indiquant que « la convention par laquelle un salarié quitte le poste qu’il occupait dans une entreprise pour entrer au service d’une autre entreprise appartenant au même groupe, organisant ainsi la poursuite du contrat de travail, hors application de l’article L. 1224-1 du Code du travail, n’emporte pas la transmission au nouvel employeur de l’ensemble des obligations qui incombent à l’ancien employeur, sauf stipulations expresses en ce sens ». Par conséquent, la salariée « n’était pas recevable à former à l’encontre du nouvel employeur des demandes fondées sur des manquements imputables au premier employeur ».

²⁷¹⁰ Soc., 8 juin 2016, n° 15-17.555, *op. cit.*

travail »²⁷¹¹. Son spectre plane également au-dessus d'un arrêt rendu le 26 octobre 2022²⁷¹², bien que les faits se soient déroulés antérieurement à l'entrée en vigueur de la réforme susmentionnée. Tandis que la Cour d'appel de renvoi²⁷¹³ considérait que la mutation d'une salariée était intervenue dans le cadre d'une convention tripartite – entre cédant, cédé et cessionnaire – la Cour de cassation rappelle que la validité d'une telle convention est soumise à une condition de fond – la volonté d'organiser la continuité des relations contractuelles – ainsi qu'à une condition de forme – la conclusion d'un contrat qui réunit l'expression de la volonté des trois parties. Ainsi, au-delà même de combler les lacunes de la législation travailliste, le mécanisme civiliste de la cession conventionnelle de contrat présente une autre utilité, d'ores et déjà saisie par le juge du travail : donner à la mobilité intra-groupe du salarié une base juridique pertinente et, par-là, évincer du domaine toute mention à la novation et favoriser un retour à l'orthodoxie juridique.

690. Il est un dernier cas dans lequel les nouvelles règles générales peuvent fournir à la chambre sociale de la Cour de cassation un fondement lui permettant de justifier l'une de ses solutions de manière *a posteriori*. Cependant, à la différence des exemples de la promesse unilatérale d'embauche et de la mobilité intra-groupe du salarié, le juge ne s'est pas encore emparé aux articles 1100 et suivants du Code civil afin de motiver la création et la pérennité de la notion d'avantage de retraite.

3. La notion d'avantage de retraite

691. Dans une affaire jugée à la fin de l'année 2004²⁷¹⁴, la chambre sociale de la Cour de cassation a dû déterminer la nature juridique d'une prime dite « de milieu d'année », versée par un employeur au titre d'un usage d'entreprise et qu'un ancien salarié a continué de percevoir pendant près de vingt années postérieurement à sa mise en retraite. L'entreprise a en effet dénoncé l'usage susmentionné et le retraité a saisi la juridiction prud'homale compétente afin d'être rétabli dans ses droits. Pour l'employeur, « le versement au retraité reposait sur le même usage que les salariés en activité, et que cet usage ayant été régulièrement dénoncé il devait

²⁷¹¹ *Ibid.*

²⁷¹² Soc., 8 oct. 2022, n° 21-10.495, *RDT* 2023. 183, obs. M. VICENTE. On trouve également son influence implicite, à notre sens, dans Soc., 7 mai 2024, n° 22-22.641, préc.

²⁷¹³ Amiens, 5^e ch. prud'h, 15 oct. 2020, n° 19/01481.

²⁷¹⁴ Soc., 30 nov. 2004, n° 02-45.367, préc.

également cesser de produire effet pour le retraité »²⁷¹⁵. Il n'en est rien pour la Cour de cassation, qui énonce que « le versement par l'employeur d'une prime dite de milieu d'année postérieurement à la mise en retraite du salarié entraîne la transformation de la prime versée pendant la période d'activité en un avantage de retraite et que, dès lors, la dénonciation de l'usage instituant la prime ne remet pas en cause cet avantage après la liquidation de la retraite ». Ainsi, la cause du versement de la prime a *de facto* évolué après le départ à la retraite du salarié. En vertu de l'usage d'entreprise, le versement de la prime était obligatoire pour tous les salariés. Cette obligatorité disparaissait néanmoins avec le départ à la retraite. Partant, la chambre sociale de la Cour de cassation a considéré, sans fondement juridique toutefois²⁷¹⁶, que ledit versement n'était plus imposé sur le fondement de l'usage, mais sur celui d'une intention libérale de l'employeur. Cette transformation de fondement impose à ce dernier de poursuivre le paiement de la prime au travailleur retraité malgré la dénonciation valable de l'usage d'entreprise.

Le rejet de la qualification d'usage, en l'espèce, nous semble parfaitement justifié. L'usage d'entreprise, en effet, est totalement inhérent au « statut collectif auquel le contrat de travail rattache le salarié »²⁷¹⁷. À l'instar du travailleur dont le contrat de travail a été rompu en cours d'exécution, peu importe le biais, celui qui quitte l'entreprise en raison d'une mise à la retraite cesse définitivement de dépendre des usages qui y sont en vigueur. Pour autant, l'intangibilité du versement de la prime à celui dont les droits à la retraite ont été totalement liquidés²⁷¹⁸, consacré par la chambre sociale en l'espèce, est plus difficile à justifier. Et pour cause ; il semblerait que la juridiction ait raisonné par analogie entre l'intangibilité du régime de retraite – qui s'avère être « la contrepartie des cotisations versées »²⁷¹⁹ au cours de la vie professionnelle – et celle d'un avantage qui, lors de l'exécution du contrat de travail, résultait de la seule volonté de l'employeur. Le professeur G. Vachet, par exemple, regrettait que la

²⁷¹⁵ Ch. RADÉ, obs. sous Soc., 30 nov. 2004, n° 02-45.367, préc.

²⁷¹⁶ Ce qui lui a été ouvertement reproché : V. not. Ph. LANGLOIS, « Prime exceptionnelle. Avantage de retraite. Dénonciation de l'engagement unilatéral sans effet », *Dr. soc.* 2009. 1262. L'auteur estime que la Cour de cassation « procède par affirmation pure et simple alors que la liquidation [des droits liés à la retraite] ne produit aucunement les effets [qu'elle] est tentée de lui attribuer ».

²⁷¹⁷ *Ibid.*

²⁷¹⁸ Lorsque le salarié n'a pas encore liquidé ses droits à la retraite, la dénonciation d'un usage ou d'un engagement unilatéral produit ses effets à son égard ; la prime ne peut dès lors pas être conservée : V. not. Soc., 12 avr. 2005, n° 02-47.384, *JCP E* 2005. 1550, obs. F. KESSLER, A. LERICHE.

²⁷¹⁹ B. INÈS, « Avantage de retraite : fin de l'usage après conclusion d'un accord ayant le même objet », *D. actu.*, 12 juin 2014. V. ég. Soc., 12 mai 2009, n° 07-44.624, *JCP S* 2009. 1409, note G. VACHET ; *JCP E* 2009. 2076, obs. Y.-É. LOGEAIS.

position de la Cour de cassation soit vectrice de discrimination entre le travailleur retraité, qui conserve la prime, et les salariés de l'entreprise, pour lesquels la dénonciation de l'usage emporte la suppression du versement de celle-ci²⁷²⁰.

692. L'entrée en vigueur de la réforme du droit des contrats pourrait permettre de passer outre cette analogie peu convaincante, en offrant à la notion d'« avantage de retraite » un fondement incontestable. Le titre consacré par le Code civil aux « sources d'obligations »²⁷²¹ s'ouvre désormais par le nouvel article 1100, en vertu duquel « les obligations naissent d'actes juridiques, de faits juridiques ou de l'autorité seule de la loi. Elles peuvent naître de l'exécution volontaire ou de la promesse d'exécution d'un devoir de conscience envers autrui ». Il est ainsi expressément indiqué qu'une obligation puisse naître d'une « exécution volontaire ». Cela fait échos à la situation dans laquelle un employeur, par intention libérale, verse volontairement à un ancien salarié une prime pendant dix-neuf ans. L'octroi de la prime constitue ainsi une « exécution volontaire », de laquelle est née une obligation mise à la charge de l'employeur débiteur. Comme l'indique le rapport remis au Président de la République, le second alinéa de l'article 1100 du Code civil emporte la « transformation de l'obligation naturelle (définie comme « un devoir de conscience envers autrui ») en une obligation civile, lorsque le débiteur de l'obligation naturelle prend l'engagement d'exécuter ou commence à exécuter cette obligation ». Ainsi, à l'instar d'un arrêt de la première chambre civile du 10 octobre 1995²⁷²² – qui ne mettait pas aux prises un travailleur et son employeur, mais dont la portée, codifiée par le Gouvernement, se trouve aujourd'hui à l'alinéa 2 de l'article 1100 susmentionné – il y a lieu de considérer que l'obligation naturelle de l'employeur – verser la prime au travailleur retraité, quand bien même plus rien ne l'y contraint – s'est transformée en une obligation civile dont le créancier peut solliciter l'exécution en justice. La notion d'avantage de retraite, créé par la Cour de cassation malgré une absence d'assise juridique, pourrait ainsi dorénavant être fondée sur le

²⁷²⁰ *Ibid.* À cet égard, Soc., 12 mai 2009, n° 07-44.624, *ibid.*, Dr. soc. 2009. 1262, obs. Ph. LANGLOIS, préc., JCP E 2009. 2076, obs. Y-É LOGEAIS, nuance la position adoptée par la Cour de cassation dans son arrêt du 30 nov. 2004, préc., en considérant que la source de l'avantage de retraite puisse être remise en cause, même pour le travailleur retraité, par la conclusion d'un accord collectif postérieur ayant le même objet que l'usage ou l'engagement unilatéral dénoncé.

²⁷²¹ Titre III du livre III du Code civil, qui comprend les articles 1100 à 1303-4.

²⁷²² Civ., 1^{re}, 10 oct. 1995, n° 93-20.300, D. 1996. 120, obs. R. LIBCHABER ; D. 1997. 85, chron. N. MOLFESSIS ; D. 1997. 155, note G. PIGNARRE. En l'espèce, une personne a gagné près de 1,5 million de francs en pariant sur des courses hippiques. Le ticket gagnant avait néanmoins été validé par l'un de ses collègues, auquel il a été promis le versement d'une quote-part de dix pourcents des gains potentiels. Cette somme n'a néanmoins jamais été versée. La Cour de cassation considère que le gagnant « avait tacitement renoncé à l'application de l'article 1341 du Code civil » et que, par conséquent, la Cour d'appel pouvait souverainement apprécier les preuves selon lesquelles il « avait entendu transformer son obligation naturelle en obligation civile ».

nouvel article 1100 du Code civil. *A posteriori*, la réforme du droit des contrats permettrait donc à la chambre sociale de la Cour de cassation de justifier l'une de ses anciennes positions. L'utilité de la disposition se perçoit ainsi clairement. En l'occurrence, le texte susmentionné produit une influence – certes faible – en droit du travail.

693. En plus de servir à la protection des intérêts des acteurs des relations individuelles et collectives de travail, le nouveau droit commun des contrats présente une utilité nette pour le juge social, qui peut s'en emparer pour apporter une justification à certaines solutions antérieures. Pour le droit du travail – perçu dans son ensemble – l'utilité de la règle de droit général est ainsi protéiforme. Ceci contribue à expliquer sa mobilisation dans certains contentieux travaillistes.

A contrario, il est d'autres hypothèses dans lesquelles, en raison de leur inadaptation partielle ou totale, les règles générales civilistes ne peuvent être employées en droit du travail sans être génératrices d'un risque pour la matière ou ses différents acteurs. Leur utilité, dans ces cas, est sujette à questionnements.

§2. L'INADAPTATION DE LA RÈGLE DE DROIT GÉNÉRAL EN DROIT DU TRAVAIL

694. Parler d'« inutilité » d'une règle de droit aurait quelque chose d'absolutiste qui conviendrait mal à notre propos. Aussi, lorsqu'une disposition civiliste se révèle d'une utilité insuffisante pour que la chambre sociale de la Cour de cassation en fasse une application stricte et sans modification(s), nous préférons évoquer son « inadaptation ». Classiquement, le mot « inadaptation » renvoie à « quelque chose qui n'est pas adapté, à une situation inadéquate »²⁷²³. Une règle de droit civil s'avère donc inadaptée lorsqu'elle produit, en droit du travail, des effets incompatibles ou contraires aux objectifs que poursuit la matière. Les exemples sont nombreux. Il en va ainsi, tout d'abord, de la résolution judiciaire, autrefois intégrée à l'article 1184 du Code civil et que l'on retrouve désormais à l'article 1227 de celui-ci, qui dispose que « la résolution peut, *en toute hypothèse*²⁷²⁴, être demandée en justice ». Cela signifie que chacune

²⁷²³ Selon la définition qu'en donne le dictionnaire de l'Académie Française : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9I0559>.

²⁷²⁴ Nous le soulignons.

des deux parties possède la faculté, à tout moment, de solliciter du juge le prononcé judiciaire de la rupture du contrat²⁷²⁵. Il en va autrement en terre travailliste. Dans une série de trois arrêts, que nous avons d'ores et déjà évoquée²⁷²⁶, la Cour de cassation est en effet venue circonscrire la faculté pour l'employeur de rompre judiciairement le contrat de travail, avant de lui interdire totalement de saisir le juge d'une telle demande²⁷²⁷. L'on comprend que cette solution a pour but d'empêcher l'employeur de contourner le régime légal du licenciement et, par-là, les règles procédurales et indemnitaires favorables au salarié. Dès lors, c'est suite au constat selon lequel la réception conforme de la résolution judiciaire en droit du travail risque de nuire à la protection de la partie faible du contrat de travail que la Cour de cassation en a prononcé l'interdiction à l'initiative de la partie patronale. La même logique a été employée, à la fin du siècle dernier, pour refouler le dol de la période de formation du contrat de travail. En application de l'ancien article 1116 du Code civil, le consentement arraché par des manœuvres actives ou une réticence volontaire doit emporter la nullité du contrat de travail. Néanmoins, encore une fois, la mobilisation de ce vice du consentement permettait à l'employeur d'obtenir la rupture du contrat susmentionné sans avoir à respecter les règles relatives au licenciement. Dès lors, la chambre sociale de la Cour de cassation considère que la découverte par l'employeur d'un mensonge ou d'une réticence dolosive, commis par l'aspirant salarié au cours du processus d'embauche, ne peut justifier l'annulation rétroactive du contrat de travail²⁷²⁸. Selon les circonstances de fait, il conserve néanmoins le pouvoir de licencier, bien que celui-ci ne soit pas total. À nouveau, l'antinomie entre la solution à laquelle mène la mobilisation du dol –

²⁷²⁵ V. not. Ch. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil*, préc., p. 716 et s.

²⁷²⁶ Ch. mixte, 21 juin 1974, n° 71-91.225, préc., interdit à l'employeur de solliciter la résiliation judiciaire du contrat de travail d'un salarié titulaire d'un mandat de représentation des salariés dans l'entreprise. Par la suite, Soc., 9 mars 1999, n° 96-41.734, préc., a étendu cette interdiction à l'ensemble des contrats de travail suspendus. Enfin, Soc., 13 mars 2001, n° 98-46.411, préc., ferme totalement la voie de la résiliation judiciaire à l'employeur. V. not. I. DAUGAREILH, « La résiliation judiciaire du contrat de travail », préc. ; J.-M. VERDIER, « Le « coup de vent » sur la jurisprudence Perrier : un coup de pouce à la logique du statut protecteur », *Dr. soc.* 2008. 113 ; Ch. RADÉ, « Résolution judiciaire du contrat de travail », *RDC* 2005, p. 763 ; « Le déclin de la résiliation judiciaire du contrat de travail », préc. ; « L'impossible recours à la résolution judiciaire du contrat de travail pour sanctionner une faute du salarié », préc. ; « L'autonomie du droit du licenciement », préc. ; « Feu la résolution judiciaire du contrat de travail », préc.

²⁷²⁷ Soc., 13 mars 2001, n° 98-46.411, *ibid*, indique d'ailleurs qu'« attendu que l'employeur, qui dispose du droit de résilier unilatéralement un contrat de travail à durée indéterminée par la voie du licenciement, en respectant les garanties légales, n'est pas recevable, hors des cas où la loi en dispose autrement, à demander la résiliation judiciaire dudit contrat ». Aussi, il est patent qu'en droit du travail, la résiliation ne peut pas, en toute hypothèse, être demandée en justice.

²⁷²⁸ Soc., 3 juill. 1990, n° 87-40.349, préc. ; Soc., 5 oct. 1994, n° 93-43.615, préc. ; Soc., 30 mars 1999, n° 96-42.912, préc. ; Soc., 21 sept. 2005, n° 03-44.855, préc. V. not. J. MOULY, « Des rapports entre la réticence dolosive et l'erreur inexcusable », préc. ; I. OMARJEE, « Le dol à l'épreuve du contrat de travail », préc. ; K. ADOM, « Le dol dans la formation du contrat de travail », préc. ; D. POHE, « Le dol du salarié », *LPA* 2003, n° 181, p. 4.

l'annulation rétroactive du contrat de travail, qui n'octroie au salarié aucune indemnité de rupture – et la nécessaire protection du salarié par le droit du travail a été résolue par le rejet quasi-total du vice du consentement au profit de la législation spéciale travailliste.

Un second argument justifie le refoulement du mot « inutilité » ; selon le dictionnaire de l'Académie Française, l'« inutilité » se traduit notamment par le « défaut d'emploi »²⁷²⁹, mais également par une « chose inutile »²⁷³⁰. Pourtant, même inadaptées, les nouvelles règles générales sont parfois appliquées dans la sphère travailliste²⁷³¹. Certes, le texte civiliste n'est alors pas mis en œuvre conformément à sa rédaction et à l'article 1105 du Code civil, mais il se peut qu'il soit tout de même appliqué pour apporter une solution au litige.

695. Par le passé, il est arrivé que l'application stricte d'une règle générale civiliste inadaptée au contexte travailliste produise un effet controversé ou place les acteurs du contentieux dans une position difficilement acceptable. Deux exemples peuvent être présentés à l'appui de cette affirmation. Le premier est celui de l'ancien article 1142 du Code civil qui, avant d'être l'expression du vice général de violence, disposait 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 ». Autrement formulé, l'exécution forcée en nature ne pouvait être envisagée en cas d'inexécution des obligations de faire et de ne pas faire, sauf exceptions²⁷³². La seule sanction que le juge pouvait être amené à prononcer était l'octroi de dommages et intérêts au créancier insatisfait²⁷³³. Pendant deux décennies, la chambre sociale de la Cour de cassation a fait une application stricte et conforme de cet ancien article 1142 du Code civil, interdisant au salarié protégé et dont le licenciement a été annulé pour absence d'autorisation administrative préalable d'être réintégré

²⁷²⁹ Selon la seconde définition qu'en donne l'Académie Française : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A3I0792>. La première définition, à savoir le « manque d'utilité », permet en effet mal de saisir le sens exact du terme.

²⁷³⁰ Selon la troisième définition qu'en donne l'Académie Française, *ibid.*

²⁷³¹ V. *infra*, n° 704 et s.

²⁷³² Le Code civil de 1804 lui-même prévoyait certaines exceptions à cet article 1142 ; l'impossibilité pour le créancier d'une obligation de faire ou de ne pas faire inexécutée de recourir à l'exécution forcée en nature n'était donc pas absolue. On peut donner l'exemple de l'article 1143 du Code Napoléon, selon lequel : « néanmoins, le créancier a le droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement soit détruit ; et il peut se faire autoriser à le détruire aux dépens du débiteur sans préjudice des dommages et intérêts s'il y a lieu ». V. not. D. MAZEAUD, « Les sanctions de l'inexécution », *préc.*, p. 91.

²⁷³³ La Cour de cassation a, petit à petit, rompu avec l'absolutisme sous-entendu par l'ancien article 1142 du Code civil, en jugeant que la mauvaise exécution d'une obligation de faire n'interdisait pas au créancier de solliciter l'exécution forcée de l'obligation : Civ., 3^e, 11 mai 2005, n° 03-21.136, *RTD civ.* 2005. 596, obs. J. MESTRE, B. FAGES ; *JCP* 2005. II. 1052, note S. BERNHEIM-DESVAUX ; *RDI* 2005. 299, obs. Ph. MALINVAUD.

dans l'effectif de l'entreprise²⁷³⁴. Le travailleur ne pouvait ainsi être dédommagé qu'en somme d'argent. La doctrine – tant civiliste que travailliste – a été particulièrement critique vis-à-vis de cette « interprétation libérale »²⁷³⁵ de l'article 1142 du Code civil²⁷³⁶, considérée par certains comme « l'argument textuel le moins inapproprié afin que [la Cour de cassation parvienne] à ses fins : le refus de la réintégration lui-même fondé sur une volonté de préservation du pouvoir de direction de l'employeur »²⁷³⁷. En somme, par une sorte de syllogisme inversé, la Cour de cassation a d'abord décidé de la solution à donner au litige, avant de l'habiller maladroitement avec le fondement juridique le moins inadéquat. Il n'en demeure pas moins, comme l'écrivait le professeur G. Lyon-Caen, qu'« en aucun cas cet article n'a pour effet de transformer l'obligation en obligation alternative (faire ou payer) ou facultative (faire si on le veut bien). L'obligation est bien de faire et, seulement si l'impossibilité est avérée, de payer »²⁷³⁸. Aussi, conformément à son effet classique, la nullité du licenciement d'un salarié protégé aurait dû emporter sa réintégration dans l'entreprise.

Le second renvoie à un arrêt susmentionné rendu le 12 décembre 1853, au sein duquel la Cour de cassation, sur le fondement des libertés contractuelle et de l'industrie, a censuré un arrêt d'appel qui avait prononcé l'annulation d'un contrat de travail conclu par un salarié dans une situation de détresse économique extrême et dont les stipulations lui étaient particulièrement défavorables²⁷³⁹.

Ces exemples démontrent qu'en certaines occurrences, la mise en œuvre du droit commun et la logique travailliste se situent sur deux plans très éloignés, voire parfois antinomiques. La première porte ainsi atteinte à la seconde ou aux acteurs des relations de travail. En cela, le texte général peut apparaître comme étant mal adapté aux préoccupations du salarié, de ses représentants, de l'employeur, voire même du juge social. Ce dernier,

²⁷³⁴ Cette position est clairement affirmée dans Soc., 27 nov. 1952, *D.* 1953. 239 : « l'obligation de réintégrer constitue une obligation de faire dont l'exécution ne peut donner lieu qu'à l'allocation de dommages et intérêts aux termes de l'article 1142 du Code civil ». V. ég. Soc., 25 nov. 1959, *Bull. civ. IV*, n° 2294 ; Soc., 3 mars 1961, *Bull. civ. IV* n° 295 ; Soc., 31 mars 1982, n° 81-11.107, n° 81-40.309, *Dr. soc.* 1983. 225, note J. SAVATIER.

²⁷³⁵ Selon l'expression de Ch. RADÉ, S. TOURNAUX, « Annexes », *RDC* 2005, p. 197.

²⁷³⁶ V. not. J. CARBONNIER, *Droit civil – Les obligations*, Paris, PUF, 22^e éd., 2000, p. 653, qui opère une synthèse des critiques adressées à l'interprétation libérale de l'ancien article 1142 du Code civil.

²⁷³⁷ Ch. RADÉ, S. TOURNAUX, « Annexes », préc.

²⁷³⁸ G. LYON-CAEN, « Le refus de réintégrer », cité par N. CATALA, *L'entreprise, Traité de droit du travail*, Paris, Dalloz, t. 4, 1980, p. 731.

²⁷³⁹ Civ., 12 déc. 1853, *DP* 1854, 1. 20, préc.

ponctuellement, prend acte de cette inadaptation qui, nous l'expliquerons ci-dessous, emporte notamment des effets sur le texte général et son application.

696. Le nouveau droit commun des contrats n'est guère à l'abri de souffrir d'inadaptation lors de sa mobilisation pour résoudre les litiges de nature travailliste. Sans empiéter sur nos développements à venir, il apparaît que certains textes sont peu adaptés aux spécificités du droit du travail. Leur mise en œuvre par le juge social pourrait donc poser difficulté²⁷⁴⁰. Partant, si certaines dispositions peuvent être mobilisées telles quelles par la chambre sociale, d'autres ne présentent manifestement pas une utilité naturelle suffisante. Dans cette hypothèse, leur influence sera indéniablement altérée par l'intervention du juge social.

697. L'inadaptation ponctuelle des textes du Code civil – selon l'œil du droit du travail et de son juge – est ainsi une réalité qu'il est difficile de nier. Il n'en demeure pas moins qu'en certaines occurrences, de « fausses inadaptations » peuvent être mises en lumière. Les inadaptations avérées conduisent le juge à enfreindre le nouvel article 1105 du Code civil, qui commande la mise en œuvre stricte de la règle générale. Néanmoins, cette violation peut être justifiée, quand bien même l'argument brandi n'est pas juridiquement fondé. La justification repose en effet sur l'inadaptation du texte civiliste en droit du travail. Les fausses inadaptations, elles, revêtent un autre visage. Elles constituent des prétextes²⁷⁴¹, employés par le juge afin d'écarter le droit commun des contrats d'un litige de nature travailliste alors même que l'utilité de la règle concernée ne fait pas défaut. Ainsi, c'est pour un motif extérieur à toute inadaptation – comme la préservation du particularisme du droit du travail, par exemple – que la Cour de cassation décide d'en rejeter l'application. Ce propos peut être illustré par l'exemple d'un contentieux travailliste particulièrement fourni au niveau d'appel : celui de la soumission du mécanisme de la prise d'acte de rupture du contrat de travail aux conditions de fond du nouvel article 1226 du Code civil. Ce dernier conditionne la résiliation unilatérale d'un contrat – objet de la prise d'acte susmentionné – à plusieurs conditions : une inexécution suffisamment grave du débiteur, une mise en demeure préalable l'enjoignant à « satisfaire à son engagement dans

²⁷⁴⁰ Ce constat n'est guère surprenant, dans la mesure où la réforme initiée par l'ordonnance du 10 févr. 2016 est celle du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations et que les objectifs poursuivis par le Gouvernement étaient particulièrement éloignés des considérations travaillistes (V. *supra*, n° 19).

²⁷⁴¹ Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préc., p. 260 et s., parle d'une « articulation opportuniste » du droit commun des contrats en droit du travail, mais aussi d'une « absence d'un système fiable de résolution des conflits ». Cela laisse sous-entendre que la chambre sociale de la Cour de cassation réalise ponctuellement une interprétation partisane des règles de conflit de normes, mais également qu'en certaines occurrences, lesdites règles sont inappliquées.

un délai raisonnable »²⁷⁴² et une notification de la rupture accompagnée des raisons qui la motivent²⁷⁴³. Dans la mesure où le régime de la prise d'acte de rupture du contrat de travail est intégralement jurisprudentiel²⁷⁴⁴, aucun conflit de normes ne peut être caractérisé entre la prise d'acte et le texte civiliste²⁷⁴⁵. Celui-ci devrait donc logiquement recevoir application. Dans l'avis susmentionné du 3 avril 2019²⁷⁴⁶, la chambre sociale de la Cour de cassation estime cependant que « les modes de rupture du contrat de travail, à l'initiative de l'employeur ou du salarié, sont régis par des règles particulières, et emportent des conséquences spécifiques, de sorte que les dispositions de l'article 1226 du Code civil ne leur sont pas applicables ». Pourtant, comme nous le démontrerons ci-dessous²⁷⁴⁷, les conditions imposées par le Code civil s'adaptent bien – sauf exception de l'obligation de motivation – au particularisme de la prise d'acte de rupture du contrat de travail et de la phase de rupture du contrat de travail. Mieux encore, nous venons de l'énoncer, elles présentent une utilité majeure pour chacune des deux parties dudit contrat. L'utilité de l'article 1226 du Code civil est ainsi aisément caractérisable. Pour autant, la chambre sociale de la Cour de cassation en a rejeté l'application, en réalisant une mise en œuvre erronée de l'article 1105 du Code civil²⁷⁴⁸. Cette éviction ne peut donc prétendre à être fondée sur la démonstration de l'inadaptation de la règle aux objectifs poursuivis par le droit du travail et son juge. En effet, la mobilisation du régime de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier accroît en réalité la protection du salarié, en lui permettant d'améliorer sa qualité de vie au travail par le jeu de la mise en demeure, mais surtout en autorisant le maintien du lien contractuel²⁷⁴⁹. Elle assure également la préservation des intérêts de l'employeur. Le rejet du nouvel article 1226 du Code civil, confirmé par de nombreuses cours d'appel, est ainsi fondé sur un autre argument, celui de l'autonomie des modes de rupture du contrat de travail. Par ce biais, la chambre sociale de la Cour de cassation

²⁷⁴² Article 1226, alinéa 1, du Code civil.

²⁷⁴³ Article 1226, alinéa 3, du Code civil.

²⁷⁴⁴ V. ci-dessous.

²⁷⁴⁵ V. not. Y. PAGNERRE, « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », préc. ; G. LOISEAU, « Le contrat de travail dans la réforme du droit des contrats », préc. ; « La prise d'acte civilisée », préc. ; « Droit civil et droit du travail : une relation instable », préc. ; « Le repli sur soi », préc. ; « Le rôle matriciel du droit commun des contrats en droit du travail », préc. ; « La tentation de l'autonomie », préc. ; L. BENTO DE CARVALHO, « L'étrange sauvetage de l'autonomie de la prise d'acte de rupture du contrat de travail », préc. ; S. TOURNAUX, « Le contrat de travail et les dérogations au droit commun des contrats », préc. ; « L'autonomie de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail », préc. ; Ch. GOLDIE-GENICON, « Droit commun des contrats et contrat de travail, 100 ans après », préc. ; N. ANCIAUX, note sous Soc., avis, 3 avr. 2019, n° 19-70.001, préc. ; D. HOUTCIEFF, « La prise d'acte tient la résolution unilatérale en état », préc.

²⁷⁴⁶ Soc., avis, 3 avr. 2019, n° 19-70.001, *ibid.*

²⁷⁴⁷ V. *infra*, n° 953 et s.

²⁷⁴⁸ V. *infra*, n° 943 et s.

²⁷⁴⁹ Éléments mis en avant par G. LOISEAU, « Le contrat de travail dans la réforme du droit des contrats », préc. ; « La prise d'acte civilisée », préc. ; « Le repli sur soi », préc. ; « La tentation de l'autonomie », préc.

entend préserver lesdits modes, en leur conférant une totale primauté²⁷⁵⁰ et en leur octroyant la faculté d'évincer d'un litige – sans fondement juridique textuel – les règles civilistes qui devraient pourtant trouver application. Cette éviction est ainsi bel et bien justifiée par des considérations exogènes, propres aux objectifs du droit du travail.

698. S'il existe de fausses inadaptations, qui prennent la forme d'un subterfuge rhétorique utilisé par la Cour de cassation pour justifier certaines de ses positions, il n'en demeure pas moins que la démonstration de l'inadaptation d'une règle de droit général n'est pas neutre de toute incidence. En effet, elle est génératrice de plusieurs risques pour le droit du travail et ses acteurs **(A)**. La chambre sociale de la Cour de cassation y fait face, en mobilisant plusieurs méthodes dans l'optique de les atténuer, voire de les annihiler complètement **(B)**.

A. LES RISQUES DE L'INADAPTATION DE LA RÈGLE DE DROIT GÉNÉRAL POUR LE DROIT DU TRAVAIL ET SES ACTEURS

699. L'inadaptation de la norme générale utilisée dans l'optique de résoudre un contentieux travailliste est indubitablement source de risques. Ceux-ci peuvent prendre plusieurs formes et, par conséquent, concerner plusieurs acteurs. C'est d'ailleurs là le propre de l'« inadaptation », qui est toujours constitutive de menace(s), que l'on se situe dans le cadre de la vie courante, d'une relation contractuelle ou d'un litige judiciaire.

En droit du travail, le risque majeur créé par la mise en œuvre du droit commun des contrats est celui qui était notamment fustigé par le professeur G. Lyon-Caen il y a désormais cinquante ans²⁷⁵¹ : l'atteinte aux intérêts du salarié. Selon l'auteur, plus le risque encouru par le salarié est important, plus le juge devrait résoudre le litige qui lui est soumis par la mobilisation du droit du travail et de son corpus législatif. Il n'est d'ailleurs pas anodin que l'étoffement de la législation travailliste soit proportionnel à la dangerosité du risque qui pèse sur la personne du travailleur subordonné. La période précontractuelle est ainsi largement ignorée par le Code du travail, tandis qu'à l'inverse, la phase de rupture du contrat de travail fait l'objet d'une

²⁷⁵⁰ La chambre sociale de la Cour de cassation indique en effet que « les modes de rupture du contrat de travail [...] sont régis par des règles particulières, et emportent des conséquences spécifiques ». Néanmoins, certains modes civilistes de rupture du contrat peuvent être utilisés en droit du travail. Il en va ainsi de la résiliation judiciaire, voire encore de la rupture amiable, applicable aux contrats de travail à durée déterminée et aux contrats d'apprentissage.

²⁷⁵¹ G. LYON-CAEN, « Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail », préc.

réglementation très fournie²⁷⁵². Le professeur Ch. Radé, dans son étude de « l'impact de la réforme du droit des contrats en droit du travail »²⁷⁵³, indique d'ailleurs, au sujet de la rupture du contrat de travail, que « la Cour de cassation [cherche] à éviter que le recours au droit civil n'ait pour effet d'éluder l'application de règles impératives protectrices des salariés, et a progressivement écarté l'application de plusieurs techniques issues du droit civil, singulièrement celles du droit du licenciement, qu'il s'agisse d'interdire à l'employeur de demander la résiliation judiciaire du contrat de travail ou aux parties de conclure un accord de rupture amiable hors du cadre défini depuis 2008 de la rupture conventionnelle ». L'auteur en arrive à la conclusion que la réforme du 10 février 2016 produit, à l'égard de la rupture du contrat de travail, un « impact nul »²⁷⁵⁴.

Ainsi, lorsque la mobilisation de la règle générale est susceptible de nuire aux intérêts du salarié, la chambre sociale de la Cour de cassation a tendance à l'exclure ou à en modifier la substance afin d'en atténuer les effets. Avant la réforme susmentionnée, nous pouvons à nouveau citer les exemples de la résolution judiciaire et du dol, qui ont tous deux été fermement cantonnés dans des champs d'application restreints afin d'éviter que leur utilisation par l'employeur ne constitue un risque juridique et indemnitaire pour le travailleur subordonné.

700. Postérieurement à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016 et à la loi qui l'a ratifiée, plusieurs règles de droit commun des contrats sont susceptibles, elles aussi, de générer un risque pour le salarié si elles venaient à être appliquées consciencieusement par le juge social. Si nous réservons de plus amples développements pour la suite de l'analyse²⁷⁵⁵, nous pouvons d'ores et déjà citer certains mécanismes dont l'application risque, de prime abord, de heurter les intérêts de la partie faible au contrat de travail. L'on pense tout d'abord au nouvel article 1182 du Code civil, relatif à la confirmation de la cause de nullité relative qui affecte un contrat²⁷⁵⁶. Pour rappel, son alinéa 3 dispose que lorsque le titulaire de l'action en confirmation

²⁷⁵² La rupture du contrat de travail à durée indéterminée fait l'objet d'un titre complet (titre III du livre II du Code du travail), composé des articles L. 1231-1 à 1238-5 dudit Code.

²⁷⁵³ Ch. RADÉ, « L'impact de la réforme du droit des contrats en droit du travail », préc.

²⁷⁵⁴ *Ibid.*

²⁷⁵⁵ V. *infra*, n° 715 et s.

²⁷⁵⁶ L'article 1182 du Code civil dispose : « la confirmation est l'acte par lequel celui qui pourrait se prévaloir de la nullité y renonce. Cet acte mentionne l'objet de l'obligation et le vice affectant le contrat. La confirmation ne peut intervenir qu'après la conclusion du contrat. L'exécution volontaire du contrat, en connaissance de la cause de nullité, vaut confirmation. En cas de violence, la confirmation ne peut intervenir qu'après que la violence a cessé. La confirmation emporte la renonciation aux moyens et exceptions qui pouvaient être opposés, sans préjudice néanmoins des droits des tiers ». V. *supra* et *infra*, n° 84 et s., n° 739 et s.

exécute le contrat en toute connaissance de la cause de nullité qui le grève, la confirmation s'effectue tacitement et de plein droit²⁷⁵⁷. Le risque pour le salarié se comprend aisément ; s'il a connaissance de la nullité d'une clause stipulée dans son contrat de travail – par exemple une clause d'exclusivité insérée dans un contrat de travail à temps partiel²⁷⁵⁸ – l'exécution volontaire dudit contrat, qui constitue souvent son unique moyen de subvenir à ses besoins, l'empêcherait de solliciter l'annulation judiciaire de ladite clause, la cause de nullité ayant été tacitement confirmée. Cela contraindrait le salarié à agir en justice en cours d'exécution du contrat de travail, ce à quoi il rechigne le plus souvent²⁷⁵⁹.

La consécration de la théorie de l'imprévision dans le Code civil fait courir pour le salarié un risque d'un autre ordre, qui a cette fois-ci directement trait à la pérennité de son emploi. Rompant avec une jurisprudence quasi-constante²⁷⁶⁰ depuis 1876²⁷⁶¹, la réforme a inséré dans le Code civil un article 1195 qui codifie la théorie de l'imprévision en droit privé. Si l'étude complète du texte sera effectuée ci-dessous²⁷⁶², il convient de mettre ici en exergue que la survenance d'un « changement de circonstances imprévisibles lors de la conclusion du

²⁷⁵⁷ V. not. Y. LEQUETTE, F. TERRÉ, Ph. SIMLER, F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations*, préc., p. 646 et s., qui rappelle d'ailleurs que la confirmation tacite n'est pas conditionnée à l'exécution complète de l'obligation. Ainsi, « le paiement partiel d'une dette que l'on sait annulable pour incapacité suffit. La nullité ne pourrait être opposée pour le surplus ». Dès lors, « l'exécution du contrat démontre l'intérêt du confirmant pour la cause de nullité » : G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, préc., p. 427 et s.

²⁷⁵⁸ En premier lieu, la chambre sociale de la Cour de cassation a estimé que la clause d'exclusivité stipulée dans un contrat de travail à temps partiel était inopposable au salarié, celui-ci ne pouvant pas se voir interdire la possibilité de conclure un second contrat identique afin de travailler à temps plein : Soc., 11 juill. 2000, n° 98-40.143, n° 98-41.486, n° 98-43.240, n° 89-43.945, préc. ; Soc., 27 mars 2002, n° 00-42.724, préc. ; Soc., 2 avr. 2003, n° 01-41.494, préc. Plusieurs arrêts postérieurs ne se sont plus contentés de constater l'inopposabilité de la clause ; ils en prononcent la nullité : V. not. Soc., 20 oct. 2011, n° 10-30-258. La sanction n'est cependant pas automatique. En effet, une clause d'exclusivité peut valablement être stipulée dans un contrat de travail à temps partiel lorsqu'elle « n'a pour objectif que d'interdire [au salarié] d'exercer, au cours de ce contrat, des activités professionnelles complémentaires (au service d'un autre employeur), qui seraient au vu des fonctions qu'il occupe sous la direction de son employeur d'origine ou du temps de travail qu'il y consacre, soit la cause d'un conflit d'intérêts, soit la cause d'une concurrence déloyale [...] ou qui le placeraient en situation d'infraction par rapport à la réglementation des durées maximales de travail et des temps de repos et de pause » : Y. AUBRÉE, « Contrat de travail : clauses particulières », *Rep. trav.*, Dalloz, 2017, spé., n° 228 ; V. not. Soc., 15 sept. 2010, n° 08-44.640 ; Soc., 10 mars 2009, n° 07-43.985, *RDT* 2009. 455, obs. M. VÉRICEL ; Soc., 19 mai 2010, n° 09-40.923.

²⁷⁵⁹ En raison des représailles qu'il pourrait subir de la part de l'employeur. V. *supra*, n° 380.

²⁷⁶⁰ Certaines décisions ont remis en cause l'absolutisme du rejet de la théorie de l'imprévision en droit privé, sur le fondement de la bonne foi (V. not. Com., 3 nov. 1992, n° 90-18.547, préc. ; Com., 24 nov. 1998, n° 96-18.357, préc.) ou de la cause (V. not. Com., 29 juill. 2010, n° 09-67.369, *D.* 2010. 2481, note D. MAZEAUD ; *D.* 2010. 2485, note Th. GÉNICON ; *D.* 2011. 472, obs. S. AMRANI-MEKKI, B. FAUVARQUE-COSSON ; *RTD civ.* 2010. 782, obs. B. FAGES ; *RTD civ.* 2011. 87, obs. P. DEUMIER ; *JCP G* 2010. 1056, note T. FAVARIO ; *JCP E* 2010. 2108, note S. LE GAC-PECH ; *RDC* 2011, p. 34, note É. SAVAUX.

²⁷⁶¹ Civ., 6 mars 1876, préc. V. ég. Civ., 6 juin 1921, S. 1921. 1. 193, note L. HUGUENEY ; Civ., 16 mai 1922, *DP* 1922. 1. 130 ; Req. 21 et 26 nov. 1923, *DP* 1923. 1. 60 ; Req. 5 déc. 1927, *DH* 1928. 1. 84 ; Civ., 15 nov. 1933, *Gaz. Pal.* 1934. 1. 68 ; Com., 18 janv. 1950, *D.* 1950. 227 ; Soc., 8 mars 1972, n° 71-40.429.

²⁷⁶² V. *infra*, n° 807 et s.

contrat [qui en] rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque »²⁷⁶³ lui ouvre le droit de solliciter, à l'amiable, la renégociation des termes dudit contrat. En cas d'échec, les deux parties peuvent saisir le juge pour obtenir la résolution du contrat ou son adaptation. Si ce second stade de la procédure n'aboutit à aucun résultat, l'un des contractants est autorisé, seul, à solliciter la révision ou la résolution du contrat²⁷⁶⁴. Cette troisième étape est, derechef, créatrice d'un risque important pour le salarié et son emploi. Elle ouvre en effet la faculté à un employeur – sous réserve, évidemment, du respect des conditions précédemment mentionnées, nous y reviendrons – de solliciter du juge le prononcé de la rupture du contrat de travail. Autrement dit, le nouvel article 1195 du Code civil pourrait constituer le terreau de la résurrection de la résiliation judiciaire du contrat de travail à l'initiative de l'employeur. Par-là, ce dernier pourrait rompre ledit contrat tout en contournant le régime protecteur du licenciement pour motif économique²⁷⁶⁵.

701. Le second risque majeur créé par la mobilisation d'une règle générale inadaptée au contentieux travailliste concerne la cohérence et la sécurité juridique, au sens large. La mobilisation contestée de la novation pour fonder la mobilité intra-groupe d'un salarié nous offre ici une illustration éloquente. Nous l'avons démontré²⁷⁶⁶, les deux conditions majeures du mécanisme novatoire – l'extinction et la création concomitante d'une obligation et l'*animus novandi* – font défaut dans l'hypothèse particulière de cette mobilité du salarié. Ainsi, sans aucun doute, la novation ne permettait pas de saisir les spécificités de la mobilité intra-groupe du salarié et sa mobilisation par la Cour de cassation porte dès lors atteinte à la sécurité juridique et à la cohérence de notre système²⁷⁶⁷.

702. L'inadaptation des règles générales est génératrice de risques protéiformes en droit du travail. Ceux-ci ne sont cependant pas insurmontables ; la chambre sociale de la Cour de

²⁷⁶³ Article 1195, alinéa 1, du Code civil.

²⁷⁶⁴ Article 1195, alinéa 2, du Code civil.

²⁷⁶⁵ Articles L. 1233-1 et s. du Code du travail.

²⁷⁶⁶ V. *supra*, n° 687.

²⁷⁶⁷ V. not. A. MAZEAUD, « L'accord du salarié au transfert de son contrat en cas d'application volontaire de l'article L. 1224-1 du Code du travail », *Dr. soc.* 2009. 813 ; L. GAUDIN, « La novation en droit du travail, une notion en quête d'utilité ? », *RDT* 2008. 162 ; J.-F. CÉSARO, « Ceci n'est pas une convention tripartite (selon Magritte) », *JCP S* 2022. 1324 ; V. ROULET, « Nature et régime du transfert intragroupe du contrat de travail », *Gaz. Pal.* 2022, p. 61 ; S. RIOCHE, « Le transfert conventionnel du contrat de travail », *BJT* 2020, p. 73 ; S. RANC, « Des précisions relatives à la convention de mobilité intra-groupe », *BJT* 2022, p. 14 ; G. LOISEAU, « Le contrat de travail dans la réforme du droit des contrats », *préc.* ; G. PILLET, « La cession conventionnelle de contrat du Code civil : une consécration en demi-teinte », *préc.* ; G. COUTURIER, « Droit du travail : le renouvellement des techniques », *préc.*

cassation les combat, en recourant à deux méthodes distinctes qui, l'une comme l'autre, entrent en conflit avec les dispositions du nouvel article 1105 du Code civil et qui, de surcroît, peuvent avoir pour effet subséquent de porter atteinte à l'influence exercée par les mécanismes qui y sont soumis.

B. LES MÉTHODES JUDICIAIRES DE CONTOURNEMENT DES RISQUES DE LA RÈGLE DE DROIT GÉNÉRAL EN DROIT DU TRAVAIL

703. Lorsqu'il considère que la règle, telle qu'elle a été promulguée dans le Code civil, ne lui permet pas de répondre aux objectifs qu'il s'est fixé – on retrouve notre idée de « syllogisme inversé » – le juge social recourt historiquement à deux techniques. Il lui arrive de déformer le texte général, afin de lui forger des atours travaillistes et, par-là, lui faire produire les effets qui étaient attendus (1). Au-delà, s'il apparaît qu'en tout état de cause, la règle générale constitue un risque pour l'un des acteurs du contentieux ou n'est susceptible de ne présenter aucune forme d'utilité, la chambre sociale de la Cour de cassation choisit alors de l'évincer du litige et fera application d'une autre règle dans l'optique de le résoudre (2).

1. La déformation de la règle de droit général

704. Pour le dictionnaire de l'Académie Française, le terme « déformation » nous vient du latin *deformatio*, qui exprime « l'action de défigurer, la dégradation »²⁷⁶⁸. Il évoque la détérioration de la forme première de la nature de quelqu'un ou de quelque chose²⁷⁶⁹. Nous avons fait le choix de le préférer au mot « adaptation », qui, dans la littérature juridique, est fréquemment utilisé en tant que synonyme, car il traduit de manière plus convaincante l'idée d'altération que nous nous employons à analyser au sein du présent chapitre.

705. La déformation d'une règle de droit ne peut être l'œuvre que du pouvoir judiciaire qui, au moment d'en faire application, lui fait « subir des contorsions [...] pour leur permettre de se plier à la logique propre à la matière considérée »²⁷⁷⁰. En ce qui nous concerne, il s'agit des cas où la chambre sociale de la Cour de cassation, lors de la mise en œuvre d'une règle générale, la

²⁷⁶⁸ <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9D0835>.

²⁷⁶⁹ *Ibid.*

²⁷⁷⁰ Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préc., p. 295.

tord afin de l'adapter au mieux aux considérations travaillistes qui sont en jeu au cours du procès. Pour ce faire, elle procède à la modification des conditions du mécanisme – par l'ajout ou la soustraction d'une condition – ou à la modulation de sa sanction. La disposition n'est alors plus intacte ; la déformation créée « une action hybride, empruntant à la fois au droit commun et au droit spécial »²⁷⁷¹, puisqu'il est substitué au régime du texte « des règles qui lui sont étrangères »²⁷⁷².

706. Nous avons d'ores et déjà évoqué plusieurs exemples de déformation du droit commun des contrats par le juge social avant la réforme du 10 février 2016. Celui de l'ancien article 1184 du Code civil peut néanmoins être réemployé ici, car, dans le contexte d'un litige qui oppose un salarié et son employeur, il a été doublement déformé sous l'impulsion de la Haute Cour. Nous l'avons mentionné, la voie de la résolution judiciaire est hermétiquement fermée à l'employeur, vis-à-vis de tous les salariés, depuis le début de notre siècle²⁷⁷³. Le texte a néanmoins subi une autre forme de déformation, inhérente à sa sanction. Selon les termes du Code civil, la résiliation judiciaire – sollicitée par le salarié – n'est prononcée que si le créancier apporte la preuve d'une inexécution suffisamment grave d'une obligation par le débiteur²⁷⁷⁴. Elle emporte alors l'annihilation rétroactive du contrat²⁷⁷⁵ et donne lieu à des restitutions entre les parties. Néanmoins, nous le savons, l'annulation rétroactive d'un contrat de travail entraîne des difficultés dont il est difficile de s'extirper²⁷⁷⁶. Aussi, pour pallier à cet obstacle, il a été

²⁷⁷¹ *Ibid*, p. 180.

²⁷⁷² *Ibid*.

²⁷⁷³ Soc., 13 mars 2001, n° 98-46.411, préc. V. *supra*, n° 175.

²⁷⁷⁴ Le nouvel article 1224 du Code civil dispose que « la résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice ». Plusieurs auteurs ont estimé que le caractère « suffisamment grave » de l'inexécution devait également être démontré par le salarié afin d'obtenir la résiliation judiciaire du contrat de travail aux torts de l'employeur : G.-H. CAMERLYNCK, « Le contrat de travail », in G.-H. CAMERLYNCK (dir.), *Traité de droit du travail*, Paris, Dalloz, t. 1, 2^e éd., 1982, p. 460 ; J. SAVATIER, « La résiliation judiciaire des contrats de travail des salariés non protégés », *Dr. soc.* 1979. 414.

²⁷⁷⁵ Expression du nouvel article 1229 du Code civil, qui dispose : « la résolution met fin au contrat. La résolution prend effet, selon les cas, soit dans les conditions prévues par la clause résolutoire, soit à la date de la réception par le débiteur de la notification faite par le créancier, soit à la date fixée par le juge ou, à défaut, au jour de l'assignation en justice. Lorsque les prestations échangées ne pouvaient trouver leur utilité que par l'exécution complète du contrat résolu, les parties doivent restituer l'intégralité de ce qu'elles se sont procuré l'une à l'autre. Lorsque les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat, il n'y a pas lieu à restitution pour la période antérieure à la dernière prestation n'ayant pas reçu sa contrepartie ; dans ce cas, la résolution est qualifiée de résiliation. Les restitutions ont lieu dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9 ».

²⁷⁷⁶ V. *supra*, n° 325.

décidé que la résiliation judiciaire d'un contrat de travail ne produit guère les effets prévus par le Code civil, mais ceux d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse²⁷⁷⁷.

707. Cet exemple nous autorise à mettre en lumière la dualité qui anime la déformation de la règle générale appliquée en droit du travail. Il apparaît que ces hypothèses de déformation ne réduisent pas automatiquement et aveuglément l'influence qu'y exerce la disposition civiliste. Il convient en effet d'opérer une distinction entre deux notions : la déformation-altération et la déformation-amplification. La distinction se perçoit à travers le questionnement suivant : « la déformation de la règle générale a-t-elle amoindrie ou accrue l'influence que celle-ci exerçait jusqu'alors en droit du travail ? ». La réponse ne peut être uniforme, comme peut en témoigner l'ancien article 1184 du Code civil. En effet, les deux déformations qu'a subies le texte ont attiré son influence pour les acteurs travaillistes dans des sens diamétralement opposés. La première – d'un point de vue chronologique – en a emporté l'altération, en interdisant à l'un de ces acteurs – l'employeur – d'y recourir valablement. L'on parle alors de déformation-altération de l'influence du mécanisme en droit du travail. La seconde l'a au contraire ravivée, en passant outre l'obstacle constitué par l'annulation rétroactive du contrat de travail, pour faire produire à la résiliation judiciaire des effets mieux connus de la législation travailliste : ceux d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Le salarié avait alors bien plus d'intérêt à saisir le juge d'une telle résiliation, d'autant plus que le mécanisme de la prise d'acte de rupture du contrat de travail n'avait pas encore été découvert par la Cour de cassation²⁷⁷⁸. Il s'agit ainsi d'un exemple de déformation-amplification de l'influence susmentionnée.

Dès lors, il est insuffisant de s'arrêter au seul constat de la déformation d'une règle générale civiliste par la chambre sociale de la Cour de cassation ; encore faut-il déterminer plus

²⁷⁷⁷ V. not. Soc., 20 janv. 1998, n° 95-43.350, *D.* 1998. 350, note Ch. RADÉ ; *JCP* 1998. II. 10081, note J. MOULY ; *JCP* 1999. I. 107, obs. J.-F. CÉSARO ; *Cah. Soc.* 1998, p. 98, obs. A. PHILIBERT, qui indique expressément que « la résiliation judiciaire du contrat de travail prononcée à l'initiative du salarié et aux torts de l'employeur produit les effets d'un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse [...] ». La décision octroie à la solution la force d'un principe et fait échos à Soc., 21 nov. 1979, n° 78-40.367, qui, suite au prononcé de la résiliation judiciaire d'un contrat de travail, a octroyé au salarié « des indemnités de rupture, une indemnité de clientèle et des dommages et intérêts pour rupture abusive », ce qui traduisait déjà l'attraction du droit du travail et de sa logique sur le mécanisme civiliste.

²⁷⁷⁸ Soc., 25 juin 2003, n° 01-42.335, n° 01-42.679, n° 01-43.578, préc. Cet arrêt est une traduction travailliste de la décision dite « Tocqueville » (Civ., 1^{re}, 13 oct. 1998, n° 96-21.485, préc.), qui a pour la première fois consacré le principe selon lequel « la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls [...] ». On s'aperçoit ainsi que lorsque la chambre sociale de la Cour de cassation a décidé de faire produire à la résiliation judiciaire les effets du licenciement sans cause réelle et sérieuse, la première chambre civile n'avait pas encore consacré l'idée d'une résolution unilatérale aux risques et périls du créancier.

précisément quelle est sa conséquence sur l'influence qu'elle exerce en droit du travail. Dans ce chapitre, il ne sera ainsi question que de traiter des cas de déformation-altération – relativement rares au demeurant – tandis que la seconde catégorie sera abordée plus tard dans notre travail²⁷⁷⁹.

708. La déformation constitue ainsi le premier outil utilisé par le juge pour faire produire à la disposition civiliste des effets qu'elle n'aurait pas pu engendrer si elle avait été appliquée strictement. L'inadaptation de la disposition susmentionnée, constatée par le juge, n'est ainsi pas automatiquement synonyme de son exclusion ; il se peut qu'elle soit tout de même mise en œuvre, mais en subissant des métamorphoses. Il est d'autres cas, néanmoins, où le texte se trouve simplement inappliqué. L'inadaptation précitée se traduit alors par l'éviction de la règle d'un litige travailliste au sein duquel elle semblait pourtant applicable.

2. L'éviction de la règle de droit général

709. Lorsqu'un texte inséré dans le Code civil est mal adapté aux relations de travail mais demeure susceptible d'y produire une utilité quelconque, la chambre sociale de la Cour de cassation décide le plus souvent d'en faire une application déformée. Dans cette hypothèse, le risque généré par son inadaptation est moins grand que l'utilité qu'il produit. Il est toutefois envisageable que la balance penche dans un sens opposé ; la menace que constitue la mise en œuvre de la règle de droit général par le juge du travail dans l'optique de résoudre un litige qui lui est présenté est alors supérieure à son utilité. Pour la contenir, la solution la plus simple est alors de ne pas faire application de la disposition civiliste. De la sorte, le risque qu'elle est susceptible de créer ne peut se réaliser. Deux précisions doivent être apportées à ce sujet.

En premier lieu, ne peut être considérée comme une « éviction » que l'exclusion d'une règle de droit dont l'application s'imposait. Il y a là quelque chose de logique ; si, en raison de son objet ou de l'existence d'une règle spéciale travailliste, une disposition du Code civil n'a pas à être mise en œuvre – conformément au nouvel article 1105 dudit Code –, l'on ne peut dire qu'elle en a été évincée. Ainsi, lorsqu'un salarié saisit un Conseil de Prud'hommes de la contestation de son licenciement, il est évident que les juges ne mobiliseront pas, pour trancher

²⁷⁷⁹ V. *infra*, n° 770 et s.

le litige, les articles 1113 et suivants du Code civil, relatifs à la phase de négociation d'un contrat. Pour autant, l'on ne peut parler d'éviction de ces règles, dans la mesure où elles ne devaient pas être appliquées.

En second lieu, à l'inverse de la déformation de la disposition générale, qui n'est justifiée par aucun texte, il se peut que l'éviction du droit commun des contrats par la chambre sociale de la Cour de cassation soit légalement fondée. Nous avons en effet démontré que lorsqu'un conflit est caractérisé entre deux normes²⁷⁸⁰, la règle spéciale doit recevoir application et, par conséquent, évince du litige le texte doté d'une généralité supérieure. Ce n'est là que l'application de l'adage *specialia generalibus derogant*²⁷⁸¹. Cette exclusion, néanmoins, ne résulte pas du constat préalable de l'inadaptation de la disposition civiliste ; elle découle à l'inverse de l'antinomie entre deux normes qui auraient toutes deux pu être mobilisées afin de résoudre une même contestation. Les rares situations de conflit de normes entre le Code du travail et les règles issues de la réforme du droit des contrats²⁷⁸² ne sont donc pas à ré-aborder au sein du présent développement. Seuls nous intéressent ici les cas dans lesquels l'éviction est motivée par le risque que fait peser la règle sur le droit du travail et ses acteurs.

710. Au risque de statuer *contra legem*, chaque décision du juge doit être conforme avec les règles de droit applicables. C'est le principe de hiérarchie des normes. Par induction, cela signifierait que les déformations ou évictions prononcées par le juge sur le fondement de l'inadaptation d'une disposition à son contexte d'application peuvent être juridiquement justifiées. Pourtant, il est patent que ladite justification ne résulte pas du nouvel article 1105 du Code civil, dont l'objet est justement de régir l'articulation entre le droit commun des contrats et les branches spéciales du droit privé. Et pour cause ; il fait de la cohabitation des règles un principe auquel le juge ne peut déroger qu'en cas de conflit de normes. À défaut, il se trouve normalement contraint de faire application du droit commun des contrats lorsque cela lui est demandé. Dès lors, le seul constat de l'inadaptation d'une règle et des risques qu'elle génère –

²⁷⁸⁰ V. *supra*, n° 148 et s.

²⁷⁸¹ Article 1105, alinéa 3, du Code civil. Il faut cependant prendre garde à ne pas dévoyer le sens de l'adage. Celui-ci met en effet bien plus l'accent sur la mise en œuvre du droit commun des contrats au sein des branches spéciales du droit privé que sur son éviction, qui est cantonnée à l'hypothèse spécifique de la caractérisation d'un conflit entre deux normes dotées d'une généralité distincte : V. not. Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préc., p. 483. La seule concurrence entre deux règles n'emporte ainsi pas l'éviction de l'une d'entre elles ; cette éviction ne peut résulter que d'une antinomie, doublée d'une identité de nature.

²⁷⁸² V. *supra*, n° 237 et s.

critères non visés par l'article 1105 susmentionné – n'autorise pas le juge à en rejeter l'application ou à l'utiliser de manière déformée. On constate que la Cour de cassation s'est octroyée un pouvoir que la loi ne lui a pas conféré. Celui-ci découle de la conception qu'elle retient de la notion de conflit de normes. Au lieu de la comprendre strictement – comme l'impose la réforme de droit des contrats – elle en retient un sens particulièrement souple. Ainsi, tandis que la démonstration d'un tel conflit résulte à notre sens de la réunion cumulative de trois critères²⁷⁸³, la chambre sociale de la Cour de cassation n'en retient parfois qu'un seul, qui, par ailleurs, n'est pas visé par le nouveau droit commun des contrats : l'utilité que présente la règle de droit général²⁷⁸⁴. Lorsque la mobilisation de la règle est génératrice d'un important risque, son éviction n'est fondée que sur celui-ci. Dans le raisonnement adopté par la chambre sociale, il n'est alors guère question d'analyser si les deux normes partagent un objet et une nature en commun et si leurs solutions sont antinomiques. L'objectif poursuivi – qu'il s'agisse de la protection des intérêts de la partie la plus faible, de la préservation de la cohérence, de la sécurité juridique ou du particularisme du droit du travail – prime alors en toutes hypothèses sur la règle d'articulation des branches du droit privé et la norme civiliste est évincée de manière aveugle. Cela porte atteinte, en un sens, à la justice et à l'équité. Le professeur Ch. Goldie-Genicon démontre en effet que « la défense aveugle de certaines règles spéciales²⁷⁸⁵ est susceptible de heurter l'équité, lorsqu'elle devient une fin en soi, indifférente à la rigueur des solutions qu'elle engendre [...]. Elle peut [...], en certaines circonstances, blesser le sentiment du juste, en protégeant aveuglément les dispositions spéciales contre les ingérences des dispositions communes »²⁷⁸⁶. Partant, l'éviction du droit commun des contrats peut alors être perçue comme un principe impératif, fondé sur des objectifs extérieurs à la règle générale de résolution des conflits de normes²⁷⁸⁷ et qui fait totalement fi des conséquences que ladite éviction peut emporter²⁷⁸⁸. Les deux branches semblent ainsi être opposées²⁷⁸⁹ et « le débat s'est [...] déplacé de la légitimité à l'utilité des règles civiles dans leur application au sein du contrat de travail »²⁷⁹⁰.

²⁷⁸³ V. *supra*, n° 151 et s., à savoir l'identité d'objet, de nature et l'incompatibilité des solutions.

²⁷⁸⁴ V. not. G. LOISEAU, « La tentation de l'autonomie », préc.

²⁷⁸⁵ Ce à quoi nous ajoutons celle des objectifs prônés par le droit du travail et défendus par son juge.

²⁷⁸⁶ Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préc., p. 388 et s.

²⁷⁸⁷ Posée par le nouvel article 1105 du Code civil.

²⁷⁸⁸ D'où l'idée d'une « éviction aveugle ».

²⁷⁸⁹ V. not. E. LEMOINE, « Les principes civilistes dans le contrat de travail », préc.

²⁷⁹⁰ *Ibid.* V. ég. Ch. RADÉ, *Droit du travail et responsabilité civile*, préc., p. 9., qui écrit que « la question des rapports entre le droit du travail et le droit civil, en dehors des hypothèses où leurs relations ont été organisées, doit par conséquent se résoudre en terme de *conciliation* et non d'*opposition*. Il convient alors d'abandonner toute

711. La jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation démontre sans peine que la notion d'utilité constitue le pivot principal de la mise en œuvre des règles générales en droit du travail. Par exemple, l'exclusion quasi-totale du dol de l'aspirant salarié ne peut être expliquée par l'existence d'un conflit de normes, car la législation travailliste méconnaît totalement les vices du consentement. Le droit du travail connaîtrait ainsi une lacune qui, selon le nouvel article 1105 du Code civil, devrait être comblée par le recours aux articles 1137 et suivants du Code civil²⁷⁹¹. Pourtant, il est de jurisprudence constante que le dol et son régime ne sont pas mis en œuvre dans les relations individuelles de travail²⁷⁹². La raison de cette éviction se trouve ainsi dans la volonté de la chambre sociale de protéger le salarié – qui court en l'espèce un risque particulièrement important, celui de la perte de son emploi – en interdisant à l'employeur de contourner le régime du licenciement afin de rompre un contrat de travail sans procédure et indemnités de rupture.

La chambre sociale de la Cour de cassation a agi de la même manière à l'égard du mécanisme de la force majeure, qui était dénué de tout régime légal en amont de l'ordonnance du 10 février 2016 et que l'on retrouve désormais au nouvel article 1218 du Code civil²⁷⁹³. Tandis qu'en matière civile, la force majeure était de plus en plus fréquemment admise par les juridictions, qui ont procédé à « l'élimination de plusieurs des conditions autrefois exigées »²⁷⁹⁴, il en est allé bien autrement en droit du travail. Dans une série de trois arrêts rendus le 12 février 2003, il a été considéré que « la force majeure permettant à l'employeur de s'exonérer de tout ou partie des obligations nées de la rupture d'un contrat de travail s'entend

querelle relative à la *légitimité* de l'intervention de la responsabilité civile pour s'attacher à l'*utilité* de sa contribution ». Pour un constat similaire sur l'application du droit commun des contrats en droit de la consommation, V. A. BATTEUR, « La protection illusoire du consommateur par le droit spécial de la consommation : réflexions sur la réglementation nouvelle régissant le contrat de vente de voyages », *D.* 1996. 82.

²⁷⁹¹ Articles 1130 à 1144 du Code civil.

²⁷⁹² Soc., 3 juill. 1990, n° 87-40.349, préc.

²⁷⁹³ L'article 1218 du Code civil dispose qu'« il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur. Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1 ».

²⁷⁹⁴ A. POUSSON, « Contrat individuel de travail et droit commun des contrats – influences croisées », préc. Traditionnellement, la force majeure se caractérisait par la réunion de trois éléments cumulatifs : l'irrésistibilité, l'imprévisibilité et l'extériorité de l'événement. Certains de ces critères ont néanmoins été rejetées par la Cour de cassation, notamment dans Civ., 1^{re}, 6 nov. 2002, n° 99-21.203, *D.* 2002. 2631, note J.-P. GRIDEL ; *JCP* 2003. I. 152, obs. G. VINEY ; *CCC* 2003. 53, obs. L. LEVENNEUR ; *RDC* 2003, p. 59, obs. P. STOFFEL-MUNCK ; *Gaz. Pal* 2003, p. 1188, obs. F. CHABAS ; *Dr. et patr.* 2003. 110, obs. P. CHAUVEL. V. ég. C. COUTANT-LAPALUS, « Variation autour de l'imprévisibilité de la cause étrangère », *LPA* 2022, n° 41, p. 15.

de la survenance d'un événement extérieur irrésistible ayant pour effet de rendre impossible la poursuite dudit contrat »²⁷⁹⁵. Ainsi, l'employeur se trouve dans l'impossibilité de solliciter la rupture d'un contrat sur le fondement de la force majeure, et ce même dans « des circonstances qui l'exigent pourtant »²⁷⁹⁶. Par exemple, pour la première chambre civile de la Cour de cassation, l'indisponibilité momentanée d'une égyptologue reconnue en raison d'une intervention chirurgicale constitue un cas de force majeure qui justifie l'annulation d'un voyage²⁷⁹⁷, tandis que, pour la chambre sociale de ladite Cour, le passage d'un cyclone qui « a entraîné la destruction d'une partie importante du village-hôtel exploité à Saint-Martin par la société La Belle Créole »²⁷⁹⁸ n'autorise pas l'employeur à rompre les contrats de travail de ses salariés pour force majeure, car « la destruction partielle du village-hôtel occasionnée par le passage du cyclone ne rendait pas impossible la reprise de l'exploitation de l'hôtel, après remise en état, et, partant, la poursuite du contrat de travail des salariés »²⁷⁹⁹. Ainsi, la force majeure ne peut valablement provoquer la rupture dudit contrat que si elle « [rend] impossible durablement la poursuite du contrat de travail »²⁸⁰⁰. Si tel n'est pas le cas, le juge social considère en effet que « la force majeure n'a fait que suspendre l'exécution du contrat, sauf le cas échéant à constituer une cause économique du licenciement »²⁸⁰¹. Le droit du travail retient ainsi une conception atrophiante du mécanisme, au point que celui-ci n'a plus été admis par la chambre sociale depuis 1979²⁸⁰². Dans le domaine spécifique de la grève, elle lui préfère même un « ersatz travailliste »²⁸⁰³ : la situation contraignante²⁸⁰⁴. Cette éviction quasi-totale du mécanisme civiliste se fonde, à nouveau, sur le risque que sa mobilisation créée pour le salarié, car la caractérisation d'un cas de force majeure est susceptible d'emporter la résiliation du contrat de travail²⁸⁰⁵.

²⁷⁹⁵ Soc., 12 févr. 2003, n° 00-46.660, n° 99-42.985, *Dr. soc.* 2003. 388, obs. A. CRISTAU ; *D.* 2003. 1656, obs. N. DAIMEZ ; *RTD com.* 2003. 371, obs. A. MARTIN-SERF ; *RJS* 2003, p. 285, obs. J.-Y. FROUIN.

²⁷⁹⁶ A. CRISTAU, *ibid.* V. ég. A. BOUSIGES, « L'évolution de la force majeure en droit du travail », in P. COUVROT (dir.), *Les orientations sociales du droit contemporain*, Écrits en l'honneur du professeur Jean Savatier, Paris, PUF, 1992, p. 85 et s.

²⁷⁹⁷ Civ., 1^{re}, 6 nov. 2002, n° 99-21.203, préc.

²⁷⁹⁸ Soc., 12 févr. 2003, n° 00-46.660, n° 99-42.985, *op. cit.*

²⁷⁹⁹ *Ibid.*

²⁸⁰⁰ L. BENTO DE CARVALHO, *L'apport du droit du travail à la théorie générale de l'acte juridique*, préc., p. 399.

²⁸⁰¹ J.-Y. FROUIN, obs. sous Soc., 12 févr. 2003, n° 00-46.660, n° 99-42.985, *op. cit.*

²⁸⁰² Soc., 18 janv. 1979, n° 77-40.982, *D.* 1979. 327, obs. Ph. LANGLOIS.

²⁸⁰³ P.-H. ANTONMATTEI, *Contribution à l'étude de la force majeure*, Thèse, Montpellier 1, 1992, p. 113.

²⁸⁰⁴ V. *infra*, n° 756.

²⁸⁰⁵ Article 1218, alinéa 2, du Code civil.

Le même raisonnement devrait présider l'éviction future, en droit du travail, de la confirmation tacite de la cause de nullité relative par la seule exécution du contrat de travail²⁸⁰⁶. Si la menace qui pèse sur le salarié est moindre²⁸⁰⁷, elle n'en demeure pas moins vivace et pourrait interdire au salarié de solliciter la nullité d'une clause par la seule exécution du contrat en connaissance de la cause de nullité. Pour expurger les relations de travail de ce risque, qui pourrait être brandi à titre d'exception par l'employeur, la méthode la plus simple reste d'évincer l'alinéa 3 de l'article 1182 du Code civil des litiges travaillistes. Cette éviction, néanmoins, ne saurait être juridiquement justifiée par la caractérisation d'un conflit de normes. Par conséquent, c'est bel et bien l'inadaptation de la disposition et le risque qui lui est inhérent qui fondera la solution adoptée par la chambre sociale de la Cour de cassation.

712. Cette pratique, qui emporte la violation expresse des articles L. 1221-1 du Code du travail et 1105 du Code civil, est vectrice de l'autonomie – souhaitée ou rejetée, mais toujours discutée²⁸⁰⁸ – du droit du travail. Nous avons défini l'autonomie comme « la faculté de se

²⁸⁰⁶ Article 1182, alinéa 3, du Code civil.

²⁸⁰⁷ Il n'est en effet guère question ici de la rupture du lien contractuel et de la perte de l'emploi. Le risque, en l'espèce, est d'interdire au salarié d'agir en justice en nullité d'une clause par la seule exécution du contrat de travail.

²⁸⁰⁸ V. not. G.-H. CAMERLYNCK, « L'autonomie du droit du travail », préc. ; G. LYON-CAEN, « Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail », préc. ; « Les principes généraux du droit du travail », in *Tendances du droit du travail français contemporain*, Études offertes à G. H. Camerlynck, Paris, Dalloz, p. 35. ; G. COUTURIER, « Les techniques civilistes et le droit du travail », préc. ; « Droit du travail : le renouvellement des techniques », préc. ; A. JEAMMAUD, « Les principes dans le droit français du travail », préc. ; J. PÉLISSIER, « Droit civil et contrat individuel de travail », préc. ; J.-J. DUPEYROUX, « Droit civil et contrat de travail : l'impasse », préc. ; Ch. RADÉ, « L'impossible recours à la résolution judiciaire du contrat de travail pour sanctionner une faute du salarié », préc. ; « L'autonomie du droit du licenciement », préc. ; « La figure du contrat dans le rapport de travail », préc. ; « Feu la résolution judiciaire du contrat de travail », préc. ; « L'autonomie du droit du travail (la prescription abrégée de la créance de salaires) » : cent fois sur le métier... », préc. ; « Entre espoir et désespoir », préc. ; « L'impact de la réforme du droit des contrats en droit du travail », préc. ; « L'autonomie du droit du travail », préc. ; « La transaction, arme de destruction massive », *Dr. soc.* 2021. 510 ; *Droit du travail et responsabilité civile*, préc. ; F. GRUA, « Les divisions du droit », préc. ; E. LEMOINE, « Les principes civilistes dans le contrat de travail », préc. ; X. LAGARDE, « Aspects civilistes des relations individuelles de travail », préc. ; F. POLLAUD-DULIAN, « Du droit commun au droit spécial – et retour », préc. ; A. POUSSON, « Contrat individuel de travail et droit commun des contrats – influences croisées », préc. ; M. MEKKI, « Existe-t-il un *jus commune* applicable aux clauses du contrat de travail ? », préc. ; P. LOKIEC, S. ROBIN-OLIVIER, S. DEAKIN, Ch. RADÉ, « Droit du travail et responsabilité civile (première partie) », préc. ; J.-Y. FROUIN, « Le contrat de travail et les dérogations au droit commun des contrats », préc. ; M. BONNECHÈRE, « Où va le droit du travail ? », préc. ; L. BENTO DE CARVALHO, « L'incidence de la réforme du droit des contrats sur le régime du contrat de travail : renouvellement ou *statu quo* ? », préc. ; « L'étrange sauvetage de l'autonomie de la prise d'acte de rupture du contrat de travail », préc. ; *L'apport du droit du travail à la théorie générale de l'acte juridique*, préc. ; G. LOISEAU, « Droit civil et droit du travail : une relation instable », préc. ; « Le repli sur soi », préc. ; « Le rôle matriciel du droit commun des contrats en droit du travail », préc. ; « La tentation de l'autonomie », préc. ; A. LYON-CAEN, F. LOYSEAU DE GRANDMAISON, « L'impact de la réforme du droit des obligations sur le droit du travail », préc. ; Ch. GOLDIE-GENICON, « Droit commun des contrats et contrat de travail, 100 ans après », préc. ; *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préc. ; D. HOUTCIEFF, « La prise d'acte tient la résolution unilatérale en état », préc. ; S. TOURNAUX, « L'autonomie de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail », préc. ; Y. LEROY,

déterminer soi-même, par ses propres lois »²⁸⁰⁹. Or, c'est bel et bien ce à quoi aboutit la mobilisation de la notion d'utilité par la Haute Cour en vue de déformer ou d'exclure de certains contentieux les règles générales ; par-là et la plume de son juge, le droit du travail décide unilatéralement de se soustraire au droit commun des contrats²⁸¹⁰ et de résoudre les litiges en faisant une application dogmatique²⁸¹¹ des règles d'articulation des branches de droit privé entre elles. De la sorte, malgré l'incomplétude de sa législation, il se régit soi-même et s'isole ponctuellement des normes qui lui sont extérieures. C'est l'expression d'une « autonomie souple » de la matière, comme l'estime une certaine frange de la doctrine²⁸¹². La chambre sociale de la Cour de cassation réalise ainsi un « *legis shopping* »²⁸¹³, en s'arrogeant le pouvoir d'appliquer le Code civil quand et comme bon lui semble. De ce fait, la matière s'isole, en

« L'articulation entre droit civil et droit du travail ou comment sortir de l'impasse ? », préc. ; J. LE GOFF, *Droit du travail et société*, PU Rennes, t. 1, 2001, p. 29 et s. ; A. BRUN, H. GALLAND, *Droit du travail*, préc. ; F. COLLART DUTILLEUL, « Quelle place pour le contrat dans l'ordonnement juridique ? », in Ch. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, préc., p. 225 et s. ; E. JEANSEN, *L'articulation des sources du droit : essai en droit du travail*, préc., p. 210 et s. ; F. KHODRI-BENAMROUCHE, *Le Code civil dans les relations du travail*, préc., p. 366 et s. ; A.-L. MAZAUD, *Contrat de travail et droit commun. Essai de mesure*, préc. ; J.-P. CHAZAL, *De la puissance économique en droit des obligations*, préc., p. 74 et s.

²⁸⁰⁹ G. DE TERSSAC, « Autonomie et travail », préc.

²⁸¹⁰ Alors même que, pour rappel, l'article L. 1221-1 du Code du travail soumet la matière aux règles de droit commun des contrats.

²⁸¹¹ Selon l'expression de G. LOISEAU, *op. cit.*, au sujet de Soc., avis, 3 avr. 2019, n° 19-70.001, préc., au sein duquel la chambre sociale de la Cour de cassation a refusé de soumettre le mécanisme de la prise d'acte de rupture du contrat de travail aux conditions du nouvel article 1226 du Code civil, giron de la résolution unilatérale du contrat aux risques et périls du créancier.

²⁸¹² V. not. Ch. RADÉ, « Brefs propos sur les accords de rupture amiable du contrat de travail et les transactions », *Dr. soc.* 2000. 78 ; « La figure du contrat dans le rapport de travail », préc. ; J. MOULY, « Droit civil et droit du travail. Une coexistence enfin pacifique », in *Apprendre à douter. Questions de droit, questions sur le droit. Études offertes à Claude Lombois*, Limoges, Presses Universitaires de Limoges, 2004, p. 359.

²⁸¹³ G. LOISEAU, « Droit civil et droit du travail : une relation instable », préc. ; « Le repli sur soi », préc. ; « Le rôle matriciel du droit commun des contrats en droit du travail », préc. ; « La tentation de l'autonomie », préc.

cherchant parfois de manière absolutiste à protéger ses créations²⁸¹⁴ ou ses objectifs²⁸¹⁵, quitte, pour cela, à méconnaître frontalement le droit commun des contrats et son propre article L. 1221-1.

713. Tandis que la déformation de la disposition civiliste n'emporte pas automatiquement l'altération de son influence – il existe des hypothèses de déformation-amplification de cette dernière – son éviction constitue une source de cette altération. Sans contestation possible, le fait de rejeter la mise en œuvre d'une règle a pour effet premier et direct de la priver toute influence. Dans les situations d'éviction du nouveau droit commun des contrats – que nous traiterons ci-dessous²⁸¹⁶ –, la conclusion sera ainsi uniforme ; l'influence respective de chaque mécanisme analysé sera nulle. L'action altérante du droit du travail, par le truchement de la chambre sociale de la Cour de cassation, se perçoit ainsi sans mal.

714. Face à l'inadaptation de la règle générale civiliste au contexte spécifique de sa mise en œuvre en droit du travail et aux risques que celle-ci génère, le juge du travail s'est historiquement accordé le droit de déformer ladite règle ou de l'évincer du litige travailliste qui est soumis à son analyse. Ces deux techniques seront – à coup sûr – utilisées à l'encontre du nouveau droit commun des contrats, dont la mise en œuvre par la chambre sociale de la Cour de cassation est ainsi modulée.

²⁸¹⁴ Comme cela a été le cas pour la prise d'acte de rupture du contrat de travail : Soc., avis, 3 avr. 2019, n° 19-70.001, préc. Un arrêt, rendu le même jour, illustre également cette volonté affichée par la chambre sociale de la Cour de cassation de couper, en certaines hypothèses, le droit du travail du droit commun des contrats : Soc., 3 avr. 2019, n° 17-15.568, *RDT* 2019. 401, étude A.-S. GINON ; *D.* 2019. 336, note I. TA ; *D.* 2010. 1558, chron. A. DAVID ; *D.* 2020. 353, obs. M. MEKKI ; *RTD civ.* 2019. 596, obs. H. BARBIER ; *JCP S* 2019. 749, obs. G. LOISEAU. En l'espèce, ladite chambre a refusé de faire application des articles 2224 et 2232 du Code civil, censurant par-là la position adoptée avant elle par la Cour d'appel de Limoges (Limoges, ch. sociale, 30 janv. 2017, n° 16/00353). La position est expressément fondée sur l'interprétation des deux textes susmentionnés « à la lumière de l'article 6, §1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». Pour le Professeur H. BARBIER, *op. cit.*, « le réel contrôle judiciaire à l'œuvre, dissimulé sous le visage aimable de l'interprétation, est bien un contrôle de proportionnalité ; non pas le classique contrôle de conventionnalité de la loi, puisque celui-ci aurait abouti à la mise à l'écart de la loi de manière générale et non cantonnée, comme ici, au seul cas d'espèce, mais le fameux nouveau contrôle de proportionnalité de la Cour de cassation consistant à « écarter l'application d'un texte de droit interne, normalement appelé à régir la situation d'après la logique légaliste, en raison de la disproportion de ses effets sur un droit fondamental dans les circonstances propres à l'espèce ». V. ég. sur ce sujet, B. LOUVEL, « Réflexions à la Cour de cassation », *D.* 2015. 1326 ; P.-Y. GAUTHIER, « Contrôle de proportionnalité subjectif, profitant aux situations illicites : « l'anti-Daguesseau », *JCP G* 2016. 89 ; Ph. JESTAZ, J.-P. MARGUÉNAUD, Ch. JAMIN, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2014. 2061. Cela confirme nos développements précédents ; la chambre sociale de la Cour de cassation fonde l'application et l'éviction de la règle générale en droit du travail sur la caractérisation du pôle positif ou négatif de leur utilité. L'utilité de la règle devient ainsi le pivot de l'articulation des branches du droit privé.

²⁸¹⁵ *Ibid.*

²⁸¹⁶ V. *infra*, n° 731 et s.

Section 2. LA MODULATION DE L'APPLICATION DU NOUVEAU DROIT COMMUN DES CONTRATS EN DROIT DU TRAVAIL

715. Lorsque le juge social constate que la règle générale civiliste dont il doit en principe faire application est mal adaptée aux relations individuelles ou collectives de travail – et y génère donc un risque – il a pris pour habitude d'en faire une application modulée, voire de ne pas l'appliquer du tout. Le nouveau droit commun des contrats fait parfois preuve d'une telle inadaptation, dans ses relations avec le droit commun des contrats et ses différents acteurs. Aussi, dans un nombre d'hypothèses globalement limitées, il est certain qu'il ne sera pas appliqué de manière conforme à sa lettre par la chambre sociale de la Cour de cassation.

716. Dans un premier temps, l'on constate la mise en œuvre déformée de certaines dispositions. Néanmoins, comme nous le rappelions ci-dessus, il ne s'agira pas ici d'évoquer l'ensemble des cas de déformation d'un texte général. En effet, dans la mesure où nous apprécions la dimension de l'action altérante du droit du travail, seules seront étudiées les situations de déformation-altération du nouveau droit commun des contrats (§1), c'est-à-dire les occasions dans lesquelles la déformation, opérée par le juge, restreint l'influence que produit la règle en terre travailliste. Dans un second temps et de manière plus absolutiste, il arrive encore que la disposition générale, dont la mise en œuvre était pourtant commandée par le nouvel article 1105 du Code civil, soit judiciairement et totalement écartée du litige (§2). Dans un cas comme dans l'autre, seules seront mentionnées les hypothèses de déformation et d'éviction issues de la réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016 et la loi qui en emporte la ratification. Aussi, lorsque ladite réforme n'a emporté aucune nouveauté, la modulation de la mise en œuvre du droit commun des contrats ne sera pas évoquée²⁸¹⁷.

²⁸¹⁷ Par exemple, en amont de la réforme susmentionnée, l'article 1134, alinéa 2, du Code civil disposait que « [les conventions] ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise », disposition que l'on trouve désormais, depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 févr. 2016, à l'article 1193 du Code civil. Toutefois, depuis Soc., 8 oct. 1987, n° 84-40.902, n° 84-41.902, préc., la chambre sociale de la Cour de cassation autorise l'employeur à modifier unilatéralement certaines stipulations du Code du travail, considérées comme faisant partie d'un « socle informatif » : V. *supra* et *infra*, n° 130, n° 291, n° 515, n° 753. La déformation de l'ancien article 1134, alinéa 2, du Code civil, devenu 1193 du Code civil, n'a ainsi connu aucune évolution. Il n'est alors guère nécessaire de l'évoquer au sein du présent travail, car la problématique se situe en-dehors de notre champ de recherches.

§1. LA DÉFORMATION-ALTÉRATION DU NOUVEAU DROIT COMMUN DES CONTRATS

717. La déformation de la règle générale se comprend comme sa dégradation, par le juge social en ce qui nous concerne, qui, au moment d'en faire application, modifie une fraction plus ou moins importante de son régime. Si, par ricochet, cela peut avoir pour effet d'élargir l'utilité du mécanisme en question, il se peut également que ce processus emporte l'altération de son influence en droit du travail. Ce sont les hypothèses de déformation-altération, auxquelles le juge recourt lorsqu'un texte du Code civil, bien que peu adapté en droit du travail, y présente tout de même une certaine utilité.

718. Il est cependant peu fréquent que le nouveau droit commun des contrats, tout en étant vecteur de risque(s) pour le droit du travail ou ses acteurs, affiche une utilité suffisante pour que sa mise en œuvre déformée soit tout de même décidée. Ainsi, les nouveaux cas de déformation-altération seraient rares. Deux d'entre eux peuvent malgré tout être mis en exergue. En premier lieu, la chambre sociale de la Cour de cassation devrait intervenir afin de conditionner – au mieux – l'anticipation de l'accord donné par la salarié à la cession future et éventuelle de son contrat de travail, entraînant par-là la déformation du nouvel article 1216 du Code civil et la diminution de l'influence que celui-ci exerce en droit du travail **(A)**. En second lieu, les effets qu'est susceptible de produire la caractérisation d'une situation d'imprévision seront cantonnés par le juge, au risque de rouvrir la voie de la résiliation judiciaire à l'employeur **(B)**.

A. L'ACCORD ANTICIPÉ DU SALARIÉ À LA CESSIION DE SON CONTRAT DE TRAVAIL

719. Le Code civil, en son nouvel article 1216, consacre la faculté pour un contractant, appelé « cédant », de transmettre sa qualité de partie au contrat à un tiers, le « cessionnaire », à condition que son actuel cocontractant, le « cédé », donne son accord²⁸¹⁸. L'alinéa 2 de l'article

²⁸¹⁸ La question de la nécessité de l'accord du contractant cédé a longtemps été débattue. Dans un premier temps, par un raisonnement *a contrario*, il était possible de déduire que le consentement du cédé n'était requis que lorsque le contrat est qualifié d'*intuitu personae* : Com., 7 janv. 1992, n° 90-14.831, préc. La Cour de cassation a soumis la validité de la cession conventionnelle du contrat – que celui-ci ait été conclu *intuitu personae* ou non – à l'accord du cédé pour la première fois en 1997 : Com., 6 mai 1997, n° 94-16.335, D. 1997. 588, note Ch. JAMIN, M. BILLIAU ; D. 1998. 25, chron. L. AYNÈS ; D. 1998. 136, obs. H. LE NABASQUE ; D. 1998. 196, obs. P.

précise d'ailleurs que le cédé peut donner cet accord par avance, notamment lors de la conclusion du contrat qui fait l'objet de la cession. Dans une vision purement travailliste, cette disposition intéresse l'hypothèse de la cession conventionnelle de contrat de travail. Ainsi, un employeur peut céder cette qualité à une tierce personne, à condition de recueillir l'accord préalable du salarié. Conformément à la disposition précitée, le salarié peut exprimer son consentement à la cession dès la conclusion du contrat de travail. Dans ce cas et fort logiquement, l'employeur cédant n'a plus à rechercher son consentement au moment de la conclusion de l'acte de cession²⁸¹⁹. En effet, le raisonnement à retenir est alors identique à celui qui domine, par exemple, la mise en œuvre d'une clause de mobilité géographique insérée dans le contrat de travail. Dans la mesure où celui-ci est signé par les deux parties, le salarié est irréfragablement réputé accepter toutes les clauses qui s'y trouvent. Partant, lorsqu'il active la clause de mobilité géographique, l'employeur n'a plus à obtenir l'accord du travailleur subordonné, celui-ci ayant été exprimé lors de la conclusion du contrat. La mobilité est alors perçue comme un changement des conditions de travail et non pas comme une modification du contrat de travail²⁸²⁰ et, par conséquent, peut être imposée par l'employeur. Il en va de même en matière de cession conventionnelle de contrat, lorsque le consentement du salarié est exprimé par anticipation. L'employeur pourrait alors être tenté, toutes les fois où cela s'avère à son avantage, d'insérer une clause de cession dans le contrat de travail. Celle-ci, dont la négociabilité serait le plus fréquemment soustraite²⁸²¹, lui permettrait de recueillir l'accord du salarié à la cession éventuelle et future de son contrat de travail.

720. En droit du travail, l'utilité majeure du nouvel article 1216 du Code civil a été démontrée ci-dessus²⁸²² ; la disposition permet au juge de fonder efficacement la mobilité d'un salarié entre deux sociétés qui appartiennent à un même groupe, en lieu et place du mécanisme de la

JOURDAIN ; *RTD civ.* 1997. 936, obs. J. MESTRE ; *JCP E* 1998. 614, obs. M.-L. IZORCHE ; *CCC* 1997. 146, obs. L. LEVENEUR ; *Defrénois* 1997. 977, note D. MAZEAUD. V. ég. Ch. JAMIN, « Cession de contrat et consentement du cédé », *D.* 1995. 131.

²⁸¹⁹ Selon l'alinéa 3 de l'article 1216 du Code civil, « la cession doit être constatée par écrit, à peine de nullité ».

²⁸²⁰ V. not. Paris, pôle 06, ch. 09, 19 mai 2021, n° 18/13464, où il est expressément indiqué que « le changement d'affectation résultant de l'application d'une clause de mobilité constitue un simple changement des conditions de travail, qui relève du pouvoir de direction de l'employeur ». La Cour de cassation l'a d'ailleurs expressément affirmé : Soc., 25 nov. 1997, n° 95-44.053, *Dr. soc.* 1998. 82, obs. F. FAVENNEC-HÉRY ; *Dr. soc.* 1999. 566, étude Ph. WAQUET ; *D.* 1998. 398, note C. PUIGELIER ; *JCP* 1997. II. 10032, note D. CORRIGNAN-CARSIN.

²⁸²¹ Car il s'agit d'une clause annexe, dont la négociabilité est plus souvent interdite que celle des clauses les plus importantes de la convention : V. *supra*, n° 406. La stipulation pourrait alors être insérée dans « l'ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties », nécessaire à la caractérisation d'un contrat d'adhésion selon les termes du nouvel article 1110 du Code civil.

²⁸²² V. *supra*, n° 686 et s. Il ne faut cependant pas oublier que le texte présente une utilité au-delà de la seule hypothèse de la mobilité intra-groupe.

novation. Pour autant, dans ce dessein, la mise en œuvre du texte ne devrait pas s'effectuer conformément aux prévisions du législateur. Et pour cause, depuis une quinzaine d'années, la chambre sociale de la Cour de cassation s'oppose fermement à la possibilité pour le salarié d'autoriser par anticipation la cession de son contrat de travail. Dans une espèce jugée le 23 septembre 2009²⁸²³, un salarié de la société Renault France automobile a signé un avenant qui contenait notamment une clause de mobilité stipulant qu'il pourrait être amené à exercer ses fonctions dans toutes les sociétés du groupe. La mise en œuvre de ladite clause donnerait lieu à la conclusion d'un nouveau contrat de travail dans la société d'accueil. Le travailleur a postérieurement refusé sa mutation et, de ce fait, a été licencié. Pour censurer l'arrêt d'appel et juger le licenciement comme étant dépourvu de cause réelle et sérieuse, la chambre sociale énonce que « la clause de mobilité par laquelle le salarié lié par contrat de travail à une société s'est engagé à accepter toute mutation dans une autre société, alors même que cette société appartiendrait au même groupe ou à la même unité économique et sociale, est nulle ». Il s'évince de cet arrêt l'impossibilité pour le salarié de donner par avance son accord à la cession de son contrat de travail²⁸²⁴. Il en va d'ailleurs de même lorsqu'une convention collective de branche à laquelle est assujettie l'entreprise prévoit une telle clause de cession²⁸²⁵.

721. L'on constate ainsi une antinomie entre la législation civiliste et la jurisprudence sociale, dont les positions respectives ne peuvent être conciliées. Conformément à la conception que nous nous en faisons²⁸²⁶, il y a lieu de rejeter ici l'existence d'un conflit entre ces deux normes. L'antinomie – certes existante – n'a pas à être résolue par le recours au nouvel article 1105 du Code civil et à l'adage *specialia generalibus derogant* qui ferait primer la norme la plus spéciale – à savoir la jurisprudence sociale. Au contraire, la difficulté doit être tranchée par le recours au critère hiérarchique, qui commande en l'espèce la mise en œuvre de la règle hiérarchiquement supérieure, c'est-à-dire l'article 1216 du Code civil²⁸²⁷. Aussi, le salarié devrait pouvoir être autorisé à donner par anticipation son accord à la cession future de son contrat de travail.

²⁸²³ Soc., 23 sept. 2009, n° 07-44.200, préc.

²⁸²⁴ V. not. S. TOURNAUX, « Le contrat de travail et les dérogations au droit commun des contrats », préc.

²⁸²⁵ Soc., 8 mars 2005, n° 02-45.114.

²⁸²⁶ Par l'érection du critère de l'identité de nature en tant que condition déterminante de la caractérisation d'un conflit de normes : V. *supra*, n° 179 et s.

²⁸²⁷ V. déjà *supra*, n° 189 et s.

Pour autant, il est peu probable que la Cour de cassation revienne sur sa position pour faire une application volontaire et conforme du nouveau droit commun des contrats²⁸²⁸. Dans la mesure où la situation peut créer un risque pour le salarié²⁸²⁹ – dont la législation travailliste accueille le consentement avec circonspection – il nous paraît fort probable que le juge choisira de faire une application déformée du texte civiliste. En effet, ce dernier présente une utilité certaine et suffisante, qui le préserve d’une quelconque éviction. L’article 1216 du Code civil devrait ainsi être appliqué afin de régir certaines situations de fait, mais la chambre sociale de la Cour de cassation lui forgera d’abord des atours travaillistes.

722. À cet effet, la doctrine a pu proposer deux types de déformation, qui préserveraient la substance du texte tout en le plaçant en conformité avec la jurisprudence travailliste antérieure. Il se pourrait tout d’abord que le texte soit amputé de son second alinéa, qui prévoit la faculté pour le contractant cédé de donner son accord par anticipation. La déformation ne résulte ici pas de la mutation d’une condition de validité²⁸³⁰, mais de l’ablation d’une faculté ouverte à l’une des parties au contrat initial – le contractant cédé. De la sorte, l’employeur conserve la possibilité de céder cette qualité à un tiers, qui le remplacera dans ce rôle, mais il serait contraint de solliciter l’accord du salarié au moment de la conclusion de l’acte solennel de cession. Par-là, ce dernier ne donne pas son consentement par anticipation et la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation est préservée.

Ensuite, plusieurs auteurs ont proposé non pas de supprimer toute faculté, pour le salarié, d’accepter par avance la cession de son contrat de travail, mais de la conditionner. L’objectif serait de rejeter toute « autorisation de cession en blanc »²⁸³¹, par le truchement de laquelle le

²⁸²⁸ V. not. G. LOISEAU, « Droit civil et droit du travail : une relation instable », préc., qui estime que « seulement, le recours à la règle civile, en tant qu’elle constitue le droit commun, n’est pas ici sans limite. Le Code civil permet que l’accord du cédé soit donné par avance dans le contrat originellement conclu, auquel cas la cession produit effet à son égard lorsque le contrat conclu entre le cédant et le cessionnaire lui est notifié ou lorsqu’il en prend acte. La chambre sociale serait toutefois probablement hostile à la stipulation d’une telle clause dans un contrat de travail, dispensant de requérir l’accord du salarié au moment du transfert, alors qu’elle n’admet pas les clauses de mobilité intra-groupe qui en sont une variable. Des considérations propres à la relation de travail réapparaissent dès lors qui s’opposent, le cas échéant, à laisser libre cours à certaines règles du droit civil. La spécification de la règle civile, autrement dit, se profile à nouveau ».

²⁸²⁹ Comme l’indique Y. PAGNERRE, « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », préc., la cession de contrat de travail « n’emporte pas seulement un changement de débiteur mais aussi un changement de statut collectif applicable. Le consentement du salarié doit être protégé ».

²⁸³⁰ Les conditions de validité posées par l’article 1216 du Code civil, à savoir l’accord du cédé et la forme écrite, demeurent en effet intactes dans cette hypothèse.

²⁸³¹ Selon l’expression de Ph. STOFFEL-MUNCK, « L’imprévision et la réforme des effets du contrat », *RDC* 2016, p. 30.

travailleur donnerait un consentement aveugle alors même que le contrat de travail est, par nature, imprégné d'un fort *intuitu personae*²⁸³². Aussi, il serait envisageable que la chambre sociale de la Cour de cassation impose – à peine de nullité – que la clause de cession du contrat de travail, insérée dans le contrat de travail et acceptée par le salarié par anticipation, indique clairement et limitativement l'identité des cessionnaires éventuels auxquels ledit contrat pourrait éventuellement être transféré²⁸³³. Par ce biais, le travailleur subordonné – lorsqu'il accepte par avance le principe de la cession du contrat de travail – aurait connaissance de l'identité des employeurs auxquels ledit contrat pourrait être transmis. Si la chambre sociale refuse pour l'heure qu'un salarié puisse accepter par avance un changement d'employeur²⁸³⁴, elle possède désormais l'occasion d'aligner sa jurisprudence sur celle des chambres civiles et commerciale²⁸³⁵, en admettant la validité de principe d'une clause de cession du contrat de travail. Néanmoins, pour ce faire, imposer que l'employeur cédant indique exhaustivement dans ladite clause l'identité de tous les cessionnaires éventuels constituerait pour les intérêts du salarié une protection bienvenue, qui rappelle d'ailleurs la condition de validité de la clause de mobilité relative à la détermination ferme et précise d'un périmètre géographique²⁸³⁶. En somme, le fait de contraindre l'employeur d'indiquer à l'éventuel cédé le nom des potentiels cessionnaires revient à circonscrire la clause de cession dans un périmètre, qui ne dépend cette fois-ci pas d'une zone géographique mais de l'identité des tiers auxquels le contrat de travail pourrait être transmis.

723. Dans l'optique de faire évoluer une position jurisprudentielle désormais ouvertement *contra legem*, il nous paraît préférable que la chambre sociale de la Cour de cassation se saisisse de la seconde option, qui s'avère être celle qui préserve le mieux la substance de l'article 1216 du Code civil. Sa déformation, en effet, prendrait les habits d'une simple condition de forme *ad validitatem*. Elle serait ainsi particulièrement mince et l'obstacle s'avère être très concret. Il se

²⁸³² V. not. M.-A. PEANO, « L'*intuitus personae* dans le contrat de travail », préc. ; Y. CHAGNY, P. RODIÈRE, « Faut-il reconnaître au salarié la faculté de refuser le transfert de son contrat de travail ? », *RDT* 2007. 216 ; G. AUZERO, E. DOCKÈS, D. BAUGARD, *Droit du travail*, préc., p. 459 ; Y. PAGNERRE, « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », préc.

²⁸³³ V. not. Y. PAGNERRE, *ibid*, S. TOURNAUX, « Le contrat de travail et les dérogations au droit commun des contrats », préc. ; « Chronique d'actualité du régime juridique du contrat de travail », préc. ; Ch. GOLDIE-GENICON, « Droit commun des contrats et contrat de travail, 100 ans après », préc. ; A. LYON-CAEN, F. LOYSEAU DE GRANDMAISON, « L'impact de la réforme du droit des obligations sur le droit du travail », préc.

²⁸³⁴ Soc., 23 sept. 2009, n° 07-44.200, préc. ; Soc., 19 mai 2016, n° 14-26.556, *Dr. soc.* 2016. 650, étude S. TOURNAUX ; *RDT* 2016. 482, obs. B. REYNÈS ; *JCP S* 2016. 1242, note F. BOUSEZ.

²⁸³⁵ Com., 7 janv. 1992, n° 90-14.831, préc.

²⁸³⁶ Soc., 7 juin 2006, n° 04-45.846, *Dr. soc.* 2006. 926, obs. F. FAVENNEC-HÉRY ; *D.* 2006. 3041, note M.-C. ESCANDE-VARNIOL ; *RDT* 2006. 313, obs. J. PÉLISSIER ; *RTD civ.* 2007. 110, obs. J. MESTRE, B. FAGES.

pourrait, en effet, que lors de la conclusion du contrat de travail – au sein duquel la clause de cession est prévue – il ignore à qui ledit contrat pourrait à l'avenir être transféré. Cette problématique est d'autant plus exacerbée lorsque l'entreprise n'appartient pas à un groupe de sociétés. L'employeur peinerait alors à déterminer à l'avance à quelle autre entreprise il pourrait être amené à céder le contrat susmentionné. À cet égard, précisons que la clause par laquelle il est indiqué que le contrat pourra être cédé à n'importe quel employeur dans une zone géographique ou professionnelle donnée ne pourrait être valable. En effet, une telle stipulation porterait une atteinte démesurée au caractère *intuitu personae* du contrat de travail ; il est impératif, à notre sens, que l'identité précise des cessionnaires potentiels soit indiquée. Lorsque le cédant appartient à un groupe de sociétés, on peut imaginer que la clause de cession mentionnerait en tant que cessionnaires l'ensemble des autres entreprises dudit groupe implantées sur le territoire national français et dont l'activité est au moins connexe, par exemple. Dans cette hypothèse, l'achoppement créé par la déformation de l'article 1216 du Code civil serait très ténu.

Dès lors, si le texte venait à être alimenté de cette nouvelle condition, l'ignorance de l'employeur – bien que légitime – constituerait ainsi une embûche définitive à la stipulation dans le contrat de travail d'une clause de cession. L'influence du mécanisme en droit du travail s'en trouverait altérée. S'il est délicat d'estimer avec précision l'étendue de cette altération, il est néanmoins certain qu'elle est plus importante lorsque l'entreprise n'appartient pas à un groupe de sociétés.

L'altération susmentionnée serait plus prégnante encore si le juge social venait à confirmer sa jurisprudence actuelle, en interdisant au salarié d'anticiper son accord à la cession de son contrat de travail. L'employeur devrait alors obligatoirement solliciter cet accord dans le cadre de l'acte de cession. Le refus du salarié – qui ne peut être fautif²⁸³⁷ et qui constitue un obstacle incontournable à la cession projetée²⁸³⁸ – serait alors plus récurrent. En effet, lorsque son consentement est requis en cours d'exécution du contrat de travail, rien ne contraint le

²⁸³⁷ V. not. Soc., 28 janv. 2005, n° 03-40.639, pour lequel « attendu, cependant, que le seul refus d'un salarié d'accepter une modification de son contrat de travail ne constitue pas en soi une cause réelle et sérieuse de licenciement ».

²⁸³⁸ La lecture de l'article 1216, alinéa 1, du Code civil, fait effectivement de l'accord du cédé une condition de validité de la cession. Cet accord n'a toutefois pas à être nécessairement exprès, il peut être tacite et résulter du comportement du contractant cédé : Com., 6 juill. 1999, n° 96-20.495, au sein duquel la Cour de cassation déduit le consentement du cédé du fait qu'il ait accepté, pour le compte du cessionnaire, de poursuivre le contrat aux mêmes conditions pendant près d'une année.

travailleur subordonné de le donner. À l'inverse, lorsqu'une clause de cession est directement insérée dans le projet de contrat de travail, il se peut tout d'abord qu'elle soit soustraite à la négociation par l'employeur, mais également que le salarié subisse la pression de circonstances extérieures et accepte de conclure ledit contrat²⁸³⁹. Interdire au salarié d'accéder par anticipation à la cession de son contrat à un autre employeur ampute ainsi l'article 1216 du Code civil d'une part certaine de son attractivité pour l'employeur. L'influence qu'il produit en droit du travail se trouverait dès lors nettement diminuée. L'altération d'espèce répond ainsi à l'impératif de protection du salarié auquel le juge social s'astreint.

724. Deux voies sont ainsi ouvertes à la chambre sociale de la Cour de cassation, dans l'optique d'octroyer à la cession conventionnelle du contrat de travail un fondement pertinent sans pour autant nuire aux intérêts du travailleur subordonné. Dans un cas comme dans l'autre, l'influence du mécanisme en sortira altérée. Le degré de ladite altération variera néanmoins fortement avec le choix qu'effectuera le juge.

Une seconde hypothèse de déformation-altération d'une règle générale civiliste doit être présentée. Elle concerne cette fois-ci le mécanisme du nouvel article 1195 du Code civil, qui consacre en droit privé la théorie de l'imprévision.

B. LA RÉSILIATION JUDICIAIRE DU CONTRAT DE TRAVAIL POUR IMPRÉVISION

725. Suivant le courant jurisprudentiel, qui revenait petit à petit sur la stricte interdiction formulée en 1876²⁸⁴⁰, le Gouvernement a consacré la théorie de l'imprévision dans le Code civil, au nouvel article 1195. Celle-ci peut être mise en œuvre lorsqu'un événement imprévisible lors de la conclusion du contrat²⁸⁴¹ rend l'exécution de celui-ci excessivement onéreuse²⁸⁴² pour une partie qui n'a pas accepté d'en assumer le risque²⁸⁴³. Au terme d'une procédure

²⁸³⁹ Un état de dépendance peut être caractérisé entre l'aspirant salarié et son recruteur : V. *supra*, n° 508 et s.

²⁸⁴⁰ Civ., 6 mars 1876, préc. La Cour de cassation a considéré, plus d'un siècle plus tard, que le refus de renégocier un contrat devenu déséquilibré en raison de l'évolution de circonstances économiques constitue une violation de l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi : Com., 3 nov. 1992, n° 90-18.547, préc. ; Com., 24 nov. 1998, n° 96-18.357, préc.

²⁸⁴¹ V. *infra*, n° 809 et s.

²⁸⁴² V. *infra*, n° 812 et s.

²⁸⁴³ V. *infra*, n° 817 et s.

particulièrement complexe²⁸⁴⁴, le débiteur peut, en dernier recours²⁸⁴⁵, solliciter du juge la résolution judiciaire du contrat.

726. D'un point de vue strictement juridique, l'imprévision du Code civil pourrait être caractérisée en droit du travail. Toutefois, pour rappel, nous considérons que seul l'employeur pourrait valablement y avoir recours, dans la mesure où l'exécution de la relation individuelle de travail n'emporte aucun coût pour le travailleur subordonné²⁸⁴⁶. Dans le cadre de ladite relation, il se peut que le chef d'entreprise fasse face à des situations imprévisibles qui complexifient la poursuite du contrat de travail. Il en irait ainsi, par exemple, « en cas de catastrophe naturelle imprévisible mais n'ayant pas le caractère irrésistible de la force majeure »²⁸⁴⁷. Au-delà, l'on peut imaginer que la récente pandémie mondiale de Covid-19 puisse s'analyser comme une circonstance difficilement prévisible lors de la conclusion antérieure d'un contrat de travail ou d'une convention collective. L'excessive onérosité nécessaire peut découler de ces deux événements et il semble acquis qu'aucun employeur ne se soit engagé à supporter de tels risques lors de la conclusion d'un acte. Aussi, l'imprévision du Code civil pourrait être qualifiée en droit du travail. Sa mise en œuvre doit cependant faire l'objet d'une déformation judiciaire.

727. Si le mécanisme tel qu'il a été codifié en 2016 doit être déformé lorsqu'il est mis en œuvre en droit du travail, c'est parce qu'il pourrait offrir à l'employeur – en cas d'échec ou de refus des négociations amiables avec le salarié et, ensuite, d'absence d'accord sur la saisine conjointe du juge ou la rupture du contrat – la faculté d'obtenir la résiliation judiciaire du contrat de travail. Or, cette possibilité lui est totalement interdite depuis 2001²⁸⁴⁸, car elle permettait à l'employeur de rompre le contrat de travail sans faire application des règles impératives du licenciement pour motif économique. Partant, par l'utilisation de la théorie civiliste de l'imprévision, le chef d'entreprise obtiendrait par la voie du droit commun des contrats ce qui lui a été prohibé par celle du droit du travail.

²⁸⁴⁴ V. *infra*, n° 822 et s.

²⁸⁴⁵ La voie de la résolution judiciaire sur le fondement du nouvel article 1195 du Code civil est fermée tant que les parties n'ont pas tenté de renégocier l'acte ou de saisir le juge d'un commun accord : V. *infra*, n° 823 et s.

²⁸⁴⁶ V. *supra* et *infra*, n° 677, n° 812 et s.

²⁸⁴⁷ Y. PAGNERRE, « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », préc.

²⁸⁴⁸ Soc., 13 mars 2001, n° 98-46.411, préc.

728. La déformation envisagée ne passe cette fois-ci pas par l'ajout d'une condition au mécanisme – comme nous l'avons imaginé pour la cession conventionnelle de contrat de travail²⁸⁴⁹ – mais par la suppression d'une faculté légalement ouverte à l'un des contractants. Le texte pourrait ainsi être appliqué, mais en étant purgé de la possibilité, pour l'employeur, d'obtenir la résiliation judiciaire de l'acte. Le juge perdrait alors toute possibilité de prononcer la rupture du contrat. Celle-ci serait encore envisageable, mais à condition d'être décidée à l'amiable par les deux parties. Le pouvoir judiciaire, lui, devrait alors se contenter de prononcer l'adaptation du contrat de travail, à l'initiative de l'une ou des deux parties, alors même que le Sénat a tenté de supprimer cette faculté lors des discussions tenues autour de la loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016²⁸⁵⁰.

729. L'action déformante de la chambre sociale de la Cour de cassation altère l'influence qu'il produit en droit du travail. Il ne peut en effet servir à l'employeur de déroger au droit du travail. Pour lui, le seul moyen de rompre le contrat de travail en raison de la survenance d'un changement de circonstances imprévisible est celui de la rupture conventionnelle ou de la résiliation amiable et anticipée d'un contrat de travail à durée déterminée, qui ne peuvent en aucun cas être imposées au salarié. Son refus interdirait donc la rupture dudit contrat sur le fondement du nouvel article 1195 du Code civil. Or, il est inévitablement des hypothèses pour lesquelles la seule adaptation de la convention est insuffisante pour redresser la situation de l'employeur. Celui-ci serait alors contraint de licencier pour motif économique et, par conséquent, de démontrer l'existence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement²⁸⁵¹ et de respecter la procédure adaptée et prévue par le Code du travail²⁸⁵². En certaines occurrences, le recours au nouvel article 1195 du Code civil se révèle comme étant concrètement inenvisageable pour l'employeur, car la situation dans laquelle l'événement imprévisible l'a

²⁸⁴⁹ V. *supra*, n° 719 et s.

²⁸⁵⁰ En première lecture de la loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016, le Sénat a souhaité cantonner le pouvoir du juge en matière d'imprévision, en lui interdisant de réviser le contrat, même à la demande des parties. Sa seule faculté aurait été de prononcer la résolution judiciaire de la convention : article 8 du projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations du 11 oct. 2017. V. ég. F. CHÉNÉDÉ, « La réforme du droit des contrats et le dialogue des chambres », préc.

²⁸⁵¹ Article L. 1233-2 du Code du travail : « tout licenciement pour motif économique est motivé dans les conditions définies par le présent chapitre. Il est justifié par une cause réelle et sérieuse ».

²⁸⁵² Le Code du travail prévoit trois procédures de licenciement pour motif économique. Les articles L. 1233-11 et s. visent la procédure de licenciement individuel, lorsqu'un seul salarié est concerné par le plan de licenciement. Les articles L. 1233-8 et s. du Code du travail envisagent la procédure dite de « petit » licenciement pour motif économique (entre 2 et 9 salariés licenciés sur une même période de 30 jours). Enfin, les articles L. 1233-28 et s. régissent la procédure dite de « grand » licenciement pour motif économique (plus de 9 salariés licenciés sur une même période de 30 jours).

placé ne peut se résoudre que par la rupture d'un ou plusieurs contrats de travail et, dès lors, par le recours aux mécanismes de la rupture conventionnelle collective²⁸⁵³ ou du licenciement pour motif économique. La déformation judiciaire du mécanisme, en l'espèce, nuit donc indéniablement à son influence en droit du travail²⁸⁵⁴.

730. Lorsqu'un texte civiliste est déformé lors de son application en terre travailliste, il produit une certaine influence, car il est tout de même mis en œuvre. À l'inverse, lorsque le juge fait le choix de l'évincer de la résolution du litige, son influence est absolument nulle. De telles hypothèses d'éviction, prononcées par la chambre sociale de la Cour de cassation, peuvent d'ailleurs être envisagées à l'endroit du nouveau droit commun des contrats.

§2. L'ÉVICTION DU NOUVEAU DROIT COMMUN DES CONTRATS

731. Dans les six chapitres qui composent jusqu'à présent notre travail de recherche, il a régulièrement été question de l'éviction des règles générales civilistes. Il ne nous paraît ainsi guère superflu de préciser à nouveau l'objet de l'actuelle sous-partie. En l'espèce, nous évoquons l'exclusion illégitime du droit commun des contrats en droit du travail. Aussi, et fort logiquement, nous n'évoquerons pas en l'espèce le rejet de l'application des articles 1214 et 1215 du Code civil en droit du travail. Et pour cause ; leur éviction est légalement fondée, car elle répond – comme nous l'avons vu plus tôt dans notre développement²⁸⁵⁵ – à la caractérisation d'un conflit de normes. Dans ce cas, il n'est guère envisageable de convoquer l'existence d'une action altérante du droit du travail, par la plume de son juge ; l'éviction des deux textes résulte tout simplement de la mise en œuvre de l'adage *specialia generalibus derogant*, consacré dans le Code civil par l'ordonnance du 10 février 2016.

732. *A contrario*, il est des hypothèses – plus nombreuses que celles de déformation-altération des règles – dans lesquelles la chambre sociale de la Cour de cassation, en refusant de mettre en œuvre un texte, annihile totalement une influence qui aurait cependant pu être exercée. Certes, l'éviction est alors motivée par des considérations inhérentes à la matière, que nous avons d'ores et déjà présentées²⁸⁵⁶. Il n'en demeure pas moins qu'elle entre en

²⁸⁵³ Mais, nous l'avons dit, il faut pour cela que le salarié donne son accord.

²⁸⁵⁴ V. *infra*, n° 841 et s.

²⁸⁵⁵ V. *supra*, n° 237 et s.

²⁸⁵⁶ V. *supra*, n° 699 et s.

contradiction avec les termes du nouvel article 1105 du Code civil et porte une atteinte définitive à l'influence du mécanisme concerné. L'action altérante du juge social est alors palpable. Elle se fait sentir aussi bien dans le champ de la formation du contrat (**A**) que dans ceux de son interprétation (**B**) ou de son inexécution (**C**).

A. L'ÉVICTION DES RÈGLES LIÉES À LA FORMATION DU CONTRAT

733. Au sein du sous-titre I du titre III du livre III du Code civil, la formation du contrat fait l'objet d'un second chapitre, qui succède à celui consacré aux dispositions liminaires et communes à l'ensemble des contrats. Elle traite, tour à tour, de sa conclusion²⁸⁵⁷, validité²⁸⁵⁸, forme²⁸⁵⁹ et sanctions²⁸⁶⁰. En son sein, trois textes devraient faire l'objet d'une éviction lors de leur mobilisation dans le contentieux travailliste. Il en va ainsi, tout d'abord, de la règle portée par le nouvel article 1139 du Code civil, selon lequel l'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable et que ne recevra aucun écho en droit du travail (**1**). Le même sort est réservé, ensuite au nouvel article 1182 dudit Code, qui prévoit que l'exécution volontaire d'un acte emporte la confirmation tacite de la cause de nullité relative qui grève sa formation (**2**) et, enfin, aux règles relatives à l'exception de nullité, insérées dans le nouvel article 1185 du Code civil (**3**).

1. Le caractère excusable de l'erreur provoquée lors de la conclusion du contrat de travail

734. Au début du XXI^e siècle, plusieurs chambres de la Cour de cassation ont affirmé un principe commun, selon lequel « l'erreur qui résulte du dol est toujours excusable »²⁸⁶¹. En tant que vice du consentement, l'erreur n'emporte la nullité de la convention formée qu'à condition d'être excusable²⁸⁶² et déterminante du consentement de la victime²⁸⁶³. Son caractère

²⁸⁵⁷ Section 1, qui comprend les articles 1112 à 1127-4 du Code civil.

²⁸⁵⁸ Section 2, qui comprend les articles 1128 à 1171 du Code civil.

²⁸⁵⁹ Section 3, qui comprend les articles 1172 à 1177 du Code civil.

²⁸⁶⁰ Section 4, qui comprend les articles 1178 à 1187 du Code civil.

²⁸⁶¹ Civ., 3^e, 21 févr. 2001, n° 98-20.817, préc. V. not. Ch. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil*, préc., p. 284 et s.

²⁸⁶² Article 1132 du Code civil, qui dispose que « l'erreur de droit ou de fait, à moins qu'elle ne soit inexcusable, est une cause de nullité du contrat lorsqu'elle porte sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du cocontractant ».

²⁸⁶³ Article 1130, alinéa 1, du Code civil, selon lequel « l'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes ».

inexcusable constitue alors un « empêchement à l'annulation du contrat »²⁸⁶⁴, connu de la jurisprudence civile depuis 1864 et un arrêt de la Cour d'appel de Besançon²⁸⁶⁵. Il a pourtant fallu attendre près d'un siècle pour que la Cour de cassation consacre la notion²⁸⁶⁶, qui trouve aujourd'hui à s'appliquer aussi bien à l'erreur sur la personne²⁸⁶⁷ qu'à l'erreur sur la substance²⁸⁶⁸. Par exemple, a été considérée comme étant inexcusable et insusceptible d'emporter l'annulation du contrat l'erreur commise par les cessionnaires de parts sociales d'un restaurant qui n'ont pas procédé aux recherches suffisantes – en amont de cession – pour prendre conscience du fait que leur acquisition ne pouvait être financièrement rentable sans l'apport de capitaux frais²⁸⁶⁹. La caractérisation d'une erreur ne suffit ainsi guère ; il faut démontrer dans un second temps qu'elle est excusable, c'est-à-dire qu'elle ne résulte pas d'une faute de la victime²⁸⁷⁰. La recherche du caractère excusable de l'erreur souffre toutefois d'une exception ; lorsque l'erreur a été provoquée par un dol, la Cour de cassation considère quasi-unanimement qu'elle est excusable en toutes circonstances. Le Gouvernement a d'ailleurs fait sien de cette position, que l'on retrouve depuis le 1^{er} octobre 2016 au nouvel article 1139 du Code civil. Celui-ci dispose que « l'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable ; elle est cause de nullité alors même qu'elle porterait sur la valeur de la prestation ou sur un simple motif du contrat ». Dès lors, le comportement actif ou passif d'une partie, qui induit son futur cocontractant en erreur, est automatiquement source de nullité de la convention signée.

²⁸⁶⁴ J. GHESTIN, Y.-M. SERINET, « Erreur et bonne foi des contractants », *Rep. civ.*, Dalloz, 2017, spé., n° 345. Sur la notion d'erreur inexcusable, V. ég. M. BUGNET, *Œuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle*, Paris, Videcoq père et fils, Cosse et N. Delamotte, 1847, spé., n° 207. R.-J. POTHIER soutenait ainsi que lorsqu'une information était aisée d'accès, le contractant qui n'en a pas pris connaissance commet une légèreté qui l'empêche de solliciter valablement l'annulation de la convention ; A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, Paris, LGDJ, 15^e éd., 2016, spé., n° 98 ; Y. LEQUETTE, F. TERRÉ ; Ph. SIMLER ; F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations*, préc., p. 326 et s.

²⁸⁶⁵ Besançon, 1^{er} mars 1864, *DP* 1864. 2. 61.

²⁸⁶⁶ Com., 18 juill. 1956, *Bull. civ. III*, n° 220, préc.

²⁸⁶⁷ Soc., 3 juill. 1990, n° 87-40.349, préc.

²⁸⁶⁸ Civ., 2^e, 28 oct. 1999, n° 96-22.169, *Dr. et patr.* 2000. 80, obs. P. CHAUVEL.

²⁸⁶⁹ Com., 26 mars 2002, n° 99-17.716. La Cour de cassation estime : « si les cessionnaires avaient pris conseil et avaient consulté l'ensemble des documents susceptibles de l'être, ils auraient pris conscience de l'importance de la perte subie en 1993 ; que, dès lors, la Cour d'appel a estimé que la qualité, alléguée par ceux-ci, de novices en matière commerciale, ne pouvait effacer le caractère inexcusable de leur erreur, qui avait porté sur la valeur de la société, et donc sur le prix des parts sociales, et non sur les qualités substantielles de celles-ci, dans la mesure où l'acquisition de ces titres leur permettait de devenir associés d'une société exploitant un restaurant dont l'activité se poursuivait, et qui pouvait devenir rentable grâce à de nouveaux choix de gestion ».

²⁸⁷⁰ Pour l'assimilation de l'erreur inexcusable et l'erreur fautive, V. Civ., 1^{re}, 27 févr. 1957, *Bull. civ. I*, n° 104 et, plus récemment, Civ., 1^{re}, 1^{er} févr. 2000, n° 97-22.157 ; Com., 26 mars 2002, n° 99-17.716, *ibid.* ; Civ., 3^e, 9 nov. 2005, n° 04-15.073 ; Civ., 3^e, 8 oct. 2014, n° 13-18.150, *RTD civ.* 2014. 880, obs. H. BARBIER ; *RDC* 2015, p. 11, note Th. GENICON. Pour F. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, *Cours de droit civil. Contrats. Théorie générale – Quasi contrats*, préc., « l'erreur inexcusable est caractérisée quand sa victime aurait pu l'éviter et s'en est abstenue ».

735. Transposée dans les relations individuelles de travail, cela signifierait que l'aspirant salarié qui, dans l'optique d'une embauche future, s'abstient de communiquer à l'employeur certaines informations déterminantes pour son consentement ou, par exemple, falsifie son *curriculum vitae*, risquerait l'annulation judiciaire du contrat sur le fondement du nouvel article 1139 du Code civil. Les comportements évoqués sont en effet constitutifs, respectivement, d'une réticence dolosive et d'un dol actif. Partant, l'erreur de l'employeur étant nécessairement excusable, le contrat de travail devrait être rétroactivement rompu.

Cependant, une telle solution générerait deux difficultés que nous connaissons d'ores et déjà. En premier lieu, le contrat de travail serait rompu à l'initiative de l'employeur et ce, sans que les règles de fond et de forme du licenciement pour motif personnel n'aient été respectées²⁸⁷¹. Pourtant, un tel contournement, par le truchement de la résiliation judiciaire, est clairement prohibé. L'accueil du dol – et plus généralement les vices du consentement – lors de la formation du contrat de travail offrirait ainsi à l'employeur la possibilité de passer outre le régime spécial travailliste du licenciement afin de rompre le contrat de travail. De plus, ladite rupture serait, pour le salarié, exclusive de toute indemnité, alors même que le prononcé d'un licenciement fautif lui permet de percevoir ses indemnités de rupture²⁸⁷². En second lieu, l'annulation rétroactive du contrat de travail pose un problème inextricable, car les parties ne peuvent procéder aux restitutions inhérentes à la sanction²⁸⁷³.

²⁸⁷¹ V. not. J. MOULY, « Des rapports entre la réticence dolosive et l'erreur inexcusable », préc. ; Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préc., p. 306 et s.

²⁸⁷² Le licenciement prononcé pour faute sérieuse n'est privatif d'aucune indemnité de rupture pour le salarié (article L. 1234-1 du Code du travail). Il perçoit ainsi une indemnité de licenciement (à condition d'avoir cumulé 8 mois d'ancienneté : article L. 1234-9, alinéa 1, du Code du travail), une indemnité compensatrice de congés payés (article L. 3141-28 du Code du travail) s'il demeure des congés acquis et non posés et une indemnité compensatrice de préavis (à condition de justifier de 6 mois d'ancienneté : article L. 1234-1 du Code du travail). En cas de licenciement pour faute grave ou lourde, le salarié perd son droit à l'indemnité de licenciement et à l'indemnité compensatrice de préavis (articles L. 1234-9 et L. 1234-1 du Code du travail). Par contre, si le contrat de travail prévoit que le salarié, peu importe le mode de rupture du contrat de travail, devra exécuter un préavis, le licenciement pour faute grave n'est pas privatif de l'indemnité compensatrice de préavis : Soc., 20 mars 2019, n° 17-26.999. De surcroît, si la faute grave est découverte ou commise pendant ledit préavis, le travailleur subordonné conserve l'entière indemnité compensatrice : Soc., 9 mai 2000, n° 97-45.294. Il n'en demeure pas moins qu'il perçoit, lors de la rupture du contrat de travail, son indemnité compensatrice de congés payés.

²⁸⁷³ En effet, les restitutions des articles 1352 et s. du Code civil contraindraient le salarié à rendre à l'employeur l'ensemble des sommes perçues depuis son embauche. L'employeur, lui, devrait restituer au travailleur subordonné sa force de travail, ce qui est inimaginable. V. *supra*, n° 325.

736. Au-delà de cette double problématique, rappelons que lors de la période précontractuelle, le recruteur est soumis à un strict devoir de renseignement²⁸⁷⁴. Ce dernier, selon une partie de la doctrine et la chambre sociale de la Cour de cassation²⁸⁷⁵, libère l'aspirant salarié de tout devoir précontractuel d'information. Le juge social considère que toutes les fois où l'employeur disposait des moyens nécessaires pour se renseigner sur un candidat à l'embauche, l'erreur qu'il a pu commettre sur son compte est inexcusable. Par réciproque, cela signifie que la réticence dolosive du candidat à l'embauche ne peut pas être caractérisée²⁸⁷⁶, en raison de l'opposition exclusive qui existe entre le devoir de renseignement et le devoir d'information. Le dol actif, lui, demeure sanctionné, mais de manière très limitée. En effet, l'employeur doit parvenir à prouver qu'il était évident « que la société n'aurait pas contracté »²⁸⁷⁷ en l'absence de manœuvre, mais également que « le salarié n'avait pas les compétences effectives pour exercer les fonctions pour lesquelles il a été recruté »²⁸⁷⁸. En d'autres termes, le dol du candidat à l'embauche fait l'objet d'une interprétation particulièrement restrictive de la part de la chambre sociale de la Cour de cassation, qui ne le caractérise que dans de très rares hypothèses²⁸⁷⁹.

737. L'on comprend ainsi que lors de la formation du contrat de travail, le nouvel article 1139 du Code civil ne trouve pas à s'appliquer ; la chambre sociale de la Cour de cassation y déroge même expressément. L'éviction du mécanisme dans les relations de travail n'est cependant pas généralisée ; le texte pourrait trouver à s'appliquer, par exemple, en cas d'erreur provoquée par un dol lors de la conclusion d'un acte en cours d'exécution du contrat de travail. L'exclusion du mécanisme est ainsi totale lors de la formation du contrat de travail, afin de protéger les intérêts de l'aspirant salarié et de se conformer au particularisme de la relation individuelle de

²⁸⁷⁴ Soc., 3 juill. 1990, n° 87-40.349, préc. V. *supra*, n° 336 et s.

²⁸⁷⁵ V. not. J. MOULY, « Des rapports entre la réticence dolosive et l'erreur inexcusable », préc. ; « Une règle de nature à induire en erreur : « la réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée », préc. ; G. LARDEUX, « La réticence dolosive n'est pas un dol comme les autres », préc.

²⁸⁷⁶ V. not. Soc., 25 avr. 1990, n° 86-44.148, préc., où la chambre sociale de la Cour de cassation exclut la qualification de réticence dolosive dans une affaire où un aspirant salarié a caché lors de l'entretien préalable à l'embauche l'existence d'une condamnation pénale antérieure, car l'employeur disposait de la faculté de prendre connaissance, seul, de cette information.

²⁸⁷⁷ Soc., 5 oct. 1994, n° 93-43.615, préc.

²⁸⁷⁸ Soc., 30 mars 1999, n° 96-42.912, préc.

²⁸⁷⁹ V. not. Soc., 25 nov. 2015, n° 14-21.521, préc. : « mais attendu qu'ayant constaté, par motifs propres et adoptés, que le salarié avait, à trois reprises, volontairement dissimulé la réalité de sa situation professionnelle en faisant croire qu'il était engagé par l'entreprise Cisco dont l'activité consistait dans la vente de produits correspondant à la spécialisation de l'employeur et qu'il était avéré que la présence alléguée du salarié dans cette entreprise avait été déterminante pour l'employeur, la Cour d'appel qui a fait ressortir l'existence de manœuvres dolosives pouvant justifier un licenciement, a légalement justifié sa décision ».

travail, qui interdit les restitutions et, dès lors, l'annulation rétroactive de l'acte. Elle n'est par contre que partielle en droit du travail, dans la mesure où la disposition demeure applicable à certains actes conclus ultérieurement.

738. Il est d'autres hypothèses dans lesquelles l'éviction du nouveau droit commun des contrats des frontières du droit du travail s'avère être partielle. Il en va ainsi, par exemple, de la règle selon laquelle la cause de nullité relative est confirmée tacitement par l'exécution volontaire du contrat.

2. La confirmation tacite de l'acte nul

739. Rompant avec le plan qui était le sien en 1804, le Code civil consacre aujourd'hui une sous-section²⁸⁸⁰ au thème de la nullité. Selon son nouvel article 1178, « un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul. La nullité doit être prononcée par le juge, à moins que les parties ne la constatent d'un commun accord. Le contrat annulé est censé n'avoir jamais existé. Les prestations exécutées donnent lieu à restitution dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9. Indépendamment de l'annulation du contrat, la partie lésée peut demander réparation du dommage subi dans les conditions du droit commun de la responsabilité extracontractuelle ». L'article suivant, nous l'avons présenté²⁸⁸¹, scinde la nullité en deux catégories. Selon son premier alinéa, la nullité est qualifiée d'« absolue » lorsque « la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général »²⁸⁸², tandis qu'elle est « relative » lorsqu'elle « a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé »²⁸⁸³. La distinction entre les deux catégories ne relève pas toujours de l'évidence ; il n'est en effet guère simple de déterminer avec certitude si, au-delà de protéger un intérêt privé, une règle de droit a également pour visée de sauvegarder l'intérêt général²⁸⁸⁴.

²⁸⁸⁰ Sous-section 1 (intitulée « la nullité ») de la section 4 (intitulée « les sanctions ») du chapitre II (intitulé « la formation du contrat »), du sous-titre I (intitulé « le contrat »), du titre III (intitulé « des sources d'obligations ») du livre III (intitulé « des différentes manières dont on acquiert la propriété ») du Code civil.

²⁸⁸¹ V. *supra*, n° 676.

²⁸⁸² Article 1179, alinéa 1, du Code civil.

²⁸⁸³ Article 1179, alinéa 2, du Code civil.

²⁸⁸⁴ V. not. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, préc., p. 421 et s. Pour de plus amples développements sur la nullité relative et son domaine, V. *supra*, n° 84 et s.

740. Au sein de l'actuelle sous-partie, seule nous intéresse la nullité relative. Et pour cause, l'alinéa second de l'article 1181 du Code civil dispose qu'elle « peut être couverte par la confirmation », qui peut résulter d'un acte ou de la seule exécution du contrat en toute connaissance de la cause de nullité qui l'afflige. Ainsi, le contractant protégé par la disposition légale violée peut, expressément ou tacitement, renoncer à invoquer cette cause de nullité²⁸⁸⁵. Le contrat n'en demeure pas moins mal formé ; la confirmation n'a pas pour effet d'octroyer *a posteriori* à la convention la condition de validité qui lui manquait lors de l'échange des consentements. Elle doit être comprise, selon R. Japiot, comme « l'extinction du droit de critique par la renonciation volontaire de son titulaire »²⁸⁸⁶. Ainsi, l'acte demeure vicié, mais la partie qui pourrait s'en plaindre renonce à le faire.

741. Logiquement, le mécanisme de la confirmation devrait être accueilli par la chambre sociale de la Cour de cassation afin de combler certaines lacunes de la législation travailliste²⁸⁸⁷, mais il se trouve générateur d'un risque pour le travailleur subordonné. Il résulte du troisième alinéa du nouvel article 1182 du Code civil que l'exécution volontaire du contrat de travail par un salarié qui a connaissance de la cause de nullité vaut confirmation. Celui qui, dans l'optique de percevoir une rémunération, exécute les tâches qui lui sont confiées, perd ainsi la faculté de solliciter la nullité d'un acte²⁸⁸⁸. Cette règle contraint le salarié à agir en justice au cours de l'exécution du contrat de travail. Il ne pourrait, en effet, agir postérieurement à la rupture de celui-ci, le salarié ayant tacitement renoncé à la cause de nullité en raison de son exécution volontaire. Or, comme nous l'avons déjà fait remarquer²⁸⁸⁹, en raison des représailles qu'il risquerait de subir, le travailleur ne saisit souvent le juge qu'une fois le lien contractuel de travail rompu. Dorénavant, il se pourrait que cette faculté lui soit interdite, lorsque l'objet de l'introduction de sa demande en justice porte sur la nullité d'un acte ou d'une clause.

742. Le salarié se trouve ainsi dans l'obligation de solliciter ladite nullité sans attendre la rupture du contrat de travail. Dans la mesure où il y est le plus souvent réticent – en raison du péril qu'une action en justice intentée contre son employeur pourrait créer pour lui et la pérennité de son contrat de travail – le salarié court un risque certain : celui de perdre le droit

²⁸⁸⁵ V. not. Ch. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil*, préc., p. 478 et s.

²⁸⁸⁶ R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques ; Essai d'une théorie nouvelle*, préc., p. 711.

²⁸⁸⁷ V. *supra*, n° 84 et s.

²⁸⁸⁸ En droit du travail, l'acte en question sera nécessairement postérieur à la conclusion du contrat de travail, car la nullité de celui-ci ne peut véritablement être prononcée : V. ci-dessous.

²⁸⁸⁹ V. *supra*, n° 380.

d'agir en justice, en raison de circonstances qui lui sont exogènes. L'on perçoit ici à nouveau l'expression du particularisme de la relation individuelle de travail ; alors que la confirmation tacite de l'acte vicié d'une cause de nullité relative ne crée guère de difficulté particulière lorsqu'elle concerne un contrat de vente, il en va autrement lorsqu'elle touche un contrat de travail. En effet, dans ce cas, le salarié demandeur est fréquemment dépendant de l'employeur défendeur afin de pouvoir subvenir à ses besoins et à ceux de son éventuel foyer. Les pressions qui entourent le contrat de travail peuvent ainsi le contraindre de renoncer d'agir en justice. Cette renonciation possède ici un caractère définitif, car l'exécution volontaire du contrat de travail emporte la confirmation tacite de l'acte vicié. Par conséquent, eu égard au particularisme susmentionné, l'éviction du troisième alinéa du texte précité doit être envisagée. À défaut, effectivement, certaines clauses – qui portent atteinte au travailleur subordonné et à ses intérêts – obtiendraient une force obligatoire alors même qu'elles sont mal formées. Il pourrait en aller ainsi, par exemple, d'une clause de non-concurrence stipulée sans contrepartie financière. Nous le savons, à peine de nullité, ladite clause doit prévoir une telle contrepartie qui ne doit pas être dérisoire²⁸⁹⁰. Cependant, lorsqu'un salarié – au courant de cette règle – décide de conclure un contrat de travail au sein duquel une telle clause est stipulée²⁸⁹¹, il se trouverait soumis à une clause de non-concurrence dénuée de toute contrepartie financière postérieurement à la rupture du contrat de travail. En effet, l'exécution de celui-ci lui a fait perdre toute faculté de saisir le juge en nullité de la clause susmentionnée²⁸⁹². Il en irait de même de l'exécution volontaire d'une convention de forfait en jours dont l'illicéité résulterait de l'insuffisance de la convention collective censée l'organiser²⁸⁹³. Le risque majeur, dès lors, serait de contraindre le salarié de respecter certains actes ou clauses illicites alors même qu'il s'est contenté d'exécuter son contrat de travail afin de percevoir une rémunération.

743. L'on peut dès lors imaginer que la chambre sociale de la Cour de cassation refuse de faire application du troisième alinéa du nouvel article 1182 du Code civil. La confirmation inhérente à la nullité relative demeurerait envisageable, à la condition d'être expresse. L'éviction, dès lors, impacte négativement l'influence que le texte produit en droit du travail, car l'employeur perdrait la possibilité de demander la poursuite de l'exécution d'un acte en

²⁸⁹⁰ Soc., 10 juill. 2002, n° 00-45.135, préc.

²⁸⁹¹ Par exemple, parce qu'il était urgent pour lui de retrouver un emploi et une rémunération stable.

²⁸⁹² V. not. Y. PAGNERRE, « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », préc.

²⁸⁹³ *Ibid.* V. not. Soc., 26 sept. 2012, n° 11-14.540, préc., qui sanctionne une convention de forfait en jours sur le fondement de l'insuffisance des accords qui devaient l'organiser, qui se sont avérés être incomplets.

arguant du fait que le salarié, par son exécution volontaire²⁸⁹⁴, a tacitement entendu le confirmer. La confirmation ne pourrait alors résulter que d'un acte positif du travailleur subordonné, qui devrait mentionner l'objet de l'obligation et le vice qui affecte le contrat ou la clause²⁸⁹⁵. L'étude empirique de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation démontre par ailleurs que le contentieux de la confirmation de la nullité relative est inexistant²⁸⁹⁶. Ainsi, une fois l'employeur privé de ce moyen de défense, il apparaît que le texte civiliste perd en droit du travail toute influence véritable. L'altération de cette dernière est ainsi avérée.

744. La même idée d'éviction se retrouve au sein des relations collectives de travail, au sujet de l'exception de nullité visée par le nouvel article 1185 du Code civil.

3. L'exception de nullité dans le contentieux de l'annulation d'une convention collective

745. Devant la chambre sociale de la Cour de cassation, le contentieux de la nullité de la convention collective, s'il n'est pas totalement tari, n'est guère développé²⁸⁹⁷. Pour autant, il est doté d'un régime, dont la Haute Cour a été à l'initiative. Elle a ainsi tout d'abord considéré que tous les syndicats qui ont participé à la négociation de l'acte collectif peuvent en demander la nullité, même s'ils ne l'ont pas signé²⁸⁹⁸. La voie a même été ouverte aux syndicats qui n'ont pas participé à la négociation collective, lorsque l'action en justice est fondée sur une atteinte portée par l'acte à « l'intérêt collectif de la profession »²⁸⁹⁹. Dès lors, la recevabilité de l'action en nullité d'une convention collective n'est guère conditionnée par « la qualité de partie à l'acte juridique »²⁹⁰⁰ ; tout syndicat qui y a un intérêt peut agir, si tant est que la convention précitée porte atteinte à l'intérêt collectif de la profession. Désormais, le régime susmentionné est

²⁸⁹⁴ La connaissance par le salarié de la cause de nullité relative, qui constitue un critère du mécanisme de la confirmation, doit être démontrée par l'employeur.

²⁸⁹⁵ Article 1182, alinéa 1, du Code civil.

²⁸⁹⁶ On trouve l'existence d'un seul arrêt qui évoque expressément la thématique : Soc., 7 juin 1974, n° 73-40.155, *Rev. sociétés* 1975. 91, note Y. CHARTIER. Le caractère « relatif » de la nullité ayant été rejeté par la Cour de cassation, la confirmation n'a pas pu être constatée.

²⁸⁹⁷ V. not. L. PÉCAULT-RIVOLIER, « Regards du juge judiciaire sur l'accord collectif », *Dr. soc.* 2020. 507.

²⁸⁹⁸ Soc., 9 juill. 1996, n° 95-13.010, *D.* 1998. 258, obs. M.-A. SOURIAU-ROTSCHILD ; *RDSS* 1997. 840, obs. G. MÉMETEAU, H. HARICHAUX.

²⁸⁹⁹ Article L. 2132-3 du Code du travail, selon lequel « les syndicats professionnels ont le droit d'agir en justice. Ils peuvent, devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile concernant les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent ». V. ég. Soc., 26 mai 2004, n° 02-18.756, *Dr. soc.* 2004. 829, note P.-H. ANTONMATTEI ; *Dr. soc.* 2004. 845, note J.-M. VERDIER ; *RDT* 2009. 389, obs. I. ODOUL-ASOREY ; *D.* 2009. 1092, obs. S. MAILLARD.

²⁹⁰⁰ G. AUZERO, « La nullité de l'accord collectif invoquée par les syndicats », *Dr. soc.* 2023. 212.

également légal. En effet, le Code du travail indique le délai au sein duquel l'action en nullité doit impérativement être intentée ; depuis l'entrée en vigueur des ordonnances du 22 septembre 2017, et notamment de celle portant le numéro 2017-1385²⁹⁰¹, « toute action en nullité de tout ou partie d'un accord collectif doit, à peine d'irrecevabilité, être engagée dans un délai de deux mois [...] »²⁹⁰². Vis-à-vis des organisations qui possèdent dans l'entreprise une section syndicale²⁹⁰³, le délai court à compter de la notification de l'accord. Pour les autres²⁹⁰⁴, il débute à compter de sa publication²⁹⁰⁵. La nullité de la convention collective se trouve ainsi être enfermée dans un délai très court, qui contraint le demandeur à agir très rapidement, alors même que certaines causes de sa nullité n'apparaissent qu'avec son exécution et, partant, qu'une fois le délai de deux mois échu²⁹⁰⁶. À ceci s'ajoute la présomption de légalité des conventions collectives, prévue par l'article L. 2262-13 du Code du travail, qui reprend à cet égard les positions retenues par la Cour de cassation²⁹⁰⁷ et le Conseil d'État²⁹⁰⁸. C'est ainsi à celui qui conteste ladite légalité de démontrer que l'acte « n'est pas conforme aux conditions légales qui le régissent »²⁹⁰⁹, et ce dans le délai précité de deux mois. L'objectif affiché – et atteint – du législateur était d'assécher le contentieux et de contribuer à la pérennité de la norme conventionnelle²⁹¹⁰.

746. Bien qu'il comporte certaines dispositions, le Code du travail n'est pas « autosuffisant »²⁹¹¹ en matière de nullité de la convention collective. Un recours au Code civil

²⁹⁰¹ Ordonnance n° 2017-1385 du 22 sept. 2017, relative au renforcement de la négociation collective.

²⁹⁰² Article L. 2262-14, alinéa 1, du Code du travail. Le droit du travail a toujours prévu des délais spéciaux de prescription, qui dérogent à ceux du Code civil : V. not. G.-H. CAMERLYNCK, « L'autonomie du droit du travail », préc. ; Ch. RADÉ, « L'autonomie du droit du travail (la prescription abrégée de la créance de salaire) : cent fois sur le métier... », préc.

²⁹⁰³ Une section syndicale peut être constituée dans une entreprise dans les conditions prévues par l'article L. 2142-1 du Code du travail. Pour ce faire, deux conditions sont posées. Le syndicat doit, tout d'abord, impérativement avoir plusieurs adhérents au sein de l'entreprise. Ensuite, il doit soit être représentatif au niveau de la constitution de ladite section, soit être affilié à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel, soit satisfaire aux critères suivants de la représentativité : être constitué depuis plus de deux ans, respecter les valeurs républicaines et être indépendant.

²⁹⁰⁴ Article L. 2262-14, 1°, du Code du travail.

²⁹⁰⁵ Article L. 2262-14, 2°, du Code du travail.

²⁹⁰⁶ V. not. G. AUZERO, « La nullité de l'accord collectif invoquée par les syndicats », préc.

²⁹⁰⁷ Soc., 27 janv. 2015, n° 13-22.179, *Dr. soc.* 2015. 237, étude A. FABRE ; *Dr. soc.* 2015. 351, étude P.-H. ANTONMATTEI ; *RDT* 2015. 339, obs. E. PESKINE ; *RDT* 2015. 472, obs. G. PIGNARRE ; *D.* 2015. 829, obs. P. LOKIEC, J. PORTA ; *JCP S* 2015. 261, note J.-F. CESARO, A. TEISSIER ; *JCP S* 2015. 1054, obs. J. DANIEL ; *SSL* 2015, n° 1663, obs. L. PÉCAULT-RIVOLIER, selon lequel les différences de traitement entre salariés d'une même entreprise sont présumés être justifiés.

²⁹⁰⁸ CE, avis, 22 juin 2017, n° 393357.

²⁹⁰⁹ Article L. 2262-13 du Code du travail.

²⁹¹⁰ V. not. P.-H. ANTONMATTEI, « L'irrésistible ascension de l'accord d'entreprise », préc.

²⁹¹¹ D. JACOTOT, note sous Soc., 16 févr. 2022, n° 20-17.644, *JCP E* 2022. 1192.

semble donc nécessaire. Toutefois, la législation travailliste a développé, aux côtés de la nullité, un mécanisme propre aux conventions collectives : la dénonciation. Les parties signataires peuvent effectivement dénoncer la convention susmentionnée, moyennant le respect de la procédure imposée par le Code du travail²⁹¹², qui présente les avantages non négligeables – par rapport à la nullité – de faire perdurer la convention dénoncée jusqu’à l’entrée en vigueur de l’accord de substitution²⁹¹³ et, dans tous les cas, d’assurer aux salarié le maintien de la rémunération jusqu’alors perçue²⁹¹⁴. Si les deux techniques ne partagent pas un objet commun – et n’entrent ainsi pas en conflit – l’existence de la procédure de dénonciation d’une convention collective nuit nécessairement à l’attractivité du mécanisme civiliste de la nullité. Par rapport à la dénonciation, cette dernière présente toutefois un double avantage ; elle peut être sollicitée par un plus grand nombre de personnes²⁹¹⁵ et peut n’être que partielle, pour ne concerner qu’une ou plusieurs clauses visées²⁹¹⁶. Perdure ainsi, pour les syndicats, l’intérêt de solliciter du juge le prononcé de la nullité de la convention collective. Celui-ci reste cependant faible, même si la tendance aux accords dits « donnant-donnant » la renforce²⁹¹⁷.

747. Il n’est ainsi guère question de constater l’éviction de l’action en nullité d’une convention collective, même si elle possède quelques spécificités travaillistes. Cependant, la nullité peut être obtenue autrement que par l’introduction d’une action en justice ; elle peut être reconnue par voie d’exception. L’exception de nullité constitue un résidu du droit romain et

²⁹¹² Article L. 2261-9 et s., du Code du travail.

²⁹¹³ Ou, à défaut, pendant une durée d’un an à compter de l’expiration du préavis : articles L. 2261-10, alinéa 1, et L. 2261-11, alinéa 2, du Code du travail.

²⁹¹⁴ Article L. 2261-13 du Code du travail, alinéa 1, qui dispose : « lorsque la convention ou l’accord qui a été dénoncé n’a pas été remplacé par une nouvelle convention ou un nouvel accord dans un délai d’un an à compter de l’expiration du préavis, les salariés des entreprises concernées bénéficient d’une garantie de rémunération dont le montant annuel, pour une durée de travail équivalente à celle prévue par leur contrat de travail, ne peut être inférieur à la rémunération versée, en application de la convention ou de l’accord dénoncé et du contrat de travail, lors des douze derniers mois. Cette garantie de rémunération s’entend au sens de l’article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale, à l’exception de la première phrase du deuxième alinéa du même article L. 242-1 ».

²⁹¹⁵ Selon les articles L. 2261-10 et L. 2261-11 du Code du travail, la dénonciation d’une convention collective peut émaner « de la totalité des signataires employeurs ou des signataires salariés », mais également être « le fait d’une partie seulement des signataires employeurs ou des signataires salariés ». Ainsi, la dénonciation ne peut être l’œuvre que d’un signataire de la convention collective, tandis que l’action en nullité est ouverte à un syndicat même non signataire, du moment qu’il invoque une atteinte à l’intérêt collectif de la profession : V. *supra*, n° 746.

²⁹¹⁶ La dénonciation d’une convention collective, sauf stipulation contraire de celle-ci, ne peut en aucun cas être partielle : G. AUZERO, E. DOCKÈS, D. BAUGARD, *Droit du travail*, préc., p. 1786 et s.

²⁹¹⁷ V. not. G. AUZERO, « La nullité de l’accord collectif invoquée par les syndicats », préc., qui rappelle qu’à l’origine, la convention collective ne comportait que des stipulations favorables pour les salariés, qui n’avaient donc aucune raison d’en demander l’annulation rétroactive. Avec le développement des accords dits « donnant-donnant », la partie salariée à la négociation collective possède un intérêt pour solliciter ladite nullité.

doit être considérée comme un élément de défense²⁹¹⁸, mobilisé par le défendeur à l'instance en réponse à toute demande relative à l'acte litigieux. Elle a ainsi pour objet de « maintenir le *statu quo* de la non-exécution du contrat »²⁹¹⁹. Contrairement à l'action en nullité, elle présente la particularité de pouvoir être perpétuelle, ainsi que l'indique le nouvel article 1185 du Code civil, qui dispose que « l'exception de nullité ne se prescrit pas si elle se rapporte à un contrat qui n'a reçu aucune exécution ». La solution, classique, était celle retenue à double titre par la Cour de cassation. Celle-ci, en effet, a consacré l'imprescriptibilité de l'exception de nullité²⁹²⁰, si tant est, toutefois, que le contrat concerné n'ait reçu aucun commencement d'exécution²⁹²¹. L'exécution, même partielle, de l'acte fait ainsi perdre à l'exception de nullité son caractère perpétuel²⁹²², bien que la position de la Cour de cassation soit fluctuante lorsque l'obligation exécutée n'est qu'un accessoire de la convention²⁹²³. La codification du mécanisme dans le Code civil s'est, une fois encore, effectuée conformément à la jurisprudence antérieure. Dès lors, si celui qui sollicite la nullité d'un acte peut se heurter à un délai de prescription, le défendeur, quant à lui, « [peut] se prévaloir perpétuellement de la nullité pour en empêcher l'exécution »²⁹²⁴. Cette imprescriptibilité est scellée par l'adage latin *quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*²⁹²⁵.

²⁹¹⁸ V. not. Civ., 3^e 3 févr. 2010, n° 08-21.333, *D.* 2010. 502, obs. Y. ROUQUET ; *JCP G* 2010. 516, obs. Y.-M. SERINET ; *RDC* 2010, p. 1208, obs. Y.-M. LAITHIER ; *Deffrénois* 2010. 852, obs. L. RUET.

²⁹¹⁹ V. not. Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET, M. MEKKI, *Droit des obligations*, préc., spé., n° 407.

²⁹²⁰ V. not. Civ., 3^e, 10 mai 2001, n° 99-11.762, *D.* 2001. 3156, note P. LIPINSKI ; *RTD civ.* 2001. 699, obs. N. MOLFESSIS ; Civ., 1^{re}, 4 mai 2012, n° 10-25.558, *RTD civ.* 2012. 526, obs. B. FAGES ; *JCP G* 2012. 821, note Y.-M. SERINET. À ce sujet, V. ég. A. DESSAUX, *L'article 1304 et le principe de la perpétuité de l'exception*, Thèse, Paris, 1937 ; Ch. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil*, préc., p. 491.

²⁹²¹ Civ., 1^{re}, 1^{er} déc. 1998, n° 96-17.761, *RTD civ.* 1999. 621, obs. J. MESTRE ; *JCP* 1999. I. 171, obs. M. FABRE-MAGNAN ; *JCP E* 1999. 56, note P. MORVAN ; *CCC* 2000. 70, obs. G. RAYMOND ; *Deffrénois* 1999. 364, obs. J.-L. AUBERT ; *RDI* 1999. 291, obs. H. HEUGAS-DARRASPEN.

²⁹²² Parmi une jurisprudence particulièrement fournie, V. not. Civ., 3^e, 10 mai 2001, n° 99-11.762, *op. cit.* ; Com., 6 juin 2001, n° 98-18.928, *RTD com.* 2002. 147, obs. B. BOULOC ; *Deffrénois* 2001. 1429, obs. R. LIBCHABER ; Civ., 1^{re}, 25 mai 2003, n° 00-22.312 ; Civ., 2^e, 19 oct. 2006, n° 05-17.599, *RDI* 2007. 61, obs. L. GRYNDAUM ; *RGDA* 2007. 80, note Ch. BRUSCHI.

²⁹²³ Certains arrêts n'opèrent aucune différence entre les obligations exécutées : dans tous les cas, l'exception de nullité perd son caractère imprescriptible : V. not. Com., 13 mai 2014, n° 12-28.013, *D.* 2014. 1145, obs. S. AMRANI-MEKKI, M. MEKKI ; *RTD civ.* 2014. 646, obs. H. BARBIER ; *JCP G* 2014. 699, obs. J. GHESTIN ; *JCP G* 2015. 652, note M. SÉJEAN ; *RDC* 2014 ; p. 627, obs. M. LATINA ; *Gaz. Pal.* 3 juill. 2014, p. 16, obs. D. HOUTCIEFF ; Civ., 3^e, 9 mars 2017, n° 16-11.728, *D.* 2018. 371, obs. M. MEKKI ; *AJ contrat* 2017. 224, obs. D. HOUTCIEFF ; *RTD civ.* 2017. 649, obs. H. BARBIER ; *JCP G* 2017. 511, obs. Ph. DELEBECQUE. Toutefois, Com., 8 avr. 2015, n° 13-14.447, *D.* 2016. 566, obs. M. MEKKI ; *RTD civ.* 2015. 432, obs. P. CROCQ ; *RTD civ.* 2015. 609, obs. H. BARBIER ; *JCP G* 2015. 1098 ; note M. SÉJEAN ; *RLDC* 2015. 28, note C. JUILLET, rejette cette solution lorsqu'une partie exécute son obligation légale d'information dans un contrat de cautionnement.

²⁹²⁴ Selon la formule de Y. PICOD, « Nullité », *Rep. civ.*, Dalloz, 2019, spé., n° 109.

²⁹²⁵ V. not. H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*, préc., n° 331.

748. Dans la mesure où l'action en nullité d'une convention collective doit impérativement être intentée dans un délai de deux mois à compter de sa notification ou de sa publication, l'on perçoit aisément l'intérêt que pourrait présenter, pour les syndicats, le nouvel article 1185 du Code civil. Ils disposeraient en effet d'un moyen, une fois passé le délai précité, pour obtenir la nullité de l'acte collectif, notamment lorsque celui-ci porte frontalement atteinte à l'ordre public. La tâche demeurerait toutefois malaisée, car elle serait intégralement tributaire d'une action en justice de l'employeur, relative à la convention collective en question et à laquelle le syndicat pourrait rétorquer par une exception de nullité. Il n'en demeure pas moins que cela constituerait un argument supplémentaire au profit des syndicats ; une fois le délai spécial de prescription dépassé, la nullité peut être obtenue à titre d'exception. L'utilité de la règle générale est ainsi indéniable.

749. Deux difficultés persistent néanmoins et, cumulées, semblent infranchissables. La première a trait à l'effet impératif de la convention collective, qui doit naturellement être appliquée une fois entrée en vigueur. Dans l'immense majorité des hypothèses, ladite convention est exécutée dès qu'elle doit l'être. Or, nous le savons désormais, cette exécution fait obstacle à l'imprescriptibilité de l'exception de nullité, qui ne s'applique qu'à l'égard des conventions totalement inexécutées. Dans cette situation, afin d'obtenir la nullité de la convention collective, le syndicat serait à nouveau contraint d'agir dans le délai précité de deux mois²⁹²⁶. Le nouvel article 1185 du Code civil perdrait ainsi l'ensemble de son intérêt pour les syndicats. De surcroît, si d'aventures la convention viciée ne recevait aucune exécution, encore faudrait-il, pour que le syndicat en obtienne la nullité par voie d'exception, que l'employeur le saisisse en justice d'une demande qui la concerne directement. Cependant, « il est rare qu'une telle demande émane des employeurs ou de leurs groupements »²⁹²⁷. Si tel est toutefois le cas, cela imposerait aux représentants des salariés d'exciper « l'illégalité d'une disposition conventionnelle sans qu'elle ait déjà été appliquée »²⁹²⁸. Ces différents arguments, conjugués à l'existence de la procédure de dénonciation qui, la majorité du temps, obtient les faveurs des parties à la convention collective, nous poussent à constater l'éviction, en la matière, de l'exception de nullité du nouvel article 1185 du Code civil. Son influence, dans les relations collectives de travail, est ainsi nulle.

²⁹²⁶ V. not. G. AUZERO, « La nullité de l'accord collectif invoquée par les syndicats », préc.

²⁹²⁷ *Ibid.* V. ég. D. BAUGARD, « L'illégalité d'un accord collectif invoquée par un salarié. De l'exception de nullité à l'exception d'illégalité ? », préc.

²⁹²⁸ *Ibid.*

750. Le chapitre relatif à la formation du contrat²⁹²⁹ est directement suivi par celui consacré à son interprétation. Il est composé de cinq textes qui comportent tous une règle d'interprétation des contrats. Parmi eux, le nouvel article 1190 du Code civil a notamment trait à l'interprétation du contrat d'adhésion. Celui-ci devrait faire l'objet d'une éviction ponctuelle dans le contentieux travailliste, fondée sur l'impératif de protection de la partie faible et le fort particularisme qui imprègne le droit du travail.

B. L'ÉVICTION DES RÈGLES LIÉES À L'INTERPRÉTATION DES CLAUSES INFORMATIVES D'UN CONTRAT D'ADHÉSION

751. Selon le nouvel article 1193 du Code civil, « les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise ». Ainsi, sauf exception, la modification des stipulations d'un contrat ne peut être réalisée que d'un commun accord ; un contractant ne peut l'imposer à l'autre, car ils sont fictivement considérés comme étant parfaitement égaux²⁹³⁰. Cela garantit également le respect du principe de force obligatoire du contrat²⁹³¹. Le droit du travail, en raison du déséquilibre de puissance qui grève les relations qu'il régit, fonctionne de manière quelque peu différente. Certes, le principe susmentionné s'y applique. Néanmoins, l'existence du pouvoir de direction, qui appartient à l'employeur, en atténue la portée ; certaines clauses, insérées dans le contrat de travail, peuvent être modifiées unilatéralement et seule la modification des clauses qualifiées de « contractuelles » nécessite l'accord du salarié²⁹³². Il s'agit de celles ayant pour objet la rémunération, la qualification du salarié, la durée du travail et, dans certaines circonstances, le lieu de travail²⁹³³. Partant, comme l'a synthétisé une auteure, « tout ce qui est écrit dans le contrat de travail n'est pas contractuel »²⁹³⁴. Certaines stipulations sont considérées comme étant « purement informatives » et leur modification est laissée à la totale discrétion de l'employeur. Par exemple, la chambre sociale de la Cour de cassation considère que la mention du lieu de travail dans le contrat de travail du salarié n'est qu'informatif²⁹³⁵, sauf s'il est

²⁹²⁹ Chapitre 2 du sous-titre I (intitulé « le contrat ») du titre III (intitulé « des sources d'obligations ») du livre III (intitulé « des différentes manières dont on acquiert la propriété ») du Code civil.

²⁹³⁰ V. not. D. BERTHIAU, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, Thèse, Paris 2, 1997.

²⁹³¹ Article 1103 du Code civil.

²⁹³² V. not. J. PELISSIER, « Clauses informatives et clauses contractuelles du contrat de travail », *RJS* 2004. 3.

²⁹³³ V. *supra* et *infra*, n° 130, n° 291, n° 515, n° 753.

²⁹³⁴ S. MAILLARD-PINON, « Contrat de travail : modification », *Rep. trav.*, Dalloz, 2021, spé., n° 14.

²⁹³⁵ Soc., 3 juin 2003, n° 01-43.573, *Dr. soc.* 2003. 884, obs. J. SAVATIER ; *JCP E* 2003. II. 10165, note M. VÉRICEL. La solution a récemment été réaffirmée : Soc., 12 févr. 2016, n° 14-18.779.

expressément indiqué que le salarié « exécutera son contrat de travail exclusivement dans ce lieu »²⁹³⁶. De même, la cadence de travail indiquée dans un document non annexé au contrat de travail n'a qu'une valeur informative²⁹³⁷, à l'instar des modalités de calculs de la prime d'intéressement précisées, elles, dans ledit contrat²⁹³⁸ ou de la précision apportée au sujet du régime de prévoyance et de retraite²⁹³⁹. Le contenu de ces différentes clauses – la liste n'est pas exhaustive²⁹⁴⁰ – peut être unilatéralement révisé par l'employeur, sans que le salarié ne puisse valablement s'y opposer²⁹⁴¹. Le pouvoir de direction n'autorise cependant pas l'employeur à insérer dans le contrat de travail une clause par laquelle il s'arroge le droit d'en modifier tout ou partie, à peine de nullité²⁹⁴² et en raison de l'atteinte trop importante portée à l'intangibilité du contrat.

752. L'interprétation des clauses purement informatives peut s'avérer problématique au regard du nouvel article 1190 du Code civil. Pour rappel, celui-ci pose deux directives d'interprétation du contrat. Sous réserve qu'il contienne *a minima* une clause obscure et ambiguë, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé²⁹⁴³. Toutes les fois où le contrat de travail peut être qualifié d'adhésion – à cet égard, l'interprétation s'effectue *in concreto* – ses clauses doivent être interprétées contre l'employeur et en faveur de l'adhérent, c'est-à-dire le travailleur subordonné. Toutefois, dans le cas d'une clause purement informative, la réglementation travailliste s'y oppose. En effet, une telle clause est-elle interprétée en faveur du salarié lorsqu'il est considéré qu'elle « relève du domaine de l'information et non de l'obligation »²⁹⁴⁴ et que, dès lors, l'employeur peut

²⁹³⁶ *Ibid.*

²⁹³⁷ Soc., 20 oct. 2010, n° 08-44.594, *Dr. soc.* 2011. 333, obs. M. MINÉ ; *RDT* 2011. 119, obs. F. CANUT.

²⁹³⁸ Soc., 6 mars 2019, n° 18-10.615, *Dr. soc.* 2019. 443, obs. M. VERICEL ; *RDT* 2019. 249, obs. S. MAILLARD-PINON ; *JCP S* 2019. 1123, note N. ANCIAUX.

²⁹³⁹ Soc., 4 juill. 2007, n° 05-45.688, *JCP S* 2007. 1759, note L. DRAI.

²⁹⁴⁰ L'article 11 de l'accord national interprofessionnel du 11 janv. 2008 a proposé d'indiquer avec précision le contenu du socle contractuel, c'est-à-dire d'identifier les clauses qui, pour être modifiées, nécessitent forcément l'accord des deux parties. Le législateur n'a cependant pas donné suite à cette proposition. Sur ce sujet, V. not. E. JEANSEN, « Réflexion sur la modification du contrat de travail à la suite de l'ANI du 11 janvier 2008 », *JCP S* 2008. 352 ; Ch. RADÉ, « L'accord et le régime du contrat de travail : la porte ouverte... mais à quelles réformes ? », *Dr. soc.* 2008. 295.

²⁹⁴¹ La révision prend alors le caractère de « changement des conditions de travail ». Le refus du salarié s'analyse alors comme le rejet du pouvoir de direction de l'employeur et est, par conséquent, constitutif d'une faute, qui n'est pas nécessairement « grave » : Soc., 23 févr. 2005, n° 03-40.639, préc.

²⁹⁴² Soc., 27 févr. 2001, n° 98-44.761, préc. ; Soc., 14 nov. 2018, n° 17-11.757.

²⁹⁴³ V. *supra*, n° 422 et s.

²⁹⁴⁴ S. TOURNAUX, « Le contrat de travail et les dérogations au droit commun des contrats », préc.

unilatéralement la modifier ? En l'espèce, l'interprétation de la clause²⁹⁴⁵ ne peut alors être réalisée « contre celui qui l'a proposée »²⁹⁴⁶ ; son caractère informatif oblige le juge à l'interpréter dans un sens favorable à l'employeur, alors même que celui-ci a déterminé à l'avance une fraction non négociable du contrat de travail²⁹⁴⁷. En somme, l'interprétation *in favorem* commandée par le nouvel article 1190 du Code civil ne pourrait être mise en œuvre dans certaines situations ou, plus précisément, à l'égard de certaines clauses, stipulées selon la chambre sociale de la Cour de cassation dans un but « purement informatif ». Vis-à-vis d'elles, le texte civiliste est ainsi *de facto* évincé.

753. Dans l'optique de faire une application conforme du nouveau droit commun des contrats et, en l'espèce, de renforcer la protection offerte au travailleur subordonné en interprétant toutes les clauses stipulées dans le contrat de travail en sa faveur, l'idée a été émise de revenir sur la dualité travailliste qui existe entre clauses contractuelles et clauses informatives²⁹⁴⁸. Cet abandon, néanmoins, serait générateur d'écueils pratiques. Par exemple, si la clause relative au lieu de travail du salarié venait à perdre son caractère informatif²⁹⁴⁹, « le moindre déplacement du lieu de travail exigerait l'accord du salarié »²⁹⁵⁰, et ce même s'il s'effectue à l'intérieur d'un secteur géographique identique²⁹⁵¹. Partant, même si la distance entre l'ancien et le nouveau lieu de travail est infime, la modification du contrat de travail ne pourrait résulter que d'un accord entre les deux parties ; l'opposition du travailleur constituerait un obstacle infranchissable pour l'employeur, qui n'aurait alors d'autre choix que d'abandonner son projet ou d'engager une procédure de licenciement²⁹⁵². Ce serait là provoquer un affaiblissement certain du pouvoir de direction, par le biais duquel l'employeur n'aurait plus la faculté de modifier unilatéralement certains pans du contrat de travail, conformément à la distinction

²⁹⁴⁵ Sous réserve qu'elle doive être interprétée, c'est-à-dire qu'elle soit obscure et ambiguë, conformément au nouvel article 1192 du Code civil. Sur le sujet de l'interprétation *in favorem* des clauses dites informatives, V. not. G. AUZERO, F. CANUT, « Le juge et la modification du contrat de travail », préc.

²⁹⁴⁶ Selon la formule du nouvel article 1190 du Code civil.

²⁹⁴⁷ Article 1110 du Code civil.

²⁹⁴⁸ G. AUZERO, F. CANUT, *op. cit.*

²⁹⁴⁹ La clause serait alors considérée comme étant « contractuelle » et sa modification ne pourrait s'effectuer sans l'accord préalable et exprès du salarié.

²⁹⁵⁰ G. AUZERO, F. CANUT, *op. cit.*

²⁹⁵¹ Soc., 16 déc. 1998, n° 96-41.845, préc. Les contours exacts du « secteur géographique » restent flous. L'on sait seulement qu'ils doivent être appréciés de manière objective, à la lumière de l'emplacement exact des deux lieux de travail successifs : Soc., 4 mai 1999, n° 97-40.576, préc.

²⁹⁵² Le licenciement n'est alors pas fondé sur le refus du salarié – qui ne peut en aucun cas être considéré comme fautif : Soc., 13 févr. 2013, n° 11-23.902, préc., – mais sur la cause de la demande de modification du contrat de travail.

réalisée depuis près de quarante ans²⁹⁵³ entre la modification du contrat de travail – qui concerne les éléments du socle contractuel – et le changement des conditions de travail – relatif aux éléments du socle informatif.

À cet égard, la consécration de la théorie de l'imprévision – présentée comme un palliatif éventuel à la suppression de la catégorie des clauses purement informatives²⁹⁵⁴ – ne nous semble pas pouvoir prospérer. Pour que le nouvel article 1195 du Code civil puisse être mobilisé par l'employeur, il conviendrait que le changement de lieu de travail – si nous utilisons à nouveau cet exemple – soit considéré comme un « changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat de travail ». Or, ce serait faire une interprétation excessivement vaste de la notion d'imprévisibilité que de considérer qu'au moment de l'échange des consentements, l'employeur n'était aucunement en mesure d'envisager l'éventualité d'un changement de lieu de travail²⁹⁵⁵. De surcroît, si l'imprévisibilité venait à être caractérisée, encore faudrait-il que le changement susmentionné rende l'exécution du contrat de travail « excessivement onéreuse », puis que les parties mettent en œuvre la procédure amiable, voire judiciaire, jusqu'à ce que le contrat de travail soit modifié. Il semble ainsi illusoire d'imaginer la chambre sociale de la Cour de cassation supprimer la catégorie des « clauses purement informatives » dans l'optique d'utiliser, en lieu et place, la théorie civiliste de l'imprévision ; il n'en résulterait qu'une complexification des procédures – ce qui porterait indéniablement une atteinte inutile à l'intérêt de l'entreprise – et, le plus fréquemment, une violation du nouvel article 1195 du Code civil.

754. De ce qui précède résulte l'impossibilité d'appliquer le nouvel article 1190 du Code civil à certaines stipulations identifiées. Même stipulées dans un contrat de travail qualifié d'adhésion, celles-ci demeureront interprétées dans le sens qui laisse à l'employeur la plus grande latitude d'utiliser son pouvoir de direction. Partant, à l'encontre des clauses dites « purement informatives », le texte susmentionné sera évincé par le juge social, car l'accueillir emporterait de trop grands bouleversements dans la réglementation des relations individuelles de travail, alors que le droit du travail s'est largement développé depuis la fin des années 1980 autour de la dichotomie qui existe entre la modification du contrat de travail et le changement

²⁹⁵³ Soc., 8 oct. 1987, n° 84-40.902, n° 84-41.902, préc.

²⁹⁵⁴ G. AUZERO, F. CANUT, « Le juge et la modification du contrat de travail », préc.

²⁹⁵⁵ L'on peut penser, par exemple, à une entreprise qui change de locaux, situation dont on peine à percevoir le caractère imprévisible.

des conditions de travail²⁹⁵⁶. L'influence que produit la disposition en terre travailliste n'est ainsi pas maximale ; elle est inférieure au degré de l'influence théorique que nous avons caractérisé au sein de la première partie de notre travail²⁹⁵⁷, car le texte se trouve ponctuellement exclu du litige de l'interprétation des clauses du contrat de travail d'adhésion. À l'instar du constat formulé ci-dessus à l'égard des articles 1139 et 1182, alinéa 3, du Code civil, l'éviction, en l'espèce, n'est pas totale et généralisée ; l'article 1190 du Code civil demeure applicable en droit du travail. Il est toutefois des situations dans lesquelles sa mise en œuvre sera rejetée, synonyme d'une éviction ponctuelle du mécanisme d'interprétation et, par conséquent, de l'altération de son influence.

755. Les développements consacrés par le Code civil au contrat²⁹⁵⁸ se concluent par la réglementation de l'inexécution du contrat. Parmi les textes qui la composent, certains seront évincés des litiges travaillistes.

C. L'ÉVICTION DES RÈGLES LIÉES À L'EXCEPTION D'INEXÉCUTION

756. L'inexécution contractuelle fait office de la cinquième section insérée dans le chapitre consacré aux effets du contrat²⁹⁵⁹. En sus de faire état de cinq sanctions, cette section rappelle également que le cas de force majeure constitue un fait justificatif pour quiconque l'invoque valablement. Cependant, en la matière, l'ordonnance du 10 février 2016 et la loi du 20 avril 2018 ont avant tout procédé à une codification à jurisprudence constante. En la matière, le fond du droit est avant tout resté stable, si l'on occulte la transmutation normative des solutions jusqu'alors jurisprudentielles, qui peut avoir, en ce qui nous concerne, une certaine influence²⁹⁶⁰. Partant, les nouveautés susceptibles d'être évincées en droit du travail sont rares. En réalité, seul le mécanisme de l'exception d'inexécution semble concerné.

²⁹⁵⁶ V. not. Ch. RADÉ, « Entre espoir et désespoir », préc. L'auteur rappelle que la Cour de cassation, sur le fondement de l'arrêt dit « Raquin » (Soc., 8 oct. 1987, n° 84-40.902, n° 84-41.902, préc.), a « [apporté] des réponses pérennes aux besoins de protection des salariés ».

²⁹⁵⁷ V. *supra*, n° 556.

²⁹⁵⁸ Sous-titre I, qui comprend les articles 1101 à 1231-7 du Code civil.

²⁹⁵⁹ Section 5, qui comprend les articles 1217 à 1231-7 du Code civil.

²⁹⁶⁰ V. *infra*, n° 887 et s., au sujet de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier.

En effet, le régime de l'exécution forcée en nature²⁹⁶¹, analysé en détail par Mme A.-L. Mazaud en 2016²⁹⁶², n'a guère été modifié par l'entrée en vigueur de la réforme. Il en va de même, à notre sens, pour la force majeure²⁹⁶³, qui reprend la substance de la jurisprudence antérieure²⁹⁶⁴, selon laquelle le cas de force majeure ne peut être qualifié que par le cumul de deux conditions, à savoir l'irrésistibilité et l'imprévisibilité, délaissant définitivement le critère de l'extériorité²⁹⁶⁵. Néanmoins, à l'instar de la position adoptée par la chambre sociale de la Cour de cassation à l'égard du mécanisme²⁹⁶⁶, la réforme est sans effet. Il nous semble

²⁹⁶¹ Articles 1221 et 1222 du Code civil. V. not. Ch. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil*, préc., p. 532 et s.

²⁹⁶² A.-L. MAZAUD, *Contrat de travail et droit commun. Essai de mesure*, préc., p. 231 et s.

²⁹⁶³ Article 1218 du Code civil.

²⁹⁶⁴ Ass. plén., 14 avr. 2006, n° 02-11.168, préc. ; Civ., 1^{re}, 30 oct. 2008, n° 07-17.134, *D.* 2008. 2935, obs. I. GALLMEISTER ; *D.* 2010. 49, obs. Ph. BRUN, O. GOUT ; *RTD civ.* 2009. 126, obs. P. JOURDAIN ; *JCP* 2008. II. 10198, note Ph. GROSSER ; *JCP* 2009. II. 10000, note D. HOUTCIEFF ; *RDC* 2009, p. 49, obs. D. MAZEAUD ; *RDC* 2009, p. 62, obs. Th. GENICON ; *Defrénois* 2008. 2509, obs. É. SAVAUX. La position a été réaffirmée plus récemment : Civ., 2^e 8 févr. 2018, n° 17-10.516, *D.* 2018. 598, note V. REBEYROL ; *D.* 2018. 1412, obs. H. KENFACK ; *D.* 2019. 38, obs. Ph. BRUN, O. GOUT, C. QUEZEL-AMBRUNAZ ; *RTD civ.* 2018. 418, obs. P. JOURDAIN ; *JCP G* 2018. 477, note C. DUBOIS ; *RCA* 2018. 6, étude S. HOCQUET-BERG.

²⁹⁶⁵ Le nouvel article 1218 du Code civil dispose ainsi en son premier alinéa qu'« il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur ». La formule laisse toutefois planer un doute, car la mention à un « événement échappant au contrôle du débiteur » semble renvoyer au critère de l'extériorité, pourtant abandonné par la jurisprudence. Il n'en est rien, selon le rapport remis au Président de la République, qui affirme clairement que la codification du texte précité s'est effectuée à jurisprudence constante et, dès lors, « [délaïse] le traditionnel critère d'extériorité ». Le sens de la formule, reprise de l'avant-projet dirigé par le professeur F. TERRÉ, a divisé la doctrine. Là où certains y voient l'exigence d'extériorité de l'événement (V. not. O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, préc., p. 537), d'autres estiment qu'il s'agit plutôt d'un renvoi à l'irrésistibilité (V. not. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, préc., p. 563). Plus nombreux sont ceux qui pensent qu'en application du texte, la force majeure peut naître du débiteur, si tant est toutefois qu'elle soit « indépendante de sa volonté, au-delà de sa sphère d'influence » : V. not. S. BROS, « La force majeure », *Dr. et patr.* 2016. 40 ; H. BOUCARD, « Article 1218 : la force majeure contractuelle », *RDC* 2015, p. 779 ; Ch. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil*, préc., p. 740 et s.

²⁹⁶⁶ Le juge social rejette le plus souvent la caractérisation d'un cas de force majeure, puisque celle-ci emporterait le risque, pour le salarié, d'une rupture du contrat de travail sans indemnité : V. not. L. DRAI, « La force majeure en droit du travail après les arrêts d'assemblée plénière du 14 avril 2006 », *JCP S* 2006. 1491. La dimension du risque généré par le mécanisme pour le salarié impose à la chambre sociale d'en apprécier sévèrement les conditions de validité. Ainsi, par exemple, l'extériorité a été rejetée et la force majeure exclut lorsque l'employeur n'a pas pris, eu égard à un salarié licencié pour inaptitude, « toutes les dispositions nécessaires pour soumettre le salarié à la visite médicale [...] avant la fin de la période d'essai » stipulée dans son contrat de travail à durée déterminée : Soc., 28 mars 2001, n° 99-41.626. Au-delà, l'irrésistibilité n'est pas caractérisée lorsqu'un établissement particulier, dont la fermeture administrative a été prononcée en raison de la non-conformité du bâtiment au sein duquel étaient hébergées des personnes âgées, a licencié son personnel, alors même qu'il n'a pas, selon la Cour de cassation, « déféré aux exigences de la commission de sécurité » : Soc., 1^{er} févr. 2005, n° 02-18.357. Il en va de même pour le directeur d'un théâtre qui n'a pas fait jouer sa troupe lors des événements de mai 1968 : Soc., 8 mars 1972, n° 71-40.429, préc.. De surcroît, le juge social apprécie le mécanisme non seulement au regard de la cause de l'événement survenu, mais également eu égard à ses conséquences ; l'événement doit empêcher la poursuite du contrat de travail. Or, ce critère – propre au droit du travail – n'est jamais retenu par la chambre sociale de la Cour de cassation : V. not. Soc., 12 févr. 2003, n° 00-46.660, n° 99-42.985, préc., au sujet du passage d'un cyclone qui a détruit une partie d'un village de vacances, ou Soc., 7 déc. 2005, n° 04-42.907 au

qu'aujourd'hui comme hier, et ce malgré la pandémie de Covid-19²⁹⁶⁷, le cas de force majeure sera largement évincé des litiges travaillistes²⁹⁶⁸. Aussi, parmi les sanctions de l'inexécution du contrat, seule l'exception d'inexécution a connu des modifications suffisantes pour que son éviction des litiges de droit du travail doive impérativement être mentionnée.

757. Le mécanisme n'était pas totalement inconnu du Code Napoléon²⁹⁶⁹. Il permet à une partie de « refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave »²⁹⁷⁰. Le créancier d'une obligation inexécutée est ainsi autorisé, sans saisir le juge, de refuser d'exécuter sa propre obligation, si tant est que l'inexécution première soit « suffisamment grave ». Il s'agit d'un mode de justice privée²⁹⁷¹ qui entraîne l'« ajournement »²⁹⁷² de l'exécution des obligations. Certaines d'entre elles sont alors suspendues, selon le nouvel article 1220 du Code civil²⁹⁷³.

sujet de l'incendie des locaux d'une entreprise, qui a pu rouvrir que 18 mois plus tard et qui a perdu l'essentiel de sa clientèle. Pourtant, pour des faits similaires, Soc., 12 janv. 1967, *Bull. civ. IV*, n° 44, avait retenu l'existence d'un cas de force majeure : V. not. A. BOUSIGES, « L'évolution de la force majeure en droit du travail », préc., p. 88.

²⁹⁶⁷ L'assemblée plénière de la Cour de cassation a accepté que la maladie contractée par un débiteur puisse être qualifiée de force majeure « dès lors [qu'elle] l'a valablement empêché de s'en exécuter » : Ass. plén., 14 avr. 2006, n°02-11.168, préc. La pandémie de Covid-19 pourrait donc être considérée, en droit du travail comme ailleurs, comme un cas de force majeure. Toutefois, l'étude la jurisprudence sociale démontre que, le plus souvent, les pandémies n'ont pas été considérées comme de tels cas, « notamment en raison du caractère temporaire de la crise et de la nécessité de préserver l'emploi » : Ch. RADÉ, « Covid-19 et force majeure », préc. Il en est allé ainsi pour le bacille de la peste (Paris, 25 sept. 1996, n° 1996/08159), de la grippe H1N1 (Besançon, 8 janv. 2014, n° 12/0229) ou du chikungunya (Basse-Terre, 17 déc. 2018, n° 17/00739). Quoiqu'il en soit, l'assimilation du Covid-19 à un cas de force majeure doit s'effectuer *in concreto*, puisque la pandémie a perdu de son aspect imprévisible lorsque les premières mesures gouvernementales tendant à l'endiguer ont été prises.

²⁹⁶⁸ Son éviction sera récurrente dans les litiges relatifs à la rupture d'un contrat de travail et il sera *de facto* exclu des contentieux qui ont trait à la grève qui porte atteinte à la poursuite de l'activité de l'entreprise, par l'utilisation préférable de la notion de « situation contraignante ». Celle-ci se distingue de la force majeure par la possibilité d'être caractérisée même en cas d'une impossibilité relative de s'exécuter (V. not. L. DRAI, *op. cit.*), mais également parce que le débiteur conserve un certain libre-arbitre au sujet de la survenance de ladite situation (V. not. A. BOUSIGES, « L'évolution de la forme majeure en droit du travail », préc., p. 95 et s. La situation contraignante est indéniablement mieux adaptée que le cas de force majeure en ce domaine. Dès lors, l'influence produite par le mécanisme de cas de force majeure en droit du travail est quasi-néante, en raison d'une application par le juge social qui n'est qu'exceptionnelle. En cela, l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 févr. 2016 ne change rien.

²⁹⁶⁹ Notamment aux articles 1612, 1651, 1653, 1704 ou 1948. L'exception d'inexécution nous vient du droit canon et de l'adage latin *non servanti fidem non est fides servanda*, selon lequel « à celui qui ne garde par la foi, foi n'est plus due » : H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*, préc., n° 272. La technique a été généralisée dans tous les contrats synallagmatiques à compter du XVII^e siècle : J. DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, préc., titre I, section 3, n° 2, cité par Y. LEQUETTE, F. TERRÉ, Ph. SIMLER, F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations*, préc., p. 857 ; R.-J. POTHIER, *De la vente*, Paris, Debure, 1762, n° 279.

²⁹⁷⁰ Article 1219 du Code civil. V. not. Ch. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil*, préc., p. 704 et s.

²⁹⁷¹ V. not. R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique*, Paris, LGDJ, 1911, p. 144 ; Y. LEQUETTE, F. TERRÉ, Ph. SIMLER, F. CHÉNÉDÉ, *op. cit.*, p. 856.

²⁹⁷² Y. LEQUETTE, F. TERRÉ, Ph. SIMLER, F. CHÉNÉDÉ, *ibid.*

²⁹⁷³ L'article 1220 du Code civil dispose qu'« une partie peut suspendre l'exécution de son obligation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette

Cette suspension, temporaire par nature²⁹⁷⁴, a pour objectif de contraindre le cocontractant d'exécuter son obligation²⁹⁷⁵. Elle n'emporte aucunement la rupture du contrat ; celui-ci est plongé dans un « état léthargique »²⁹⁷⁶ qui oblige les parties au respect de la force obligatoire et de la bonne foi²⁹⁷⁷.

758. L'utilisation valable de l'exception d'inexécution répond à deux conditions de fond. Puisque la sanction est propre aux contrats synallagmatiques²⁹⁷⁸, les obligations inexécutées – la première, puis la seconde en guise de sanction privée – doivent tout d'abord être interdépendantes²⁹⁷⁹. Autrement formulé, les deux obligations doivent entretenir un lien de réciprocité. Il en va ainsi, par exemple, lorsqu'un preneur suspend son obligation de paiement du loyer lorsque le bailleur ne satisfait pas à son obligation de jouissance paisible des lieux mis en location²⁹⁸⁰. À l'inverse, l'exception d'inexécution ne peut jouer lorsque les obligations résultent de deux contrats différents²⁹⁸¹. Ensuite, l'une des deux obligations doit d'ores et déjà être inexécutée²⁹⁸² ou en passe d'être inexécutée²⁹⁸³. L'origine et l'étendue de l'inexécution n'importent pas ; elle peut être fautive ou résulter d'un cas de force majeure, mais également être totale ou partielle. Il est simplement nécessaire qu'elle ne soit pas directement imputable au créancier lui-même, conformément au principe général de bonne foi ; le créancier d'une obligation inexécutée ne peut ainsi pas invoquer l'exception d'inexécution pour refuser de

inexécution sont suffisamment graves pour elle. Cette suspension doit être notifiée dans les meilleurs délais ». V. not. D. MAZEAUD, « Les sanctions de l'inexécution », préc., p. 92.

²⁹⁷⁴ G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, préc., p. 575.

²⁹⁷⁵ V. not. R. CASSIN, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques*, Thèse, 1914, p. 363.

²⁹⁷⁶ Selon l'expression de J. TREILLARD, « De la suspension des contrats », in P. DURAND (dir.), *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, Paris, LGDJ, 1960, p. 59.

²⁹⁷⁷ G. CHANTEPIE, M. LATINA, *op. cit.*

²⁹⁷⁸ Civ., 3^e, 19 déc. 2007, n° 06-21.012, *D.* 2008. 224, obs. G. FOREST ; *D.* 2008. 2690, obs. Ch. ATTIAS, P. CAPOULADE. L'article 1106, alinéa 1, définit le contrat synallagmatique comme celui par lequel « les contractants s'obligent les uns envers les autres ». Le contrat unilatéral, quant à lui, est celui par lequel « une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres sans qu'il y ait d'engagement réciproque de celles-ci » (article 1106, alinéa 2, du Code civil). On comprend dès lors que l'exception d'inexécution ne peut se retrouver que dans les contrats synallagmatiques, car chacune des deux parties doit être à la fois créancière et débitrice de l'autre.

²⁹⁷⁹ V. not. Com., 12 juill. 2005, n° 03-12.507, *RTD civ.* 2006. 307, obs. J. MESTRE, B. FAGES ; *JCP* 2005. I. 194, obs. A. CONSTANTIN, *Defrénois* 2006. 610, obs. R. LIBCHABER. V. ég. S. BROS, *L'interdépendance contractuelle*, Thèse, Paris 2, 2001, n° 614.

²⁹⁸⁰ Com., 12 janv. 2010, n° 08-22.000, *D.* 2010. 266, obs. X. DELPECH ; *RTD civ.* 2010. 106, obs. B. FAGES ; *JCP E* 2010. 1497, note R. MARTY ; *CCC* 2010. 87, obs. L. LEVENEUR ; *RDC* 2010, p. 834, obs. Y.-M. LAITHIER ; *LPA* 2010, p. 7, note J. LAURENT ; *Dr. et patr.* 2010. 103, note L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK ; *RLDC* 2010. 7, note F. DANOS.

²⁹⁸¹ Req., 14 mai 1938, *DH* 1938. 419.

²⁹⁸² Article 1219 du Code civil.

²⁹⁸³ Article 1220 du Code civil.

s'exécuter alors que l'inexécution première résulte de son propre fait. Enfin, elle doit être « suffisamment grave », selon les termes du Code civil. À cet égard, le Gouvernement n'a pas procédé à une codification à jurisprudence constante. En effet, pour la Cour de cassation, l'exception d'inexécution devait être une « réponse proportionnée » à l'inexécution de l'obligation par le débiteur²⁹⁸⁴. La terminologie a ainsi évolué et nous verrons ci-dessous que cela pourrait emporter des conséquences sur l'applicabilité du mécanisme en droit du travail²⁹⁸⁵.

759. Le mécanisme de l'exception d'inexécution n'est pas inconnu du droit du travail. Le droit est en effet reconnu au salarié de suspendre l'exécution de sa prestation de travail tant que le salaire correspondant à une période de mise à pied disciplinaire injustifiée ne lui a pas été versé²⁹⁸⁶. Les conditions de mise en œuvre de la technique ne diffèrent d'ailleurs pas de celles prévues par le Code civil ; pour que le salarié use valablement de l'exception d'inexécution, les obligations des parties doivent être interdépendantes, l'une d'entre elles doit être inexécutée²⁹⁸⁷ et ne pas avoir de conséquences minimales. Le mécanisme trouve ainsi à s'appliquer dans les relations individuelles de travail. Derechef, son éviction – puisque c'est de cela dont il s'agit – ne saurait être totale. En effet, sa codification intervenue en 2016 n'y change rien, ou presque ; le travailleur subordonné demeure susceptible de suspendre l'exécution de son obligation. Il n'en demeure pas moins que plusieurs arguments nous poussent à considérer l'hypothèse de l'éviction du nouvel article 1219 du Code civil du contentieux travailliste.

760. En premier lieu, bien qu'il ne s'agisse guère d'une nouveauté issue de la réforme du droit des contrats, la suspension de l'exécution de la prestation de travail n'est pas dénuée de risques pour le travailleur subordonné. En effet, même si le mécanisme de l'exception d'inexécution est mobilisé en toute licéité, le salarié s'expose toujours à une réaction de l'employeur, car le juge ne peut être saisi qu'*a posteriori*. L'arrêt susmentionné sur 23 juin 2009 l'illustre topiquement. Par le truchement de l'exception d'inexécution, le salarié contestait le non-paiement des salaires au cours d'une période de mise à pied disciplinaire qu'il considérait comme injustifiée. L'employeur a répondu à la suspension de la prestation de travail par le prononcé d'un licenciement pour faute grave, que le travailleur a contesté devant le Conseil de

²⁹⁸⁴ Civ., 21 déc. 1927, *DH* 1928. 82.

²⁹⁸⁵ V. *infra*, n° 761.

²⁹⁸⁶ Soc., 23 juin 2009, n° 07-44.844, *JCP S* 2009. 1419, note F. DUMONT.

²⁹⁸⁷ L'exception d'inexécution par anticipation n'existait pas en amont de la réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016.

Prud'hommes compétent. La Cour de cassation, à l'instar de la Cour d'appel²⁹⁸⁸, rappelle que « le refus par un salarié de reprendre le travail peut être légitimé par un manquement de l'employeur à ses obligations », confirmant par-là le bien-fondé de l'exception d'inexécution. Dès lors, le licenciement prononcé ne pouvait qu'être dépourvu de toute cause réelle et sérieuse²⁹⁸⁹. Si le salarié a obtenu gain de cause et les indemnités afférentes à l'illicéité de son licenciement, il n'en demeure pas moins que l'utilisation – même valable – du mécanisme de l'exception d'inexécution a engendré la perte de son emploi. Le mécanisme se révèle ainsi être peu attractif pour le salarié, dont la suspension du travail s'apparente à un « pari risqué »²⁹⁹⁰, car « la protection du juge ne peut intervenir qu'après coup, et parfois trop tard »²⁹⁹¹. Ce risque, important, est suffisamment dissuasif pour que bon nombre de travailleurs rejettent l'idée de s'emparer de l'exception d'inexécution. L'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, qui institue le plafonnement des dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, aggrave encore sa situation ; s'il est injustement licencié en raison de l'utilisation valable de l'exception d'inexécution, le salarié ne pourra obtenir qu'une réparation pécuniaire limitée. Dès lors, l'influence du dispositif civiliste en droit du travail est aujourd'hui quasiment nulle.

Elle l'est d'autant moins que depuis la fin de l'année 2022²⁹⁹², le Code du travail prévoit que « le salarié qui a abandonné volontairement son poste et ne reprend pas le travail après avoir été mis en demeure de justifier de son absence et de reprendre son poste, par lettre recommandée ou par lettre remise en main propre contre décharge, dans le délai fixé par l'employeur, est présumé avoir démissionné à l'expiration de ce délai »²⁹⁹³. Ainsi, le salarié qui, en réponse à une inexécution dont s'est rendu coupable l'employeur, cesse l'obligation qui lui incombe de fournir une prestation de travail, peut désormais être présumé comme étant démissionnaire²⁹⁹⁴. Cette présomption, bien que réfragable²⁹⁹⁵, est de nature à dissuader le salarié de mobiliser – même valablement – les règles propres à l'exception d'inexécution, car

²⁹⁸⁸ Chambéry, ch. sociale, 18 sept. 2007, n° 06/01661.

²⁹⁸⁹ Soc., 23 juin 2009, n° 07-44.200, préc.

²⁹⁹⁰ A.-L. MAZAUD, *Contrat de travail et droit commun. Essai de mesure*, préc., p. 243.

²⁹⁹¹ *Ibid.*

²⁹⁹² Loi n° 2022-1598 du 21 déc. 2022 portant mesures d'urgence relatives au fonctionnement du marché du travail en vue du plein emploi, entrée en vigueur le surlendemain.

²⁹⁹³ Article L. 1237-1-1, alinéa 1, du Code du travail.

²⁹⁹⁴ Dans les conditions visées par l'article R. 1237-13 du Code du travail. Ainsi, le délai laissé au salarié pour reprendre le travail, mentionné dans la mise en demeure, ne peut être inférieur à quinze jours.

²⁹⁹⁵ Il ressort de l'article L. 1237-1-1, alinéa 2, du Code du travail que le salarié peut renverser cette présomption de démission.

elles feraient peser sur lui le risque d'une rupture du contrat de travail sans aucune indemnité ni allocation de retour à l'emploi. Cette présomption de démission, vivement critiquée par la doctrine²⁹⁹⁶, nuit nettement à l'influence du mécanisme de l'exception d'inexécution en droit du travail.

761. En outre, le droit du travail met à la disposition du salarié plusieurs réponses, plus adaptées à l'inexécution contractuelle de l'employeur. Individuellement, il peut prendre acte de la rupture de son contrat de travail, à condition de démontrer la gravité de l'inexécution. En effet, la chambre sociale de la Cour de cassation soumet la validité de la prise d'acte de rupture du contrat de travail – qui produit alors les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse – au fait que la faute commise par l'employeur « empêche la poursuite du contrat de travail »²⁹⁹⁷. Il s'agit là de la définition de la faute grave, cette fois-ci appliquée à l'employeur. Une frange de la doctrine s'est demandée si cette condition n'était pas reprise à l'identique par l'article 1219 du Code civil²⁹⁹⁸. Ce serait là une autre difficulté qui fait obstacle à l'utilisation de l'exception d'inexécution en droit du travail ; sa mise en œuvre, qui emporte la suspension temporaire du contrat de travail, serait soumise au même critère que la prise d'acte de rupture du contrat de travail, qui rompt immédiatement et définitivement ledit contrat. Alors même que la sanction est d'une gravité moindre – car elle impose la poursuite de la relation de travail – sa mise en œuvre répondrait pourtant à une condition de validité identique, que le juge apprécie strictement²⁹⁹⁹. L'attractivité de la technique en serait à nouveau amoindrie.

Au-delà, en réponse à l'inexécution de l'employeur, le salarié peut également solliciter la résiliation judiciaire du contrat de travail dont le prononcé est également conditionné par la

²⁹⁹⁶ V. not. Ch. RADÉ, « La peur de l'abandon », *Dr. soc.* 2022. 857 ; J. MOULY, « Une innovation déroutante : la démission sans volonté de démissionner », *Dr. soc.* 2023. 158 ; A. LYON-CAEN, « Démission », *RDT* 2022. 611 ; G. DUCHANGE, I. MEFTAH, « La démission sans volonté de démissionner : quels effets aura cet Objet Juridique Non Identifié ? », *RDT* 2022. 685 ; A. DENIZOT, « Et si le législateur lisait les rapports de l'OIT ? », *RTD civ.* 2023. 198 ; A. FABRE, « Abandon de poste = présomption de démission, une équation à plusieurs inconnues », *JCP S* 2023. 1000 ; G. LOISEAU, « La présomption de résiliation unilatérale du contrat de travail à durée indéterminée », *RDC* 2023, p. 124 ; G. LOISEAU, A. MARTINON, « L'absent », *BJT* mai 2023, p. 1.

²⁹⁹⁷ Soc., 30 mars 2010, n° 08-44.236, *D. actu*, 10 mai 2010, obs. J. CORTOT ; Soc., 15 mai 2013, n° 12-16.018.

²⁹⁹⁸ L'article 1219 du Code civil conditionne la bonne mise en œuvre de l'exception d'inexécution au fait que l'autre partie ne se soit pas exécutée et que « cette inexécution [soit] suffisamment grave ».

²⁹⁹⁹ V. not. Soc., 19 déc. 2007, n° 06-44.754, *Dr. soc.* 2008. 454, note Ch. RADÉ ; *RDT* 2008. 254, note S. BERNARD, T. GRUMBACH ; *JCP S* 2008. 1289, note J.-Y. FROUIN, qui juge qu'en cas de doute sur la gravité des faits invoqués par le salarié à l'appui de sa prise d'acte de rupture du contrat de travail, celle-ci doit produire les effets d'une démission.

démonstration d'une « inexécution suffisamment grave »³⁰⁰⁰, qui est toutefois interprétée moins rigoureusement par le juge³⁰⁰¹.

De manière collective, enfin, les salariés peuvent faire usage de leur droit de grève, dont l'effet, de prime abord, est similaire à celui de l'exception d'inexécution. Il doit pourtant être dissocié ; là où le mécanisme civiliste n'emporte la suspension que des obligations réciproques, la grève entraîne celle de toutes les obligations du contrat de travail³⁰⁰², exception faite de l'obligation de loyauté³⁰⁰³. De plus, là où l'exception d'inexécution laisse le salarié impuissant face à une éventuelle sanction disciplinaire, le droit de grève lui octroie une protection légale contre ces sanctions et la discrimination³⁰⁰⁴. La nuance est importante, car le salarié injustement licencié suite à l'exercice des prérogatives conférées par le nouvel article 1219 du Code civil ne pourra prétendre qu'à obtenir des dommages et intérêts plafonnés³⁰⁰⁵, tandis que le travailleur licencié pour usage du droit de grève peut prétendre à la réintégration dans l'effectif³⁰⁰⁶ ou, à défaut, à des dommages et intérêts équivalents à six mois de salaire minimum au titre de la nullité du licenciement³⁰⁰⁷. La grève est ainsi plus avantageuse pour le salarié que l'exception d'inexécution³⁰⁰⁸, qui se révèle être peu utile dans le carcan des relations individuelles de travail, bien qu'applicable.

762. Qu'en est-il toutefois, de l'initiative patronale de l'exception d'inexécution ? Il apparaît qu'elle n'est pas « expressément interdite »³⁰⁰⁹. Toutefois, comme le développe Mme A.-L. Mazaud dans son travail de thèse, « le caractère englobant de la définition des sanctions disciplinaires conduit à rejeter l'usage de ce remède indépendamment du droit

³⁰⁰⁰ Article 1224 du Code civil, selon lequel « la résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice ».

³⁰⁰¹ V. not. G. LOISEAU, « La tentation de l'autonomie », préc., qui met en avant le recul du nombre de prise d'acte de rupture du contrat de travail et la recrudescence de celui des résiliations judiciaires dudit contrat, l'inexécution que le salarié doit démontrer étant analysée plus largement dans le second cas.

³⁰⁰² V. not. Soc., 9 juill. 1951, *Dr. soc.* 1952. 115.

³⁰⁰³ L'obligation de loyauté n'est pas suspendue lorsque le salarié cesse le travail par l'utilisation de son droit constitutionnel de grève : Soc., 25 juin 2002, n° 00-44.001, *Dr. soc.* 2002. 1015, obs. F. DUQUESNE.

³⁰⁰⁴ Article L. 2511-1 du Code du travail. Il y est prévu que l'exercice du droit de grève ne peut en aucun cas justifier un licenciement, sauf en cas de commission d'une faute lourde par le salarié. De la même manière, le fait de faire grève « ne peut donner lieu à aucune mesure discriminatoire telle que mentionnée à l'article L. 1132-2 ».

³⁰⁰⁵ Article L. 1235-3 du Code du travail. V. ci-dessus.

³⁰⁰⁶ Article L. 1235-3-1, alinéa 1, du Code du travail.

³⁰⁰⁷ *Ibid.*

³⁰⁰⁸ À condition, évidemment, que le mouvement soit collectif et engagé au soutien de revendications professionnelles, sans quoi le mouvement est illicite et sanctionnable.

³⁰⁰⁹ A.-L. MAZAUD, *Contrat de travail et droit commun. Essai de mesure*, préc., p. 599.

disciplinaire »³⁰¹⁰. Selon l'article L. 1331-1 du Code du travail, « constitue une sanction disciplinaire toute mesure, autre que les observations verbales, prise par l'employeur à la suite d'un agissement du salarié considéré par l'employeur comme fautif, que cette mesure soit de nature à affecter immédiatement ou non la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération ». L'exception d'inexécution ne peut être considérée comme une « observation verbale », puisqu'il s'agit de l'action par laquelle l'employeur suspend, en réponse à l'inexécution d'une obligation par un salarié, son obligation de fournir des tâches ou de verser le salaire. Il est par contre certain que ladite suspension engendre des conséquences sur la rémunération du salarié ou sa carrière³⁰¹¹. Dès lors, la qualification d'exception d'inexécution de droit commun est aspirée par celle, travailliste, de sanction disciplinaire. En conséquence, l'employeur qui, sur le fondement du nouvel article 1219 du Code civil, refuse de verser le salaire prononce ainsi une sanction pécuniaire interdite³⁰¹². De même, si la suspension concerne non pas l'obligation de verser de salaire, mais celle de fournir des tâches au salarié, l'exception d'inexécution se confond avec le mécanisme de la mise à pied disciplinaire³⁰¹³. Le pouvoir disciplinaire et la réglementation dont il fait l'objet interdisent ainsi à l'employeur de mobiliser pertinemment l'exception d'inexécution.

763. L'on constate ainsi que la généralisation de cette dernière – qui n'est plus uniquement visée par le Code civil au titre de certains contrats spéciaux, mais par le droit commun des contrats – n'accroît guère l'influence que le mécanisme produit en droit du travail. En réalité, le particularisme de la relation entretenue entre l'employeur et le salarié fait obstacle à plusieurs titres à la mobilisation du nouvel article 1219 du Code civil. Lorsque le salarié en est à l'initiative, l'exception d'inexécution se révèle être très peu attractive, tandis que l'employeur ne peut se prévaloir de la prérogative offerte par le texte. Aussi, le mécanisme se trouve être

³⁰¹⁰ *Ibid.*

³⁰¹¹ *Ibid.*

³⁰¹² V. not. L. DRAI, « Les sanctions pécuniaires », in B. TEYSSIE (dir.), *La sanction en droit du travail*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 95. Il est toutefois des cas où l'employeur peut valablement retenir une fraction d'un salaire. Il en va ainsi de la retenue opérée suite aux retards répétés d'un salarié : Soc., 21 mars 2012, n° 10-21.097. Il ne s'agit cependant guère de l'expression de l'utilisation par l'employeur du mécanisme de l'exception d'inexécution, même si la chambre sociale de la Cour de cassation, dans son attendu, rejette expressément la qualification de « sanction pécuniaire ». En effet, l'exception d'inexécution a pour objet de suspendre son obligation afin de contraindre l'autre partie à s'exécuter. Il s'agit ainsi d'un cas de « suspension-pression » : G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, préc., p. 575. Or, en l'espèce, la retenue sur salaire n'avait pas pour but de faire pression sur le salarié ; il s'agissait simplement de ponctionner la partie du salaire qui ne lui revenait pas, en juillet 2007, en raison de ses retards répétés. À ce sujet, V. not. A.-L. MAZAUD, *Contrat de travail et droit commun. Essai de mesure*, préc., p. 602.

³⁰¹³ A.-L. MAZAUD, *ibid.*, p. 603 et s.

globalement évincé du contentieux travailliste, que l'inexécution première soit déjà consommée ou simplement anticipée³⁰¹⁴. Son influence en droit du travail est ainsi infinitésimale, en raison du fort particularisme des relations de travail.

³⁰¹⁴ Les développements qui précèdent englobent aussi bien l'article 1219 du Code civil que le suivant, l'article 1220, qui autorise une partie à suspendre son obligation à titre préventif, lorsqu'il est certain que l'autre partie ne s'exécutera pas.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

764. Aux côtés de l'intervention conjuguée du Gouvernement et du Parlement, la chambre sociale de la Cour de cassation est également à l'origine de l'altération de l'influence que produit en droit du travail la réforme du droit des contrats. Il apparaît en effet qu'elle a depuis longtemps fait de la notion d'« utilité » le véritable pivot de la mise en œuvre du droit commun des contrats afin de résoudre les litiges travaillistes. Une telle utilité se traduit par l'adaptation de la norme mobilisée à son contexte spécifique de mise en œuvre. Si elle est caractérisée, le juge social applique la règle conformément à sa lettre. L'utilité dont il est question est protéiforme ; il peut s'agir de combler les lacunes de la législation travailliste, de la protection des acteurs des relations de travail – ou d'un seul d'entre eux – ou d'offrir à certaines solutions antérieures un fondement adéquat. La majorité des règles issues de la réforme susmentionnée et applicables en droit du travail présentent *a minima* l'une de ces utilités et, dès lors, devraient être employées par le juge dans la réalisation de son office.

765. *A contrario*, il se peut que le texte, tel qu'il a été rédigé par le Gouvernement, voire corrigé par le Parlement, soit inapte à saisir les spécificités du contentieux propre aux relations individuelles et collectives de travail. Cette inadaptation est alors vectrice de risque(s), pour le salarié, l'employeur voire la matière elle-même. Pour y parer, la chambre sociale de la Cour de cassation, historiquement, recourt à deux techniques distinctes : la déformation de la règle ou son éviction.

Lorsqu'il déforme la règle générale, le juge social lui fait subir des contorsions dans l'optique de lui construire un visage travailliste. L'objectif est de lui faire produire non pas ses effets naturels, mais des effets artificiels, créés de toute pièce – par l'ajout ou la suppression d'une condition de validité ou l'éviction d'une prérogative, par exemple – pour répondre à un besoin préexistant. Aucune règle, toutefois, n'autorise le juge à procéder de la sorte. La déformation emporte ainsi la violation frontale du nouvel article 1105 du Code civil. Pour autant, elle n'altère pas nécessairement l'influence de la règle concernée ; il est en effet des cas dans lesquelles l'action du juge l'accroît³⁰¹⁵. Vis-à-vis de la réforme susmentionnée, ces

³⁰¹⁵ L'on pense, par exemple, à la déformation de la résiliation judiciaire du contrat de travail qui, lorsqu'elle est prononcée par le juge à l'initiative du salarié, produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse et non pas ceux de la nullité. Cette déformation renforce l'intérêt du salarié pour le mécanisme, comme le contentieux

hypothèses de déformation-amplification s'avèrent au demeurant être plus nombreuses que celles de déformation-altération, qui ne concernent que l'accord anticipé du salarié à la cession conventionnelle de son contrat de travail et la résiliation judiciaire du contrat de travail pour imprévision.

L'altération de ladite influence est nettement plus palpable lorsque la règle de droit général n'est pas déformée pour être appliquée au litige sous de nouveaux traits, mais évincée du contentieux. L'éviction, en l'espèce, est nécessairement illégitime³⁰¹⁶ ; elle concerne une disposition qui aurait dû être mise en œuvre – en application du nouvel article 1105 du Code civil – mais qui, pour des raisons extra-légales, n'est pas mise en œuvre par le juge du travail. Cette inapplication a pour corollaire évident une absence totale d'influence en droit du travail. Il en va ainsi pour plusieurs dispositions, dont, souvent, l'éviction n'est toutefois que partielle. En effet, certains textes ne sont parfois exclus que de certains litiges spécifiques. C'est l'exemple du nouvel article 1139 du Code civil, évincé de la période précontractuelle du contrat de travail, mais qui demeure applicable en aval de la conclusion de celui-ci. D'autres règles, par contre, sont exclues d'un pan entier de la matière, comme l'exception de nullité dans le cadre du contentieux de l'annulation d'une convention collective. Certaines, enfin, ne semblent avoir aucun avenir en droit du travail, à l'instar de l'exception d'inexécution. Si l'étendue de l'éviction varie, sa finalité demeure uniforme ; lorsque la mise en œuvre du texte est judiciairement rejetée, celui-ci n'influence pas le droit du travail.

766. L'action altérante du droit du travail – par la plume de son juge – a pour effet de porter directement atteinte à l'influence minimale de la réforme, que nous avons caractérisée dans la première partie de notre travail. Elle constitue le bras qui actionne le pendule qui mène cette influence sous son seuil théorique. Ainsi, la confrontation de la règle de droit général et du contexte travailliste de sa mise en œuvre ne laisse pas toujours cette première intacte. L'étendue de l'altération causée par la chambre sociale de la Cour de cassation nous paraît indéniablement plus importante que celle dont est à l'initiative le législateur, dans la mesure où certains textes

actuel – en pleine recrudescence (V. not. G. LOISEAU, « La tentation de l'autonomie », préc.) le démontre d'ailleurs.

³⁰¹⁶ Pour rappel, il existe des hypothèses d'éviction licite du nouveau droit commun des contrats par la chambre sociale de la Cour de cassation, qui passent par la caractérisation préalable d'un conflit de normes et la mise en œuvre subséquente de l'adage *specialia generalibus derogant*.

– ceux dont l'exclusion est prononcée – n'exercent en droit du travail une influence d'aucune sorte.

CONCLUSION DU TITRE 1

767. Au sein du présent titre, il a été démontré que l'influence exercée par la réforme du droit des contrats a subi une double altération. L'origine de la première est totalement étrangère au droit du travail, puisqu'il s'agit de l'œuvre du législateur qui, avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016 – ou celle de la loi de ratification du 20 avril 2018 – a tâché de resserrer au maximum le champ d'application de certaines dispositions, notamment celles qui ont pour finalité d'améliorer la situation de la partie faible au contrat³⁰¹⁷. La seconde, par contre, est intimement liée au droit du travail, car elle résulte de l'action de son juge qui, lorsqu'il constate l'inadaptation d'une règle de droit général au particularisme des relations individuelles ou collectives de travail, opte occasionnellement pour en faire une application déformée ou, plus souvent, pour en rejeter l'utilisation. Ces deux mouvements nous mènent à autant de conclusion ; tout d'abord, l'influence minimale de la réforme précitée n'est pas aussi importante qu'elle aurait pu l'être. Ensuite, son influence concrète apparaît comme étant plus faible encore.

768. Tout ceci nous mène à considérer que le degré de cette influence est en réalité moins substantiel que celui que nous mettons en exergue au sein de notre première partie. En effet, l'importation du nouveau droit commun des contrats dans le contexte particulier des relations de travail emporte ponctuellement l'érosion de l'influence de certaines de ses dispositions ; celles qui se révèlent être les moins adaptées au contexte précité. En faisant primer certains objectifs qui lui sont personnels – comme la protection de l'intérêt du salarié, pour interdire le recours à l'employeur au dol ou à la résiliation judiciaire afin qu'il ne puisse obtenir la rupture du contrat de travail sans respecter les règles propres au licenciement, par exemple – la chambre sociale de la Cour de cassation porte une atteinte efficace à l'application desdites dispositions dans le cadre des contentieux du travail.

769. Il se pourrait toutefois que le constat qui précède – l'altération de l'influence de la réforme en droit du travail – ne soit ni absolu ni définitif. En effet, il apparaît à notre sens que la chambre sociale de la Cour de cassation a tout intérêt, en certaines occurrences, à faire une application volontaire et délibérée du nouveau droit commun des contrats. L'on sort à nouveau du seul carcan du nouvel article 1105 du Code civil, qui impose la mise en œuvre des

³⁰¹⁷ L'on pense principalement aux articles 1143 et 1171 du Code civil.

dispositions générales en certaines circonstances. En l'espèce, il est question de les mobiliser alors même qu'aucune disposition de fond ne l'impose. Par-là, l'influence qui nous concerne grandirait, mettant en lumière l'existence d'une influence amplifiée de la réforme du droit des contrats en droit du travail.

Titre 2 : UNE INFLUENCE AMPLIFIÉE

770. L'influence de la réforme du droit commun des contrats connaît une altération lorsque ses mécanismes sont employés en droit du travail. Celle-ci se constate d'ores et déjà à plusieurs égards, que l'on songe à l'action du législateur³⁰¹⁸ ou à celle de la chambre sociale de la Cour de cassation³⁰¹⁹. Elle ne constitue toutefois pas l'unique mouvement que peut impulser à son égard le juge social, qui peut peser sur cette influence d'une seconde manière. En effet, l'utilisation volontaire du nouveau droit commun des contrats pourrait être vectrice d'une amplification de son influence dans les frontières travaillistes. Son degré serait alors supérieur à celui – déjà notable³⁰²⁰ – que nous avons fixé au sein de la première partie de notre travail.

On ne peut cependant mettre au jour ce phénomène amplificateur par une simple analogie avec nos développements précédents. Si l'altération susmentionnée est avérée et déjà observable, l'amplification de l'influence qu'exercent les articles 1100 et suivants du Code civil en droit du travail n'est qu'hypothétique et ne se perçoit guère pour l'heure. Elle ne peut résulter – à notre sens – que de la mobilisation volontaire de nouveaux mécanismes de droit civil par le juge social, dans l'optique de résoudre certains litiges. Ainsi, au-delà des situations dans lesquelles elle est contrainte d'en faire application – conformément au nouvel article 1105 du Code civil³⁰²¹ – la chambre sociale de la Cour de cassation pourrait, de manière délibérée, mobiliser les nouveautés que comporte le Code civil afin d'appréhender les contentieux individuels et collectifs du travail. On pourrait estimer qu'en certaines circonstances, à l'instar du salarié³⁰²², le juge aurait tout intérêt à se saisir intentionnellement de certaines règles générales. Celles-ci pourraient en effet le servir dans la poursuite de certains de ses objectifs, comme ce peut par exemple être le cas de la protection des parties au contrat de travail³⁰²³.

³⁰¹⁸ Nous avons démontré ci-dessus que le Gouvernement, lors de la rédaction de l'ordonnance du 10 févr. 2016, et le Parlement, lors de celle de la loi du 20 avr. 2018, ont eu pour objectif commun de cantonner la portée de certaines innovations du nouveau droit commun des contrats, venant par-là atténuer leur influence en droit du travail : V. *supra*, n° 564 et s.

³⁰¹⁹ En de très nombreuses hypothèses, l'action de la chambre sociale de la Cour de cassation devrait altérer l'influence que la réforme du droit des contrats exerce en droit du travail : V. *supra*, n° 715 et s.

³⁰²⁰ V. *supra*, n° 556.

³⁰²¹ V. *supra*, n° 39 et s.

³⁰²² V. *supra*, n° 271 et s.

³⁰²³ V. *infra*, n° 954 et s.

L'amplification dont il est question dépend ainsi toute entière de la volonté du juge, ce qui lui confère un caractère purement hypothétique.

771. Cette action amplifiante – d'origine judiciaire – pourrait se diffuser dans plusieurs pans du droit du travail. Le premier d'entre eux – sans surprise – s'avère être la résorption de l'asymétrie de puissance qui innerve la matière. En effet, la portée des « outils mis en place en 2016 pour lutter contre les déséquilibres contractuels entre les parties »³⁰²⁴, cantonnée en 2016 et 2018 par le législateur, pourrait être élargie par l'intervention du juge, dans l'optique d'accroître la préservation des intérêts de la partie faible au contrat de travail ou à la convention collective. Partant, dans sa quête d'un meilleur équilibre contractuel entre ses acteurs (**chapitre 1**), la chambre sociale de la Cour de cassation pourrait volontairement faire sienne de nombreuses dispositions du nouveau droit commun des contrats. Il pourrait en aller de même dans le domaine de l'inexécution contractuelle (**chapitre 2**), réformé par l'ordonnance du 10 février 2016. Si le degré de nouveauté apporté par la réforme à certains mécanismes paraît parfois insuffisant pour y consacrer des développements³⁰²⁵, le mécanisme de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier, codifié au sein du nouvel article 1226 du Code civil, pourrait activement contribuer à l'accroissement de l'influence qui nous occupe.

772. Toutefois, avant même d'entamer nos premiers développements, une question mérite d'être évoquée en préambule : celle de la technique de la caducité. En amont de l'entrée en vigueur de la réforme, le mécanisme n'était pas totalement étranger au Code civil, puisqu'il était expressément visé par la section 8 du chapitre V du titre III de son livre III, consacrée à « la révocation des testaments et [...] leur caducité »³⁰²⁶. En tant que sanction, la caducité ne faisait néanmoins l'objet d'aucun développement. Dès lors, au sein de la loi d'habilitation du 16 février 2015, le Parlement a imposé au Gouvernement de « clarifier les règles relatives à la nullité et à la caducité, qui sanctionnent les conditions de validité et de forme du contrat »³⁰²⁷. Désormais, le Code civil comporte une section intitulée « les sanctions »³⁰²⁸, qui se divise en deux sous-sections. La première est relative à la nullité³⁰²⁹, tandis que la seconde a trait à la

³⁰²⁴ Ch. RADÉ, « Entre espoir et désespoir », préc.

³⁰²⁵ V. *infra*, n° 887.

³⁰²⁶ Articles 1035 à 1047 du Code civil.

³⁰²⁷ Article 8, 4°, de la loi d'habilitation n° 2015-177, préc.

³⁰²⁸ Section 4 du titre III (intitulé « des sources d'obligations ») du livre III (intitulé « des différentes manières dont on acquiert la propriété ») du Code civil.

³⁰²⁹ Sous-section 1 de la section 4 précitée.

caducité³⁰³⁰. Il y est indiqué qu'un « contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît ». Cette sanction³⁰³¹ intéresse ainsi « l'évolution des situations dans le temps »³⁰³² et, à l'inverse de la nullité, ne concerne que les actes valablement formés. Elle tire sa source d'un « événement postérieur à la formation de l'acte »³⁰³³, qui le place dans un « état de non-valeur [...] du fait que la condition à laquelle était suspendue sa pleine efficacité vient à manquer par l'effet d'un événement postérieur »³⁰³⁴. L'« événement »³⁰³⁵ dont il est question emporte la disparition d'un élément essentiel à la validité du contrat, à condition – selon la doctrine majoritaire³⁰³⁶ – qu'il ne soit pas fautif³⁰³⁷. Il met fin au contrat sans produire en principe d'effet rétroactif, conformément au nouvel article 1187 du Code civil³⁰³⁸.

773. Avant la réforme de février 2016, le droit du travail n'ignorait pas totalement la caducité, bien que celle-ci ne s'y soit pas véritablement développée. Par exemple, celle d'un contrat de travail à durée indéterminée a pu être admise en raison de la déchéance d'une condition suspensive³⁰³⁹. De la même manière, la caducité d'un contrat de travail à durée déterminée a

³⁰³⁰ Sous-section 2 de la section 4 précitée.

³⁰³¹ Au sein du Code civil, la caducité est expressément visée comme une « sanction », au même titre que la nullité. Des débats animent toutefois une partie de la doctrine sur la qualification juridique exacte de la caducité. Certains auteurs y voient – en lieu et place d'une sanction – une « cause d'inefficacité voire de disparition du contrat » : H. CAVAT, « La caducité en droit du travail », préc. Parmi ces auteurs, V. not. R. CHAABAN, *La caducité des actes juridiques. Étude de droit civil*, Thèse, Paris 2, 2003 ; F. GARRON, *La caducité du contrat : étude de droit privé*, Thèse, Aix-Marseille 3, 1999, spé., n° 7 ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations – Contrat et engagement unilatéral*, Paris, PUF, 4^e éd., 2016, spé., n° 743 et s.

³⁰³² C. PELLETIER, *La caducité des actes juridiques en droit privé français*, Thèse, Paris 12, 2000.

³⁰³³ H. CAVAT, *op. cit.*

³⁰³⁴ D. NEMTCHENKO, « Réforme du droit des contrats et des obligations : la caducité du contrat », préc.

³⁰³⁵ V. not. J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. 1, 14^e éd., 2010, spé., p. 298 ; Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, Paris, Litec, 11^e éd., 2010, spé., p. 297 ; B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Droit civil, Les obligations – Le contrat*, Paris, Litec, 6^e éd., 1998, spé., p. 353.

³⁰³⁶ V. not. R. CHAABAN, *op. cit.*, spé., p. 39 ; J.-B. SEUBE, « Caducité et ensemble contractuel indivisible : timidité jurisprudentielle ou audace doctrinale ? », in *Le monde du droit, Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Paris, Economica, 2008, spé., p. 931 ; Ch. MARIANO, « La caducité de l'accord collectif », préc.

³⁰³⁷ Pour des avis contraires, V. not. V. WESTER-OUISSE, « La caducité en matière contractuelle : une notion à réinventer », *JCP* 2001. I. 290 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Paris, Dalloz, 8^e éd., 2002, spé., n° 82.

³⁰³⁸ Le nouvel article 1187 du Code civil énonce que « la caducité met fin au contrat. Elle peut donner lieu à restitution dans les conditions prévues autres articles 1352 à 1352-9 ». Pour de plus amples développements sur la possible rétroactivité de la caducité, V. not. Com., 5 juin 2007, n° 04-20.380, *D.* 2007. 1723, obs. X. DELPECH ; *RTD civ.* 2007. 569, obs. B. FAGES ; *RTD com.* 2008. 173, obs. B. BOULOC ; *JCP* 2007. II. 10184, note Y.-M. SERINET ; *Dr. et patr.* 2007. 89, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; *RLDC* 2008/45, n° 2802, note N. MARTIAL-BRAZ ; M.-C. AUBRY, « Retour sur la caducité en matière contractuelle », préc.

³⁰³⁹ V. not. Soc., 14 déc. 2016, n° 15-26.676, *JA* 2017. 10, obs. S. DAMAREY. Dans les faits, un bénévole d'une association sportive a conclu avec celle-ci un contrat de travail à temps partiel. Le comité de l'association avait subordonné l'emploi à l'acceptation de subventions, ce dont le travailleur avait connaissance. Dès lors, dans la mesure où les subventions n'ont pas été versées, les juges d'appel ont prononcé la caducité du contrat de travail.

été prononcée³⁰⁴⁰, sous réserve que le contrat « n'ait pas commencé à recevoir exécution »³⁰⁴¹. Au-delà, au sein des relations collectives de travail, la chambre sociale de la Cour de cassation a laissé entrevoir la possibilité de prononcer la caducité d'une convention collective³⁰⁴². En l'espèce, une loi prévoyant « en faveur des salariés de certaines entreprises une prime obligatoire de participation, assortie de dispositifs d'exonération des charges »³⁰⁴³ a été abrogée. La Cour de cassation estime que cette seule circonstance « ne rend pas caduc de plein droit un accord collectif instaurant cette prime dans l'entreprise »³⁰⁴⁴. Toutefois, la notice explicative qui accompagne la décision, après avoir admis que « la chambre sociale n'a eu que très rarement l'occasion de se prononcer sur la question de la caducité d'un accord collectif »³⁰⁴⁵, indique que cette dernière est conditionnée par le fait que son exécution soit devenue impossible, notamment en raison de la perte de son objet³⁰⁴⁶.

774. Reconnue en de rares hypothèses, la sanction a le plus souvent été repoussée des frontières des relations individuelles ou collectives du travail. Il en est allé ainsi, par exemple, de la caducité des contrats de travail de conjoints³⁰⁴⁷. De la même manière, comme nous l'avons déjà évoqué³⁰⁴⁸, la chambre sociale de la Cour de cassation a refusé de prononcer la caducité d'une clause de non-concurrence en cas de disparition de l'entreprise créancière – qui s'accompagne de celle de la protection de ses intérêts légitimes³⁰⁴⁹ – mais également en cas de mobilité intra-groupe du salarié³⁰⁵⁰, alors même qu'il n'est ni automatique ni certain que l'employeur cessionnaire ait, lui aussi, des intérêts légitimes à protéger par le biais d'une telle

La Cour de cassation censure cette position, en constatant que le contrat de travail signé « ne stipulait aucune condition suspensive ». Par un raisonnement *a contrario*, cela signifie que si une telle condition avait figuré dans le contrat de travail, la caducité aurait pu être valablement prononcée.

³⁰⁴⁰ Soc., 15 mars 2017, n° 15-24.028, *Dr. soc.* 2017. 568, obs. J. MOULY ; *Dr. soc.* 2017. 843, chron. S. TOURNAUX ; *RDT* 2017. 324, obs. G. AUZERO ; *D.* 2018. 813, obs. P. LOKIEC, J. PORTA ; *JCP S* 2017. 1150, obs. D. JACOTOT ; *JSL* 2017, n° 430-3, obs. J.-P. LHERNOULD.

³⁰⁴¹ H. CAVAT, « La caducité en droit du travail », préc.

³⁰⁴² Soc., 26 juin 2019, n° 17-28.287 à 17-28.292, n° 18-10.953, *Dr. soc.* 2019. 1054, obs. P.-H. ANTONMATTEI ; *D.* 2019. 2153, obs. P. LOKIEC, J. PORTA ; *BJT* 2019. 41, obs. F. BERGERON-CANUT.

³⁰⁴³ *Ibid.*

³⁰⁴⁴ *Ibid.*

³⁰⁴⁵ <https://www.courdecassation.fr/getattache/5fca6b6cb9c61255f2f39b65/c606c46ff8454e0c75a0b0a8663be4fc>.

³⁰⁴⁶ La caducité d'un accord collectif en raison de la perte de son objet est visée par Soc., 17 juin 2003, n° 01-15.710, préc., ce que rappelle également la notice explicative susmentionnée.

³⁰⁴⁷ Soc., 18 nov. 1998, n° 97-42.854, *Dr. soc.* 1999. 192, obs. J. SAVATIER ; *D.* 1999. 443, note J. MOULY.

³⁰⁴⁸ V. *supra*, n° 79 et s.

³⁰⁴⁹ V. not. Soc., 10 déc. 1996, n° 94-43.015, préc.

³⁰⁵⁰ Soc., 29 janv. 2014, n° 12-22.116, préc.

clause. Celle-ci résiste aussi à la caducité en cas de départ à la retraite du salarié³⁰⁵¹ ou lorsque celui-ci est déclaré inapte à son poste de travail à la suite d'un accident du travail³⁰⁵².

Plus encore, il est arrivé à la chambre sociale de la Cour de cassation d'exclure volontairement le mécanisme de la caducité, au profit de celui, développé dans le Code du travail³⁰⁵³, de la mise en cause d'une convention collective³⁰⁵⁴. Ainsi, pour rejeter la demande en rappel de salaire formulée par un salarié, les juges du fond avaient écarté l'application d'une convention collective nationale, car les organismes qui l'avaient signée n'existaient plus au sein de l'entreprise. Cette disparition aurait dû s'analyser en un « fait générateur de caducité »³⁰⁵⁵ qui emporte celle « concomitante de l'acte conventionnel »³⁰⁵⁶. Pourtant, la chambre sociale de la Cour de cassation a affirmé sans ambages « qu'il résulte de l'article L. 132-8, alinéa 7, du Code du travail que lorsque l'application d'une convention ou d'un accord collectif de travail est mise en cause dans une entreprise déterminée en raison de la disparition des organisations signataires, ladite convention ou ledit accord continue de produire effet conformément aux troisième et sixième alinéas du même article »³⁰⁵⁷. Elle analyse ainsi la disparition des organisations signataires comme la source d'une mise en cause de la convention collective, ce qui est critiquable par deux aspects. D'une part, la mise en cause est en principe réservée aux hypothèses dans lesquelles le périmètre d'une entreprise évolue en cours d'application d'une convention collective³⁰⁵⁸, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. D'autre part, on constate qu'un élément essentiel de la convention susmentionnée a disparu en cours d'exécution³⁰⁵⁹, ce qui aurait en principe dû caractériser sa caducité.

775. En la matière, l'action du juge social pourrait contribuer à l'amplification de l'influence qu'exerce la réforme du droit des contrats en droit du travail. La mobilisation du nouvel article 1186 du Code civil, selon une doctrine unanime³⁰⁶⁰, devrait emporter un large revirement de

³⁰⁵¹ Soc., 24 sept. 2008, n° 07-40.098, préc.

³⁰⁵² Soc., 13 nov. 1990, n° 87-42.893, préc.

³⁰⁵³ Ancien article L. 132-8 du Code du travail. Aujourd'hui, la mise en cause est traitée aux articles L. 2261-14 à L. 2261-14-4 du Code du travail.

³⁰⁵⁴ Soc., 16 mars 1995, n° 91-40.210, préc. ; Soc., 13 oct. 2016, n° 14-18.905, préc.

³⁰⁵⁵ Ch. MARIANO, « La caducité de l'accord collectif », préc.

³⁰⁵⁶ *Ibid.*

³⁰⁵⁷ Soc., 16 mars 1995, n° 91-40.210, *op. cit.*

³⁰⁵⁸ Article L. 2261-14 et s. du Code du travail. V. *infra*, n° 847.

³⁰⁵⁹ V. not. Ch. MARIANO, *op. cit.* Sur une telle hypothèse, V. déjà P. DURAND, A. VITU, *Traité de droit du travail*, préc., spé., n° 193 ; M. DESPAX, « Négociations, conventions et accords collectifs », préc., p. 372.

³⁰⁶⁰ V. not. L. BENTO DE CARVALHO, « L'incidence de la réforme du droit commun des contrats sur le régime du contrat de travail : renouvellement ou *statu quo* ? », préc. ; « Pas de caducité pour la clause de non-

jurisprudence au sujet du traitement de la caducité de la clause de non-concurrence³⁰⁶¹. Une auteure estime, de surcroît, que la caducité pourrait trouver à s'appliquer non pas à un contrat en son entier, mais à l'une de ses clauses³⁰⁶². En l'espèce, la technique constitue « le nouveau refuge que la théorie de la cause a trouvé pour s'exprimer »³⁰⁶³. Elle permet au juge d'apprécier la cause d'une clause particulière d'un contrat. Ce serait par exemple sur ce fondement que la chambre sociale de la Cour de cassation pourrait procéder au contrôle de la contrepartie financière de la clause de non-concurrence, entendue comme la « rémunération de l'engagement contracté par le travailleur subordonné »³⁰⁶⁴. Partant, à l'échelle même d'une clause, la « disparition de la contrepartie [qui a] justifié l'engagement »³⁰⁶⁵ d'un des contractants pourrait être traitée à travers le prisme de la caducité. Deux exemples peuvent illustrer cette affirmation. Tout d'abord, il se peut que lors de l'acceptation d'une clause de mobilité, le salarié ait considéré la zone géographique visée comme un élément essentiel de son engagement. Cet élément pourrait disparaître dans l'hypothèse d'un transfert intra-groupe du contrat de travail, car la zone géographique dont il est question pourrait – par le transfert – être devenue totalement inadaptée³⁰⁶⁶. De la même manière, c'est le sort de la caducité qui pourrait frapper la clause d'exclusivité contractée lorsqu'une partie seulement de l'activité du salarié est transférée à un autre employeur³⁰⁶⁷, la validité d'une telle clause étant remise en cause lorsque le contrat n'est pas conclu à temps plein³⁰⁶⁸. Or, dans une telle hypothèse, l'activité du salarié

concurrence », *RDT* 2015. 181 ; Y. PAGNERRE, « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », préc. ; A. LYON-CAEN, F. LOYSEAU DE GRANDMAISON, « L'impact de la réforme du droit des obligations sur le droit du travail », préc. ; Ch. GOLDIE-GENICON, « Droit commun des contrats et contrat de travail, 100 ans après », préc. ; Ch. RADÉ, « L'impact de la réforme du droit des contrats en droit du travail », préc.

³⁰⁶¹ V. *supra*, n° 79 et s.

³⁰⁶² H. CAVAT, « La caducité en droit du travail », préc.

³⁰⁶³ *Ibid.*

³⁰⁶⁴ V. not. J. MOULY, « Clauses de non-concurrence : vers une exigence de proportionnalité de la contrepartie financière ? », *Dr. soc.* 2021. 75. V. not. Soc., 23 juin 2010, n° 08-70.233, *Dr. soc.* 2010. 1254, obs. J. MOULY ; *D.* 2010. 2540, obs. Y. SERRA ; *JCP S* 2010. 1540, note I. BEYNEIX.

³⁰⁶⁵ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations – Contrat et engagement unilatéral*, préc., spé., n° 862.

³⁰⁶⁶ V. H. CAVAT, *op. cit.* À titre d'exemple, il se peut qu'un salarié consente à l'introduction d'une clause de mobilité dans son contrat de travail uniquement si la zone géographique visée se concentre uniquement sur la même région. En cas de transfert de son contrat de travail dans une autre entreprise du groupe de sociétés implantée de l'autre côté du pays, la zone géographique visée par la clause de mobilité, érigée par le travailleur subordonné comme un élément déterminant de son consentement, le contraindrait désormais à une mobilité importante. Elle emporterait dès lors la caducité de ladite clause.

³⁰⁶⁷ Le transfert partiel d'activité a donné lieu à une jurisprudence fournie et fluctuante. En dernier lieu, sous l'impulsion de la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE, 26 mars 2020, aff. C-344/18, *RDT* 2020. 401, obs. N. MIHMAN), la chambre sociale de la Cour de cassation l'a admis : Soc., 30 sept. 2020, n° 18-24.881, *Dr. soc.* 2021. 28, étude S. TOURNAUX.

³⁰⁶⁸ En premier lieu, la clause d'exclusivité stipulée dans un contrat de travail à temps partiel était considérée comme étant inopposable au salarié : V. not. Soc., 11 juill. 2000, n° 98-40.143, n° 98-41.486, n° 98-43.240, n° 89-43.945, préc. ; Soc., 25 févr. 2004, n° 01-43.392, préc. ; Soc., 16 sept. 2009, n° 07-45.346, préc. Par la suite, une telle clause a été considérée comme étant nulle : Soc., 15 sept. 2010, n° 08-44.640, préc. Par exception, une clause

serait scindée – à temps partiel dans chacun des cas – entre deux employeurs distincts, en raison d'un transfert partiel. La clause d'exclusivité, valable lors de sa stipulation, devrait alors être considérée comme étant caduque, ayant perdu l'une de ses conditions de validité en cours d'exécution du contrat de travail.

L'influence de la caducité pourrait également se ressentir dans les relations collectives de travail. Le nouvel article 1186 du Code civil serait ainsi mobilisé « pour mettre un terme aux concessions acceptées par les salariés dans le cadre d'une convention collective d'entreprise lorsque la contrepartie qui les justifiait (par exemple un engagement de maintien de l'emploi) est remise en question par l'employeur »³⁰⁶⁹.

776. La mobilisation volontaire de la caducité par le juge social s'inscrirait ainsi dans le mouvement amplificateur de l'influence de la réforme du droit des contrats en droit du travail, dont le degré deviendrait alors supérieur à celui que nous avons fixé ci-dessus³⁰⁷⁰. Ce mouvement pourrait être alimenté de manière plus intense par l'utilisation que pourrait faire la chambre sociale de la Cour de cassation de plusieurs textes du nouveau droit commun des contrats dans l'optique d'accroître l'équilibre contractuel entre les parties au contrat en droit du travail.

Chapitre 1. La recherche de l'équilibre contractuel

Chapitre 2. La réglementation de l'inexécution contractuelle

d'exclusivité est valablement stipulée dans un contrat à temps partiel lorsqu'elle a seulement pour objet d'interdire au salarié d'exercer, pour le compte d'autres employeurs, des activités professionnelles qui seraient génératrices de conflit d'intérêt, de concurrence déloyale ou qui le mènerait à violer les règles inhérentes à la durée maximale du travail et les temps minimaux de repos et de pose : Soc., 10 mars 2009, n° 07-43.985, préc. ; Soc., 19 mai 2010, n° 09-40.923, préc.

³⁰⁶⁹ M. FABRE-MAGNAN, « La réforme du droit des contrats : quelques contre-feux civilistes à la déréglementation du droit du travail », préc.

³⁰⁷⁰ V. *supra*, n° 556.

Chapitre 1 : LA RECHERCHE DE L'ÉQUILIBRE CONTRACTUEL

777. Selon le professeur H. Barbier, l'ordonnance du 10 février 2016 est animée par un « esprit profond »³⁰⁷¹, à savoir le « souci de l'équilibre contractuel »³⁰⁷². Encore faut-il parvenir à déterminer ce que dissimule l'emploi de ce standard juridique. Il arrive que la formule « équilibre contractuel » soit employée pour évoquer l'équilibre même d'un contrat, symbolisé par l'existence d'une contrepartie et l'absence de tout abus³⁰⁷³. À notre sens, il est toutefois possible de retenir une acception aux frontières plus étendues ; l'« équilibre contractuel » serait une catégorie plus vaste au sein de laquelle se mêlent plusieurs éléments. Dans cette hypothèse, l'équilibre du contrat constituerait une facette de l'« équilibre contractuel »³⁰⁷⁴. On y trouverait également l'égalité entre les parties au contrat. Et pour cause ; si le Code civil repose en partie sur un postulat selon lequel le rapport de force entre chaque contractant est nécessairement équilibré³⁰⁷⁵, il est des situations dans lesquelles l'un d'entre eux se révèle être plus puissant. Le droit du travail, par le truchement du contrat de travail, illustre d'ailleurs topiquement l'asymétrie de puissance qui peut exister entre deux parties³⁰⁷⁶. L'équilibre évoqué serait enfin composé de la loyauté contractuelle, standard juridique rattaché à la bonne foi³⁰⁷⁷.

778. Il apparaît ainsi que le Gouvernement, puis le Parlement, en 2016 comme en 2018, ont voulu contrôler les déséquilibres susceptibles de résulter d'un contrat – peu importe leur nature, qu'ils découlent des stipulations de celui-ci ou de la puissance des parties elles-mêmes³⁰⁷⁸ – et ont entendu promouvoir la loyauté contractuelle, notamment en faisant du nouvel article 1104 du Code civil un principe directeur de notre droit commun des contrats³⁰⁷⁹. Nous ne consacrerons toutefois pas de longs développements à cette dernière question. En effet, en

³⁰⁷¹ H. BARBIER, « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », préc. V. ég. F. CHÉNÉDÉ, « L'équilibre contractuel dans le projet de réforme », *RDC* 2015, p. 655.

³⁰⁷² H. BARBIER, *ibid.*

³⁰⁷³ V. not. F. CHENEDE, *op. cit.*

³⁰⁷⁴ La distinction entre les deux notions est abordée par D. HOUTCIEFF, « Le nouvel équilibre contractuel », *préc.*, p. 55.

³⁰⁷⁵ V. *supra*, n° 2.

³⁰⁷⁶ Que ce déséquilibre de puissance soit informationnel ou contractuel : V. *supra*, n° 277 et s.

³⁰⁷⁷ V. not. N. BLANC, « Le juge et les standards juridiques », *RDC* 2016, p. 394.

³⁰⁷⁸ V. not. l'article 8 de la loi n° 2015-177 du 16 févr. 2015, *préc.*

³⁰⁷⁹ V. not. M. MEKKI, « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », *préc.* ; G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *préc.*, p. 98 et s. ; O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, *préc.*, p. 62 et s.

amont de l'ordonnance du 10 février 2016, le droit du travail, par l'entremise de la Cour de cassation et du législateur, a développé une réglementation spéciale propre à la loyauté de ses acteurs, aussi bien dans les relations individuelles que collectives du travail. Il en est allé ainsi, dans un premier temps, en matière de production de la preuve. Tandis que le droit civil met strictement en œuvre le principe de loyauté dans l'administration de la preuve, en violation duquel la preuve rapportée est irrecevable³⁰⁸⁰, le droit du travail en atténue l'absoluité. Si la chambre sociale « juge illicite la preuve obtenue au moyen d'un stratagème »³⁰⁸¹, elle admet *a contrario* la recevabilité de preuves obtenues par une partie de façon déloyale³⁰⁸², si tant est que « cela [soit] strictement nécessaire à l'exercice des droits de la défense »³⁰⁸³. Contraintes de réunir loyalement leurs éléments de preuve, les parties au contrat de travail peuvent toutefois contrevenir à ce principe, si tant est que cette violation se révèle strictement nécessaire à l'exercice des droits de la défense. En l'espèce, la question de la loyauté est donc régie par le droit du travail, sans avoir à recourir aux avancées issues de la réforme du droit des contrats.

Il en va de même en cas de licenciement prononcé de manière vexatoire, derrière lequel se révèle une violation par l'employeur de son obligation d'exécuter le contrat de travail de manière loyale³⁰⁸⁴. La jurisprudence de la Cour de cassation, se fondant sur l'ancien article 1147 du Code civil, admet en effet que, dans une telle situation, le salarié puisse obtenir des dommages et intérêts, même lorsque son licenciement est valablement fondé sur une faute

³⁰⁸⁰ Ass. plén., 7 janv. 2011, n° 09-14.667, *D.* 2011. 383, obs. Ph. THÉRY ; *D.* 2011. 562, obs. E. CHEVRIER, note F. FOURMENT ; *D.* 2011. 618, obs. V. VIGNEAU ; *D.* 2011. 2891, obs. Ph. DELEBECQUE, J.-D. BRETZNER, I. GELBARD-LE DAUPHIN ; *RTD civ.* 2011. 127, obs. B. FAGES ; *RTD eur.* 2012. 526, obs. F. ZAMPINI ; *JCP E* 2011. 208, note B. RUY ; *CCC* 2011. 24, note M. CHAGNY ; *Dr. et proc.* 2011. 97, note N. FRICERO.

³⁰⁸¹ O. LECLERC, « Preuve dans les contentieux du travail », *Rep. trav.*, Dalloz, 2022, spé., n° 127.

³⁰⁸² V. not. Soc., 30 juin 2004, n° 02-41.720, n° 02-41.771, *Dr. soc.* 2004. 938, note F. DUQUESNE ; *Dr. soc.* 2004. 1042, note J. MOULY ; *D.* 2004. 2326, not. H. KOBINA BAGA au sujet de la réception, par le juge, d'une preuve obtenue de manière déloyale par un salarié. Au sujet d'une preuve obtenue d'une telle manière par l'employeur et utilisée contre le salarié, V. not. Soc., 30 sept. 2020, n° 19-12.058, préc.

³⁰⁸³ D. CHOLET, « Chapitre 221 – Preuves à conserver », *Dalloz action*, 2021-2022, spé., n° 221.71. À titre d'exemple, V. not. Soc., 9 nov. 2016, n° 15-10.203, *Dr. soc.* 2017. 89, obs. J. MOULY ; *RTD* 2017. 134, obs. B. GENIAUT ; *D.* 2017. 37, note G. LARDEUX ; *D.* 2018. 259, obs. J.-D. BRETZNER, A. AYNÈS ; *RTD civ.* 2017. 96, obs. J. HAUSER ; *JCP S* 2017. 1008, obs. A. BUGADA ; *JCP* 2016. 1281, note N. DEDESSUS-LE-MOUSTIER ; *Just. & cass.* 2017. 170, rapp. A. DAVID ; *Just & cass.* 2017. 188, avis H. LIFFAN.

³⁰⁸⁴ V. not. Soc., 17 juill. 1996, n° 93-41.116 ; Soc., 19 mars 1998, n° 96-40.079, *Dr. soc.* 1998. 717, obs. A. JEAMMAUD ; Soc., 27 nov. 2001, n° 99-45.163 ; Soc., 29 avr. 2009, n° 07-45.619 ; Soc., 25 sept. 2012, n° 11-18.223 ; Soc., 22 janv. 2014, n° 12-24.163. V. not. M. KEIM-BAGOT, « Distinguer dommage et préjudice moral en droit social ? Les exemples du préjudice d'anxiété et des circonstances vexatoires entourant le licenciement », in *Mélanges P.-Y. VERKINDT*, Paris, LGDJ, 2011, p. 231.

grave³⁰⁸⁵. À cet égard, l'entrée en vigueur du nouveau droit commun des contrats n'a aucunement modifié les solutions antérieures.

La thématique de la loyauté se trouve également au cœur de la négociation collective. L'article L. 3122-21 du Code du travail, relatif au travail de nuit, dispose que l'employeur est autorisé, après avoir infructueusement tenté de négocier sérieusement et loyalement avec les représentants des salariés, à affecter les travailleurs « à des postes de nuit sur autorisation de l'inspecteur du travail »³⁰⁸⁶. Il indique de surcroît ce à quoi l'employeur est concrètement tenu au titre de l'engagement sérieux et loyal desdites négociations. Il lui appartient de « [convoquer] à la négociation les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise et [de fixer] le calendrier des réunions »³⁰⁸⁷, de « [communiquer] les informations nécessaires leur permettant de négocier en toute connaissance de cause »³⁰⁸⁸ et de « [répondre] aux éventuelles propositions des organisations syndicales »³⁰⁸⁹. Ces prescriptions sont rappelées par la chambre sociale, notamment au sein de l'arrêt dit « SEB », selon lequel la nullité d'une convention collective est encourue lorsque certaines organisations syndicales n'ont pas été conviées aux négociations, lorsque ces dernières sont tenues de façon séparées ou quand l'employeur s'oppose à ce que lesdites organisations soient en mesure de concrètement négocier le projet d'accord³⁰⁹⁰. Au sein du Code du travail, la loyauté spécifique aux relations collectives de travail a été renforcée par la loi du 8 août 2016³⁰⁹¹ qui, conformément à une proposition formulée par le rapport dit « Combrexelle »³⁰⁹², a inséré dans le Code du travail le nouvel article L. 2222-3-1 du Code du travail, relatif à l'accord collectif de méthode. Celui-ci, que nous avons précédemment évoqué³⁰⁹³, « peut définir la méthode permettant à la négociation de s'accomplir dans des conditions de loyauté et de confiance mutuelle entre les parties »³⁰⁹⁴. Ainsi que l'indique le professeur G. Auzero, « les quelques textes du Code du travail qui évoquent le devoir de loyauté appliqué à la négociation collective dont systématiquement de l'information un élément clef de

³⁰⁸⁵ V. not. Soc., 19 juill. 2000, n° 98-44.025, solution réaffirmée récemment : Soc., 16 déc. 2020, n° 18-23.966, *Dr. soc.* 2021. 272, obs. J. MOULY ; *RDT* 2021. 46, obs. D. BAUGARD ; *JCP S* 2021. 1058, obs. A. BARÈGE ; *Gaz. Pal.* 9 mars 2021, p. 74, obs. G. MÉGRET ; *JSL* 2021, n° 513-4, obs. J.-P. LHERNOULD.

³⁰⁸⁶ Article L. 3122-21, alinéa 1, du Code du travail.

³⁰⁸⁷ Article L. 3122-21, alinéa 2, 1°, du Code du travail.

³⁰⁸⁸ Article L. 3122-21, alinéa 2, 2°, du Code du travail.

³⁰⁸⁹ Article L. 3122-21, alinéa 2, 3°, du Code du travail.

³⁰⁹⁰ Soc., 10 oct. 2007, n° 06-42.721, préc.

³⁰⁹¹ Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, préc.

³⁰⁹² J.-D. COMBREXELLE, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, préc.

³⁰⁹³ V. *supra*, n° 361 et s.

³⁰⁹⁴ Article L. 2222-3-1, alinéa 1, du Code civil.

celui-ci »³⁰⁹⁵. Partant, si la réforme du droit des contrats a apporté une pierre à l'édifice travailliste de la loyauté des parties à la négociation collective, c'est plus le truchement de son devoir précontractuel d'information, dont l'influence en la matière a déjà été appréciée³⁰⁹⁶, que par l'érection de la bonne foi en tant que principe général de droit commun des contrats³⁰⁹⁷.

Partant, ainsi que le laisse d'ailleurs transparaître la jurisprudence³⁰⁹⁸ et les analyses qui lui ont été consacrées³⁰⁹⁹, la loyauté contractuelle, dans le cadre des relations collectives de travail, fait l'objet d'une réglementation spéciale, largement étrangère au principe de loyauté porté par le nouvel article 1104 du Code civil.

779. Cela ne signifie cependant pas que le nouveau droit commun des contrats n'a rien à apporter au droit du travail dans sa quête d'un plus grand équilibre contractuel, dont la loyauté constitue le troisième et dernier volet. En effet, le Code civil est désormais doté de nouveaux mécanismes pour y contribuer. On trouve au sein de la réforme une volonté de promouvoir l'équilibre du contrat et de ses stipulations, dont l'utilité dans les relations individuelles et collectives de travail est protéiforme (**section 1**). On y décèle également une promotion de

³⁰⁹⁵ G. AUZERO, « L'exigence de loyauté en matière de négociation collective », préc.

³⁰⁹⁶ V. *supra*, n° 379 et s.

³⁰⁹⁷ La sanction prévue à l'article 1112-1, alinéa 6, du Code civil, peut également être mobilisée en droit du travail : *ibid.*

³⁰⁹⁸ Aucun arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation depuis le 29 sept. 2014 n'évoque la thématique de la loyauté en droit du travail en se fondant sur un texte du Code civil, signe que la réforme du droit des contrats ne produit à cet égard aucune influence concrète. Pour un panorama complet des décisions relatives à cette thématique et motivées par le juge social sur le fondement des anciens articles 1134 ou 1147 du Code civil, V. Soc., 30 avr. 1987, n° 84-40.936, D. 1988. 176, obs. Y. SERRA ; Soc., 15 juin 1999, n° 96-44.772, Dr. soc. 1999. 842, obs. A. MAZEAUD ; D. 2000. 511, note C. PUIGELIER ; Soc., 4 juin 2002, n° 00-40.894, JCP E 2003. 864, note D. VIGNEAU ; Soc., 27 oct. 2009, n° 08-41.501, Dr. soc. 2010. 120, obs. J. MOULY ; AJDI 2010. 655, obs. D. TOMASIN ; JCP S 2009. 564, obs. N. LÉGER ; JCP S 2010. 1055, note B. BOSSU ; JCP 2010. 24, note D. CORRIGNAN-CARSIN ; JCP 2010. 516, obs. M. MEKKI ; CCC 2009. 288, note M. MALAURIE-VIGNAL ; Soc., 9 déc. 2009, n° 08-41.213, Dr. soc. 2010. 246, obs. Ch. RADÉ ; RDT 2010. 164, obs. B. LARDY-PÉLISSIER ; Soc., 3 mai 2011, n° 10-14.104, JCP S 2011. 1400, note B. BOSSU ; Soc., 29 sept. 2014, n° 13-13.661, Dr. soc. 2014. 957, obs. J. MOULY ; Dr. soc. 2015. 206, chron. S. TOURNAUX ; RDT 2014. 462, obs. N. MOIZARD.

³⁰⁹⁹ V. not. G. AUZERO, *op. cit.* ; D. CORRIGNAN-CARSIN, « Obligation de loyauté dans le cadre de la négociation préélectorale », préc. ; G. FRANCOIS, « Intensité de l'exigence de loyauté et négociation d'entreprises avec les délégués syndicaux », BJT 2020, p. 39 ; F. GUIOMARD, « Nullité de l'accord collectif en l'absence de loyauté dans la négociation collective », préc. ; Th. HAAS, « La loyauté en droit du travail », préc. ; G. MEYER, « L'exigence de loyauté dans la négociation des accords de performance collective », préc. ; M. MINÉ, « La loyauté dans le processus de la négociation collective d'entreprise », préc. ; M.-L. MORIN, « Le dualisme de la négociation collective à l'épreuve des réformes : validité et loyauté de la négociation, application et interprétation de l'accord », préc. ; Th. PASQUIER, « Les nouveaux visages de la loyauté dans la négociation collective », préc. ; F. PETIT, « Loyauté dans la négociation collective : distinction entre « signatures séparées » et « négociations séparées », préc. Ces différents travaux ne font guère mention de l'influence de la réforme du droit des contrats dans la réglementation de la loyauté contractuelle en droit du travail.

l'égalité entre les parties au contrat, dont la chambre sociale de la Cour de cassation pourrait se saisir afin de contribuer à la résorption du déséquilibre de puissance contractuelle entre l'employeur et ses cocontractants (**section 2**).

Section 1. LA PROMOTION DE L'ÉQUILIBRE CONTRACTUEL

780. La volonté d'assurer un plus grand équilibre du contrat a été affirmée à plusieurs reprises au cours des travaux préparatoires à l'ordonnance du 10 février 2016 et rappelée une ultime fois dans le rapport remis au Président de la République³¹⁰⁰. Néanmoins, nous l'avons expliqué³¹⁰¹, la portée des mécanismes ayant un tel objet – comme le contrat d'adhésion et son régime, par exemple – a été drastiquement limitée par l'intervention successive du Gouvernement et du Parlement, privant l'objectif initialement fixé d'une fraction certaine de sa substance.

Toutefois, l'altération de l'influence de ces textes n'est peut-être ni totale ni définitive. Il se pourrait en effet que la chambre sociale de la Cour de cassation intervienne volontairement dans l'optique d'assurer, dans les relations individuelles et collectives de travail, la promotion de l'équilibre du contrat visée par la réforme du droit des contrats. Elle pourrait ainsi, par plusieurs biais, œuvrer au regain d'efficience du régime du contrat d'adhésion (§1). Plus encore, par la mobilisation délibérée des dispositions ayant trait à la cause du contrat, elle renforcerait le contrôle du déséquilibre contractuel au sein du contrat de travail ou d'un accord de performance collective (§2). Enfin, il convient de se questionner sur l'influence que pourrait produire le nouvel article 1195 du Code civil en droit du travail. En effet, celui-ci autorise le juge à intervenir dans les stipulations d'un contrat lorsque celui-ci est déséquilibré par la survenance d'un événement imprévisible lors de sa conclusion (§3).

§1. LE REGAIN D'EFFICIENCE DU RÉGIME DU CONTRAT D'ADHÉSION

781. Au sein de la première partie de notre travail, nous estimions que l'attrait du droit du travail pour le régime des clauses abusives est évident, en ce qu'il constitue une protection supplémentaire offerte à la partie faible de la relation individuelle de travail. Nous sommes parvenus à la conclusion selon laquelle le nouvel article 1171 du Code civil était l'un des

³¹⁰⁰ Rapport remis au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131, préc.

³¹⁰¹ V. *supra*, n° 564 et s.

moteurs principaux de l'influence qu'exerce en droit du travail le nouveau droit commun des contrats, tout en indiquant qu'il demeure complexe de réunir les « différentes conditions requises pour valablement [l'] invoquer »³¹⁰². Les critères de mise en œuvre de l'article susmentionné sont, en effet, particulièrement difficiles à réunir.

782. L'intervention déformante du juge social pourrait contribuer à l'amplification de l'influence du régime général des clauses abusives en droit du travail, par un double truchement : le renversement de la charge de la preuve de la négociabilité des clauses litigieuses (A) et l'objectivation de l'interprétation du déséquilibre significatif généré par ces mêmes clauses (B).

A. LE RENVERSEMENT DE LA CHARGE DE LA PREUVE DE LA NÉGOCIABILITÉ DES CLAUSES

783. Le contrat d'adhésion et son régime résultent des articles 1110, 1171 et 1190 du Code civil. La présentation que nous en avons faite au sein de la première partie de ce travail³¹⁰³ était fondée sur le droit en vigueur depuis le 1^{er} octobre 2018. Et pour cause, en amont, le mécanisme a subi plusieurs modifications, qui en ont altéré l'influence. Pour rappel, la définition du contrat d'adhésion adoptée en 2016 – à savoir « celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties »³¹⁰⁴ – a pour effet d'exclure le contrat de travail de cette qualification, dans la mesure où il ne dispose pas de « condition générale »³¹⁰⁵. Ce contrat, conclu entre le 1^{er} octobre 2016 et le 30 septembre 2018, ne pourrait donc être qu'être qualifié de « gré à gré ».

Au-delà, la réglementation des clauses abusives a, elle aussi, subi un double cantonnement. Applicable à l'ensemble des contrats – peu importe leur qualification³¹⁰⁶ – la traque de ces clauses a d'abord été limitée aux contrats d'adhésion³¹⁰⁷, avant de l'être aux seules

³¹⁰² V. *supra*, n° 460.

³¹⁰³ V. *supra*, n° 389 et s.

³¹⁰⁴ Article 1110, alinéa 2, du Code civil, en sa version applicable au 1^{er} oct. 2016.

³¹⁰⁵ Sauf à ce que la chambre sociale de la Cour de cassation vienne interpréter la notion de « condition générale » à la lumière du droit issu de la loi du 20 avr. 2018, comme nous l'avons envisagé : V. *supra*, n° 593 et s.

³¹⁰⁶ Article 1169 du projet d'ordonnance de la Chancellerie du 25 févr. 2015.

³¹⁰⁷ Article 1171 du Code civil, en sa version applicable au 1^{er} oct. 2016.

clauses non négociables de ces contrats³¹⁰⁸, réduisant par-là nettement son influence en droit commun des contrats et, par ricochet, en droit du travail.

784. Pourtant, au sein de ce dernier, la législation générale des clauses abusives pourrait être un outil pertinent de protection du travailleur, qui permettrait à ce dernier, lorsque son contrat de travail n'était pas négociable, de faire réputer non écrite une clause qui crée un déséquilibre contractuel important à son détriment³¹⁰⁹. Partant, le juge social, sur le fondement de l'asymétrie de puissance qui règne entre les deux parties au contrat de travail, pourrait procéder à la déformation des articles précités. La déformation envisagée aurait pour effet d'accroître l'influence du contrat d'adhésion en droit du travail ; il y a donc lieu de parler de « déformation-amplification »³¹¹⁰ de la règle de droit général.

785. En l'état actuel de la législation civiliste, un contrat ne peut être qualifié d'adhésion que s'il « comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties »³¹¹¹. Ainsi, pour qu'un contrat de travail soit considéré comme étant d'adhésion, il est impératif que la voie de la négociation ait été fermée à l'aspirant salarié ; l'employeur doit avoir unilatéralement rédigé *a minima* plusieurs clauses accessoires du contrat³¹¹². Pivot véritable de la notion³¹¹³, la négociabilité se trouve également au sein du nouvel article 1171 du Code civil, qui précise depuis l'entrée en vigueur de la loi portant ratification de l'ordonnance du 10 février 2016³¹¹⁴ que seules les clauses non négociables d'un contrat d'adhésion peuvent être abusives. En cela, le nouvel article 1171 du Code civil diffère de la réglementation spéciale des clauses abusives, pour laquelle « le critère du défaut de négociation [...], initialement retenu par l'avant-projet de la loi *Scrivener* du 10 janvier 1978 [a] été écarté pour éviter au consommateur de devoir prouver la qualification de contrat d'adhésion »³¹¹⁵. *A contrario*, plusieurs projets européens retiennent l'absence de négociation comme un critère de qualification d'une clause

³¹⁰⁸ Article 1171 du Code civil, en sa version applicable depuis le 1^{er} oct. 2018.

³¹⁰⁹ V. *supra*, n° 452 et s.

³¹¹⁰ V. *supra*, n° 707.

³¹¹¹ Article 1110 du Code civil.

³¹¹² V. not. Ch. GOLDIE-GENICON, « Droit commun des contrats et contrat de travail, 100 ans après », préc. ; V. *supra*, n° 402 et s.

³¹¹³ Nous estimions ci-dessus que « la notion de « négociabilité » joue [...] le rôle de pivot, de déclencheur du contrat d'adhésion » : V. *supra*, n° 397.

³¹¹⁴ Loi n° 2018-287 du 20 avr. 2018, préc.

³¹¹⁵ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Observations sur le projet de réforme du droit des contrats et des obligations », préc. Pour de plus amples développements sur la loi du 10 janv. 1978, V. not. Ch. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil*, préc., p. 359 et s.

abusive³¹¹⁶, bien qu'il soit parfois réservé à l'extension de cette réglementation à la protection des seuls professionnels³¹¹⁷.

786. Pour rappel, la charge probatoire qui pèse sur la partie faible en application du nouvel article 1171 du Code civil est particulièrement lourde ; il doit démontrer l'existence d'un contrat d'adhésion – ce qui n'est guère aisé – mais aussi apporter la preuve de la soustraction de la négociabilité de la clause litigieuse et que celle-ci a créé un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des deux parties³¹¹⁸. L'objet de l'amplification de l'influence de ces dispositions se décèle ici ; l'intervention de la chambre sociale de la Cour de cassation pourrait alléger la charge probatoire qui pèse actuellement sur la partie faible au contrat et, ce faisant, accroître l'utilité des règles générales relatives au contrat d'adhésion pour le salarié. Dans cette optique, plusieurs voies peuvent être explorées.

La première est celle dans laquelle s'est engagée la Cour d'appel d'Amiens. Celle-ci, par un arrêt déjà mentionné du 10 mars 2022³¹¹⁹, a déduit l'absence de négociabilité d'une clause compromissaire de deux indices, caractérisés en l'espèce entre deux sociétés liées par un contrat de sous-traitance : la situation de faiblesse de l'une d'entre elles et le caractère significativement déséquilibré de la clause au profit de la partie placée en situation de domination contractuelle. Les juges indiquent que « le contrat impose en effet des conditions très strictes pour le sous-traitant qu'une libre négociation n'aurait pu laisser subsister, tels un délai de paiement à 60 jours qui constitue le délai maximum légalement prévisible, le fait qu'il soit précisé que toutes les obligations de paiement de sommes d'argent naissant entre les parties de l'exécution du contrat se compenseront entre elles, de plein droit et sans formalité que les conditions de la compensation légale soient ou non constituées, que les conditions tarifaires ne soient pas incluses dans le contrat mais fassent l'objet d'une annexe [...] »³¹²⁰. Ainsi, la Cour d'appel d'Amiens retient l'existence d'un contrat d'adhésion et d'une clause compromissaire abusive sans démontrer concrètement la soustraction de négociabilité de certaines stipulations. Elle indique simplement que, dotée d'un pouvoir de négociation véritable, la partie faible – à

³¹¹⁶ V. not. les articles 4 :110 des Principes Lando et 6 :301 de l'Acquis communautaire rédigé par le « Groupe acquis communautaire ».

³¹¹⁷ V. not. l'article 4 :209 des principes communs rédigés conjointement par l'Association Henri Capitant et la Société de législation comparée.

³¹¹⁸ V. *supra*, n° 442.

³¹¹⁹ Amiens, ch. économique, 10 mars 2022, n° 21/04192, préc.

³¹²⁰ *Ibid.*

savoir le sous-traitant – n’aurait pas accepté de conclure le contrat à de telles conditions ; celles-ci lui ont nécessairement été imposées. Il est ainsi fait état d’une présomption de non-négociabilité d’une clause litigieuse lorsque celle-ci est stipulée au détriment d’une partie placée en situation de faiblesse. La présomption est d’ordinaire définie comme « la conséquence que la loi [...] tire d’un fait connu à un fait inconnu »³¹²¹ et a le plus souvent pour effet de dispenser « de toute preuve celui au profit duquel elle existe »³¹²². L’intérêt d’une telle présomption serait grand en droit du travail ; le salarié est en effet placé sous la subordination de l’employeur et certaines clauses du contrat de travail peuvent être stipulées dans l’intérêt exclusif de ce dernier³¹²³. La généralisation de la portée de l’arrêt rendu par la Cour d’appel d’Amiens permettrait au salarié d’obtenir sans difficulté le réputé non-écrit de ces clauses, car les deux indices de l’absence de négociabilité se retrouvent aisément dans le cadre de la conclusion d’un contrat de travail. Toutes les clauses qui génèrent un déséquilibre déraisonnable entre les droits et obligations des parties seraient ainsi déclarées abusives, dans la mesure où ce caractère déséquilibré se conjugue avec la situation de faiblesse contractuelle du travailleur subordonné, ce qui, selon l’arrêt d’appel précité, fait irréfablement présumer leur absence de négociabilité³¹²⁴. Ladite présomption renforce vivement l’efficacité de la réglementation générale des clauses abusives dans les contrats marqués par une asymétrie de puissance contractuelle entre les contractants. Dès lors, en droit du travail, l’influence du nouvel article 1171 du Code civil croîtrait fortement, car la disposition permettrait aux salariés d’obtenir le réputé non-écrit de nombreuses clauses stipulées en leur défaveur, sans pour cela qu’ils n’aient à démontrer la soustraction concrète de leur négociabilité.

Cette présomption, aussi favorable soit-elle pour le salarié, est toutefois particulièrement critiquable³¹²⁵. Elle s’éloigne d’abord largement de la lettre du nouvel article 1171 du Code civil, en écartant du raisonnement judiciaire son critère premier, à savoir l’impossible

³¹²¹ Définition tirée de l’ancien article 1349 du Code civil. V. ég. A.-B. CAIRE, « Les présomptions par-delà l’article 1349 du Code civil », *RTD civ.* 2015. 311. La présomption n’est pas toujours d’origine légale, si bien qu’un auteur usait de la formule « présomption de droit » en lieu et place de « présomption légale » : F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, Paris, Sirey, t. 3, 1924, spé., n° 235. Dans notre hypothèse, la présomption résulterait d’ailleurs de l’action judiciaire et non pas de la loi.

³¹²² C. QUETAND-FINET, *Les présomptions en droit privé*, Thèse, Paris 1, 2012.

³¹²³ Ce peut être le cas des clauses de renonciation unilatérale à la clause de non-concurrence, de mobilité géographique, de résidence, d’exclusivité, de conciliation ou de médiation. V. *supra*, n° 452 et s.

³¹²⁴ Autrement formulé, l’absence de négociabilité est déduite du déséquilibre significatif créé par la clause contestée. L’employeur ne serait de surcroît pas autorisé de tenter de démontrer que ledit déséquilibre, conjugué à la situation de faiblesse du salarié, est en réalité justifié par un élément objectif, en raison de l’apparent caractère irréfutable de la présomption posée par la Cour d’appel d’Amiens.

³¹²⁵ V. *supra*, n° 400.

négociation de la clause litigieuse. De surcroît, une telle solution reviendrait à considérer toutes les clauses stipulées en faveur de l'employeur comme étant abusives ; elle constituerait ainsi une atteinte majeure à la sécurité juridique et aux prévisions des parties. Il est donc par conséquent peu probable qu'elle puisse prospérer au sein de notre droit.

787. La seconde voie prend appui sur les différentes propositions de droit européen des contrats et plus particulièrement sur celle, datant de 2011, d'un droit commun européen de la vente³¹²⁶. Au sein de celui-ci se niche une règle que la chambre sociale de la Cour de cassation pourrait aujourd'hui prendre à son compte. L'article 7.1 de cette proposition dispose que la caractérisation d'une clause abusive est soumise à une absence de négociation individuelle, que le contrat ait été conclu entre professionnels ou entre un professionnel et un consommateur. En sus, l'article 3 énonce que le consommateur profite d'un régime probatoire aménagé, puisqu'il bénéficie d'une « présomption de non-négociation de la clause litigieuse »³¹²⁷. Dès lors, en application de l'article 3 de la proposition de droit commun européen de la vente, le consommateur qui, dans sa relation contractuelle avec un professionnel, invoque l'existence d'une clause abusive, n'a pas à démontrer l'absence de négociabilité de ladite clause, car celle-ci est présumée. Il appartient donc, à l'inverse, au professionnel de démontrer qu'il était ouvert à la négociation.

À l'inverse de la présomption imaginée par la Cour d'appel d'Amiens³¹²⁸, celle fondée sur la proposition précitée ne porte pas frontalement atteinte aux dispositions du nouvel article 1171 du Code civil ; l'absence de négociabilité n'est pas déduite du constat préalable d'une asymétrie de puissance entre deux contractants et du déséquilibre créé par une clause au détriment de la partie faible, elle est simplement présumée. Elle laisse ainsi la faculté au contractant le plus puissant – l'employeur dans notre hypothèse – de prouver la négociabilité de la clause. En l'espèce, à l'instar de ce que prévoit l'article 33 de la proposition de directive sur les droits des consommateurs³¹²⁹, la charge de la preuve pèse d'abord sur celui qui a unilatéralement rédigé la clause controversée, avant que la partie faible ne doive démontrer

³¹²⁶ Proposition de règlement européen et du conseil relatif à un droit commun européen de la vente du 11 oct. 2011 : COM (2011) 635 final/E 6713.

³¹²⁷ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Observations sur le projet de réforme du droit des contrats et des obligations », préc.

³¹²⁸ Amiens, ch. économique, 10 mars 2022, n° 21/04192, préc.

³¹²⁹ Article 33 de la proposition n° 2008/0196/COD du 8 oct. 2008, préc.

l'existence d'un déséquilibre significatif, conformément à la lettre du nouvel article 1171 du Code civil.

788. Une troisième voie, qui tend à alléger la charge de la preuve de la partie faible par un autre biais, peut enfin être étudiée. L'inspiration nous vient d'une proposition de directive du Parlement et du Conseil sur les droits des consommateurs du 8 octobre 2008³¹³⁰, au sein de laquelle l'article 33 dispose que « si le professionnel prétend qu'une clause a fait l'objet d'une négociation individuelle, la preuve lui incombe ». Ainsi, sans recourir à une présomption fondée sur le déséquilibre significatif généré par la clause, il serait possible d'envisager un renversement judiciaire de la charge de la preuve. Par-là, la partie faible n'aurait plus à démontrer la preuve négative de l'absence de négociabilité de la clause³¹³¹ ; ce serait à l'employeur – dans l'hypothèse d'une clause abusive insérée dans un contrat de travail – de démontrer que ladite clause était bel et bien négociable. L'amplification de l'influence du mécanisme en droit du travail ne serait pas aussi importante qu'elle ne l'aurait été sur le fondement de la présomption mentionnée ci-dessus³¹³², mais l'attractivité – pour le salarié – de la législation générale des clauses abusives serait évidemment renforcée par le renversement de la charge de la preuve. Le professeur S. Tournaux, tout en estimant que la chambre sociale de la Cour de cassation pourrait se prononcer en faveur dudit renversement³¹³³, fait également remarquer que celui-ci pourrait être générateur d'abus³¹³⁴. En effet, puisque la charge de la preuve de la négociabilité d'une clause – ou d'un ensemble de clauses si l'action tend à la reconnaissance d'un contrat d'adhésion – appartiendrait à l'employeur, les salariés pourraient être tentés de multiplier les actions en justice afin de faire constater que certaines clauses étaient soustraites à la négociation, et ce même s'ils ne disposent d'aucun élément de preuve. Pour prévenir ces éventuels abus, l'employeur serait inspiré de se ménager une preuve écrite, attestant de la négociabilité des clauses d'un contrat de travail ou d'un de ses avenants³¹³⁵. Encore faudrait-il que la signature de ce document ne soit pas érigée en une condition de la conclusion effective et subséquente dudit contrat, sans quoi la partie faible n'aurait d'autre

³¹³⁰ Proposition n° 2008/0196/COD du 8 oct. 2008.

³¹³¹ V. *supra*, n° 399 et s.

³¹³² Dans la mesure où l'absence de négociabilité n'est ici pas déduite, l'employeur conserve la faculté de démontrer que la clause litigieuse aurait pu être négociée par l'aspirant salarié.

³¹³³ S. TOURNAUX, « Les conséquences de la loi du 20 avril 2018 ratifiant la réforme par ordonnance du droit des contrats et des obligations sur le contrat de travail », préc.

³¹³⁴ *Ibid.*

³¹³⁵ *Ibid.*

choix que d'attester de la négociabilité des clauses, même si ce n'était en réalité pas le cas. Dans cette hypothèse, le contrat d'adhésion et son régime perdraient toute effectivité.

Si la chambre sociale de la Cour de cassation venait à opérer un tel renversement de la charge de preuve, celle-ci serait en réalité partagée entre les deux parties au contrat. Ce serait d'abord à l'employeur de prouver la négociabilité de la clause critiquée. S'il y parvient, le nouvel article 1171 du Code civil ne trouverait alors pas à appliquer et la clause demeurerait valable. Dans la situation inverse, il appartiendrait alors au salarié de démontrer que cette clause génère un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. Si tel est le cas, elle serait alors abusive et réputée non écrite.

789. Si l'on écarte la première hypothèse étudiée – celle de la présomption issue de l'arrêt de la Cour d'appel d'Amiens – on constate que l'amplification de l'influence de la réglementation générale des clauses abusives en droit du travail passerait par l'allègement de la charge probatoire qui, pour l'heure, ne pèse que sur la partie faible à la convention. La présomption de la négociabilité de la clause facilite indéniablement le travail probatoire du salarié, en mettant à contribution l'employeur. À condition de démontrer au préalable que le contrat de travail répond effectivement aux conditions posées par l'article 1110, alinéa 2, du Code civil³¹³⁶, la caractérisation d'une clause abusive deviendrait alors moins complexe. Par exemple, au sein d'un contrat d'adhésion, ce serait à l'employeur de démontrer que la clause de renonciation unilatérale à la clause de non-concurrence³¹³⁷ – qui lui bénéficie exclusivement – a été négociée par le salarié ou, *a minima*, aurait pu l'être. S'il n'y parvient pas, cette clause sera présumée avoir été soustraite à la négociation de la partie faible et, sous réserve du déséquilibre significatif qu'elle crée, sera réputée non écrite. Il deviendrait alors plus aisé, pour le travailleur subordonné, de contester la validité d'une clause. Partant, l'influence du contrat d'adhésion et de son régime s'accroîtrait en droit du travail, grâce à l'intervention déformante de son juge.

³¹³⁶ Pour rappel, la mise en œuvre du nouvel article 1171 du Code civil est conditionnée par la preuve préalable de l'existence d'un contrat d'adhésion.

³¹³⁷ Nous avons précédemment démontré que la clause de renonciation unilatérale à la clause de non-concurrence, qui octroie ce seul pouvoir à l'employeur, génère un véritable déséquilibre entre les droits et obligations des parties. Partant, à condition de ne pas avoir été négociable, cette clause est susceptible d'être qualifiée d'abusives : V. *supra*, n° 453. V. é.g. L. BENTO DE CARVALHO, « L'incidence de la réforme du droit des contrats sur le régime du contrat de travail : renouvellement ou *statu quo* ? », préc. ; Y. PAGNERRE, « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », préc. ; G. LOISEAU, « Le contrat de travail dans le réforme du droit des contrats », préc.

790. Vis-à-vis de la réglementation civiliste des clauses abusives, l'action amplificatrice du juge social pourrait également être envisagée à travers un autre prisme, à savoir celui de l'objectivation de l'interprétation du déséquilibre significatif.

B. L'INTERPRÉTATION OBJECTIVE DU DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF

791. Afin d'être réputée non écrite, la clause litigieuse doit avoir été soustraite à la négociation de la partie faible et, en sus, « [créer] un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat »³¹³⁸. Toutefois, il est malaisé de déterminer avec certitude la manière dont doit être interprété ce déséquilibre significatif et les droits spéciaux qui font usage de la même formule³¹³⁹ ne peuvent qu'offrir des pistes de réflexion, d'ores et déjà explorées³¹⁴⁰.

792. Deux voies s'ouvrent devant le juge, qui peut opter pour interpréter ledit déséquilibre subjectivement ou objectivement. Le droit des pratiques restrictives de la concurrence a opté pour la première hypothèse, en sanctionnant le fait de « soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties »³¹⁴¹. Par-là, ce déséquilibre n'est réprimé que lorsqu'il résulte du comportement fautif du contractant le plus fort. En somme, il est nécessaire, pour que la clause soit sanctionnée, qu'elle résulte d'un abus d'une des deux parties³¹⁴². Si tel n'est pas le cas – et que le déséquilibre significatif découle de la clause elle-même, sans qu'une partie n'ait adopté d'attitude répréhensible – l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce ne la sanctionne pas. L'interprétation subjective du déséquilibre significatif passe ainsi par l'analyse du comportement de la partie dotée de la plus grande puissance contractuelle. Le Code de commerce tend ainsi à « sanctionner un coup de force »³¹⁴³ et suppose « que le déséquilibre significatif trouve sa source dans un abus du cocontractant et impose la preuve d'un acte d'extorsion de ce dernier »³¹⁴⁴. En droit du travail, cela signifierait que le nouvel article 1171

³¹³⁸ Article 1171, alinéa 1, du Code civil.

³¹³⁹ On trouve des mentions au « déséquilibre significatif » à l'article L. 212-1 du Code de la consommation et à l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce.

³¹⁴⁰ V. *supra*, n° 435 et s.

³¹⁴¹ Article L. 442-1, I, 2°, du Code de commerce.

³¹⁴² V. not. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, préc., p. 394.

³¹⁴³ O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, préc., p. 351.

³¹⁴⁴ *Ibid.*

du Code civil ne pourrait être mobilisé avec succès que lorsque le déséquilibre significatif serait issu d'une faute de l'employeur, qu'il appartiendrait au travailleur de démontrer. La tâche du salarié serait alors particulièrement ardue et la réglementation générale des clauses abusives – malgré le renversement de la charge de la preuve de la négociabilité des clauses que nous avons envisagé³¹⁴⁵ – peinerait à être concrètement mise en œuvre.

À notre sens, sur le fondement du Code civil, il y a lieu de s'écarter de cette conception du déséquilibre significatif. Tout d'abord, l'interprétation objective du déséquilibre significatif semble être plus respectueuse de la lettre du texte, selon lequel c'est une « clause non négociable »³¹⁴⁶ qui « crée un déséquilibre significatif »³¹⁴⁷. Aussi, ce dernier ne devrait pas résulter d'un comportement fautif de l'une des parties ; il est censé résulter directement d'une clause stipulée au sein du contrat, dont la négociabilité était soustraite³¹⁴⁸. Il ne serait donc guère utile de contraindre la partie faible au contrat de démontrer – en sus des autres éléments de preuve mis à sa charge³¹⁴⁹ – l'abus commis par son cocontractant ; il lui suffirait – sans présumer de la facilité ou de la complexité de la tâche – de prouver que la clause contestée attribue une prérogative contractuelle importante à une seule partie ou, au contraire, impose une sujétion à l'une d'entre elles.

793. Pour la partie faible au contrat, l'interprétation objective du second critère posé par le nouvel article 1171 du Code civil s'avère ainsi être plus favorable que son pendant subjectif³¹⁵⁰. L'intérêt que celle-ci peut porter à la disposition pourrait ainsi augmenter. Et pour cause ; par le jeu éventuel du juge social, le travailleur subordonné pourrait obtenir le réputé non-écrit d'une clause d'un contrat de travail en parvenant à qualifier ce dernier de contrat d'adhésion et en démontrant que ladite clause est vectrice d'un déséquilibre significatif entre ses droits et obligations et ceux de son employeur. Son travail probatoire serait ainsi allégé d'une double preuve ; celles de l'absence de négociabilité de la disposition critiquée et d'une faute de l'employeur. Grâce aux actions de la chambre sociale de la Cour de cassation, l'influence du

³¹⁴⁵ V. *supra*, n° 783 et s.

³¹⁴⁶ Article 1171, alinéa 1, du Code civil.

³¹⁴⁷ *Ibid.*

³¹⁴⁸ V. not. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, préc., p. 394.

³¹⁴⁹ À savoir l'existence d'un contrat d'adhésion (qui passe par la preuve d'un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par le contractant le plus fort, selon le nouvel article 1110 du Code civil) et du caractère non négociable de la clause litigieuse.

³¹⁵⁰ En plus d'être mieux adaptée à la lettre du nouvel article 1171 du Code civil.

nouvel article 1171 du Code civil en droit du travail serait amplifiée ; l'attrait du mécanisme pour la partie faible au contrat, mis à mal par le Gouvernement et le Parlement, serait, au moins en partie, judiciairement reconstitué. Cela tend à démontrer que si le juge social entend renforcer la protection du salarié – ou des représentants des salariés à la négociation collective – il dispose de la faculté d'accroître l'influence qu'exerce le nouveau droit commun des contrats dans les relations individuelles et collectives de travail.

794. Par deux biais distincts, le juge peut ainsi contribuer au regain d'efficience du régime du contrat d'adhésion en droit du travail. La recherche d'un plus grand équilibre contractuel peut toutefois passer par un autre truchement. En effet, l'utilisation volontaire des mécanismes voués à remplacer la cause dans le Code civil permettrait, elle aussi, d'amplifier l'influence de la réforme qui nous occupe.

§2. L'UTILISATION DES OUTILS CAUSALISTES

795. Parmi les grandes innovations apportées par l'ordonnance du 10 février 2016 figure la suppression, au sein du Code civil, de toute mention au mécanisme de la cause³¹⁵¹. L'objectif poursuivi est rappelé par le rapport remis au Président de la République, qui énonce que « l'abandon formel de la notion de cause [...] permettra à la France de se rapprocher de la législation de nombreux droits étrangers »³¹⁵². Théoriquement, la cause a ainsi été supprimée dans l'optique de renforcer l'attractivité internationale de notre droit commun des contrats. Il apparaît toutefois qu'en la matière, le Gouvernement a été contraint de réaliser certains compromis. En effet, comme l'indique le rapport précité, l'abandon de la cause n'est que « formel »³¹⁵³. On s'aperçoit que si le terme a disparu, certaines fonctions jusqu'alors attribuées à la cause ont été expressément consacrées dans le Code civil³¹⁵⁴. Par exemple, le nouvel article 1162 du Code civil dispose que « le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties ». Le rapprochement entre ce texte et l'ancien article 1131 du Code civil s'effectue par l'évidence,

³¹⁵¹ V. *supra*, n° 25.

³¹⁵² Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131, préc. V. ég. G. WICKER, « La réforme du droit français du contrat : de la cause à la causalité juridique », préc.

³¹⁵³ *Ibid.*

³¹⁵⁴ V. not. R. BOFFA, « Juste cause (et injuste clause). Brèves remarques sur le projet de réforme du droit des contrats », préc. ; Th. GENICON, « Défense et illustration de la cause en droit des contrats », préc. ; G. WICKER, « La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ? », préc. ; D. MAZEAUD, « Pour que vive la cause, en dépit de la réforme ! », préc.

car ce dernier disposait que « l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet »³¹⁵⁵. De la même manière, le nouvel article 1169 du Code civil prévoit la nullité d'un contrat à titre onéreux si, au moment de sa conclusion, « la contrepartie au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire ». Il s'agit, derechef, de la reprise d'une des « principales applications de la cause »³¹⁵⁶. Dès lors, en dépit des apparences, notre droit commun des contrats demeure causaliste. Il n'en reste pas moins que cette éviction formelle de la technique a été critiquée à de nombreux égards, qu'il s'agisse de déplorer « l'assèchement et [...] l'appauvrissement de notre droit des contrats »³¹⁵⁷, de « constater les pertes assurées résultant de la disparition de la cause »³¹⁵⁸ ou d'observer que « la disparition du concept de cause s'est accompagnée de son remplacement par un certain nombre d'instruments plus ou moins fonctionnels : le « contenu » (art. 1127), le « but » (art. 1161), la « contrepartie convenue » (art. 1167), « l'obligation essentielle » (art. 1168), les « éléments essentiels » (art. 1186). Autrement dit, le concept de cause a cédé la place à une « boîte à outils » [...] qui ne remplacera que très imparfaitement un concept tel celui de cause »³¹⁵⁹.

796. En dépit de ces critiques, ces différents « instruments »³¹⁶⁰ pourraient aujourd'hui opportunément servir le juge social dans sa quête d'un plus grand équilibre du contrat. Ainsi, ces avatars de la cause peuvent fonder le contrôle du but (**A**) et de la contrepartie (**B**) des actes individuels et collectifs de travail.

³¹⁵⁵ V. not. B. CHAFFOIS, « Le champ contractuel », *D.* 2023. 1323 ; S. ROSALA, « Projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations : véritable révolution ou simple cartographie du livre III du Code civil ? », préc. ; M. FABRE-MAGNAN, « La réforme du droit des contrats : quelques contre-feux civilistes à la déréglementation du droit du travail », préc.

³¹⁵⁶ R. BOFFA, « Juste cause (et injuste clause). Brèves remarques sur le projet de réforme du droit des contrats », préc. V. ég. Ph. SIMLER, « Contenu du contrat : contrepartie illusoire ou dérisoire. Absence de cause », *JCI Civil Code*, 2023, qui écrit que « la question de l'absence de cause n'a pas davantage échappé à l'attention des rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 [...]. L'absence ou le caractère dérisoire de la contrepartie convenue représente en effet l'archétype de l'absence de cause ». V. ég. J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, Paris, LGDJ, 2006, spé., n° 149.

³¹⁵⁷ R. BOFFA, *Ibid.*

³¹⁵⁸ Th. GENICON, « Défense et illustration de la cause en droit des contrats », préc.

³¹⁵⁹ Y. LEQUETTE, « Y aura-t-il encore en France, l'an prochain, un droit commun des contrats ? », préc.

³¹⁶⁰ *Ibid.*

A. LE CONTRÔLE DU BUT

797. Malgré l'érection du principe de liberté contractuelle au rang des principes généraux du droit commun des contrats³¹⁶¹, le pouvoir de la volonté des parties n'est guère total, puisqu'il ne peut être exprimé que dans le cadre impératif posé par la loi³¹⁶², ce qu'avait déjà démontré E. Gounot dans son travail de thèse de 1912³¹⁶³. Ainsi, selon l'article 6 du Code civil, « on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». Si la réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016 a fait disparaître toutes les autres mentions aux bonnes mœurs dans le Code civil, conformément à la jurisprudence qui tendait alors à se développer³¹⁶⁴, il semblerait que ces dernières puissent être intégrées dans la catégorie – plus vaste – de l'ordre public³¹⁶⁵. Le nouvel article 1162 du Code civil vient également borner cette liberté contractuelle, en rappelant que les stipulations ou le but d'un contrat ne peuvent déroger à l'ordre public. La formule « but du contrat » est ancienne, puisqu'on la retrouve sous la plume de H. Capitant, dans son ouvrage consacré à la cause publié en 1927³¹⁶⁶. Elle ne se retrouve toutefois dans notre droit positif que depuis le 1^{er} octobre 2016. Le but du contrat renvoie aujourd'hui aux mobiles poursuivis par les parties lors de la conclusion de celui-ci. En cela, il rappelle évidemment la théorie de la cause subjective du contrat, développée en amont de la réforme du droit des contrats³¹⁶⁷. La majorité des auteurs estiment d'ailleurs que ladite réforme, sous la qualification de « but », emporte en réalité la

³¹⁶¹ V. not. M. MEKKI, « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », préc., qui évoque la « formalisation de la liberté contractuelle comme principe fondamental, dans le but d'affirmer la conception néolibérale du contrat ». V. ég. Ch. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil*, préc., p. 59.

³¹⁶² V. not. J.-M. TRIGEAUD, « Égalité contractuelle et philosophie de la justice », in *Études C. LAPOYADE-DESCHAMPS*, PU Bordeaux, 2003, p. 543.

³¹⁶³ 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.

³¹⁶⁴ V. not. Civ., 1^{re}, 4 nov. 2011, n° 10-20.114, préc. ; Ass. plén., 29 oct. 2004, n° 03-11.238, D. 2004. 3175, note D. VIGNEAU ; *RTD civ.* 2005. 104, obs. J. HAUSER ; *AJ fam.* 2005. 23, obs. F. BICHERON ; *JCP* 2005. I. 187, obs. R. LE GUIDEC ; *JCP* 2005. II. 10011, note F. CHABAS ; CCC 2004. 40, note L. LEVENEUR ; *Deffrénois* 2005. 234, note S. PIEDELIÈVRE ; *Deffrénois* 2005. 1732, note R. LIBCHABER ; *Dr. fam.* 2004. 230, note B. BEIGNIER.

³¹⁶⁵ V. not. O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, préc., p. 301 ; Ch. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil*, préc., p. 168 et s.

³¹⁶⁶ H. CAPITANT, *De la cause des obligations (Contrats, Engagements unilatéraux, Legs)*, Paris, Dalloz, 3^e éd., 1927. Selon l'auteur, il convenait de substituer le « but » à la « cause », dans un souci de « clarté des idées ». J. GHESTIN, « Faut-il conserver la cause en droit européen des contrats ? », *ERCL* 4/2005, p. 403 abonde en ce sens, en énonçant que « la mention du but est même incontestablement plus claire que celle de cause ».

³¹⁶⁷ V. not. C. OPÈLE, « Cession de créances », *Rep. civ.*, Dalloz, 2018, spé., n° 88.

continuation des solutions adoptées sous l'empire de la « cause »³¹⁶⁸. La lettre du nouvel article 1162 du Code civil reconduit d'ailleurs la jurisprudence antérieure de la première chambre civile de la Cour de cassation. Le texte indique en effet implicitement qu'un contrat est susceptible d'être frappé de nullité si son but déroge à l'ordre public et ce même s'il était ignoré par les parties. Cette solution a été consacrée en 1998 par la Haute Juridiction, qui a affirmé qu'« un contrat peut être annulé pour cause illicite ou immorale, même lorsque l'une des parties n'a pas eu connaissance du caractère illicite ou immoral du motif déterminant de la conclusion du contrat »³¹⁶⁹. En somme, il apparaît que le contrôle judiciaire de la licéité du but du contrat s'opère de la même manière que celui de la cause de celui-ci et que l'apport de la réforme, à cet égard, est surtout sémantique.

798. Il n'en demeure pas moins que ce nouvel article 1162 du Code civil présente un attrait certain dans l'optique de contrôler le but non pas d'un contrat de travail, mais d'un accord de performance collective. L'enjeu est de taille, eu égard aux risques que la conclusion d'un tel accord fait peser sur le travailleur subordonné, ses conditions de travail et la pérennité de son emploi. Conformément à l'article L. 2254-2 du Code du travail, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2019³¹⁷⁰, un accord de performance collective peut être conclu dans l'optique « de répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver, ou de développer l'emploi »³¹⁷¹. Selon le même article, il peut avoir pour effet d'aménager la durée du travail, la rémunération ou les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique du salarié. De surcroît, il est expressément prévu que « les stipulations de l'accord se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail »³¹⁷², au mépris même du principe de faveur³¹⁷³, mais aussi que le refus du travailleur de se voir appliquer les dispositions de

³¹⁶⁸ V. not. D. HOUTCIEFF, « Renonciation », *Rep. civ.*, Dalloz, 2017, spé., n° 27, qui estime que « l'évocation du « but » du contrat conduit à maintenir les solutions admises jusqu'alors sur le terrain de la cause : but et cause du contrat, c'est en effet tout un ! ». C'est d'ailleurs cet auteur qui, dans le cadre de l'avant-projet doctrinal dirigé par le professeur F. TERRÉ, qui a été chargé de penser la partie consacrée au contenu du contrat : D. HOUTCIEFF, « Le contenu du contrat », préc. Sur la similitude entre le « but » et la cause », V. ég. O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, préc., p. 302 et s. ; « La cause a-t-elle réellement disparu du droit français des contrats ? », *ERCL* 2017/4, p. 418.

³¹⁶⁹ Civ., 1^{re}, 7 oct. 1998, n° 96-14.359, préc.

³¹⁷⁰ L'article a été modifié par l'article 1 de la loi n° 2018-771 du 5 sept. 2018, pour la liberté de choisir son avenir professionnel.

³¹⁷¹ Article L. 2254-2, I°, du Code du travail. V. ég. H. CAVAT, « Les accords de performance collective », préc. ; I. MEFTAH, « Les accords de performance collective », *RJS* 10/2020. 667.

³¹⁷² Article L. 2254-2, III°, du Code du travail.

³¹⁷³ V. not. M.-L. MORIN, « Derrière le pragmatisme des ordonnances, la perversion des droits fondamentaux du travail », préc. ; Y. PAGNERRE, « Les accords de performance collective », préc. ; M. BONNECHÈRE, « Où va le droit du travail ? », préc.

l'accord justifie son licenciement, dont la cause réelle et sérieuse est légalement préconstituée³¹⁷⁴. Dans la mesure où l'accord de performance collective est vecteur de risques pour le salarié, son contrôle judiciaire doit être rigoureux. À cet égard, la législation spéciale travailliste demeure singulièrement souple ; l'accord de performance collective possède en effet un régime plus allégé que ne l'était celui des accords de compétitivité qui l'ont précédé³¹⁷⁵. Par exemple, la conclusion d'un tel accord sans préambule n'est plus constitutive de sa nullité³¹⁷⁶. Plus encore, certaines clauses jusqu'alors obligatoires ne sont dorénavant que facultatives³¹⁷⁷.

799. Face à la « déréglementation du droit du travail »³¹⁷⁸, la chambre sociale de la Cour de cassation pourrait être tentée de se saisir, notamment, du nouvel article 1162 du Code civil pour contrôler le but de cet accord collectif spécifique. Au sein de l'article L. 2254-2 du Code du travail, on constate en effet que « le législateur a entendu assigner un but à [l'accord de performance collective] »³¹⁷⁹. Cet accord ne peut ainsi être conclu qu'afin de répondre aux nécessités de l'entreprise, de préserver ou de développer l'emploi de celle-ci. Le but poursuivi doit d'ailleurs être indiqué dans le préambule de l'accord³¹⁸⁰. Partant, il nous paraît certain que l'accord de performance collective qui, en pratique, ne respecte pas le but qu'ont fixé les partenaires sociaux doit être sanctionné sur le fondement du nouveau droit commun des contrats. L'examen judiciaire du but de cet accord peut s'effectuer peu importe la nature du litige pour lequel le juge est saisi, tant qu'il a trait à l'accord lui-même ou à sa mise en œuvre.

³¹⁷⁴ Article L. 2254-2, IV° et V° du Code du travail. V. ég. P. LOKIEC, « Vers un nouveau droit du travail », préc. ; « Accord collectif et contrat de travail », préc. Sous le régime de l'accord de mobilité interne – qui a été remplacé par l'accord de performance collective – la cause réelle et sérieuse de licenciement n'était toutefois pas préconstituée à l'égard d'une femme enceinte : Soc., 4 mars 2020, n° 18-19.189, *Dr. soc.* 2020. 565, obs. J. MOULY ; *Dr. soc.* 2020. 847, étude L. BENTO DE CARVALHO, S. TOURNAUX ; *JCP S* 2020. 496, obs. M. HAUTEFORT. P.-H. ANTONMATTEI, L. ENJOLRAS, Ch. MARIANO, « Actualité du droit et de la pratique de la négociation collective », préc., estiment que cette solution devrait s'appliquer à l'accord de performance collective.

³¹⁷⁵ V. not. P. LOKIEC, *ibid.*

³¹⁷⁶ L'ancien article L. 2254-2 du Code du travail, créé par la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 et relatif aux accords conclus « en vue de la préservation ou du développement de l'emploi », indiquait dans son troisième alinéa que « l'absence de préambule entraîne la nullité de l'accord ».

³¹⁷⁷ P. LOKIEC, « Vers un nouveau droit du travail », préc., fait mention des « modalités d'information des salariés sur l'application et le suivi de l'accord, de celle stipulant les conditions dans lesquelles les salariés exerçant dans le périmètre de l'accord, les mandataires sociaux et les actionnaires fournissent des efforts proportionnés à ceux demandés aux salariés pendant toute sa durée les dirigeants ou encore celle définissant les modalités selon lesquelles sont conciliées la vie professionnelle et la vie personnelle et familiale des salariés ».

³¹⁷⁸ Selon la formule de M. FABRE-MAGNAN, « La réforme du droit des contrats : quelques contre-feux civilistes à la déréglementation du droit du travail », préc.

³¹⁷⁹ G. AUZERO, « Brèves remarques sur les accords de performance collective », préc., p. 295.

³¹⁸⁰ L'article L. 2254-1 du Code du travail dispose que « l'accord définit dans son préambule ses objectifs ». Dès lors, les partenaires sociaux devraient faire figurer dans le but poursuivi par l'accord de performance collective dans le préambule de celui-ci.

Ainsi, « un tel contrôle peut être fait en cas de litige collectif (l'accord est contesté en justice) ou de litige individuel (un salarié licencié pour avoir refusé l'application de l'accord conteste son licenciement) »³¹⁸¹. Dès lors, l'accord de performance collective qui ne poursuit en réalité pas le but qui lui a été conventionnellement assigné, ou un but étranger à ceux mentionnés à l'article L. 2254-2 du Code du travail, ne pourrait qu'être nul, car il est illicite dès la conclusion de l'acte³¹⁸². Plus encore et fort logiquement, si le but disparaît en cours d'exécution de l'accord, ce dernier doit cette fois-ci être considéré comme étant caduc³¹⁸³.

800. Dans la mesure où l'accord de performance collective est « tout entier abandonné à la liberté conventionnelle »³¹⁸⁴, la législation spéciale travailliste n'offre au juge aucun outil spécifique lui permettant d'en contrôler la validité³¹⁸⁵. Aussi, le juge social pourrait être tenté de mobiliser des dispositions extra-travailleuses afin d'opérer le contrôle du but d'un accord de performance collective. À cet égard, la mobilisation volontaire du nouvel article 1162 du Code civil³¹⁸⁶ nous semble pertinente, en ce qu'elle l'autorise à prononcer la nullité ou la caducité de l'accord lorsque le but qu'il poursuit est illicite. La réalisation de ce contrôle sur le fondement du nouveau droit commun des contrats – en sus d'être juridiquement opportune – amplifierait l'influence produite par la réforme du droit des contrats dans les relations collectives de travail.

801. Une autre action amplificatrice de ladite influence peut être mise au jour au sujet du contrôle des accords de performance collective. En effet, au-delà de celui de son but, le juge social pourrait se servir du Code civil – et notamment du nouvel article 1169 du Code civil – afin de contrôler si l'acte conclu octroie aux salariés ou à leurs représentants au niveau collectif une contrepartie suffisante.

³¹⁸¹ G. AUZERO, « Brèves remarques sur les accords de performance collective », préc., p. 295.

³¹⁸² Un auteur cite l'exemple d'un accord de performance collective conclu dans l'optique d'accroître la valeur actionnariale de la société : *Ibid.* Cet accord, faute de but licite, est nul.

³¹⁸³ *Ibid.* V. ég. *supra*, n° 772 et s.

³¹⁸⁴ Selon la formule de P. LOKIEC, « L'accord de performance collective ou le champ infini des possibles », préc.

³¹⁸⁵ Si ce n'est que l'accord de performance collective doit être conclu selon les règles de l'accord dit « majoritaire », conformément à l'article L. 2232-12 du Code du travail : Cons. const., 20 oct. 2017, n° 2017-665 QPC, *Dr. soc.* 2018. 196, étude V. BERNAUD ; *RDT* 2017. 720, obs. A. FABRE ; *JCP G* 2019. 352, obs. M. VERPEAUX, A. MACAYA. De même, la loyauté de la négociation peut être contrôlée par le juge. Toutefois, l'action en nullité de l'accord de performance collective se prescrit par deux mois et l'article L. 2231-5-1 du Code du travail dispose que cet accord est dispensé de toute publication : V. not. G. MEYER, « L'exigence de loyauté dans la négociation des accords de performance collective », préc.

³¹⁸⁶ Celle-ci n'est en effet aucunement contrainte par le nouvel article 1105 du Code civil.

B. LE CONTRÔLE DE LA CONTREPARTIE

802. La sous-section consacrée au « contenu du contrat »³¹⁸⁷, qui s'ouvre sur l'article 1162 susmentionné, rappelle que notre droit interne refuse – sauf exception – de sanctionner la lésion³¹⁸⁸. Ainsi, le nouvel article 1168 du Code civil dispose que « dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement »³¹⁸⁹. Cette dernière, justement, vient infléchir ce principe au sein de l'article suivant, qui précise qu'un contrat conclu à titre onéreux est nul lorsqu'au moment de sa formation, la « contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire ». Cette disposition, inchangée par rapport au projet d'ordonnance de la Chancellerie³¹⁹⁰, « incarne [...] le contrôle objectif de l'utilité minimale du contrat »³¹⁹¹. Il s'agit ainsi – sans le dire – d'une réminiscence de ce qui était auparavant nommé sous le vocable de « cause de l'obligation »³¹⁹². Le texte exprime le fait qu'un contrat dépourvu de toute contrepartie suffisante est inutile et, dès lors, nul³¹⁹³. Critiqué en raison du cantonnement de son champ d'application aux seuls contrats à titre onéreux³¹⁹⁴, le nouvel article 1169 du Code civil place donc au centre de notre droit commun des contrats la notion de « contrepartie », jusqu'alors ignorée du Code civil. Selon le dictionnaire de l'Académie

³¹⁸⁷ Sous-section 3 (intitulée « le contenu du contrat ») de la section 2 (intitulée « la validité du contrat ») du chapitre II (intitulé « la formation du contrat ») du sous-titre I (intitulé « le contrat ») du titre III (intitulé « des sources d'obligations ») du livre III (intitulé « des différentes manières dont on acquiert la propriété ») du Code civil.

³¹⁸⁸ L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français : conforme aux programmes officiels des facultés de droit mis au courant des lois, des décrets lois, de la jurisprudence et de la doctrine*, Paris, LGDJ, t. 2, 9^e éd., 1923, p. 57, cité par D. HOUTCIEFF, « Le nouvel équilibre contractuel », préc., p. 59, définit la lésion comme « le préjudice subi par l'une des parties à raison des clauses mêmes qui figurent dans la convention : elle réside essentiellement dans un défaut d'équilibre de l'opération ».

³¹⁸⁹ V. not. Ch. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil*, préc., p. 332 et s.

³¹⁹⁰ Article 1167 du projet d'ordonnance publié par la Chancellerie le 25 févr. 2015. On y trouve aussi l'inspiration de l'article 1125 de l'avant-projet dit « CATALA », selon lequel « l'engagement est sans justification, faute de cause réelle, lorsque, dès l'origine, la contrepartie convenue est illusoire ou dérisoire ».

³¹⁹¹ Selon la formule de Th. GENICON, « Défense et illustration de la cause en droit des contrats », préc.

³¹⁹² La Cour de cassation a d'ailleurs rendu un arrêt au visa du nouvel article 1169 du Code civil en caractérisant « l'absence de cause », alors même que cette formule n'est plus censée être utilisée depuis le 1^{er} oct. 2016 : Com., 6 déc. 2017, n° 16-22.809, préc.

³¹⁹³ V. not. J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, préc., qui insiste sur l'existence de la cause.

³¹⁹⁴ Selon le nouvel article 1107 du Code civil, « le contrat est à titre onéreux lorsque chacune des parties reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure ». Le professeur Th. GENICON, *op. cit.*, s'étonne dès lors que le contrôle de l'utilité minimale du contrat soit réservée à cette seule catégorie de contrat : « on ne peut, sans incohérence politique, refuser d'aller au-delà de ce cas particulier et s'abstenir de porter le même contrôle sur les nombreux contrats qui ne relèvent pas de la logique de l'échange strict : les contrats aléatoires, les contrats coopératifs qui reposent non pas sur une permutation de valeurs mais sur leur mise en commun (contrat de société ou contrat d'édition, par ex.), les contrats ou actes unilatéraux à titre onéreux (promesse unilatérale de contrat, pacte de préférence, promesses de payer diverses, cautionnement, reconnaissance de dette, etc.) et, bien sûr, les contrats à titre gratuit ».

Française, le terme définit une « somme équivalente »³¹⁹⁵, une « compensation ou un dédommagement »³¹⁹⁶. Juridiquement, il est fait mention de la « contre-prestation »³¹⁹⁷ à un contrat synallagmatique³¹⁹⁸, mais aussi de « l'avantage reçu de l'autre »³¹⁹⁹ dans un contrat à titre onéreux. Son développement dans notre terminologie juridique est récent³²⁰⁰ et permet d'éclairer le sens qu'il convient de donner à la notion. Celle-ci a parfois été entendue comme l'échange des avantages attendus de la conclusion du contrat³²⁰¹, bien que ce sens ait été doctrinalement critiqué³²⁰². Plusieurs auteurs y analysent plutôt la « contrepartie » comme une « prestation échangées contre une autre prestation »³²⁰³ et il s'agit également du sens que nous retiendrons pour la suite de notre travail. Partant, il y a lieu de considérer qu'un contrat est nul si, au moment de sa formation, la prestation que doit recevoir l'une des parties – en échange de sa propre prestation, dans la mesure où l'article 1169 du Code civil est cantonné aux seuls contrats à titre onéreux – est illusoire ou dérisoire³²⁰⁴.

803. L'utilisation de ce texte dans le cadre des relations individuelles de travail a d'ores et déjà été analysée³²⁰⁵. Pour rappel, le contrôle de la cause de l'obligation peut être mis en œuvre lorsque la clause de non-concurrence³²⁰⁶, le temps de trajet inhabituel ou d'astreinte font l'objet

³¹⁹⁵ <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9C3989>.

³¹⁹⁶ *Ibid.*

³¹⁹⁷ V. not. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 14^e éd., 2022, V^o « Contrepartie ».

³¹⁹⁸ V. not. K. MOYA, « La contrepartie », *RTD civ.* 2023. 269.

³¹⁹⁹ G. CORNU, *op. cit.*

³²⁰⁰ V. not. C. DUPOUEY-DEHAN, *Essai sur la notion de contrepartie : contribution à l'étude des rapports entre droit du travail et droit des contrats*, Thèse, Toulouse I, 2007.

³²⁰¹ V. not. G. WICKER, « La suppression de la cause et les solutions alternatives », in R. SCHULZE et a. (dir.), *La réforme du droit des obligations en France*, Paris, Société de législation comparée, 2015, p. 107 et s., spé., n^o 18.

³²⁰² K. MOYA, « La contrepartie », préc., pour lequel la notion d'avantage « se prête mal à la définition de la contrepartie ». L'auteur fait remarquer qu'« au sein d'une vente, par exemple, il est difficile de considérer que le prix et le bien échangés sont des avantages. Ils sont plus vraisemblablement des choses qui confèrent des avantages ».

³²⁰³ *Ibid.*, pour lequel « la notion de prestation offre une vision plus réaliste de ce à quoi les parties à l'échange s'attendent ». V. ég. N. DISSAUX, Ch. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, préc., spé., p. 58.

³²⁰⁴ Pour la définition de ces termes, V. *supra*, n^o 32. Le nouvel article 1169 du Code civil renvoie à ce qui était nommé, en amont de l'ordonnance du 10 févr. 2016, sous le vocable de « fausse cause » : D. HOUTCIEFF, « Le nouvel équilibre contractuel », préc., p. 62. Demeure à déterminer si la jurisprudence bâtie sur cette notion sera reprise à son compte par la Cour de cassation. L'on pense, par exemple, à Civ., 1^{re}, 11 mars 2003, n^o 99-12.628, *RTD civ.* 2003. 287, obs. J. MESTRE, B. FAGES ; *JCP* 2003. I. 142, obs. J. ROCHFELD ; *RDC* 2003, p. 39, obs. D. MAZEAUD, qui, en cas de fausseté partielle de la cause, autorise le contractant qui en est victime de solliciter la réduction de l'obligation. À ce sujet, V. ég. J.-R. BINET, « De la fausse cause », *RTD civ.* 2004. 655 ; A. DONETTE, « La preuve de la fausse cause », *D.* 2012. 993.

³²⁰⁵ V. *supra*, n^o 125.

³²⁰⁶ V. not. Soc., 15 nov. 2006, n^o 04-46.721, préc. ; Soc., 16 mai 2012, n^o 11-10.760, préc.

d'une contrepartie dérisoire ou illusoire³²⁰⁷, mais aussi pour faire obstacle à la mise en œuvre du contrat de travail dit « zéro heure » en France³²⁰⁸. Ces hypothèses ne circonscrivent toutefois pas l'ensemble des cas dans lesquels le nouvel article 1169 du Code civil peut être mobilisé en terre travailliste. En effet, celui-ci permet également à la chambre sociale de la Cour de cassation de contrôler la contrepartie accordée à la communauté des salariés dans le cadre de la conclusion d'un accord de performance collective.

804. Afin de déterminer si cette disposition peut – ou non – trouver à s'appliquer à l'acte particulier qu'est l'accord de performance collective, il est obligatoire de déterminer, en amont, si celui-ci répond aux conditions de qualification d'un contrat à titre onéreux. Et pour cause ; si tel n'est pas le cas, la disposition précitée ne pourra être mise en œuvre. Il apparaît toutefois que, par la conclusion d'un tel accord, chacune des deux parties reçoit de l'autre « un avantage à celui qu'elle procure »³²⁰⁹. Pour le démontrer, imaginons qu'un accord de performance collective soit signé dans l'optique de préserver l'emploi dans une entreprise. Le but de l'accord est ici conforme à la législation spéciale travailliste³²¹⁰. Dans ce cas, les salariés doivent – s'ils acceptent la mise en œuvre de l'accord – réaliser certains sacrifices, qui portent sur la durée du travail, la rémunération ou la mobilité. En contrepartie, l'employeur s'engage à prendre des mesures effectives afin de répondre au but fixé par le préambule de l'accord et, partant, de préserver l'emploi. Ainsi, les deux parties à la négociation reçoivent une prestation de l'autre et l'accord de performance collective doit être considéré comme un contrat à titre onéreux au sens du nouvel article 1107 du Code civil. Dès lors, sa validité doit être rétroactivement remise en cause lorsque, au moment de sa conclusion, la contrepartie accordée à la partie salariale est illusoire ou dérisoire. Par exemple, si « un accord de performance collective conclu afin de préserver l'emploi ne comporte pas un engagement de maintien de l'emploi »³²¹¹, il est nul pour absence de contrepartie « aux sacrifices demandés aux salariés »³²¹².

805. En sus du contrôle du but de l'accord de performance collective, la réforme du droit des contrats offre au juge social un outil pour apprécier la teneur de la contrepartie accordée à la

³²⁰⁷ V. not. Y. PAGNERRE, « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », préc. ; « Droit des contrats et accords collectifs, regards croisés », préc.

³²⁰⁸ V. not. M. FABRE-MAGNAN, « La réforme du droit des contrats : quelques contre-feux civilistes à la déréglementation du droit du travail », préc.

³²⁰⁹ Article 1107, alinéa 1, du Code civil.

³²¹⁰ Article L. 2254-2, 1°, du Code du travail. V. *supra*, n° 798 et s.

³²¹¹ G. AUZERO, « Brèves remarques sur les accords de performance collective », préc., p. 295.

³²¹² *Ibid.*

partie faible. Alors que la législation travailliste a considérablement assoupli le régime de cet accord³²¹³, laissant aux partenaires sociaux un pouvoir quasi-illimité, la chambre sociale de la Cour de cassation pourrait être tentée de se saisir du nouvel article 1169 du Code civil pour sanctionner les accords de performance collective dont la contrepartie est inexistante ou insuffisante. Pour contourner les largesses du régime susmentionné, volontairement accordées par le législateur, le juge social pourrait chercher à s'emparer des dispositions générales civilistes, afin de contrôler le contenu de l'accord de performance collective. De ce fait, il contribuerait à nouveau à l'accroissement de l'influence produite par la réforme du droit des contrats en droit du travail, dont le degré dépasserait alors la borne théorique imaginée au sein de notre première partie.

806. La « boîte à outils »³²¹⁴ causaliste peut ainsi se révéler utile en droit du travail, dans le cadre de la quête d'un meilleur équilibre contractuel. Cet objectif peut également être poursuivi par le biais de l'utilisation volontaire de la théorie civiliste de l'imprévision, qui, en certaines circonstances, autorise le juge à adapter des prévisions contractuelles bouleversées par un événement imprévisible, afin de résorber le déséquilibre qui en découle.

§3. LA PROMOTION JUDICIAIRE DE L'ÉQUILIBRE DU CONTRAT

807. L'ordonnance du 10 février 2016 a inséré la théorie de l'imprévision dans le Code civil, faisant suite aux tressautements jurisprudentiels de la fin du siècle dernier³²¹⁵. Ladite théorie est un instrument supplémentaire mis à la disposition du juge dans le contrôle de l'équilibre du contrat³²¹⁶, malgré l'opposition du Sénat lors de la négociation de la loi de ratification du 20 avril 2018³²¹⁷. Dans le but de déterminer si le droit civil de l'imprévision est susceptible d'être mobilisé dans la sphère travailliste (**C**), il est auparavant essentiel d'en présenter les conditions de qualification (**A**) et la procédure qu'impose le Code civil (**B**).

³²¹³ Par rapport au régime des accords qui l'ont précédé, à savoir les accords de maintien dans l'emploi, de mobilité interne et de préservation et de développement de l'emploi.

³²¹⁴ Y. LEQUETTE, « Y aura-t-il encore en France, l'an prochain, un droit commun des contrats ? », préc.

³²¹⁵ V. *supra*, n° 725.

³²¹⁶ V. not. M. FABRE-MAGNAN, « La réforme du droit des contrats : quelques contre-feux civilistes à la déréglementation du droit du travail », préc.

³²¹⁷ Le Sénat a, en effet, souhaité supprimer la faculté pour le juge de réviser le contrat sur la base de l'imprévision : V. not. F. CHÉNÉDÉ, « La réforme du droit des contrats et le dialogue des chambres », préc.

A. LA QUALIFICATION DE L'IMPRÉVISION

808. Le nouvel article 1195 du Code civil se scinde en deux alinéas³²¹⁸. Le premier est essentiellement consacré à l'expression des critères de sa qualification. Il s'en évince que la procédure amiable de renégociation puis celle, judiciaire, de révision du contrat ne peuvent être mises en œuvre que lorsque les enjeux du contrat sont chamboulés par un changement imprévisible de circonstances (1), qui en rend l'exécution « excessivement onéreuse »³²¹⁹ (2) pour une partie qui, de surcroît, ne doit pas avoir accepté d'en assumer le risque (3)³²²⁰. Il faut néanmoins garder à l'esprit que le Parlement a, en de nombreuses occasions, affirmé le caractère supplétif du texte³²²¹. Les contractants peuvent donc, à leur guise, moduler ou écarter les conditions de validité prévues par le Code civil³²²². Pour autant, puisque les aménagements conventionnels de la théorie de l'imprévision ne peuvent qu'être difficilement anticipés, nos développements à venir seront fondés sur la lettre et les critères du nouvel article 1195 du Code civil.

³²¹⁸ V. not. Ch. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil*, préc., p. 354.

³²¹⁹ Article 1195, alinéa 1, du Code civil.

³²²⁰ À l'inverse de ce que prévoyait l'article 1135-1 de l'avant-projet rédigé sous la direction de M. P. CATALA (« dans les contrats à exécution successive ou échelonnée, les parties peuvent s'engager à négocier une modification de leur convention pour le cas où il adviendrait que, par l'effet des circonstances, l'équilibre initial des prestations réciproques fut perturbé au point que le contrat perde tout intérêt pour l'une d'entre elles »), la théorie de l'imprévision n'a pas été cantonnée aux seuls contrats à exécution successive. Les contrats dont l'exécution est instantanée sont ainsi également concernés : V. not. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, préc., p. 471.

³²²¹ V. not. S. HOULIÉ, *Rapport n° 639*, préc., p. 6 et 30, où il est indiqué qu'« il a été jugé qu'il fallait relativiser l'atteinte portée à la force obligatoire du contrat et à la liberté contractuelle compte tenu du caractère supplétif de volonté de l'article 1195 [...] », mais aussi que « l'article 1195 du Code civil est supplétif de volonté, c'est-à-dire que les parties sont libres, non seulement d'en écarter l'application, totalement ou partiellement, mais également d'en aménager librement les modalités, par exemple en définissant les changements de circonstances admis ou en prévoyant un processus spécifique de révision ». Enfin, au cours des débats, le rapporteur de l'Assemblée nationale a énoncé, ce que rappelle l'article 8 du rapport susmentionné, que « la disposition prévue à l'article 1195 du Code civil est supplétive de volonté. Bien évidemment, si les parties prévoient l'inverse, elle ne s'applique pas ».

³²²² À ce sujet, V. not. O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, préc., p. 438 et s. V. not. Rennes, ch. 01, 14 déc. 2021, n° 21/00471, où il est indiqué que « les parties écartent les dispositions de l'article 1195 du Code civil permettant la révision du contrat pour imprévision ». V. ég. Paris, pôle 4, chambre 1, 23 juin 2023, n° 21/15024, qui constate que « nonobstant le caractère nouveau de cette demande en appel, il est constant que le compromis écarte expressément en page 29 l'imprévision, sans que M. T et Mme P, au demeurant assisté de leur propre notaire, soient fondés à soutenir qu'[ils] n'avaient pas compris la portée de cette clause » ; Paris, pôle 1, chambre 10, 15 juin 2023, n° 22/15645 : « or, dans les promesses de vente de l'immeuble, la SAS Olympe FR4 avait renoncé à se prévaloir de l'imprévision, dans un paragraphe n° 43 intitulé « renonciation à l'imprévision », par lequel les parties écartaient les dispositions de l'article 1195 du Code civil ». Pour une critique de la supplétivité de l'article 1195 du Code civil : R. LIBCHABER, « Pour une impérativité raisonnée de la révision pour imprévision », *D.* 2020. 1185.

1. Un changement imprévisible de circonstances

809. La caractérisation de l'imprévision passe par celle, préalable, d'un « changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat »³²²³. Cette formule nous évoque plus largement l'article 1218 du Code civil, relatif au cas de force majeure³²²⁴, qui est néanmoins rédigé en des mots différents³²²⁵, ce qui peut semer le trouble quant à la définition de l'imprévisibilité. Le sens à donner à celle-ci peut cependant s'évincer de la lettre du nouvel article 1195 du Code civil, qui est particulièrement vaste, puisqu'il n'apporte aucune précision au sujet de la nature ou du caractère de l'imprévisibilité. Sur cette base, il nous semble certain que le « changement de circonstances » soit protéiforme ; il n'a pas à être obligatoirement juridique. Il peut dès lors être la résultante d'un événement d'ordre économique, financier, sociétal, environnemental, technologique ou naturel³²²⁶. Si le texte est rédigé de manière large, cela ne l'empêche toutefois pas d'être interprété strictement. Ainsi, quel qu'en soit la nature, l'imprévisibilité doit être perçue comme « ce qui ne peut pas être prévu »³²²⁷. Une conception plus souple, entendue comme « ce qui n'a pas été prévu », emporterait de trop lourdes conséquences pour le contrat et ses stipulations³²²⁸. En effet, l'imprévisibilité constitue la clé de voute qui autorise le juge à passer outre le principe de la force obligatoire du contrat³²²⁹. Ainsi, « l'acte de prévision »³²³⁰ qu'est le contrat « chasse la révision pour imprévision »³²³¹ toutes les fois où « l'événement est entré dans le champ contractuel »³²³². En conséquence, si le changement de circonstances pouvait être envisagé lors de la conclusion du contrat, la voie de l'imprévision doit être hermétiquement close, au risque de porter une atteinte trop importante

³²²³ Article 1195, alinéa 1, du Code civil.

³²²⁴ L'imprévisibilité est un critère traditionnel du cas de force majeure, mentionné par le nouvel article 1218 du Code civil.

³²²⁵ Là où l'article 1195 du Code civil évoque un « changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat », l'article 1218 dudit Code vise un « événement [...] qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat ». Certains auteurs regrettent que les formules des deux textes n'aient pas été harmonisées : V. not. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, préc., p. 474 et s.

³²²⁶ *Ibid.*, p. 473.

³²²⁷ Selon la définition donnée par le dictionnaire de l'Académie Française : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9I0468>

³²²⁸ V. not. Ch. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil*, préc., p. 354.

³²²⁹ Article 1103 du Code civil. L'atteinte portée audit principe n'est toutefois pas totale, car le débiteur malheureux doit continuer à exécuter ses obligations – une fois que leur exécution est devenue excessivement onéreuse – pendant toute la procédure.

³²³⁰ P. ANCEL, « Imprévision », *Rep. civ.*, Dalloz, 2017, spé., n° 64.

³²³¹ Selon la formule de V. ARMILLEI, « La révision pour imprévision appliquée aux accords collectifs de travail », préc.

³²³² *Ibid.*

aux prévisions initiales des contractants³²³³. Cela explique fort logiquement pourquoi, lorsqu'une des parties est à l'origine du changement précité, la théorie de l'imprévision ne peut valablement s'appliquer³²³⁴.

L'interprétation stricte du caractère imprévisible de l'événement doit, à notre sens, tenir compte d'autres éléments, qui lui sont extérieurs. Ainsi, elle est amenée à tenir compte de l'identité, la qualité et des compétences du débiteur³²³⁵. Elle a donc vocation à s'effectuer de manière objective. Le juge doit apprécier si, placé dans la même situation que le débiteur, un contractant moyen aurait pu – ou non – prévoir la survenance du changement de circonstances³²³⁶. Si la réponse est négative, l'imprévisibilité est caractérisée. On considère ainsi que lorsque les prévisions par lesquelles le débiteur s'est engagé ont évolué significativement sans que cela n'ait pu être envisagé, le juge peut intervenir dans le contenu du contrat pour le (re)modeler. L'imprévisibilité agit ainsi, selon plusieurs auteurs, comme « un vice du consentement *a posteriori* »³²³⁷, qui autorise la modification amiable ou judiciaire des stipulations contractuelles initiales. Elle peut, par contre, aussi bien « concerner la survenance de l'événement que son ampleur »³²³⁸. Si le changement de circonstance, en lui-même, était envisageable par les parties, mais qu'il intervient dans des proportions inimaginables, il doit à notre sens être considéré comme ayant été imprévisible lors de la formation du contrat.

En somme, la première étape de la mise en œuvre de la théorie de l'imprévision commande à la partie qui en souffre³²³⁹ de démontrer qu'un changement de circonstances,

³²³³ V. not. Nîmes, 4^{ème} chambre commerciale, 25 janvier 2023, n° 21/00638, où les juges indiquent que « contrairement à ce qu'elle soutient, l'évolution favorable de la société MV2 devenue Genius Loci était bel et bien envisagée dès le premier contrat conclu le 17 décembre 2011 [...]. Les conditions de l'article 1195 du Code civil n'étant pas remplies, il n'appartient pas au juge de modifier le prix convenu par les parties ».

³²³⁴ V. not. Poitiers, ch. civile 02, 15 sept. 2020, n° 19/01054 : « dès lors, l'appelante n'est pas fondée à soutenir qu'était imprévisible l'évolution des circonstances économiques de l'exploitation de son fonds en raison de l'amortissement d'un contrat de crédit à compter du mois de janvier 2018 et de la cessation, également au mois de janvier 2018, du versement par la société DP de l'indemnité compensatrice contractuellement prévue jusqu'au 31 décembre 2017 alors même qu'elle a elle-même créé le changement de circonstances prévu par l'article 1195 du Code civil [...] ».

³²³⁵ Th. REVET, « Le juge et la révision du contrat », *RDC* 2016, p. 373.

³²³⁶ V. not. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, préc., p. 474.

³²³⁷ O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, préc., p. 445.

³²³⁸ G. CHANTEPIE, M. LATINA, *op. cit.*, p. 473.

³²³⁹ La charge de la preuve pèse sur celui pour lequel l'exécution du contrat est devenue excessivement onéreuse en raison de l'irruption précitée d'un événement imprévisible. Cela se devine de la lettre du nouvel article 1195 du Code civil. V. ég. Paris, pôle 1, ch. 3, 20 sept. 2023, n° 22/14558, qui constate que l'appelante – victime de la survenance imprévisible d'un événement postérieur à la conclusion du contrat – « n'offre pas d'établir le

imprévisible dans son irruption ou son ampleur lors de la conclusion du contrat, s'est déclaré postérieurement, en cours d'exécution de celui-ci.

810. Un contentieux relativement développé s'est noué autour de l'imprévisibilité de l'événement invoqué au soutien d'une action intentée sur le fondement du nouvel article 1195 du Code civil. Les juges du fond ont ainsi eu l'occasion d'en préciser les contours. Il en est par exemple allé ainsi dans une espèce où un particulier a acquis un véhicule d'occasion auprès d'un professionnel, moyennant la reprise de celui qui lui appartenait jusqu'alors et dont la valeur était supérieure. Afin de combler cette différence de valeur pécuniaire, le professionnel a accordé à l'acheteur un avoir de 5 500 euros, « consenti pour un prochain achat » selon les termes de l'acte de vente. Après avoir constaté des désordres internes au véhicule nouvellement acheté – propres à la boîte de vitesse et à l'absence des écrous antivols – l'acquéreur a sollicité, sur le fondement de la théorie de l'imprévision, le remboursement des frais de réparation et la délivrance de la somme de 5 500 euros au titre de la reprise de son ancien véhicule. À l'instar du juge de première instance, la Cour d'appel de Metz a estimé que « les désordres ayant affecté le véhicule et constatés par l'expert judiciaire, ne constituent pas un changement de circonstances imprévisible, un défaut sur un véhicule d'occasion n'étant nullement imprévisible au sens de l'article 1195 du Code civil »³²⁴⁰.

Cette même Cour d'appel a plus tard jugé, dans une autre affaire, que « la fixation d'une taxe foncière qui répond à des barèmes et à une tarification fixe ne peut constituer [un] changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat »³²⁴¹. Ainsi, sans surprise, toutes les fois où la survenance de l'événement est commandée par un texte, il y a lieu d'écarter l'existence de toute imprévisibilité³²⁴².

A contrario, les juges du fond de Versailles ont considéré que la crise sanitaire du covid-19 peut être considérée comme une circonstance imprévisible lors de la signature d'un bon de

changement de circonstances [imprévisible] », ce qui fait obstacle à la mise en œuvre de la théorie de l'imprévision. V. ég. Nîmes, 4^{ème} chambre commerciale, 25 janvier 2023, n° 21/00638, préc., où les juges constatent que « l'intimée ne démontre pas en quoi, en décembre 2016 et encore en décembre 2017, elle est respectivement dans l'impossibilité de prévoir l'évolution de sa charge de travail pour 2017 puis 2018 ».

³²⁴⁰ Metz, ch. 03, 12 nov. 2020, n° 19/00632.

³²⁴¹ Metz, ch. commerciale, 27 mai 2021, n° 21/00185.

³²⁴² Sur cet aspect, V. ég. Poitiers, ch. sociale, 31 oct. 2019, n° 18/01279, qui indique que « l'employeur ne peut valablement invoquer l'imprévision alors que les sommes dues à Mme F ne résultent que de l'application des textes en vigueur dès le début du contrat de travail ».

commande intervenue le 8 janvier 2020, permettant à l'acquéreur – une blanchisserie teinturerie qui a été « confrontée à d'importantes difficultés financières du fait de l'arrêt de l'activité hôtelière en région parisienne [pendant les multiples confinements] »³²⁴³ – de valablement solliciter la renégociation des termes de ladite commande, en application du nouvel article 1195 du Code civil. Il ne fait en effet que peu de doute que, tant du point de vue de sa survenance que de son ampleur, la crise sanitaire était encore un événement imprévisible au début de l'année 2020³²⁴⁴. Pour l'heure, l'hypothèse de la pandémie concentre l'immense majorité des applications de la théorie de l'imprévision. Par un arrêt du 7 avril 2022, la chambre commerciale de la Cour d'appel de Grenoble a certes mis fin à un contrat sur le fondement de l'imprévision en dehors de tout contexte pandémique, mais elle n'a toutefois pas pris le soin de caractériser clairement l'événement imprévisible qui est survenu³²⁴⁵. Ainsi, pour l'heure, en dehors de la situation très spécifique de la crise sanitaire du début de notre décennie, le nouvel article 1195 du Code civil n'est quasiment jamais mis en œuvre, le plus souvent en raison de l'impossibilité, pour la partie concernée, de parvenir à démontrer l'existence d'un changement de circonstances, imprévisible lors de l'échange des consentements.

811. Pris isolément, ce changement ne permet pas la mobilisation de la théorie de l'imprévision. En effet, ses conséquences doivent également être appréciées. Plus exactement, pour la partie qui le subit, l'exécution du contrat doit être devenue excessivement onéreuse.

2. Une exécution excessivement onéreuse

812. L'événement dont l'irruption n'a pu être prévue doit, pour que le nouvel article 1195 du Code civil puisse être valablement mis en œuvre, avoir une influence sur l'onérosité de l'exécution du contrat pour l'une des deux parties. Selon la lettre de l'article, ce n'est en effet que lorsque ladite exécution est devenue « excessivement onéreuse » pour le débiteur que la théorie de l'imprévision peut être mobilisée. L'emploi de cette formule appelle plusieurs remarques.

³²⁴³ Versailles, 12^e chambre, 6 juill. 2023, n° 21/06496.

³²⁴⁴ Ceci est d'ailleurs confirmé par Versailles, 1^{re} chambre, 1^{re} section, 7 nov. 2023, n° 21/06606, qui estime qu'il est « indéniable qu'au moment de la signature du contrat les parties n'ont pas [pu] prévoir la survenance d'une pandémie qui viendrait contrarier leurs plans ».

³²⁴⁵ Grenoble, ch. commerciale, 7 avr. 2022, n° 21/00555.

813. Au sein du chapitre précédent, nous avons évoqué la question de l'onérosité et la manière dont ce terme doit être compris³²⁴⁶. À notre avis, il y a lieu de le cantonner à son sens premier, qui renvoie à un « prix d'argent »³²⁴⁷ ou à ce « qui exige beaucoup d'argent »³²⁴⁸. En somme, il ne serait pas possible de détacher l'onérosité de sa coloration monétaire, ce qui explique pourquoi, selon nous, la voie de la théorie de l'imprévision est fermée aux travailleurs subordonnés³²⁴⁹. Le Code civil adjoint toutefois au terme un autre adjectif ; l'onérosité du contrat doit être « excessive », en raison de la survenance imprévue d'un événement. Cela signifie, tout d'abord, que le prix de la prestation de celui qui souffre dudit événement doit évoluer. En effet, s'il reste fixe, il est impensable de considérer que ce dernier a rendu l'exécution du contrat excessivement coûteuse³²⁵⁰. C'est d'ailleurs ce qu'a retenu la Cour d'appel de Paris, qui indique dans un arrêt du 9 juin 2023 que « le décès de [la mère de M. G] n'est pas une circonstance rendant l'exécution du contrat « excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque », puisque le prix était fixé initialement à 45.000 euros, que l'option soit levée par celle-ci ou par M. G »³²⁵¹. Partant, la formule employée au premier alinéa du nouvel article 1195 du Code civil impose la démonstration d'une variation du coût de la prestation du débiteur, qui ne doit d'ailleurs pas résulter de la seule application de la loi³²⁵².

N'importe quelle variation n'est cependant pas susceptible de satisfaire la seconde condition posée par le texte. Celui-ci, à l'instar du nouvel article 1143 du Code civil, use du mot « excessif ». Conformément à ce que nous exprimions alors³²⁵³, l'onérosité doit être intempérante. Une légère augmentation des coûts se révèle donc insuffisante³²⁵⁴. De la même manière, le fait, pour une entreprise, de démontrer qu'elle a terminé un exercice avec un solde

³²⁴⁶ V. *supra*, n° 677.

³²⁴⁷ Selon la définition qu'en donne le dictionnaire de l'Académie Française : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9O0461>.

³²⁴⁸ *Ibid.*

³²⁴⁹ Dans la mesure où le salarié ne paie rien au cours de l'exécution du contrat de travail, celle-ci ne peut pas devenir, pour lui, excessivement onéreuse : V. *supra*, *op. cit.* V. ég. V. ARMILLEI, « La révision pour imprévision appliquée aux accords collectifs de travail », préc. ; S. TOURNAUX, « Chronique d'actualité du régime juridique du contrat de travail », préc.

³²⁵⁰ Pour une nuance de cette affirmation, V. ci-dessous.

³²⁵¹ Paris, pôle 1, chambre 8, 9 juin 2023, n° 22/18218.

³²⁵² V. not. Poitiers, 31 oct. 2019, n° 18/01279 : « par ailleurs, l'employeur ne peut valablement invoquer l'imprévision alors que les sommes dues à Mme F ne résultent que de l'application des textes en vigueur dès le début du contrat de travail ».

³²⁵³ V. *supra*, n° 498 et s.

³²⁵⁴ V. not. F. ROUVIÈRE, « Révision pour imprévision : l'impératif économique est-il un impératif juridique ? », *RTD civ.* 2020. 738, qui indique que, pour que l'imprévision soit reconnue, « il ne s'agit [...] pas simplement d'une mauvaise affaire. L'imprévision tente de juguler un non-sens économique ».

négalif « ne prouve pas que l'exécution de l'obligation de paiement des redevances soit devenue excessivement onéreuse, au sens de l'article 1195 [du Code civil] »³²⁵⁵. Il convient pour le débiteur de prouver que, pour lui, l'exécution du contrat est devenue démesurément chère³²⁵⁶. Ainsi, « chacun est tenu de supporter le surcoût de l'exécution causé par la survenance d'un événement imprévisible. Ce n'est que si ce surcoût est, en quelque sorte, intenable que, de façon dérogatoire et exceptionnelle, l'article 1195 accepte de relâcher la force obligatoire »³²⁵⁷.

814. Une exception, illustrée par le contentieux précité de la crise sanitaire, doit être aménagée à l'impérative hausse consécutive du coût de la prestation. Plusieurs litiges ont en effet porté sur le non-paiement des loyers au cours de cette période. Or, comme le fait remarquer une auteure, « dans ces circonstances, l'exécution onéreuse ne signifie pas plus coûteuse puisque le montant des loyers reste inchangé, mais bien plus lourde face à l'absence d'activité et la privation de ressources qui en résulte »³²⁵⁸. En pareille situation, l'excessive onérosité ne résulterait pas d'une variation à la hausse du coût de l'obligation du débiteur – car le montant du loyer est resté fixe – mais de l'accroissement de son poids dans le patrimoine de celui-ci, en raison, par exemple, de l'arrêt de son activité au titre des mesures gouvernementales visant à lutter contre la pandémie. La fixité d'un prix ne ferait alors pas toujours obstacle à la théorie de l'imprévision, dans la mesure où sa part dans les finances du débiteur a substantiellement augmenté en raison d'un changement imprévisible de circonstances³²⁵⁹. Les Cours d'appel saisies de tels litiges n'ont toutefois pas rendues de réponse claire sur cette question pourtant primordiale, se contentant de répondre que « le locataire est devenu occupant sans droit ni titre en vertu du jeu d'une clause résolutoire de plein droit »³²⁶⁰ ou qu'en raison de l'acceptation du créancier de renégocier les termes du contrat de bail, « la demande d'exonération du paiement des loyers sur le fondement de l'article 1195 du Code civil n'est pas fondée »³²⁶¹. Pour autant,

³²⁵⁵ Poitiers, ch. civile 02, 8 févr. 2022, n° 21/01536.

³²⁵⁶ À cet égard, G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, préc., p. 476 font remarquer que ledit débiteur dispose d'une option : agir sur le fondement du nouvel article 1195 du Code civil ou attendre que le créancier « agisse contre lui en exécution forcée et tenter de lui opposer « la disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier » au sens de l'article 1221 du Code civil ». Pour la distinction entre les deux textes et leurs formules, V. not. S. HORN, « La distinction entre onérosité excessive et coût manifestement disproportionné dans le nouveau droit des contrats », *AJ contrat* 2019. 333.

³²⁵⁷ O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, préc., p. 447.

³²⁵⁸ C. TEYSSIER, « L'imprévision : un bilan mineur pour une innovation majeure du droit des contrats », *CCC* 2023. 7.

³²⁵⁹ *Ibid.*

³²⁶⁰ Paris, pôle 01, ch. 02, 4 nov. 2021, n° 21/05272.

³²⁶¹ Paris, pôle 01, ch. 02, 20 janv. 2022, n° 21/11811.

« dans la mesure où la contrepartie de la somme d'argent³²⁶² se réduit considérablement en raison d'un cas d'imprévision, et même si la somme ne varie pas, le débiteur paie alors un bien ou un service pour un prix « excessivement onéreux » au regard de leur nouvelle valeur de marché »³²⁶³. Il apparaît, de plus, que l'article 6.2.2 des principes Unidroit retient expressément qu'« il y a *hardship* lorsque surviennent des événements qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations, soit que le coût de l'exécution des obligations ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué ». Ainsi, à notre sens, il y a lieu de considérer que l'excessive onérosité inhérente à la théorie de l'imprévision se caractérise également lorsque l'équilibre du contrat est profondément chamboulé, bien que le montant de la prestation, lui, n'ait pas été amené à varier³²⁶⁴.

815. Une autre interrogation demeure, au-delà du sens à accorder au mot « onéreux ». En effet, il faut déceler l'élément vis-à-vis duquel cette excessive onérosité doit être interprétée, puisqu'il existe « deux approches possibles »³²⁶⁵. En premier lieu, « les frais et dépenses peuvent s'avérer excessifs [...] par rapport à la contre-prestation »³²⁶⁶. Dans cette hypothèse, l'analyse de ce critère resterait cantonnée aux limites du contrat. Dès lors, il serait satisfait toutes les fois où la survenance imprévisible de l'événement a gravement nuit à l'équilibre du contrat ; il n'est alors pas nécessaire, en sus, de prouver que la situation personnelle du débiteur – au-delà du contrat – a également été lourdement impactée. En second lieu et *a contrario*, l'onérosité immodérée pourrait être appréciée eu égard au débiteur lui-même ; pour que la théorie de l'imprévision puisse être appliquée, il faudrait alors que l'événement susmentionné ait grièvement porté atteinte à « la condition patrimoniale »³²⁶⁷ d'une personne physique ou morale³²⁶⁸, auquel cas il conviendrait de tenir compte concrètement de sa puissance financière.

³²⁶² À savoir, le loyer mis à la charge du preneur.

³²⁶³ H. BARBIER, « L'obligation de payer une somme d'argent insensible à la force majeure et à l'imprévision ? », *RTD civ.* 2022, 129.

³²⁶⁴ En ce sens, V. not. Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUCK, *Droit des obligations*, préc., spé., n° 436 ; F. TERRÉ, Ph. SIMMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations*, préc., spé., n° 639.

³²⁶⁵ *Ibid*, p. 452.

³²⁶⁶ S. HORN, « La distinction entre onérosité excessive et coût manifestement disproportionné dans le nouveau droit des contrats », préc.

³²⁶⁷ O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, préc., p. 452.

³²⁶⁸ Dans ce dernier cas, des auteurs ont d'ailleurs imaginé que l'application du nouvel article 1195 du Code civil puisse être en concurrence avec celui de l'article L. 620-1 du Code de commerce, relatif à l'ouverture d'une procédure de sauvegarde : G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, préc., p. 477. Sur ce sujet, V. not. D. CHAZEAU, « L'appréciation du caractère insurmontable des difficultés du débiteur de l'article L. 620-1 du Code de commerce à l'aune du nouvel article 1195 du Code civil », *LPA* 2018, n° 57, p. 7.

Les débats qui ont précédé l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016 et la loi du 20 avril 2018 ne nous permettent pas d'éclaircir cette interrogation, pas plus que le texte lui-même. Plusieurs auteurs estiment d'ailleurs qu'il est ardue d'y apporter une réponse nette³²⁶⁹, d'autant plus que le contentieux de l'imprévision ignore bien souvent la question de l'excessive onérosité de l'exécution du contrat. Un arrêt de la Cour d'appel de Grenoble pourrait toutefois offrir un élément de réponse, en énonçant que « la société Les Eaux Vives ne [justifie] d'aucun changement de circonstances imprévisible ayant rendu ses obligations contractuelles tellement lourdes que le contrat ayant alors perdu tout intérêt nécessitait d'être révisé »³²⁷⁰. Au regard de cette décision, l'excessive onérosité ne devrait être interprétée qu'à l'intérieur de la relation contractuelle³²⁷¹. Dans cette hypothèse, l'impact de l'événement sur la santé financière globale d'une partie pourrait être utilisé à titre de présomption ; il pourrait en effet être soutenu que si le changement de circonstance nuit lourdement à cette santé, il a nécessairement rendu l'exécution du contrat excessivement onéreuse³²⁷². Il serait ainsi opportun que la Cour de cassation vienne préciser le champ dans lequel cette onérosité doit être appréhendée.

816. La démonstration d'un « changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat [qui en] rend l'exécution excessivement onéreuse » ne suffit toujours pas à mobiliser avec succès la théorie civiliste de l'imprévision. Le Code civil prévoit en effet une troisième et dernière condition, négative cette fois-ci : le débiteur ne doit pas avoir accepté au préalable de supporter le risque de l'imprévision.

3. L'assomption du risque de l'imprévision

817. La porte de l'imprévision est expressément fermée au contractant qui, lors de la conclusion du contrat, a accepté d'assumer le risque créé par le changement de circonstances. De prime abord, cette précision se contente d'exprimer le caractère supplétif du nouvel article 1195 du Code civil³²⁷³. Simple en apparence, elle est néanmoins source de nombreuses

³²⁶⁹ V. not. S. HORN, « La distinction entre onérosité excessive et coût manifestement disproportionné dans le nouveau droit des contrats », préc. ; O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, préc., p. 452.

³²⁷⁰ Grenoble, 1^{ère} chambre, 19 déc. 2023, n° 22/00843.

³²⁷¹ Pour la confirmation de cet avis, V. P. ANCEL, « Imprévision », préc., spé., n° 76.

³²⁷² Comme ce peut être le cas dans les litiges relatifs au non-paiement des loyers au cours de la période de pandémie, évoquée ci-dessus : V. *supra*, n° 814. En effet, la charge de loyer, dans ces litiges, grevait le patrimoine général du débiteur, elle ne portait pas seulement atteinte à l'économie du contrat de bail.

³²⁷³ V. not. H. BARBIER, « L'imprévision, l'acceptation des risques, et le juge des référés », *RTD civ.* 2017. 387.

difficultés, car l'assomption du risque de l'imprévision par une partie peut se nicher dans la nature même du contrat conclu ou au sein de celui-ci, par une clause expresse.

818. À l'inverse de notre législation générale civiliste, le Code civil italien indique en son article 1467, alinéa 2, que « la résolution [pour imprévision] ne peut être demandée si l'onérosité survenue rentre dans l'aléa normal du contrat ». Ainsi, il est des catégories de contrat qui, naturellement, supposent un aléa et, partant, un événement imprévisible. Il en est de la sorte du contrat aléatoire, définit à l'article 1108 du Code civil comme celui où « les parties acceptent de faire dépendre les effets du contrat, quant aux avantages et aux pertes qui en résulteront, d'un événement incertain »³²⁷⁴. En cette circonstance, « chaque contractant accepte par avance que la prestation attendue dépende du hasard, c'est-à-dire d'un événement imprévisible, et puisse donc ne jamais être fournie. Ce résultat a été voulu et accepté par avance et, dès lors, l'article 1195 ne peut évidemment pas trouver à s'appliquer [...] pour la simple et bonne raison que l'événement considéré était, certes incertain dans sa réalisation, mais prévu dans sa possibilité de réalisation »³²⁷⁵. Par la conclusion de ces contrats aléatoires, les contractants acceptent que leurs gains ou pertes futurs soient dictés par un aléa. Dès lors, au sens du nouvel article 1195 du Code civil, ils ont accepté d'assumer le risque de l'imprévisibilité.

Bien que l'aléa soit inhérent à cette catégorie de contrat, la théorie de l'imprévision peut tout de même y être envisagée. Le professeur A. Bénabent explique en effet que lorsqu'il « déborde le cadre des risques normaux de l'exécution du contrat »³²⁷⁶, l'aléa est alors imprévisible et la théorie éponyme peut être mobilisée. Par exemple, dans le cas d'un « risque tout à fait exorbitant des prévisions de l'assureur [...] l'obligeant [...] à verser une indemnité colossale »³²⁷⁷, l'aléa est imprévisible, non pas nécessairement dans sa survenance, mais dans son intensité. Il serait alors envisageable, pour l'assureur, de solliciter la renégociation du contrat auprès de l'assuré, qui n'est guère contraint de l'accepter³²⁷⁸.

Les contrats aléatoires ne concentrent pas toutes les hypothèses dans lesquelles l'assomption du risque par les parties peut se déduire naturellement. Certains contrats

³²⁷⁴ Article 1108, alinéa 2, du Code civil.

³²⁷⁵ O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, préc., p. 454 et s.

³²⁷⁶ A. BÉNABENT, *La chance et le droit*, Paris, LGDJ, 1973, spé., n° 90.

³²⁷⁷ H. BARBIER, « L'imprévision, l'acceptation des risques, et le juge des référés », préc.

³²⁷⁸ V. *infra*, n° 823 et s.

commutatifs³²⁷⁹ peuvent en effet être « [teintés] d'aléa »³²⁸⁰. Un arrêt de la Cour d'appel de Colmar l'illustre topiquement. Dans les faits, une banque a octroyé un prêt immobilier à un taux variable, indexé sur un indice qui, quatre années après la conclusion du contrat, est devenu négatif. Il s'agit d'un aléa manifestement imprévisible lors de la conclusion du contrat. Puisqu'un taux d'intérêt négatif est « synonyme de pertes sèches »³²⁸¹, la banque a refusé de l'appliquer et a continué de mettre en œuvre le taux d'intérêt pratiqué jusqu'alors, ce que l'emprunteur a judiciairement contesté. Les juges colmariens, dans une décision rendue sous l'empire du droit antérieur à la réforme de 2016, observent que « le contrat ne comporte pas de plafond à la variation du taux, ce qui peut jouer en défaveur de l'emprunteur ; pas davantage qu'une ne comporte de plancher à la variation du taux, ce qui peut jouer en défaveur de la banque »³²⁸². L'imprévision a, par conséquent, été rejetée à juste titre. Il est d'ailleurs probable que la solution aurait été identique aujourd'hui, car le juge pourrait considérer que par la stipulation d'un taux d'intérêt susceptible d'être négatif, même si c'est difficilement prévisible, la banque a accepté d'assumer le risque qui en découle³²⁸³. Elle ne serait dès lors pas fondée à solliciter la renégociation du contrat sur le fondement du nouvel article 1195 du Code civil.

819. En plus d'être occasionnellement liée à la nature du contrat, l'assomption du risque par l'une des deux parties peut aussi résulter de la stipulation d'une clause expresse³²⁸⁴. Les clauses qui prévoient le rejet de l'article susmentionné – qui paraissent être plus efficaces que celles qui excluent de l'imprévision une liste d'événements potentiels³²⁸⁵ – risquent ainsi de se multiplier dans certains contrats³²⁸⁶. Stipulée dans un contrat d'adhésion au détriment de la

³²⁷⁹ Article 1108, alinéa 1, du Code civil : « le contrat est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à procurer à l'autre un avantage qui est regardé comme l'équivalent de celui qu'elle reçoit ».

³²⁸⁰ Selon la formule de P.-Y. GAUTHIER, « Les risques assumés par l'acheteur d'une entreprise en difficulté, pris en compte pour le calcul et le montant du prix (suite) », *RTD civ.* 1998. 925.

³²⁸¹ Selon la forme de H. BARBIER, « L'imprévision, l'acceptation des risques, et le juge des référés », préc.

³²⁸² Colmar, ch. civile 01, sect. A, 8 mars 2017, n° 16/00310, *D.* 2017. 965, obs. J. LASSERRE-CAPDEVILLE.

³²⁸³ V. not. H. BARBIER, *op. cit.*

³²⁸⁴ V. *supra*, n° 808.

³²⁸⁵ Le juge pourrait en effet considérer que tous les événements non visés par cette clause puissent être concernés par la théorie de l'imprévision. À l'inverse, la stipulation du rejet du nouvel article 1195 du Code civil – comme c'est par exemple le cas dans Rennes, ch. 01, 14 déc. 2021, n° n° 21/00471, préc. ; Paris, pôle 4, chambre 1, 23 juin 2023, préc. ; Paris, pôle 1, chambre 10, 15 juin 2023, préc., évince totalement ladite théorie du contrat : aucune partie ne pourra donc s'en prévaloir. Par ailleurs, la rédaction d'une clause contenant une telle liste a pu être critiquée : V. not. Ph. CHAUVIRÉ, « Les effets du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *Gaz. Pal.* 30 avr. 2015, p. 29, qui propose de supprimer la condition inhérente à l'assomption du risque. Il se demande en effet par quel biais un risque par nature imprévisible pourrait être accepté en amont par le truchement d'une clause qui, *de facto*, le rend prévisible.

³²⁸⁶ V. not. L. VOGEL, J. VOGEL, « Possibilités, limites et exclusions du recours à l'imprévision dans la crise du Covid-19 », *AJ contrat* 2020. 275.

seule partie faible au contrat, cette clause pourrait d'ailleurs être génératrice d'un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties et, partant, faire l'objet d'un contrôle sur le fondement du nouvel article 1171 du Code civil³²⁸⁷, dans la mesure où elle ne semble concerner ni l'adéquation du prix à la prestation ni l'objet principal du contrat³²⁸⁸.

820. Cette troisième condition fixée par le Code civil est parfois directement utilisée par le juge pour accueillir ou rejeter la théorie de l'imprévision. Il a par exemple été jugé qu'en application de la clause qui stipulait que « tout arrêt [de l'activité du preneur], qu'elle qu'en soit la cause, ne suspendra pas la location et ne donnera lieu à aucune réduction à quelque titre que ce soit, de sorte que les dispositions de l'article 1195 du Code civil ne sont manifestement pas applicables à l'espèce »³²⁸⁹, malgré son caractère particulièrement inflexible, il est interdit au preneur de bungalows de solliciter la mise en œuvre de la théorie de l'imprévision. À l'inverse, le Tribunal de commerce de Paris a retenu que, suite à un changement de circonstances imprévisible qui a rendu l'exécution du contrat excessivement onéreuse pour un contractant, le fait pour les parties de tenter – sans y parvenir finalement – de renégocier les termes du contrat démontre que le débiteur n'avait pas accepté d'assumer le risque issu dudit changement³²⁹⁰.

821. La question de l'assomption du risque de l'imprévision, au-delà d'exprimer le caractère supplétif du texte, est ainsi centrale dans le dispositif du nouvel article 1195 du Code civil. Elle alourdit un peu plus encore la charge probatoire de la partie qui sollicite la mise en œuvre de la théorie de l'imprévision, qui est chargée de démontrer la réalité de l'imprévisibilité du changement de circonstances intervenu, l'excessive onérosité qui en a découlé pour elle et le fait, enfin, qu'elle n'avait pas au préalable accepté d'en assumer le risque. Ce n'est qu'après avoir envisagé toutes ces étapes que s'ouvre la procédure de l'imprévision.

³²⁸⁷ V. not. Th. REVET, « Une philosophie générale ? », *RDC* 2016, p. 5, qui estime qu'« on peut, en effet, s'attendre à ce que l'insertion d'une telle clause dans les contrats d'adhésion, à la charge du contractant qui n'aura pas rédigé l'*instrumentum*, soit tenue pour constitutive d'un déséquilibre significatif au sens de l'article 1171 nouveau du Code civil ».

³²⁸⁸ Article 1171, alinéa 2, du Code civil. V. *supra*, n° 444 et s.

³²⁸⁹ Aix-en-Provence, pôle 03, ch. 01, 16 déc. 2021, n° 2021/358.

³²⁹⁰ T. com., Paris, 14 déc. 2022, n° 2022033136. À ce sujet, V. not. A. RAYNOUARD, « Le contrat, outil de prévision, et la révision pour imprévision : la place du risque dans l'exécution du contrat », *JCP G* 2023. 397.

B. LA PROCÉDURE DE L'IMPRÉVISION

822. Cette procédure est clairement détaillée par le Code civil et se scinde en étapes successives, en l'absence d'adaptation conventionnelle des parties. Sous réserve de la preuve des trois critères de l'imprévision, la partie pour laquelle l'exécution du contrat est devenue particulièrement coûteuse peut solliciter la renégociation de son contrat auprès de son cocontractant. Il s'agit de la première étape de la procédure, à savoir la phase amiable de l'imprévision (1). En cas de refus ou d'échec de cette renégociation, les parties peuvent « convenir de la résolution du contrat »³²⁹¹ ou décider, de concert, de saisir le juge. La procédure bascule alors dans sa seconde étape, qui est cette fois-ci judiciaire (2).

1. La phase amiable de la procédure de l'imprévision

823. L'ouverture de la procédure de l'imprévision s'effectue à l'initiative de la partie contractante qui subit les effets du changement imprévisible de circonstances. Le Code civil prévoit en effet que celle-ci est fondée à « demander une renégociation du contrat à son cocontractant »³²⁹². Cette faculté fait échos aux propos du professeur A. Ghozi qui, au sein de l'avant-projet rédigé sous la direction de M. P. Catala, indique que « le contrat, acte de prévision par essence, se doit de prévoir les difficultés, et qu'il n'ait de solution meilleure que celle qui aura été négociée par les parties concernées elles-mêmes »³²⁹³. Pour autant, le vocabulaire employé par l'ordonnance du 10 février 2016 – inchangé par la loi de ratification du 20 avril 2018 – diffère nettement de celui utilisé par l'avant-projet dit « Terré ». Tandis que l'article 92 de ce dernier dispose que « les parties sont tenues de remplir leurs obligations même si l'exécution de celles-ci est devenue plus onéreuse. Cependant, les parties doivent renégocier le contrat en vue de l'adapter ou d'y mettre fin lorsque l'exécution devient excessivement onéreuse pour l'une d'elles par suite d'un changement imprévisible de circonstances et qu'elle n'a pas accepté d'en assumer le risque lors de la conclusion du contrat »³²⁹⁴, imposant par-là aux parties de renégocier le contrat lorsque les trois critères de l'imprévision³²⁹⁵ sont

³²⁹¹ Article 1195, alinéa 2, du Code civil.

³²⁹² Article 1195, alinéa 1, du Code civil.

³²⁹³ A. GHOZI, « Effet des conventions, Interprétation, Qualification », in P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, préc., p. 35.

³²⁹⁴ Article 92, alinéas 1 et 2, de l'avant-projet dit « TERRÉ ».

³²⁹⁵ À savoir un changement imprévisible de circonstances, une excessive onérosité de l'exécution du contrat et l'absence d'assumption des risques par le débiteur.

caractérisés, le nouvel article 1195 du Code civil se contente d'autoriser ladite renégociation, sans la prescrire. Le texte ne contraint guère l'autre partie à renégocier ; il envisage d'ailleurs même expressément l'hypothèse de son refus³²⁹⁶. À cet égard, il rompt avec la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation, laquelle a jugé dans un arrêt d'ores et déjà cité que le contractant qui refuse la renégociation d'un contrat suite à la survenance d'un événement qui remplit les conditions de l'imprévision manque à son obligation d'exécuter le contrat de bonne foi³²⁹⁷. Le législateur a ainsi fait le choix d'inciter les parties à la renégociation, au lieu de les y obliger³²⁹⁸. Il est toutefois impératif de dissiper une ambiguïté potentielle : la renégociation est une faculté pour celui à qui profite le changement imprévisible de circonstances. Pour l'autre, la tentative de renégociation est un préalable obligatoire ; elle ne peut espérer saisir le juge sur le fondement du nouvel article 1195 du Code civil sans avoir, auparavant, sollicité de son cocontractant l'ouverture de ladite renégociation³²⁹⁹.

824. Cette tentative amiable n'est pas l'unique obligation mise à la charge du débiteur dans le cadre de la procédure de l'imprévision ; il lui est, de surcroît, imposé de continuer « à exécuter ses obligations durant la renégociation »³³⁰⁰, quand bien même l'exécution dont il est question est devenue excessivement onéreuse. En d'autres termes, la mobilisation de la théorie de l'imprévision n'emporte pas la suspension du contrat³³⁰¹. Selon le rapport remis au Président de la République, cette poursuite a pour objet d'éviter toutes « contestations dilatoires »³³⁰² et

³²⁹⁶ L'alinéa 2 de l'article 1195 du Code civil débute par la formule suivante : « en cas de refus ou d'échec de la renégociation [...] ».

³²⁹⁷ Com., 3 nov. 1992, n° 90-18.547, préc. Rennes, 5^e chambre, 19 oct. 2022, n° 21/07945, préc., indique également que « la renégociation du contrat prévue par [l'article 1195 du Code civil] est une illustration de l'obligation d'exécuter de bonne foi les conventions ».

³²⁹⁸ G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, préc., p. 478 et s. estiment que le choix opéré par la réforme est pertinent, car « mettre à la charge du bénéficiaire des circonstances une obligation légale de renégociation à la demande de la victime, c'était forcer tous les cocontractants à s'asseoir à la table des négociations, même s'ils n'avaient aucune intention de renégocier. Cette obligation était donc susceptible de donner lieu à des simulacres de renégociation, uniquement acceptée pour éviter une faute, et immédiatement rompue pour ne pas donner l'impression de les mener sans intention réelle d'aboutir. Forcer celui qui profite des circonstances à renégocier n'a de toute façon pas grand sens dès lors que l'on se désintéresse du sort des négociations ou, plus précisément, que l'on n'impose pas l'aboutissement de la renégociation ».

³²⁹⁹ Cette solution s'évince de la lettre de l'article 1195 du Code civil, qui conditionne la saisine du juge au refus ou à l'échec de la renégociation, ce qui signifie que celle-ci doit *a minima* avoir été proposée. V. not. Grenoble, 1^{ère} chambre, 19 déc. 2023, n° 22/00843, préc., qui rejette la demande judiciaire de révision du contrat au motif que le débiteur « n'établit pas [...] avoir demandé personnellement, en tant que signataire de l'acte du 28 décembre 2017, une renégociation du contrat de construction [...] ».

³³⁰⁰ Article 1195, alinéa 1, du Code civil.

³³⁰¹ À l'inverse, par exemple, de l'empêchement temporaire qui résulte d'un cas de force majeure, conformément à l'article 1218 du Code civil.

³³⁰² Rapport remis au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131, préc.

de « préserver la force obligatoire du contrat »³³⁰³. Autoriser le débiteur à cesser l'exécution de ses engagements dès l'engagement de la renégociation pourrait en effet avoir un effet d'aubaine néfaste : celui de le pousser à solliciter cette dernière dans la seule optique d'être délié de ses obligations.

Les juges du fond contrôlent l'exécution effective des obligations du débiteur et, à défaut, rejettent la mise en œuvre du nouvel article 1195 du Code civil. La Cour d'appel de Lyon, par exemple, a constaté qu'une locataire « ne caractérise pas de circonstances imprévisibles, n'indique pas si elle a demandé une renégociation à son contractant et omet qu'elle-même devait respecter ses obligations. L'application de l'article 1195 ne peut qu'être écartée »³³⁰⁴. De la même manière, Les juges de fond de Metz relèvent que le débiteur « n'a pas continué à exécuter ses obligations »³³⁰⁵ et que, dès lors, l'action intentée sur le fondement de la théorie de l'imprévision ne pouvait aboutir. Il en va de même dans un arrêt précité rendu par la Cour d'appel de Grenoble, pour laquelle « la société Eaux Vives n'est en outre pas autorisée à se prévaloir [de l'article 1195 du Code civil] alors même qu'elle [...] n'a pas continué, comme le prévoit le texte, à exécuter ses obligations durant la renégociation »³³⁰⁶. *A contrario*, un arrêt susmentionné de la Cour d'appel de Paris retient que le débiteur, durant toute la procédure de renégociation, a maintenu l'exécution de ses obligations contractuelles, de sorte que la voie de l'imprévision ne lui était pas fermée de ce fait³³⁰⁷.

825. Acceptée par le créancier, la demande de renégociation permet aux parties d'aménager les termes du contrat au regard de l'événement imprévisible survenu et de l'excessive onérosité qu'il a emportée pour l'autre partie. Ledit créancier, bien souvent, a tout intérêt à accueillir positivement cette demande, car son refus autorise son cocontractant à solliciter du juge la révision du contrat ou le fait d'y « mettre fin »³³⁰⁸. Il conserve toutefois bien entendu la faculté de refuser la renégociation. Dans cette hypothèse, les parties disposent d'une alternative : saisir le juge ou « convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles

³³⁰³ *Ibid.*

³³⁰⁴ Lyon, 8^e chambre, 22 févr. 2023, n° 21/05458.

³³⁰⁵ Metz, 6^e chambre, 1^{er} sept. 2022, n° 21/00675. Pour une décision rendue en des termes similaires, V. not. Paris, pôle 01, ch. 02, 20 janv. 2022, préc.

³³⁰⁶ Grenoble, 1^{ère} chambre, 19 déc. 2023, n° 22/00843, préc.

³³⁰⁷ Paris, pôle 1, chambre 8, 9 juin 2023, préc.

³³⁰⁸ Selon le vocabulaire utilisé par l'article 1195, alinéa 2, du Code civil. V. *infra*, n° 827 et s. Sur ce constat, V. not. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, préc., p. 479.

déterminent »³³⁰⁹. Le texte accorde ainsi la primauté à une solution conventionnelle plutôt qu'à une décision de justice, quand bien même s'agit-il de convenir, d'un commun accord, de la résolution du contrat. Conformément à l'article 1193 du Code civil, les parties peuvent s'accorder sur la rupture de l'acte³³¹⁰. Il est simplement nécessaire que la résolution résulte d'un accord de volonté ; elle ne peut être imposée par le débiteur pour lequel l'exécution du contrat est devenue particulièrement dispendieuse. La Cour d'appel de Bordeaux l'a récemment rappelé : « si sur le fondement [de l'article 1195 du Code civil], les parties peuvent effectivement convenir d'un commun accord de la résolution du contrat, l'une des parties ne peut procéder unilatéralement à la résolution du contrat [...]. L'appelante ne peut ainsi justifier la résolution du contrat par un bouleversement de l'économie du contrat résultant des changements du calendrier sportif du fait de l'épidémie de Covid et de l'impossibilité de trouver à bref délai un nouveau pilote »³³¹¹. La procédure amiable de l'imprévision – au-delà du refus du créancier de renégocier – fait ainsi obstacle à toute mesure unilatérale ; la résolution du contrat ne peut résulter que de l'accord des contractants et ne peut être imposée sans saisine préalable du juge.

826. En sus de la résolution d'un commun accord du contrat, les parties peuvent décider, ensemble, de porter leurs difficultés devant le juge compétent.

2. La phase judiciaire de la procédure de l'imprévision

827. Concomitamment à la faculté qui leur est laissée de « convenir de la résolution du contrat »³³¹², les contractants peuvent faire le choix de saisir d'un commun accord le juge compétent, pour solliciter de lui l'adaptation de l'acte devenu excessivement onéreux **(a)**. Ce n'est que s'ils ne parviennent pas à trouver un accord « dans un délai raisonnable »³³¹³ que l'action judiciaire peut être intentée de manière individuelle, dans l'optique de réviser ou de mettre fin au contrat **(b)**.

³³⁰⁹ Article 1195, alinéa 2, du Code civil.

³³¹⁰ V. not. Ch. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil*, préc., p. 522 et s.

³³¹¹ Bordeaux, 4^e ch. commerciale, 25 sept. 2023, n° 21/03752.

³³¹² Article 1195, alinéa 2, du Code civil.

³³¹³ *Ibid.*

a. La saisine commune du juge

828. Le nouvel article 1195 du Code civil incite tout d'abord les parties à opter pour une résolution amiable de leur litige, par le truchement d'une renégociation. Si celle-ci n'aboutit pas, le texte ne fait pas directement place à l'unilatéralisme ; il prévoit que le contentieux puisse être présenté à un juge, sur la volonté commune des contractants. Cette possibilité est source d'interrogations multiples, d'ordre procédural, sémantique, juridique et d'opportunité.

829. La question se pose d'abord de savoir de quelle manière le juge est saisi et, partant, quel est son véritable office. Il se pourrait, tout d'abord, qu'il doive se prononcer de manière gracieuse. Cette hypothèse doit toutefois être écartée, sur la base de l'article 25 du Code de procédure civile. Celui-ci dispose en effet que « le juge statue en matière gracieuse lorsqu'en l'absence de litige il est saisi d'une demande dont la loi exige, en raison de la nature de l'affaire ou de la qualité du requérant, qu'elle soit soumise à son contrôle ». La matière gracieuse est ainsi conditionnée à deux critères cumulatifs : l'absence de litige entre les parties et une « exigence »³³¹⁴ légale, en application de laquelle l'intervention d'un magistrat est nécessaire « afin que la situation juridique puisse produire ses effets »³³¹⁵. Dans le cadre d'une procédure judiciaire fondée sur la théorie de l'imprévision, il apparaît clairement que la loi n'impose aucunement une telle intervention du juge³³¹⁶ ; au contraire, elle privilégie la résolution extrajudiciaire de la difficulté rencontrée par les parties, en les invitant à renégocier ou à décider d'un commun accord de la résolution du contrat. La matière gracieuse ne semble donc pas adaptée.

Dès lors, il nous semble que la saisine commune du juge par les parties, selon l'alinéa 2 de l'article 1195 du Code civil, doit s'effectuer par une requête conjointe³³¹⁷. Cette introduction

³³¹⁴ Selon le terme de l'article 25 du Code de procédure civile.

³³¹⁵ C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER, S. GUINCHARD, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil*, Paris, Dalloz, 35^e éd., 2020, spé., n° 1842.

³³¹⁶ V. not. C.-E. BUCHER, « Le traitement des situations d'imprévision dans l'ordonnance : il manque la notice », CCC 2016. 6.

³³¹⁷ L'article 57 du Code de procédure civile définit la requête conjointe comme « l'acte commun par lequel les parties soumettent au juge leurs prétentions respectives, les points sur lesquels elles sont en désaccord ainsi que leurs moyens respectifs [...] ». Sur cet aspect, V. not. C.-E. BUCHER, *ibid* ; Y. PICOD, « Contrat. Effets du contrat. Imprévision », *JCI Civil Code*, 2022, spé., n° 66 ; O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, préc., p. 463 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, Paris, Dalloz, t. 1, 17^e éd., 2022, spé., n° 650.

de l'instance « démontre une volonté commune de parvenir à une solution du litige malgré les désaccords »³³¹⁸, ce qui correspond parfaitement à la méthode incitative retenue par le législateur dans l'article précité. Elle emporte naturellement des conséquences sur l'office du juge. Saisit d'une requête conjointe, ce dernier peut être lié « par les qualifications et points de droit auxquels [les parties] entendent limiter le débat »³³¹⁹. Par exemple, si les contractants sollicitent l'adaptation du prix de l'obligation du débiteur, le juge ne pourrait ainsi pas décider, en lieu et place, d'allonger son délai de paiement³³²⁰.

Une seconde difficulté procédurale peut être mise au jour³³²¹. Plusieurs auteurs estiment que, par la requête conjointe des contractants, le juge n'a pas à résoudre un litige, il doit « déterminer un prix »³³²², comme peut le faire le tiers visé par l'article 1592 du Code civil³³²³. Dans la mesure où le nouvel article 1195 du Code civil, en cas de saisine conjointe du juge, ne laisse à ce dernier que la possibilité d'adapter le contrat, il n'y a effectivement pas de litige à trancher ; il modifie le contrat selon les termes de la requête introduite conjointement par les contractants.

830. Sémantiquement, la nouvelle disposition du Code civil est également génératrice d'un questionnement. Elle indique en effet qu'en cas de saisine commune, le juge procède à l'adaptation du contrat³³²⁴. Par contre, dans l'hypothèse ultérieure d'une saisine individuelle, la terminologie employée évolue ; il n'est plus fait mention de l'« adaptation » de l'acte, mais de sa « révision »³³²⁵. Le changement de vocable pourrait ici signifier qu'en fonction du mode – collectif ou individuel – de la saisine, le pouvoir du juge évolue ; l'adaptation d'un contrat

³³¹⁸ F. MÉLIN, *Le déroulement des procédures*, Dalloz action, 2021, spé., n° 441.51.

³³¹⁹ Article 58 du Code de procédure civile.

³³²⁰ En cela, le régime de la requête conjointe est conforme à l'article 12 du Code de procédure civile, qui définit l'étendue de l'office du juge, en indiquant en son alinéa 3 : « toutefois, [le juge] ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat ».

³³²¹ C.-E. BUCHER, « Le traitement des situations d'imprévision dans l'ordonnance : il manque la notice », préc., estime que toutes ces « incertitudes procédurales semblent condamner cette modalité de saisine du juge ».

³³²² V. not. O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, préc., p. 463. Cette possibilité est également envisagée par C.-E. BUCHER, *ibid.*

³³²³ L'article 1591 du Code civil énonce que « le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties ». L'article suivant, qui nous concerne en l'espèce, dispose qu'« il peut cependant être laissé à l'estimation d'un tiers ; si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point de vente, sauf estimation par un autre tiers ».

³³²⁴ Article 1195, alinéa 2, du Code civil.

³³²⁵ *Ibid.* Dans ce cas, le juge peut aussi « à la demande d'une partie, mettre fin au contrat, à la date et aux conditions qu'il fixe ».

différerait de sa révision³³²⁶. Les deux mots semblent néanmoins, de prime abord, renvoyer à la modification judiciaire du contrat. La définition que donne le dictionnaire de l'Académie Française du mot « adapter » s'en éloigne pourtant, puisqu'il est fait état de l'action de « réunir, raccorder, rattacher *sans modifier*³³²⁷ »³³²⁸. À l'inverse, la « révision » est le fait de « [soumettre] quelque chose à un nouvel examen pour le modifier, le réformer à de nouvelles circonstances [...] »³³²⁹. Cette définition correspond en tout point à l'action attendue du juge – et vivement combattue par le Sénat au cours des débats qui ont précédé la promulgation de la loi de ratification du 20 avril 2018³³³⁰ – sur le fondement de la théorie de l'imprévision : transformer les termes du contrat pour ajuster l'obligation du débiteur.

Si les deux définitions ne coïncident pas en tous points, il apparaît que les rapports parlementaires les emploient de manière synonymique³³³¹. De surcroît, on peine à imaginer concrètement quelle serait l'action véritable du juge, chargé d'adapter le contrat, s'il ne peut le modifier³³³². Partant, au sein du nouvel article 1195 du Code civil, il semblerait que les deux mots aient une pareille signification et que le législateur a – certes maladroitement – souhaité éviter une redondance rédactionnelle au sein du texte³³³³.

831. Une réflexion d'ordre juridique doit également être menée. Il paraît en effet certain que des contractants pourraient s'entendre pour solliciter la révision judiciaire du contrat alors même que, dans leur situation, les trois conditions de l'imprévision ne sont pas cumulativement remplies. Or, puisque le juge n'est pas saisi pour trancher un contentieux, il convient de se demander s'il dispose tout de même du pouvoir de contrôler la réunion des critères légaux de l'imprévision. À défaut, il serait contraint de faire droit à la demande conjointe des parties.

³³²⁶ À cet égard, V. not. Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, préc., p. 408, qui estiment que le juge possède des pouvoirs plus étendus en cas de saisine commune des parties qu'en cas de saisine individuelle. Ils considèrent que, dans ce dernier cas, « il pourrait seulement modifier les obligations financières des parties ».

³³²⁷ Nous le soulignons.

³³²⁸ <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9A0506>.

³³²⁹ Selon la définition qu'en donne le dictionnaire de l'Académie Française : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9R2423-A>.

³³³⁰ F. PILLET, *Rapport n° 22*, préc., p. 62 et s. ; *Rapport n° 247*, préc., p. 23 et s.

³³³¹ *Ibid*, où les mots « adaptation » et « révision » sont utilisés comme synonymes à plusieurs reprises.

³³³² Comme l'indique la définition donnée par le dictionnaire de l'Académie Française au terme « adapter », préc.

³³³³ Sur cet avis, V. not. C.-E. BUCHER, « Le traitement des situations d'imprévision dans l'ordonnance : il manque la notice », préc. L'auteur considère qu'il « est peu probable que les pouvoirs du juge, adapter et réviser, soient distincts. En effet, on ne parle pas seulement de réviser le prix – mais le contrat –, et d'adapter le contrat ». V. ég. P. ANCEL, « Imprévision », préc., spé., n° 91, qui pense qu'« il n'est pas sûr que cette différence de termes soit vraiment significative ».

La réponse doit être positive ; l'adaptation du contrat est perçue, selon le Code civil, comme l'une des réponses à la survenance d'un événement imprévisible rendant l'exécution d'un contrat excessivement onéreuse pour une partie qui n'a pas accepté en amont d'en supporter le risque. Dès lors, le juge dépasserait son office et violerait la force obligatoire du contrat s'il venait à s'immiscer dans un acte alors même que les conditions susvisées ne sont pas toutes caractérisées.

832. L'opportunité de la faculté ouverte aux parties contractantes de confier au juge le soin d'adapter le contrat doit enfin être discutée. Il apparaît que « sa mise en œuvre paraît hautement improbable en cas de refus de la renégociation, tant on voit mal la partie favorisée par les circonstances refuser de renégocier pour confier le soin d'une adaptation du contrat au juge »³³³⁴. Plus encore, en cas d'échec de ladite renégociation, il est plus envisageable que les parties s'accordent sur la résolution du contrat que sur son adaptation judiciaire. Les demandes d'adaptation de l'acte devenu excessivement onéreux ne devraient donc être que peu nombreuses en pratique.

833. Seule la crainte de voir son cocontractant saisir seul le juge – faculté ouverte en dernier recours par le droit commun des contrats en cas d'imprévision – pourrait pousser les parties à agir en justice de manière commune. Et pour cause ; à défaut, l'une d'entre elle sera autorisée à saisir le juge unilatéralement et pourra solliciter la révision ou la résolution du contrat.

b. La saisine individuelle du juge

834. La dernière étape de la procédure de l'imprévision prend la forme de la possibilité, pour une seule partie, d'introduire une action en justice, afin d'obtenir la révision ou la résolution du contrat. Sa validité est conditionnée par de nombreux critères déjà cités : la réunion des conditions de l'imprévision, le rejet ou l'échec d'une renégociation amiable et l'impossibilité pour les parties de trouver un accord ayant pour objet la saisine conjointe du juge. Ladite impossibilité n'ouvre toutefois pas *de facto* la voie à ce dernier recours ; selon le nouvel article 1195 du Code civil, il est nécessaire, pour celui qui agit en justice, d'attendre un délai

³³³⁴ G. CHANTEPIE, « Contrats : effets », *Rep. civ.*, Dalloz, 2018, spé., n° 76.

raisonnable³³³⁵. Le point de départ de ce délai est néanmoins brouillardieux ; il pourrait s'agir aussi bien de l'échec ou du refus de la renégociation que le défaut d'accord en vue de saisir le juge d'une demande commune d'adaptation de l'acte³³³⁶. Ce constat appelle deux remarques. En premier lieu, il est certain que l'action judiciaire individuelle, qui est cette fois-ci contentieuse³³³⁷, doit impérativement faire suite à une proposition de renégociation d'un commun accord du contrat dont l'exécution est devenue exécution onéreuse. En second lieu, si le principe même d'une telle renégociation ou de la résolution est refusé par celui à qui bénéficie le changement imprévu de circonstances, il ne semble guère nécessaire, pour le cocontractant, de respecter un délai raisonnable avant d'agir seul en justice, car il s'agit alors de la seule alternative qui lui reste. Le délai légalement fixé semble ainsi avant tout concerner l'hypothèse de l'échec de ladite renégociation ; celle-ci devant être menée de bonne foi³³³⁸, il est interdit aux parties de la rompre immédiatement et de s'empresse de saisir le juge en indiquant que la phase amiable de la procédure de l'imprévision a échoué. À l'inverse, une fois cette dernière entamée, les parties doivent tenter de trouver un accord, sans que pèse sur elles une obligation de résultat³³³⁹. Ce n'est que si elles n'y sont pas parvenues au cours d'un délai raisonnable et qu'elles n'ont pas trouvé d'accord quant à l'introduction d'une requête commune que la phase judiciaire et contentieuse du nouvel article 1195 du Code civil peut être mise en œuvre. Celle-ci prend donc la forme d'un tout dernier recours.

835. Dans la mesure où il a été à l'initiative de la procédure amiable, c'est le débiteur qui est le plus fréquemment l'origine de cette demande de révision ou de résolution du contrat. C'est en effet lui qui y a le plus grand intérêt, puisqu'il subit la survenance de l'événement imprévisible³³⁴⁰. S'il souhaite poursuivre l'exécution du contrat, il peut ainsi en demander la

³³³⁵ L'article 1195, alinéa 2, du Code civil, dispose que : « en cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. À défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ».

³³³⁶ Sur cet aspect, V. not. G. CHANTEPIE, « Contrats : effets », spé., n° 77.

³³³⁷ À cette étape de la procédure, les parties ne sont pas parvenues à se mettre d'accord sur le traitement à accorder à l'imprévision survenue. Dès lors, à l'inverse de la saisine du juge par requête conjointe (V. *supra*, n° 829), l'action en justice est ici contentieuse.

³³³⁸ Article 1104 du Code civil.

³³³⁹ À ce sujet, V. not. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, préc., p. 479.

³³⁴⁰ Selon la lettre du premier alinéa de l'article 1195 du Code civil, le débiteur n'est toutefois certainement pas contraint de poursuivre l'exécution de son obligation – devenue excessivement coûteuse – une fois le juge saisi, dans la mesure où le texte indique qu'il doit « [continuer] à exécuter ses obligations durant la renégociation ». Or, à ce moment-ci de la procédure, la renégociation a échoué. Partant, il nous semble que postérieurement à cet échec, le débiteur pourrait valablement cesser d'exécuter ses obligations.

modification des termes, notamment la réduction du prix de son obligation. À l'inverse, si l'acte a perdu tout intérêt pour lui, il en sollicitera la résolution.

Ces facultés ne sont toutefois pas unilatérales et interdites au créancier. En effet, la disposition précitée indique que le juge peut, « à la demande d'une partie »³³⁴¹, procéder à la révision ou à la résolution du contrat. Celui qui profite de l'imprévision peut donc également formuler de telles demandes. On l'imagine cependant mieux réclamer la résolution de l'acte³³⁴², afin d'être rapidement délié de ses engagements contractuels.

836. Contrairement à l'action conjointe des parties, qui ne peut aboutir qu'à l'adaptation du contrat, la saisine individuelle du juge, comme nous venons de la préciser, laisse à son auteur une liberté dans l'objet de sa demande, puisque le juge peut désormais réviser ou résoudre l'acte. Détaillons quelque peu ces deux facultés, avant d'apprécier l'exakte étendue des pouvoirs du juge saisi.

837. La saisine conjointe tendant à l'adaptation du contrat n'a rencontré aucune opposition doctrinale ou parlementaire. Les critiques se sont intégralement concentrées autour de la saisine unilatérale, puisqu'elle constitue une nouveauté considérable³³⁴³ qui « rompt avec l'approche classique du droit français »³³⁴⁴, qui rejetait la révision judiciaire pour imprévision depuis près de cent-cinquante ans. Le Sénat, qui craignait que le juge devienne « une troisième partie au contrat »³³⁴⁵, s'est finalement rallié à la position de l'Assemblée nationale, considérant que « l'intervention du juge dans la révision du contenu du contrat [devrait rester] sans grande application »³³⁴⁶. Ainsi, à la demande d'une partie, le juge est libre de modifier les termes d'un

³³⁴¹ Article 1195, alinéa 2, du Code civil.

³³⁴² S'il a refusé le principe de la renégociation amiable – ou que celle-ci n'a pas abouti – et que les parties ne sont pas parvenues à trouver un accord pour solliciter ensemble l'adaptation judiciaire du contrat, on peine à comprendre quel intérêt aurait le créancier à demander en justice, seul, la révision du contrat.

³³⁴³ Cette nouveauté s'apprécie non seulement eu égard à notre droit commun des contrats antérieur à l'ordonnance du 10 févr. 2016, mais également à celui des projets et avant-projets qui l'ont précédée. En effet, ceux-ci, à l'exception de l'article 92 de l'avant-projet rédigé sous la direction du professeur F. TERRÉ, se contentaient d'autoriser la révision judiciaire d'un contrat en cas de saisine conjointe du juge par les deux contractants.

³³⁴⁴ Selon la formule d'O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, préc., p. 468.

³³⁴⁵ F. PILLET, *Rapport n° 22*, préc., p. 65.

³³⁴⁶ S. HOULIÉ, F. PILLET, *Rapport fait au nom de la commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 14 mars 2018, p. 4. P. ANCEL, « Imprévision », préc., spé., n° 89, rappelle à cet égard que la reconnaissance en Allemagne d'un pouvoir de révision judiciaire pour imprévision « n'a pas ébranlé les fondements du droit des contrats [...] ni créé une insécurité généralisée des relations économiques ».

contrat. Au contraire du *Bürgerliches Gesetzbuch* allemand³³⁴⁷, le texte français ne fait pas de la révision du contrat une « solution prioritaire »³³⁴⁸ par rapport à sa résolution ; les deux mesures sont perçues par notre Code civil comme étant équivalentes. Lorsqu'il y procède, le juge fixe les conditions de la révision de l'acte³³⁴⁹. En conséquence, il lui est par exemple possible d'attribuer à la révision qu'il opère un effet rétroactif. Si tel est le cas, il se pourrait que le créancier soit contraint de restituer certaines sommes à son cocontractant, dans la mesure où celui-ci était tenu, durant la phase amiable de renégociation, de poursuivre l'exécution des obligations qu'il a contractées. Le juge dispose aussi d'une importante liberté quant à la nature des mesures qu'il peut ordonner sur le fondement de l'imprévision, si tant est qu'elles lui soient demandées³³⁵⁰. Certes, la réduction du prix devrait être la mesure la plus récurrente ; elle ne borne cependant pas la marge de manœuvre du juge. L'intervention de celui-ci, toutefois, doit être mesurée³³⁵¹, car sa saisine a pour objet d'atténuer les effets du changement imprévisible de circonstances, voire d'y mettre totalement fin ; elle n'a pas pour visée, au contraire, de placer les parties sur un pied d'égalité absolu³³⁵² ou de les mettre dans la situation qui était la leur lors de la formation du contrat³³⁵³. En somme, le pouvoir de révision qui est accordé au juge lui permet de « remédier à l'excessive onérosité causée par la survenance d'un événement imprévu »³³⁵⁴. Après l'intervention judiciaire, le déséquilibre doit être atténué et correspondre à « l'aléa normal du contrat »³³⁵⁵ qui, lui, fait obstacle à la mise en œuvre de la théorie de l'imprévision.

³³⁴⁷ Et plus particulièrement son article 313.

³³⁴⁸ P. ANCEL, « Imprévision », préc., spé., n° 89.

³³⁴⁹ Article 1195, alinéa 2, du Code civil.

³³⁵⁰ L'article 5 du Code de procédure civile dispose que « le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé ». Il apparaît ainsi que le juge ne puisse pas ordonner une mesure qui ne lui a pas été soumise par le demandeur. Parmi lesdites mesures, par contre, il dispose d'un véritable choix, dans la mesure où le nouvel article 1195 du Code civil n'encadre pas ses pouvoirs : V. not. F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations*, préc., p. 745.

³³⁵¹ On peut regretter, à cet égard, le silence de l'article 1195 du Code civil sur l'étendue du pouvoir de révision du juge en cas de saisine unilatérale de l'une des parties.

³³⁵² La solution est empreinte de bon sens, dans la mesure où il n'est guère certain que les contractants aient été parfaitement égaux lors de la conclusion du contrat.

³³⁵³ L'article 6 :111, 3°, b°, des Principes du droit européen des contrats (Principes dits « Lando ») dispose qu'en cas de changement de circonstances, le tribunal peut mettre fin au contrat ou « l'adapter de façon à distribuer équitablement entre les parties les pertes et profits qui résultent du changement de circonstances ». Au-delà, l'article 6.2.3, 4°, b°, invite le juge, en pareille hypothèse, à « adapter le contrat en vue de rétablir l'équilibre des prestations ».

³³⁵⁴ O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, préc., p. 470. Un auteur formule le souhait selon lequel « les juges français, lorsqu'ils accepteront de faire usage du pouvoir de révision, le feront avec mesure et que les modifications qu'ils apporteront au contrat seront en rapport direct avec le déséquilibre auquel il s'agira de remédier » : P. ANCEL, « Imprévision », préc., spé., n° 91.

³³⁵⁵ Selon la formule, déjà employée, de l'article 1467, alinéa 2, du Code civil italien.

La révision du contrat s'impose naturellement aux parties contractantes. La jurisprudence antérieure, relative à la révision judiciaire d'une clause pénale, semble indiquer que les éléments modifiés conservent leur nature contractuelle³³⁵⁶. Aussi, si le juge venait à réviser le prix de l'obligation du débiteur sur le fondement du nouvel article 1195 du Code civil, le nouveau tarif s'incorporerait au contrat comme si les parties l'avaient négocié elles-mêmes. Ceci signifie que le juge pourrait être saisi une seconde fois, en cas de nouveau changement imprévisible de circonstances, les stipulations modifiées par ce dernier ayant conservé leur caractère contractuel³³⁵⁷. Il se peut ainsi que les parties soient tenues par une ou plusieurs clauses modifiées par le juge et qu'aucune d'entre elles n'a véritablement voulues. C'est en raison de ce risque, important, que de nombreuses voix supposent que la révision pour imprévision ne devrait rencontrer qu'un faible écho en pratique³³⁵⁸.

838. Dès lors, il devrait être fréquent qu'il soit demandé au juge de mettre fin à l'acte devenu excessivement onéreux. Rien ne semble en effet empêcher le demandeur de requérir à la fois la révision et la rupture du contrat³³⁵⁹. La nature juridique exacte de cette dernière dépend entièrement du juge, car, comme en matière de révision, il est libre d'en fixer les conditions. Partant, lorsqu'elle produit des effets rétroactifs, car, par exemple, le juge fait produire ceux-ci au moment de l'irruption de l'événement imprévisible, il y a lieu de l'évoquer sous le vocable de « résolution ». À l'inverse, il faudra préférer le terme de « résiliation » lorsque la rupture ne produit d'effet que pour l'avenir³³⁶⁰. Toutefois, puisque l'alinéa 2 du nouvel article 1195 du Code civil prévoit que « les parties peuvent convenir de la résolution du contrat », il y a lieu, à notre sens, d'employer la formule générique de « résolution du contrat pour imprévision » lorsque le juge y met fin à la demande de l'une d'entre elles.

839. Il nous reste, dans un dernier temps, à apprécier l'exakte étendue des pouvoirs du juge. Lorsque la requête qui lui est présentée vise aussi bien la révision que la résolution du contrat,

³³⁵⁶ V. not. Com., 21 juill. 1980, n° 79-10.597, D. 1981. 335, note F. CHABAS ; JCP 1982. 19778, note B. BOCCARA ; Gaz. Pal. 1981, p. 207, note E.-M. BEY.

³³⁵⁷ V. not. L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu*, Paris, Economica, 2011, spé., n° 708.

³³⁵⁸ V. not. J. MOULY, « La prise d'acte saisie par le nouvel article 1226 du Code civil ? », préc. ; S. TOURNAUX, « Chronique d'actualité du régime juridique du contrat de travail », préc. ; « Le contrat de travail et les dérogations au droit commun des contrats », préc.

³³⁵⁹ Des auteurs considèrent d'ailleurs que les deux mesures peuvent être prononcées par le juge : la rupture du contrat pour l'avenir et sa révision pour le passé, à compter du moment où l'exécution du contrat est devenue excessivement onéreuse : O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, préc., p. 472.

³³⁶⁰ Selon la distinction opérée par le nouvel article 1229 du Code civil.

la loi lui octroie une liberté de choix, en employant le verbe « pouvoir ». Il lui appartient alors de déterminer s'il prononce l'une ou l'autre des mesures, ou aucune d'entre elles. Théoriquement en effet, rien ne le contraint à faire droit à la demande qui lui est faite par l'une des parties³³⁶¹. Pour autant, en pratique, lorsque les conditions de l'imprévision sont réunies, on peine à imaginer pourquoi le juge refuserait de prononcer *a minima* l'un des remèdes à l'imprévision³³⁶², à moins que les circonstances aient à nouveau nettement évolué entre le moment de la saisine et celui du jugement.

La question de la liberté de choix du juge doit être renouvelée lorsque, à l'inverse, le demandeur ne sollicite qu'une seule des deux sanctions prévues par le nouvel article 1195 du Code civil. En d'autres termes, lorsque seule la révision du contrat est soulevée, le juge dispose-t-il de la faculté d'en prononcer la résolution ? La réponse semble être négative, conformément au principe du dispositif contenu par l'article 5 du Code de procédure civile³³⁶³. Tout au plus, s'il estime que la révision n'a pas à être prononcée, après une analyse réalisée *in concreto*, peut-il ordonner la poursuite de l'exécution du contrat, même si cela ne lui a pas été expressément demandé³³⁶⁴. Partant s'il est obligé par la demande qui lui est présentée, car il lui est interdit de prononcer une mesure qui ne lui a pas été sollicitée, le juge n'est pas contraint de prononcer la sanction sollicitée ; à cet égard, il conserve une certaine marge de manœuvre.

840. À l'issue de cette étude, l'on s'aperçoit que la procédure légale de l'imprévision est particulièrement lourde et, en cela, constitue un frein à la mobilisation du mécanisme. À cette lourdeur s'ajoute la charge probatoire conséquente qui pèse sur le débiteur, qui est chargé de démontrer la réunion des trois conditions cumulatives du nouvel article 1195 du Code civil. Tout ceci nous mène à remettre en cause l'attractivité concrète du mécanisme. Les arrêts rendus au niveau d'appel le confirment d'ailleurs, dans la mesure où l'imprévision n'est pour l'heure retenue que dans le contexte très particulier de la crise sanitaire du début de notre décennie. La théorie civiliste de l'imprévision est ainsi singulièrement complexe à mettre en œuvre. Pour autant, malgré l'ensemble de ces difficultés, il nous appartient d'apprécier si elle peut trouver application en droit du travail.

³³⁶¹ V. not. Y. PICOD, « Contrat. Effets du contrat. Imprévision », préc., spé., n° 68

³³⁶² V. not. F. CHÉNÉDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, préc., spé., n° 125-72.

³³⁶³ V. not. J.-F. FÉDOU, « Le juge et la révision du contrat », *RDC* 2016, p. 382.

³³⁶⁴ À ce sujet, V. not. Com., 16 juin 1987, n° 86-12.493, où, saisi d'une demande de résolution pour inexécution qu'il a refusé de prononcer, le juge a ordonné l'exécution du contrat sans qu'une des parties au litige ne l'ait demandée, solution validée par la chambre commerciale de la Cour de cassation.

C. L'INFLUENCE DE LA THÉORIE DE L'IMPRÉVISION EN DROIT DU TRAVAIL

841. Dans un article consacré à l'influence du nouvel article 1226 du Code civil en droit du travail³³⁶⁵, le professeur J. Mouly estimait en préambule que l'imprévision « ne [paraît] pas [vouée] à un grand avenir en droit du travail »³³⁶⁶. Il nous appartient désormais de renouveler l'étude, afin de déterminer si le nouvel article 1195 du Code civil peut – ou non – être mobilisé dans la sphère travailliste dans l'optique de renforcer le contrôle de l'équilibre des contrats et, par voie de conséquence, amplifier l'influence que la réforme du droit des contrats produit dans la sphère travailliste.

842. Historiquement, la chambre sociale de la Cour de cassation a toujours refusé de prendre en compte les « changements de circonstances économiques »³³⁶⁷ intervenus après la formation d'un acte. Les arrêts se concentrent entièrement autour des relations collectives de travail et, sans la nommer, le juge social faisait une application stricte de la jurisprudence dite « Canal de Craponne ». Ainsi, aux juges du fond qui considéraient que « le mode de travail dans la construction du bâtiment [a], au cours des années écoulées, subi de grandes modifications et que si lors de la construction en grosses pierres, le maçon avait un outillage bien défini et imposé par la convention collective, de nos jours l'évolution [a] fait que la construction effectuée par des ouvriers coffreurs ne [nécessite] qu'une partie de l'outillage autrefois énuméré »³³⁶⁸, la Cour de cassation a simplement répondu que ladite convention collective, pourtant claire et précise, a été violée³³⁶⁹. La même solution avait été rendue quelques années auparavant, par un arrêt selon lequel il est affirmé qu'« il n'appartient pas aux juges, lorsque les termes d'une convention sont clairs et précis, sous prétexte d'interprétation, de dénaturer les obligations qui en résultent pour en faire sortir des conséquences légales que cette convention ne comporte pas »³³⁷⁰. La remise en cause, par l'ordonnance du 10 février 2016, de la jurisprudence de 1876 sur laquelle la chambre sociale s'est fondée nous pousse à apprécier si, aujourd'hui et à l'aune du nouveau droit commun des contrats, le juge social serait – ou non – plus à même de statuer sur le fondement de l'imprévision.

³³⁶⁵ Pour de plus amples développements à ce sujet, V. *infra*, n° 887 et s.

³³⁶⁶ J. MOULY, « La prise d'acte saisie par le nouvel article 1226 du Code civil ? », préc.

³³⁶⁷ Selon la formule de V. ARMILLEI, « La révision pour imprévision appliquée aux accords collectifs de travail », préc.

³³⁶⁸ Propos rapportés par Soc., 11 mai 1964, n° 63-40.337.

³³⁶⁹ *Ibid.*

³³⁷⁰ Soc., 6 juill. 1956, *Bull. civ. IV*, n° 637.

843. Au sein du chapitre précédent, nous avons déterminé que l'exécution d'un contrat de travail ne peut devenir excessivement onéreuse que pour l'employeur³³⁷¹. Il est en effet le seul contractant à engager des frais, par le paiement du salaire, des cotisations sociales et du coût de l'activité. À l'inverse, dans la mesure où nous avons estimé que ladite onérosité est forcément rattachée à une valeur monétaire³³⁷², le champ du nouvel article 1195 du Code civil est fermé au travailleur subordonné, pour lequel l'exécution du contrat de travail n'engage aucune dépense³³⁷³. Ainsi, la voie de l'imprévision lui est interdite.

844. L'employeur, lui, conserve théoriquement la faculté de mobiliser l'imprévision. La survenance d'un événement imprévisible qui rend l'exécution d'un contrat de travail excessivement onéreuse peut en effet être envisagée. Les cas demeurent toutefois rares. Il a été évoqué la possibilité pour l'employeur de brandir ce mécanisme en cas « de catastrophe naturelle imprévisible mais n'ayant pas le caractère irrésistible de la force majeure »³³⁷⁴ ou pour « forcer une modification du contrat que le salarié refuse sans provoquer les conséquences les plus extrêmes du Code du travail que sont les licenciements auxquels l'employeur est autorisé à procéder en cas de refus »³³⁷⁵. Les situations visées sont singulières et – fort heureusement – peu communes dans la vie d'une entreprise. À cette rareté doivent être ajoutés plusieurs obstacles qui viennent complexifier l'application de l'imprévision dans les relations individuelles de travail.

En premier lieu, l'employeur est parfois tenu d'assumer les risques de son activité, ce qui empêche *de facto* la mobilisation du mécanisme³³⁷⁶.

³³⁷¹ V. *supra*, n° 677.

³³⁷² *Ibid.*

³³⁷³ Pour rappel, G. AUZERO, F. CANUT, « Le juge et la modification du contrat de travail », préc., imaginent, par exemple, que la mise en œuvre d'une clause de mobilité puisse créer, pour le salarié, de nouvelles « contraintes familiales » et que ces éléments pourraient rendre, pour lui, l'exécution du contrat de travail excessivement onéreuse. Deux arguments s'y opposent, à notre sens. Tout d'abord, ces contraintes familiales sont d'ordre extra-monétaire et, dès lors, n'entrent pas dans le champ de l'onérosité visée par la théorie civiliste de l'imprévision. De surcroît, en signant le contrat de travail, le salarié accepte par avance l'éventualité de sa mutation future. Dès lors, lorsque l'employeur actionne la clause de mobilité, les contraintes familiales évoquées étaient prévisibles, et ce depuis la conclusion dudit contrat. À cet égard, V. not. Y. PAGNERRE, « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », préc.

³³⁷⁴ Y. PAGNERRE, *ibid.*

³³⁷⁵ S. TOURNAUX, « Le contrat de travail et les dérogations au droit commun des contrats », préc.

³³⁷⁶ V. not. G. PIGNARRE, « Contrat de travail, exécution », *Rep. trav.*, Dalloz, 2020, spé., n° 50. Par exemple, il est considéré que « l'employeur, en embauchant un salarié, a accepté de prendre à sa charge le risque d'une exécution défectueuse du travail. Il ne peut reporter sur la rémunération le coût d'une malfaçon, la perte de clientèle ou celui d'un dommage causé par le travail : destruction, perte, dégradation... » : E. PESKINE, C. WOLMARK, *Droit du travail*, Paris, Dalloz, HyperCours, 14^e éd., 2021, spé., n° 403.

En second lieu, le régime du nouvel article 1195 du Code civil devrait décourager l'immense majorité des employeurs qui, face à un événement imprévisible lors de la conclusion d'un contrat de travail, pourrait être tenté d'agir sur le fondement de l'imprévision. Il leur est nécessaire de proposer au travailleur concerné la renégociation amiable du contrat de travail devenu excessivement onéreux, au risque de se heurter à son refus. Dans ce cas, une rupture d'un commun accord dudit contrat peut être envisagée³³⁷⁷, tout comme la saisine conjointe du Conseil de Prud'hommes. Enfin, à défaut d'accord entre les parties au cours d'un délai qualifié de raisonnable, l'employeur pourra alors, seul, agir en justice, mais uniquement pour obtenir la révision judiciaire du contrat de travail³³⁷⁸. La longueur de la procédure, susceptible de mettre à mal les finances de l'entreprise, car le débiteur doit poursuivre l'exécution de ses obligations, ainsi que son caractère incertain, puisque le juge va apprécier les conditions du nouvel article 1195 du Code civil et n'est pas forcé de procéder à la révision du contrat de travail, constituent un frein certain à la mobilisation de l'imprévision par l'employeur³³⁷⁹.

En troisième et dernier lieu, la législation spéciale travailliste offre au chef d'entreprise de nombreuses alternatives pour faire face à ces situations, qui s'avèrent être moins lourdes à mettre en œuvre³³⁸⁰. Il en est ainsi de la modification du contrat de travail pour un motif économique, visée par l'article L. 1222-6 du Code du travail³³⁸¹. Dans ce cadre, la demande de modification dudit contrat, à l'initiative de l'employeur, n'a pas à résulter de l'excessive onérosité de l'exécution du contrat, résultat de la survenance d'un événement imprévisible ; il est simplement nécessairement de caractériser l'un des quatre motifs économiques visés par l'article L. 1233-3 du Code du travail³³⁸². Le silence du salarié vaut acceptation et son refus

³³⁷⁷ Selon les règles des articles L. 1237-11 et s. du Code du travail si le contrat de travail en question a été conclu à durée indéterminée, selon celles du droit commun des contrats s'il l'a été à durée déterminée.

³³⁷⁸ La voie de la résolution judiciaire est fermée à l'employeur, comme nous l'avons détaillé ci-dessus : V. *supra*, n° 725 et s.

³³⁷⁹ V. not. S. TOURNAUX, « Le contrat de travail et les dérogations au droit commun des contrats », préc.

³³⁸⁰ Et qui ont la particularité, contrairement à l'imprévision, d'être totalement extrajudiciaires.

³³⁸¹ L'article L. 1222-6 du Code du travail dispose que « lorsque l'employeur envisage la modification d'un élément essentiel du contrat de travail pour l'un des motifs économiques énoncés à l'article L. 1233-3, il en fait la proposition au salarié par lettre recommandée avec avis de réception. La lettre de notification informe le salarié qu'il dispose d'un délai d'un mois à compter de sa réception pour faire connaître son refus. Le délai est de quinze jours si l'entreprise est en redressement judiciaire ou en liquidation judiciaire. À défaut de réponse dans le délai d'un mois, ou de quinze jours si l'entreprise est en redressement judiciaire ou en liquidation judiciaire, le salarié est réputé avoir accepté la modification proposée ».

³³⁸² À savoir les difficultés économiques, la réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité, la mutation technologique ou la cessation d'activité. En pratique, les deux premiers devraient être les plus fréquemment invoqués dans le cadre d'une demande de modification du contrat de travail qui fait suite à un changement de circonstances imprévisible qui rend l'exécution du contrat de travail particulièrement coûteuse.

peut aboutir à son licenciement pour motif économique³³⁸³. Au-delà, la conclusion d'un accord de performance collective peut également s'avérer pertinente pour l'employeur dans un contexte de difficultés financières. L'accord, dont le contenu est négocié avec le représentant des organisations syndicales représentatives, voire imposé par le truchement d'un référendum d'entreprise³³⁸⁴, permet en effet de prendre des mesures pouvant porter sur la rémunération des salariés, afin de répondre, par exemple, aux « nécessités de l'entreprise »³³⁸⁵. Enfin, l'employeur pourrait, en lieu et place de l'imprévision, recourir au dispositif de l'activité partielle. L'article R. 5122-1 du Code du travail prévoit en effet que « l'employeur peut placer ses salariés en position d'activité partielle lorsque l'entreprise est contrainte de réduire ou de suspendre temporairement son activité [...] », notamment au regard de la « conjoncture économique »³³⁸⁶. Force est d'ailleurs de constater que pour lutter face à la pandémie de covid-19³³⁸⁷, les entreprises ont massivement utilisé les mécanismes travaillistes en lieu et place du nouvel article 1195 du Code civil³³⁸⁸.

Il y a donc lieu de s'accorder avec le professeur J. Mouly³³⁸⁹ et de considérer qu'au sein des relations individuelles de travail, la théorie de l'imprévision ne présente en pratique que peu d'utilité pour l'employeur. Une seule peut être mise en exergue ; par son biais, l'employeur pourrait contraindre le salarié à modifier son contrat de travail – par le recours au juge – sans que le refus du travailleur ne constitue pour lui un obstacle infranchissable³³⁹⁰. Toutefois, cette influence devrait, concrètement, être bien faible.

³³⁸³ L'employeur peut également faire le choix de procéder directement à un licenciement pour motif économique, à condition d'en caractériser la cause réelle et sérieuse et de mettre en œuvre la procédure adéquate : V. not. Y. PAGNERRE, « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », préc.

³³⁸⁴ Articles L. 2232-21 et s. du Code du travail.

³³⁸⁵ Article L. 2254-2 du Code du travail. S. TOURNAUX, « Le contrat de travail et les dérogations au droit commun des contrats », préc., estime également que, le plus souvent, l'employeur privilégiera la conclusion d'un accord de performance collective au lieu de mobiliser la théorie civiliste de l'imprévision.

³³⁸⁶ Article R. 5122-1, 1°, du Code du travail.

³³⁸⁷ Nous avons vu ci-dessus que cette pandémie constitue l'une des rares hypothèses dans lesquelles les juges ont caractérisé les trois critères de l'imprévision, à savoir la survenance imprévisible d'un changement de circonstances, l'excessive onérosité de l'obligation qui en découle et la non-assomption du risque par le débiteur : V. *supra*, n° 810.

³³⁸⁸ Il n'est pas fait état du moindre arrêt d'appel relatif à l'utilisation de la théorie de l'imprévision par un chef d'entreprise au cours de la crise sanitaire.

³³⁸⁹ J. MOULY, « La prise d'acte saisie par le nouvel article 1226 du Code civil ? », préc.

³³⁹⁰ V. not. S. TOURNAUX, « Le contrat de travail et les dérogations au droit commun des contrats », préc. Le recours judiciaire pour modifier le contenu du contrat de travail présente un second avantage : le refus du salarié ne mène ici pas à un potentiel licenciement.

845. À notre sens, il en va différemment dans les relations entretenues par les partenaires sociaux. Dans cette sphère, le mécanisme susvisé pourrait valablement être appliqué afin de rééquilibrer le contenu d'une convention collective³³⁹¹. Pour ce faire, une difficulté inhérente à l'excessive onérosité de l'exécution de l'accord doit être surpassée. Nous avons estimé que celle-ci devait être appréciée par rapport à la valeur de la contre-prestation³³⁹². Or, comme l'indique un auteur, « les représentants des salariés, signataires des accords collectifs et cocontractants de l'employeur, n'en fournissent aucune dans la (quasi-)totalité des hypothèses »³³⁹³. *A contrario*, par l'exécution d'une prestation de travail, les salariés fournissent une prestation à l'employeur. Cependant, sauf exception³³⁹⁴, ils ne sont pas signataires de la convention collective ; le travail qu'ils fournissent ne pourrait ainsi pas être considéré comme la contre-prestation de l'engagement pris par l'employeur par la conclusion de l'acte collectif. Cette contrariété peut toutefois être contournée, en gardant à l'esprit que la chambre sociale de la Cour de cassation a expressément indiqué que les conventions collectives sont discutées et conclues au nom et pour le compte des salariés³³⁹⁵. Aussi, la force de travail des salariés pourrait être perçue comme étant la contre-prestation de l'engagement collectif du chef d'entreprise³³⁹⁶. Dans ce cadre, l'imprévision pourrait être invoquée lorsque la prestation de l'employeur, issue de la convention collective, est devenue excessivement onéreuse en comparaison à ladite force de travail en raison de la survenance d'un événement imprévisible.

846. Une fois encore, on constate que la réglementation spéciale travailliste n'est pas exempte de dispositions pouvant être mobilisées pour faire face à cette survenance, génératrice

³³⁹¹ Le droit des relations collectives de travail possède une trace, certes ancienne, de l'application de la révision pour imprévision. Celle-ci prenait la forme d'une procédure de conciliation et d'arbitrage qui, selon les termes d'une loi promulguée le 27 déc. 1892, relative à la conciliation et à l'arbitrage en matière de différends collectifs entre patrons et ouvriers ou employés, permettait de trancher les « différends d'ordre collectif portant sur les conditions de travail ». D'abord facultative, cette procédure est par la suite devenue obligatoire (loi du 24 juin 1936 sur les conventions collectives). Elle conférait à l'arbitre le pouvoir de réviser une convention collective ou une sentence arbitrale pour cause d'imprévision : V. not. R. SAVATIER, « Les rayons et les ombres d'une expérience sociale », *D.* 1938. 9 ; A. ROUAST, P. DURAND, *Précis de législation industrielle (droit du travail)*, Paris, Dalloz, 4^e éd., 1953, p. 302 ; M. DESPAX, « Négociations, conventions et accords collectifs », préc., p. 439 ; V. ARMILLEI, « La révision pour imprévision appliquée aux accords collectifs de travail », préc. ; J.-F. CÉSARO, « La négociation collective et les crises », *JCP S* 2021. 1154. Il a ainsi été écrit que le juge disposait de la faculté d'interpréter les clauses de la convention collective, mais aussi de les modifier ou de les compléter : A. MAGNILLAT, *Conventions collectives de travail et arbitrage*, Paris, LGDJ, 1936, p. 24. Si cette procédure d'arbitrage n'existe plus aujourd'hui, elle est la preuve topique que les relations collectives de travail peuvent constituer une terre d'accueil pour la nouvelle théorie civiliste de l'imprévision.

³³⁹² V. *supra*, n° 814 et s.

³³⁹³ V. ARMILLEI, *op. cit.*

³³⁹⁴ Hypothèse de la convention collective conclut suite à un référendum d'entreprise, préc.

³³⁹⁵ Soc., 27 janv. 2015, n° 13-22.179, préc.

³³⁹⁶ V. ARMILLEI, *op. cit.*

d'une excessive onérosité pour l'employeur. Dans cette hypothèse, en effet, il pourrait être tentant pour les partenaires sociaux de procéder à la dénonciation de la convention collective³³⁹⁷. Cette procédure, toutefois, sied mal à l'hypothèse visée par le nouvel article 1195 du Code civil. Et pour cause, la convention collective dénoncée « par la totalité des signataires employeurs ou salariés »³³⁹⁸ continue de produire ses effets soit « jusqu'à l'entrée en vigueur de la convention ou de l'accord qui lui est substitué »³³⁹⁹, soit, à défaut, « pendant une durée d'un an à compter de l'expiration du délai de préavis, sauf clause prévoyant une durée déterminée supérieure »³⁴⁰⁰. Ainsi, l'employeur, pour lequel l'exécution de l'acte est soudainement devenue extrêmement dispendieuse, est contraint d'en poursuivre l'application³⁴⁰¹, ce qui peut le confronter à une triple problématique. En premier lieu, les représentants des salariés, signataires originels de la convention collective en cause, ne sont pas contraints d'accéder à la demande de dénonciation qui leur est proposée. Dans ce cas, cette dernière n'empêche pas le maintien en vigueur de la convention collective vis-à-vis des autres signataires³⁴⁰². L'exécution de la convention collective en cause doit être poursuivie vis-à-vis de ceux qui n'ont pas accepté le principe de sa dénonciation ; l'excessive onérosité perdurerait donc, au moins partiellement³⁴⁰³. En second lieu, si les partenaires sociaux décident de négocier une convention collective de substitution, il n'est pas certain qu'ils parviennent à trouver un accord. Or, il n'est pas improbable que la convention collective dénoncée – en sus de l'élément devenu excessivement onéreux – ait également été « le support de la mise en place d'un dispositif, notamment en matière de durée du travail, sans lequel l'entreprise ne peut fonctionner efficacement »³⁴⁰⁴. La négociation d'une convention collective de substitution, propre au mécanisme de la dénonciation et à celui de la mise en cause, fait donc courir le risque

³³⁹⁷ Articles L. 2261-9 et s. du Code du travail. Pour la dénonciation d'une convention collective devenue trop coûteuse pour un employeur en raison de l'irruption d'un événement imprévisible, V. not. M. DESPAX, « Révision et dénonciation des conventions collectives de travail : aspects jurisprudentiels récents », in *Tendances du droit du travail français contemporain*, Études offertes à Guillaume-Henri CAMERLYNCK, Paris, Dalloz, 1978, p. 309.

³³⁹⁸ Titre de la sous-section 2 de la section 5 (intitulée « dénonciation ») du chapitre I (intitulé « conditions d'applicabilité des conventions et accords ») du titre VI (intitulé « application des conventions et accords collectifs ») du livre II (intitulé « la négociation collective – Les conventions et accords collectifs de travail ») de la deuxième partie (intitulée « les relations collectives de travail ») du Code du travail.

³³⁹⁹ Article L. 2261-10, alinéa 1, du Code du travail.

³⁴⁰⁰ *Ibid.*

³⁴⁰¹ En cela, la procédure de dénonciation et celle de l'imprévision se rejoignent.

³⁴⁰² Article L. 2261-11 du Code du travail.

³⁴⁰³ À cet égard, il convient de rappeler que la dénonciation partielle d'une convention collective – qui permettrait de ne dénoncer que les éléments à l'origine de l'excessive onérosité susmentionnée – est jurisprudentiellement interdite (V. not. Soc., 21 nov. 1973, n° 72-40.228 ; Soc., 16 mars 1995, n° 93-13.371, *Dr. soc.* 1995. 365, concl. R. KESSOUS), sauf accord de l'ensemble des signataires et prévision de cette possibilité dans l'accord lui-même : Soc., 16 oct. 1974, n° 73-11.562, *Dr. soc.* 1975. 116, note P. RONGÈRE.

³⁴⁰⁴ V. ARMILLEI, « La révision pour imprévision appliquée aux accords collectifs de travail », préc.

de la désorganisation de l'entreprise. En troisième lieu, et subséquemment, à défaut d'accord, la convention collective demeure applicable pendant une durée de quinze mois à compter de sa dénonciation³⁴⁰⁵, ce qui risque de porter un coup rude, voire définitif, à la santé financière de l'entreprise, d'autant plus que, dans cette situation, le Code du travail prévoit le maintien de la rémunération acquise des salariés, qui peut s'avérer être la source de l'excessive onérosité susmentionnée³⁴⁰⁶.

La dénonciation d'une convention collective n'entre pas en conflit avec le nouvel article 1195 du Code civil, dans la mesure où leur objet sont nettement dissemblables ; celui de la première tend à mettre fin à la convention collective sans recourir au juge, tandis qu'à l'inverse, celui du second privilégie la poursuite de l'acte, modifié par le soin des parties ou, au besoin, celui du tribunal³⁴⁰⁷. Si cela s'avère pertinent³⁴⁰⁸, les deux mécanismes peuvent ainsi cohabiter l'un avec l'autre.

847. Après la dénonciation d'une convention collective, la législation travailliste évoque sa mise en cause, mécanisme « qui a posé le plus de problèmes à la Chambre sociale dans les années 1990-2000 »³⁴⁰⁹. Cette technique trouve à s'appliquer en raison « notamment d'une fusion, d'une cession, d'une scission ou d'un changement d'activité »³⁴¹⁰, c'est-à-dire en cas de modification du périmètre de l'entreprise susceptible d'emporter le transfert des contrats de travail³⁴¹¹. La question est de déterminer, postérieurement à une telle modification, quel est le statut collectif qu'il convient d'appliquer aux salariés. Depuis le 14 mai 1992 et un revirement de jurisprudence³⁴¹², la chambre sociale de la Cour de cassation énonce avec constance que la

³⁴⁰⁵ Le Code du travail prévoit un préavis d'une durée de trois mois (article L. 2261-9, alinéa 2, du Code du travail), puis la survie de l'acte pendant douze mois (article L. 2261-10, alinéa 1, du Code du travail).

³⁴⁰⁶ L'article L. 2261-13 du Code du travail dispose que « lorsque la convention ou l'accord qui a été dénoncé n'a pas été remplacé par une nouvelle convention ou un nouvel accord dans un délai d'un an à compter de l'expiration du préavis, les salariés des entreprises concernées bénéficient d'une garantie de rémunération dont le montant annuel, pour une durée de travail équivalente à celle prévue par leur contrat de travail, ne peut être inférieur à la rémunération versée, en application de la convention ou de l'accord dénoncé et du contrat de travail, lors des douze derniers mois [...] ».

³⁴⁰⁷ V. not. V. ARMILLEI, « La révision pour imprévision appliquée aux accords collectifs de travail », préc.

³⁴⁰⁸ V. *infra*, n° 849 et s.

³⁴⁰⁹ Ph. WAQUET, « Mise en cause d'une convention collective ou d'un accord collectif en raison notamment d'une fusion, d'une cession ou d'un changement d'activité », *RDT* 2008. 38. À ce sujet, V. ég. J. DEPREZ, « Cession d'entreprise et compétition entre conventions collectives aux salariés transférés », *RJS* 1992. 451.

³⁴¹⁰ Article L. 2261-14, alinéa 1, du Code du travail.

³⁴¹¹ V. ég. l'article L. 1224-1 du Code du travail.

³⁴¹² Soc., 14 mai 1992, n° 88-45.316, *D.* 1993. 67, note N. DECOOPMAN ; *RJS* 1992. 451, note J. DÉPREZ ; *Dr. ouvr.* 1993. 183, obs. F. SARAMITO.

convention collective applicable chez le nouvel employeur ne trouve pas à s'appliquer automatiquement³⁴¹³ et que les partenaires sociaux doivent engager la négociation dans l'optique de substituer une nouvelle convention collective à celle qui est mise en cause³⁴¹⁴. S'ils y parviennent, la convention collective de substitution trouve évidemment à s'appliquer et, à défaut, les salariés bénéficient également d'une garantie de rémunération³⁴¹⁵. Le Code du travail rappelle d'ailleurs que la négociation de l'acte substitutif peut être engagée, dès lors qu'« une fusion, une cession, une scission ou toute autre modification juridique qui aurait pour effet la mise en cause d'une convention ou d'un accord »³⁴¹⁶ est envisagée. On comprend par-là que la mise en cause et la théorie de l'imprévision ont des domaines distincts, puisque la première peut être anticipée – c'est-à-dire qu'elle peut être prévue avant la modification du périmètre de l'entreprise – tandis que la disposition civiliste, par définition, sert à répondre à un événement imprévisible.

848. Demeure enfin le cas de la révision de la convention collective, envisagée par les articles L. 2261-7 et suivants du Code du travail. Ces derniers se contentent toutefois de lister les organisations qui ont la capacité d'engager une procédure de révision d'un tel acte³⁴¹⁷ puis d'indiquer que l'avenant de modification se substitue logiquement aux stipulations antérieures³⁴¹⁸. Bien que leur objet soit semblable – procéder à la révision d'un acte au cours de son exécution – deux différences notables peuvent être mises au jour entre le mécanisme de la révision d'une convention collective et la théorie de l'imprévision telle qu'issue de l'ordonnance du 10 février 2016. Tout d'abord, la procédure visée par le Code du travail est

³⁴¹³ Soc., 9 oct. 1990, n° 87-40.565, *JCP E* 1991. II. 196, note J. DÉPREZ ; *RJS* 1/1991, chron. J. PÉLISSIER.

³⁴¹⁴ V. not. Soc., 1^{er} déc. 1993, n° 90-42.962, n° 90-42.965, *D.* 1994. 312, obs. M.-A. SOURIAU-ROTSCHILD ; *D.* 1994. 334, note E. DOCKÈS ; Soc., 9 févr. 1994, n° 91-16.000, *Dr. soc.* 1994. 384, obs. G. BÉLIER ; Soc., 23 juin 1999, n° 97-43.162, *Dr. soc.* 1999. 972, obs. B. GAURIAU ; Soc., 19 oct. 1999, n° 97-45.907, n° 97-45.911, *Dr. soc.* 2000. 228, obs. G. BÉLIER ; Soc., 13 nov. 2007, n° 06-42.090.

³⁴¹⁵ Article L. 2261-14, alinéa 2, du Code du travail. Au-delà, les effets de la mise en cause sont similaires à ceux de la dénonciation, à savoir le maintien de l'application de la convention collective mise en cause jusqu'à l'entrée en vigueur de celle qui lui est substituée ou, à défaut, pendant une durée d'un an à compter de l'expiration d'un préavis d'une durée de trois mois. À cet égard, on constate d'ailleurs que l'article L. 2261-14 du Code du travail opère un renvoi à l'article L. 2261-9 dudit Code, justement relatif à la dénonciation d'une convention collective.

³⁴¹⁶ Article L. 2261-14-2, alinéa 1, du Code du travail.

³⁴¹⁷ Que ce soit pour une convention collective de branche (article L. 2261-7 du Code du travail), d'entreprise ou d'établissement (article L. 2261-7-1 du Code du travail). Le Code du travail se contente toutefois de faire mention des organisations syndicales de salariés représentatives, sans évoquer la possibilité pour l'employeur ou un groupement d'employeur d'initier cette procédure. Pour les auteurs, il ne fait pourtant aucun doute qu'ils disposent également de cette faculté : V. not. A. CORMIER LE GOFF, « La durée et la révision des accords collectifs après la loi du 8 août 2016 », *Cah. soc.* 2017, p. 48 ; G. BÉLIER, H.-J. LEGRAND, A. CORMIER LE GOFF, *Le nouveau droit de la négociation collective, acteurs et accords*, Alphen-sur-le-Rhin, Wolters Kluwer, 6^e éd., 2018, p. 577 ; G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, préc., p. 1719.

³⁴¹⁸ Article L. 2261-8 du Code du travail).

exclusivement extrajudiciaire, tandis que le texte de droit civil réserve une place à l'intervention du juge, en dernier ressort. Ensuite, cette révision peut être engagée à n'importe quel moment ; contrairement à l'imprévision, qui ne peut résulter que d'un changement imprévisible de circonstances, elle n'a pas nécessairement à être causée par un événement exogène. Ceci signifie que les parties autorisées – celles mentionnées par le Code du travail – n'ont guère besoin de motiver la révision de la convention collective qu'elles sollicitent. L'objet du nouvel article 1195 du Code civil diffère dès lors de celui visé aux articles L. 2261-7 et suivants du Code du travail.

Partant, contrairement à ce que nous énoncions ci-dessus au sujet des relations individuelles de travail³⁴¹⁹, il apparaît que l'adaptation d'une convention collective sur le fondement de la théorie de l'imprévision est envisageable, car, en sus de l'absence de conflit de normes³⁴²⁰, l'existence des mécanismes spéciaux travaillistes ne prive pas la disposition de toute utilité en ce domaine.

849. En effet, il nous semble que le nouvel article 1195 du Code civil pourrait trouver application au sein du droit des conventions collectives, aux côtés de la procédure travailliste de révision³⁴²¹. Dans la mesure où le droit du travail n'impose aucune obligation de conclure l'avenant de révision, la procédure visée par le Code du travail³⁴²² est susceptible d'aboutir à un *statu quo* qui mènerait à la poursuite de l'exécution excessivement onéreuse de la convention collective. À cet égard, l'utilité de la théorie de l'imprévision est évidente, puisqu'elle permet

³⁴¹⁹ V. ci-dessous.

³⁴²⁰ Nous avons démontré que, dans les trois hypothèses, l'objet des textes travaillistes et du nouvel article 1195 du Code civil sont distincts.

³⁴²¹ La théorie de l'imprévision nous semble utile, dans les relations collectives de travail, qu'aux côtés de la procédure travailliste de révision d'une convention collective. En effet, dans les situations de dénonciation et de mise en cause d'un tel acte, l'imprévision ne devrait pas être utilisée par l'employeur, car ces procédures ont pour finalité de mettre fin à la convention collective, tandis que la disposition civiliste vise, à l'inverse, la poursuite de l'exécution de l'acte concerné. Leur objet diffère ainsi trop nettement pour que le nouvel article 1195 du Code civil soit mobilisé avec pertinence.

³⁴²² Articles L. 2261-7 et s. du Code du travail.

d'éviter l'impasse ; réservée aux hypothèses les plus graves, elle offre la possibilité de soumettre au juge, en tout dernier recours³⁴²³, le soin de réviser l'accord³⁴²⁴.

850. À notre sens, la chambre sociale de la Cour de cassation aurait ainsi tout intérêt à mettre fin à la jurisprudence qu'elle maintient depuis 1956³⁴²⁵, pour admettre la révision pour imprévision d'une convention collective et, subséquemment, contribuer à l'amplification de l'influence que produit la réforme du droit des contrats en droit du travail³⁴²⁶. Cette dernière ne devrait cependant pas être massive ; bien que présentant une utilité en la matière, la théorie civiliste de l'imprévision ne devrait faire l'objet que d'une utilisation sporadique par l'employeur, car sa procédure demeure complexe et, en cas de saisine du juge, particulièrement longue³⁴²⁷. Pour autant, lorsque l'exécution de la convention devient pour lui inenvisageable, en raison de son onérosité, l'employeur pourrait se saisir du nouvel article 1195 du Code civil afin d'en solliciter la renégociation amiable. En cherchant à rééquilibrer l'acte, cette fois-ci au profit de l'employeur, le juge participerait à faire produire à la réforme susmentionnée une influence plus importante que celle que nous imaginions au sein de la première partie de ce travail.

851. L'équilibre du contrat a été présenté comme étant la première facette de la notion, plus vaste, d'équilibre contractuel³⁴²⁸. À ses côtés se retrouve l'égalité entre les parties, également visée par la réforme du droit des contrats, notamment à travers le vice de violence pour abus de l'état de dépendance du nouvel article 1143 du Code civil.

³⁴²³ Au-delà de la procédure prévue par le nouvel article 1195 du Code civil, il est probable que, le plus souvent, les parties acceptent le principe de la révision conventionnelle de la convention collective, car leur désaccord mènerait à la réécriture de celle-ci par le juge, ce que les partenaires sociaux devraient vouloir éviter. V. ARMILLEI « La révision pour imprévision appliquée aux accords collectifs de travail », préc., perçoit à cet égard la théorie de l'imprévision comme un « mécanisme de dynamisation de la négociation collective de révision imposant, plus que jamais, le respect de la bonne foi par chacun des participants à la négociation, contraints à l'abandon des postures pour éviter un accord judiciairement imposé ». À cet égard, V. ég. P. SARGOS, « Les sept piliers de la sagesse du droit », *JCP G* 2015. 34.

³⁴²⁴ V. not. V. ARMILLEI, *ibid*.

³⁴²⁵ Soc., 6 juill. 1956, *Bull. civ. IV*, n° 637, préc.

³⁴²⁶ Nous évoquons ici une nouvelle hypothèse de cohabitation entre les règles spéciales travaillistes et générales civilistes, entre la théorie de l'imprévision et la procédure de révision d'une convention collective.

³⁴²⁷ V. not. J.-F. CÉSARO, « La négociation collective et les crises », préc., qui écrit que « théoriquement envisageable, l'imprévision heurte cependant un obstacle de taille : la durée de traitement judiciaire qui n'est pas nécessairement adaptée à la nécessité d'une prise de décision rapide ».

³⁴²⁸ V. *supra*, n° 777.

Section 2. LA PROMOTION DE L'ÉGALITÉ ENTRE LES PARTIES

852. En plus de contribuer au rééquilibrage du contrat et de ses clauses, la réforme contient un mécanisme permettant celui de l'égalité entre les parties, dans l'optique de lutter contre l'asymétrie de puissance contractuelle. Ainsi, lorsqu'un contractant abuse de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant et obtient de lui un avantage manifestement excessif, l'acte conclu est vicié de violence et, dès lors, nul. Toutefois, ces différents critères sont, pour l'heure, appréciés strictement par la Cour de cassation³⁴²⁹, restreignant par-là les possibilités de mise en œuvre du nouvel article 1143 du Code civil. Dans un litige de droit du travail et afin d'accroître la protection de la partie faible au contrat de travail ou à la convention collective, la chambre sociale de la Cour de cassation pourrait retenir une vision déformante des critères précités (§1), mais également envisager un allègement de la charge probatoire qui, jusqu'alors, est intégralement mise à la charge de la victime de l'abus (§2). Enfin, dans la mesure où « la sanction classique des vices du consentement³⁴³⁰ [...] n'est guère désirable pour le salarié qui souhaite conserver son emploi »³⁴³¹, le juge social pourrait se tourner vers une autre sanction, d'ores et déjà connue du droit du travail, à savoir la réfaction du contrat (§3).

§1. L'APPRÉCIATION JUDICIAIRE DES CONDITIONS DU VICE DE VIOLENCE POUR ABUS DE L'ÉTAT DE DÉPENDANCE

853. La caractérisation d'un vice de violence pour abus de l'état de dépendance passe par celle, préalable, d'un état de dépendance, d'un abus de celui-ci et d'un avantage manifestement excessif tiré de l'acte par l'auteur de l'abus³⁴³². Si la Cour de cassation a largement admis l'existence d'un état de dépendance³⁴³³, celle d'un abus a été extrêmement rare³⁴³⁴ en raison de la conception subjective qui en est retenue. De surcroît, le critère de l'avantage manifestement excessif cloisonne un peu plus encore le champ de cette sous-catégorie du vice général de violence, dont le succès de la mobilisation promet de n'être qu'exceptionnel.

³⁴²⁹ Si l'on se fie à la jurisprudence antérieure à l'ordonnance du 10 févr. 2016, qui portait non pas sur le vice de violence pour abus de l'état de dépendance, qui n'existait alors pas, mais sur le vice de violence économique qui avait été jurisprudentiellement consacré.

³⁴³⁰ À savoir la nullité de l'acte.

³⁴³¹ M. FABRE-MAGNAN, P. LOKIEC, « Le vice de violence en droit du travail », préc.

³⁴³² Article 1143 du Code civil. V. *supra*, n° 465 et s.

³⁴³³ Qui n'était alors qu'économique, ce qui nous pousse à estimer que l'élargissement de la nature du vice devrait emporter celle, subséquente, de sa reconnaissance sur le fondement du nouvel article 1143 du Code civil.

³⁴³⁴ On ne dénombre que deux occurrences en amont de l'ordonnance du 10 févr. 2016. V. *supra*, n° 489.

À cet égard, la chambre sociale de la Cour de cassation pourrait, à l'inverse de la première chambre civile³⁴³⁵, opter pour une conception objective de l'abus de dépendance, étrangère à toute considération propre au comportement de son auteur (A), mais aussi retenir de l'avantage manifestement excessif une conception minimaliste (B).

A. UNE OBJECTIVATION DE L'ABUS DE L'ÉTAT DE DÉPENDANCE

854. La notion d'abus a fait l'objet de deux théories majeures, développées au courant du siècle dernier. La plus répandue est issue de la pensée de G. Ripert³⁴³⁶ et est fondée sur l'intention de nuire qui anime son auteur. Par-là, l'abus est interprété subjectivement et ne se révèle que derrière la faute volontaire d'une partie, décidée de porter atteinte aux intérêts de son cocontractant³⁴³⁷. Sous l'empire du droit antérieur à la réforme du droit des contrats, la première chambre civile de la Cour de cassation, dans le cadre du contentieux de la violence dite économique, a analysé l'abus à travers ce prisme de la subjectivité. C'est ainsi que, n'étant pas directement menacée par le plan de licenciement envisagé par l'employeur, la salariée qui a cédé à son employeur les droits sur un ouvrage personnel à bas prix n'est pas parvenue à démontrer l'existence d'un abus de sa situation de dépendance économique, l'empêchant par-là d'obtenir l'annulation de cette cession³⁴³⁸.

Dans le cadre des litiges travaillistes, cette analyse subjective de l'abus emporterait sans aucun doute l'amaigrissement de l'influence du vice de violence pour abus de l'état de dépendance, par la nette réduction de son attractivité pour la partie faible. En effet, comme nous l'indiquons ci-dessus³⁴³⁹, l'action de l'employeur est bien plus souvent motivée par la possibilité d'obtenir un avantage de l'acte signé³⁴⁴⁰ que par la volonté de nuire frontalement à son cocontractant. Aussi, outre les hypothèses dans lesquelles une telle intention nous paraît ne

³⁴³⁵ V. not. Civ., 1^{re}, 30 mai 2000, n° 98-15.242, préc. ; Civ., 1^{re}, 3 avr. 2002, n° 00-12.932, préc. L'obstacle formé par la potentielle divergence de jurisprudence entre la première chambre civile et la chambre sociale de la Cour de cassation pourrait être de taille, dans la mesure où il nécessiterait l'intervention de l'assemblée plénière de ladite Cour.

³⁴³⁶ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, préc.

³⁴³⁷ V. *supra*, n° 491 et s. V. not. G. LOISEAU, « Le contrat de travail dans la réforme du droit des contrats », préc., qui interprète l'abus de l'état de dépendance comme un « comportement illégitime » de la partie la plus forte.

³⁴³⁸ Civ., 1^{re}, 3 avr. 2002, n° 00-12.932, *op. cit.*

³⁴³⁹ V. *supra*, n° 512, n° 518.

³⁴⁴⁰ Qu'il s'agisse d'un avantage pécuniaire ou d'un avantage contractuel.

constituer qu'un cas d'école³⁴⁴¹, il en est d'autres où, bien qu'envisageable, sa démonstration se heurtera à la difficulté pour la partie faible d'en apporter une preuve convaincante³⁴⁴². Ainsi, plus encore que dans les contrats réglementés par le Code civil, la théorie subjective de l'abus porte en droit du travail une atteinte considérable à l'influence susmentionnée, en empêchant le plus souvent la victime de l'abus de le prouver, faute pour elle de réunir suffisamment d'éléments permettant de démontrer l'intention de nuire de son cocontractant.

855. Le recours à la théorie objective de l'abus, au contraire, élargirait les possibilités de recourir au vice de violence pour abus de l'état de dépendance en droit du travail. Pensée par L. Josserand³⁴⁴³, elle s'écarte du comportement adopté par l'auteur de l'abus, pour se concentrer à l'inverse sur la finalité du droit utilisé. Constitue alors un abus « l'acte contraire au but de l'institution, à son esprit et à sa finalité »³⁴⁴⁴. De ce fait, l'avantage disproportionné octroyé par un acte à l'une des parties pourrait être constitutif d'un abus³⁴⁴⁵, cette approche objective autorisant le juge à évaluer « un certain équilibre des prestations »³⁴⁴⁶.

Dans la sphère travailliste, la caractérisation objective de l'abus renforcerait l'utilité du nouvel article 1143 du Code civil et, de ce fait, l'influence qu'il produit au sein de la matière. Et pour cause ; dans l'immense majorité des hypothèses – à tout le moins au sein des relations individuelles de travail – la dépendance de (l'aspirant) salarié est de nature économique. Dès lors, l'employeur qui entend obtenir un avantage en exploitant ladite dépendance, en l'absence de toute intention particulière de nuire à son cocontractant, se rendrait coupable d'un abus s'il détourne de sa finalité le droit qu'il mobilise. L'on peut ici penser à toutes les situations où un employeur, qui profite des difficultés financières de son cocontractant, lui impose la conclusion

³⁴⁴¹ C'est tout particulièrement le cas lors de la phase de conclusion du contrat de travail, où l'utilisation par le recruteur de l'état de dépendance de l'aspirant salarié est semble-t-il toujours plus fondée sur l'appât d'un gain que sur la volonté de lui nuire, dans la mesure où l'exécution du contrat de travail lui imposera de fournir du travail à ce nouveau salarié et à le rémunérer.

³⁴⁴² La caractérisation subjective d'un abus s' imagine plus largement en cours d'exécution du contrat de travail ou lors de la rupture, mais elle se heurtera le plus souvent à l'absence d'une preuve concrète que pourrait apporter le salarié. La même difficulté se rencontre dans les relations collectives de travail, bien que l'intention de nuire puisse ici être démontrée à l'égard des salariés ou de leurs représentants à la négociation collective.

³⁴⁴³ L. JOSSERAND, *De l'esprit des lois et de leur relativité : théorie dite de l'abus de droit*, préc.

³⁴⁴⁴ *Ibid*, spé., n° 292.

³⁴⁴⁵ V. not. P. ANCEL, « L'apport du droit social à la théorie civiliste de l'abus de droit », *Communication lors d'un séminaire de l'Association Française de Droit du Travail*, Collège des Bernardins, Paris, 23 mars 2012.

³⁴⁴⁶ L. BENTO DE CARVALHO, *L'apport du droit du travail à la théorie générale de l'acte juridique*, préc., p. 281. Ce constat, lu à travers le prisme du nouvel article 1143 du Code civil, conduirait toutefois à ne faire qu'un des critères de l'abus et de l'avantage manifestement excessif, dans la mesure où le dernier pourrait permettre la caractérisation du premier. V. ég. P. REMY-CORLAY, D. FENOUILLET, « Le consentement », préc., p. 163.

d'un contrat de travail³⁴⁴⁷ ou d'un avenant dans l'optique de réaliser des économies. Au-delà de toute considération financière, il en irait de même de celui qui extorque une clause de mobilité excessivement large d'un salarié placé en situation de dépendance³⁴⁴⁸. En application de la théorie subjective de l'abus, cet acte ne serait pas susceptible d'être sanctionné sur le fondement du vice de violence pour abus de l'état de dépendance, car l'intention de nuire de l'employeur ne peut être démontrée. À l'inverse, son analyse objective permettrait de tenir compte du détournement constaté de la finalité de l'acte, à savoir l'exploitation de la dépendance économique de l'autre partie afin d'améliorer la situation financière de l'entreprise.

Le constat est identique au sein des relations collectives de travail, où la démonstration de l'intention de nuire de l'employeur est toujours complexe à apporter. Par exemple, l'employeur pourrait tirer parti d'un climat social tendu pour conclure une convention collective d'entreprise emportant la réduction des garanties offertes aux salariés par la convention de branche applicable³⁴⁴⁹, sans pour autant être animé par la volonté de porter atteintes aux intérêts des travailleurs subordonnés ou de leurs représentants. Seule l'interprétation objective de l'abus autoriserait ici de sanctionner l'agissement de l'employeur, pour abus d'un état de dépendance³⁴⁵⁰.

856. De plus, contrairement à la première chambre civile³⁴⁵¹, il apparaît que la chambre sociale de la Cour de cassation a, par le passé, donné « sa préférence »³⁴⁵² à la conception objective de l'abus. Il en est ainsi dans le cadre spécifique du contentieux de la clause de

³⁴⁴⁷ Cette hypothèse renvoie, par exemple, aux faits de Soc., 5 juill. 1965, *Bull. civ. IV*, n° 637, préc.

³⁴⁴⁸ V. not. Ch. GOLDIE-GÉNICON, « Droit commun des contrats et contrat de travail, 100 ans après », préc.

³⁴⁴⁹ L'article L. 2253-3 du Code du travail rappelle que dans toutes les matières non visées par les deux articles qui le précèdent, « les stipulations de la convention d'entreprise conclue antérieurement ou postérieurement à la date d'entrée en vigueur de la convention de branche ou de l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large prévalent sur celles ayant le même objet prévues par la convention de branche ou l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large [...] ». Cela concerne par exemple de nombreuses primes que la convention de branche peut accorder aux salariés de son secteur d'activité, à l'exception de celle concernant les travaux dangereux et insalubres (article L. 2253-2, 4°, du Code du travail). Ainsi, par le biais d'un dialogue social dans l'entreprise, la suppression de certains avantages est envisageable : prime de treizième mois, prime d'ancienneté, prime d'habillement...

³⁴⁵⁰ Rappelons à cet égard que si l'employeur négocie la convention collective d'entreprise avec un ou plusieurs délégués syndicaux, la démonstration de l'état de dépendance de ceux-ci est envisageable, mais complexe à effectuer : V. *supra*, n° 533 et s.

³⁴⁵¹ Favorable, nous venons de le mentionner, à la théorie subjective de l'abus.

³⁴⁵² Selon la formule de L. BENTO DE CARVALHO, *L'apport du droit du travail à la théorie générale de l'acte juridique*, préc., p. 280.

mobilité³⁴⁵³, où l'objectif a été d'éviter que l'employeur ne tire un avantage démesuré de l'actionnement de ladite clause, eu égard aux « désagréments causés au salarié »³⁴⁵⁴. Un parallèle peut ici être opéré avec le vice de violence pour abus de l'état de dépendance car, dans les deux cas, le juge saisit peut, si les conditions sont réunies, sanctionner l'avantage disproportionné obtenu par un contractant, par l'application d'une clause ou la conclusion d'un acte. Ce point commun, propre aux conséquences de l'abus³⁴⁵⁵, pourrait pousser la Cour de cassation à apprécier ce dernier de manière analogue³⁴⁵⁶, c'est-à-dire objectivement. De la sorte, l'usage antisocial d'un droit par l'une des parties établirait l'existence d'un abus, sanctionné par la nullité de l'acte³⁴⁵⁷, sans que le travailleur subordonné n'ait à prouver l'intention de nuire de l'employeur³⁴⁵⁸.

³⁴⁵³ V. not. Soc., 18 mai 1999, n° 96-44.315, préc. ; Soc., 6 févr. 2001, n° 98-44.190, préc. ; Soc., 10 févr. 2016, n° 14-17.576, préc. La chambre sociale n'exclut toutefois pas totalement la théorie subjective de l'abus, dont elle fait application en certains domaines, comme en matière de licenciement vexatoire : V. not. Soc., 17 juill. 1996, n° 93-41.116, préc. V. not. L. BENTO DE CARVALHO, *ibid* ; S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, « L'abus du salarié », *JCP* 2006. 1376. V. ég. *supra*, n° 492.

³⁴⁵⁴ L. BENTO DE CARVALHO, *ibid*. V. ég. P. ANCEL, « L'apport du droit social à la théorie civiliste de l'abus de droit », préc.

³⁴⁵⁵ À savoir, dans le cadre de l'actionnement d'une clause de mobilité, la disproportion caractérisée entre l'avantage obtenu par l'employeur et les inconvénients subies par le salarié et, dans celui du vice de violence pour abus de l'état de dépendance, l'avantage manifestement excessif tiré de l'acte par la partie placée en position de domination contractuelle.

³⁴⁵⁶ Comme le suggère d'ailleurs L. BENTO DE CARVALHO, « L'incidence de la réforme du droit des contrats sur le régime du contrat de travail : renouvellement ou *statu quo* ? », préc.

³⁴⁵⁷ Si l'abus dont il est question n'a pas été commis lors de la période précontractuelle, la nullité du contrat de travail ne peut véritablement être prononcée : V. *supra*, n° 325.

³⁴⁵⁸ Dans le contentieux de l'abus dans la mise en œuvre d'une clause de mobilité, la chambre sociale de la Cour de cassation impose au salarié de démontrer la mauvaise foi de l'employeur (V. not. Soc., 23 févr. 2005, n° 04-45.463, *Dr. soc.* 2005. 576, obs. J. MOULY ; *Dr. soc.* 2005. 634, chron. P. BOUAZIZ, I. GOULET ; *D.* 2005. 1678, note H. KOBINA GABA ; *D.* 2005. 2499, obs. B. LARDY-PELISSIER, J. PELISSIER ; *RTD civ.* 2005. 395, obs. J. MESTRE, B. FAGES ; *JCP* 2005. II. 10076, note D. CORRIGNAN-CARSIN ; *RDC* 2005, p. 761, obs. Ch. RADÉ, qui indique : « mais attendu que, la bonne foi contractuelle étant présumée, les juges n'ont pas à rechercher si la décision de l'employeur de faire jouer une clause de mobilité stipulée dans le contrat de travail est conforme à l'intérêt de l'entreprise ; qu'il incombe au salarié de démontrer que cette décision a en réalité été prise pour des raisons étrangères à cet intérêt, ou bien qu'elle a été mise en œuvre dans des conditions exclusives de la bonne foi contractuelle ». Cette formule a également été utilisée dans un autre arrêt rendu le même jour : Soc., 23 févr. 2005, n° 04-45.463, *op. cit.*), ce qui est critiquée par de nombreux auteurs : V. not. G. AUZERO, « La mise en œuvre de la clause de mobilité appréciée à l'aune des droits fondamentaux des salariés », *RDT* 2008. 731 ; J. PÉLISSIER, « Pour un droit des clauses du contrat de travail », *RJS* 2005. 499 ; L. BENTO DE CARVALHO, *op. cit.*, p. 281. Dans celui du vice de violence pour abus de l'état de dépendance, il ne peut cependant être imposé au travailleur subordonné de démontrer la violation, par son cocontractant, de l'exigence de bonne foi contractuelle, désormais intégrée au sein du nouvel article 1104 du Code civil. En effet, la caractérisation dudit vice ne passe que par la réunion des trois critères de sa validité, prévus par le nouvel article 1143 du Code civil, à savoir un état de dépendance, un abus de celui-ci et un avantage manifestement excessif tiré de l'acte par la partie qui en profite. Ainsi, dans les litiges faisant intervenir le vice de violence pour abus de l'état de dépendance en droit du travail, l'interprétation objective de l'abus par le juge social ne devrait pas s'accompagner, en sus, de la preuve par le travailleur subordonné de la mauvaise foi de l'employeur.

857. L'analyse objective de l'abus de l'état de dépendance faciliterait nettement le recours au nouvel article 1143 du Code civil, par le salarié ou ses représentants à la négociation collective. Dans la mesure où, dans l'immense majorité des situations, l'employeur peut obtenir d'un acte un avantage manifestement excessif en l'absence de toute volonté de nuire à son cocontractant³⁴⁵⁹, il nous semble dès lors opportun que l'abus exigé par le Code civil soit apprécié, en droit du travail, sans considération à une telle intention subjective. Ce revirement de jurisprudence³⁴⁶⁰, qui pourrait d'ailleurs être généralisé dans l'ensemble des branches du droit privé³⁴⁶¹, contribuerait activement à réactiver l'attractivité du mécanisme. De ce fait, l'influence exercée par le vice de violence pour abus de l'état de dépendance en droit du travail serait renforcée, par la multiplication des situations de fait dans lesquelles il pourrait être mis en œuvre avec succès.

858. Dans l'optique de la réactivation susmentionnée, une autre voie mérite d'être étudiée, consistant à apprécier l'avantage manifestement excessif de façon minimaliste.

B. UN AVANTAGE MANIFESTEMENT EXCESSIF MINIMALISTE

859. Bien qu'envisagé par les avant-projets doctrinaux de réforme³⁴⁶², le critère de l'avantage manifestement excessif fait figure d'ajout de dernière minute au sein de l'ordonnance du 10 février 2016, puisqu'il n'était pas prévu dans le projet publié par la Chancellerie une année auparavant³⁴⁶³. Au sein du nouvel article 1143 du Code civil, il borne l'effet que doit produire l'abus de l'état de dépendance pour être sanctionné ; l'auteur de l'abus doit obtenir de l'acte un avantage démesuré. Au sein du quatrième chapitre de notre travail, nous avons estimé que

³⁴⁵⁹ L. BENTO DE CARVALHO, « L'incidence de la réforme du droit des contrats sur le régime du contrat de travail : renouvellement ou *statu quo* ? », préc., rappelle qu'« il convient d'observer que celui qui exploite la faiblesse d'autrui n'a pas besoin d'exercer une menace pour obtenir un avantage excessif, il lui suffit de laisser jouer la pression qui s'exerce spontanément sur son partenaire à raison du lien de dépendance dans lequel il se trouve ». À ce sujet. V. ég. J.-P. CHAZAL, « Violence économique ou abus de faiblesse ? », préc.

³⁴⁶⁰ Pour rappel, les arrêts rendus sur le fondement du vice de violence économique (V. not. Civ., 1^{re}, 30 mai 2001, n° 98-15.242, préc. ; Civ., 1^{re}, 3 avr. 2002, n° 00-12.932, préc.), qui ont précédé le vice de violence pour abus de l'état de dépendance, appréciaient l'abus dont il est question de manière subjective.

³⁴⁶¹ Le constat opéré par L. BENTO DE CARVALHO, *op. cit.*, s'applique aussi bien en droit du travail qu'en droit commun des contrats.

³⁴⁶² Articles 1114-3 de l'avant-projet doctrinal de réforme dit « CATALA » (http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf, p. 81, et 66 de l'avant-projet dit « TERRÉ » (F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, préc., p. 218).

³⁴⁶³ Article 1142 du projet d'ordonnance publié par la Chancellerie le 25 févr. 2015.

l'avantage dont il est question n'a pas forcément à être financier³⁴⁶⁴ ; en effet, l'obtention de faveur sexuelle peut, par exemple, être perçue comme un avantage au sens de la disposition précitée³⁴⁶⁵. La nature exacte de l'avantage n'importe donc pas, à l'inverse de son caractère. En effet, l'avantage dont il est question doit nécessairement être dénué de toute mesure, bien que son caractère illicite puisse également, à notre sens, traduire son caractère « manifestement excessif »³⁴⁶⁶. Ainsi, l'avantage minime, analysé comme un « déséquilibre quelconque »³⁴⁶⁷, se révèle insuffisant pour que l'acte soit nul au sens du vice de violence pour abus de l'état de dépendance.

860. Ce troisième et dernier critère du vice spécial de violence complexifie indubitablement la tâche de la victime de l'abus et porte une atteinte considérable à l'attractivité du texte³⁴⁶⁸, dont le rejet par les juridictions du fond est d'ailleurs fréquent. C'est pourquoi l'action amplificatrice de la chambre sociale de la Cour de cassation pourrait la mener à appliquer la condition de l'avantage manifestement excessif de manière souple. Tandis que l'analyse théorique du texte laisse à penser que cette condition constitue l'achoppement de trop, qui limite drastiquement la mobilisation concrète du vice de violence pour abus de l'état de dépendance, sa force contraignante dépendra en réalité de l'interprétation qu'en fera le juge. En cela, l'utilisation de standards juridiques³⁴⁶⁹, qui doivent être judiciairement précisés, lui permet de retenir de l'avantage manifestement excessif une conception minimaliste. La position adoptée à l'égard des vices du consentement par la chambre sociale de la Cour de cassation en amont de la réforme du 10 février 2016 le rend d'ailleurs envisageable. En effet, cette dernière a, par

³⁴⁶⁴ V. *supra*, n° 499. Force est toutefois de constater que l'immense majorité du contentieux se noue autour d'un avantage de cette nature.

³⁴⁶⁵ Montpellier, 4^e ch. civ., 22 juin 2022, n° 19/05333, préc.

³⁴⁶⁶ Nous donnons l'exemple de la fixation du salaire en-deçà du salaire minimal interprofessionnel de croissance : V. *supra*, n° 498. Dans ce cas, l'avantage concrètement obtenu par l'employeur peut être minime, mais son illicéité lui conférerait *de facto* son caractère manifestement excessif.

³⁴⁶⁷ Selon l'expression de P. CHAUVEL, « Violence », préc., spé., n° 58.

³⁴⁶⁸ V. not. Y. PAGNERRE, « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », préc., pour qui la démonstration de l'avantage manifestement excessif tiré de l'acte par la partie forte est l'élément le plus complexe à démontrer pour la victime de l'abus. V. ég. G. LOISEAU, « Le contrat de travail dans la réforme du droit des contrats », préc. ; E. CLAUDEL, « L'abus de dépendance économique : un sphinx renaissant de ses cendres ? (commentaire de l'article 1143 nouveau du Code civil et de la proposition de loi visant à mieux définir l'abus de dépendance économique) », préc. ; M. LEVENEUR-AZÉMAR, « Éclairage de droit comparé sur l'interprétation de la réforme du droit des contrats », préc.

³⁴⁶⁹ Les termes « manifestement » et « excessif » sont tous deux des standards juridiques, qui laissent une vaste marge d'appréciation au juge. Pour une critique du recours massif desdits standards au sein de l'ordonnance du 10 févr. 2016, V. not. N. BLANC, « Le juge et les standards juridiques », préc. ; Th. REVET, « Le nouveau discours contractuel (Rapport de synthèse) », *RDC* 2016, p. 627 ; B. STURLESE, « Le juge et les standards juridiques », *RDC* 2016, p. 398 ; M. MEKKI, « Propos introductifs : le juge et le droit de la responsabilité civile », *RDC* 2017, p. 112.

le passé, adapté lesdits vices – et notamment le dol³⁴⁷⁰ – au contexte travailliste, leur faisant produire des effets propres à servir la finalité sociale du droit du travail. Partant, dans un souci de cohérence avec la position qui est la sienne en la matière, l'interprétation souple du critère de l'avantage manifestement excessif semble s'imposer au juge social. Le nouvel article 1143 du Code civil serait alors déformé³⁴⁷¹ afin de mieux se conformer à la réalité concrète des relations de travail et d'accroître la protection de la partie faible au contrat, conformément aux souhaits initiaux formulés par le législateur³⁴⁷², réaffirmés par une partie de la doctrine³⁴⁷³.

861. Pour ce faire, deux voies semblent pouvoir être explorées. La première est illustrée par un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour d'appel de Grenoble³⁴⁷⁴, qui a prononcé la nullité d'un contrat d'expertise sans pour autant démontrer que la société défenderesse a retiré de la conclusion dudit contrat un avantage manifestement excessif. Les juges du fond se sont contentés de caractériser un abus de l'état de dépendance, lié à la fragilité psychologique du contractant qui s'est engagé dans une relation contractuelle le lendemain de la destruction de sa maison, moyennant le paiement immédiat de cinq pourcent des honoraires totaux³⁴⁷⁵. Ainsi, l'abus de l'état de dépendance est ici fondé sur l'engagement précipité de la victime et le paiement d'une fraction des honoraires. La Cour d'appel déduit ensuite implicitement de ces deux éléments de fait l'existence d'un avantage manifestement excessif tiré de l'acte par l'entreprise. Elle énonce que « dès lors, l'intervention précipitée de la société G, pour faire souscrire à Monsieur C une lettre de mission extrêmement succincte sur les obligations mises à la charge de la société d'expertise et à des conditions engageant lourdement le signataire, constituent des circonstances de nature à caractériser une exploitation de sa vulnérabilité et de sa fragilité psychologique, fussent-elles temporaire. Dès lors, les consorts Z démontrant le vice du consentement de M. C³⁴⁷⁶, il convient de prononcer la nullité de la convention ». En l'espèce, la Cour d'appel de Grenoble est donc allée plus loin encore que l'interprétation souple du critère de l'avantage manifestement excessif que nous mentionnions ; elle l'a totalement occulté, prononçant

³⁴⁷⁰ V. not. Soc., 3 juill. 1990, n° 87-40.349, préc. ; Soc., 5 oct. 1994, n° 93-43.615, préc. ; Soc., 30 mars 1999, n° 96-42.912, préc.

³⁴⁷¹ Il s'agit d'un nouveau cas de « déformation-amplification » de la réforme du droit des contrats en droit du travail.

³⁴⁷² V. l'article 8 de la loi n° 2015-177 du 16 févr. 2015.

³⁴⁷³ V. not. E. CLAUDEL, « L'abus de dépendance économique : un sphinx renaissant de ses cendres ? (commentaire de l'article 1143 nouveau du Code civil et de la proposition de loi visant à mieux définir l'abus de dépendance économique) », préc. ; G. LOISEAU, « Les vices du consentement », CCC 2016. 3.

³⁴⁷⁴ Grenoble, ch. civile 01, 7 janv. 2020, n° 18/00212, préc.

³⁴⁷⁵ Pour une somme totale de 2 382,42 €.

³⁴⁷⁶ Depuis décédé.

la nullité de la convention d'expertise sur la seule preuve d'un état de dépendance et d'un abus de celui-ci. Cette position, si elle venait à être généralisée, étendrait largement la possibilité de mobiliser le nouvel article 1143 du Code civil, puisqu'elle emporte la suppression de son troisième critère, pourtant considéré comme étant le plus complexe à démontrer³⁴⁷⁷. Cette généralisation se ferait toutefois ressentir plus fortement en droit commun des contrats qu'en droit du travail, où la caractérisation d'un avantage manifestement excessif s'envisage souvent avec moins de difficulté que celle d'un abus de l'état de dépendance³⁴⁷⁸. Quoi qu'il en soit, dans la mesure où cette solution revient à nier l'existence d'un critère pourtant légalement prévu, il nous semble qu'elle doive être écartée. Elle ne revient en effet pas à retenir une conception minimaliste de l'avantage manifestement excessif, mais à ne pas le retenir du tout³⁴⁷⁹.

Aussi, il nous appartient d'explorer une seconde voie, qui est celle par laquelle le juge est susceptible de retenir l'existence d'un tel avantage sans que celui-ci ne soit totalement démesuré. L'intérêt se perçoit aisément ; si l'abus de l'état de situation n'est judiciairement sanctionné que lorsque son auteur a obtenu de l'acte qu'un avantage dont le caractère excessif est manifeste, les hypothèses dans lesquelles le vice de violence pour abus de l'état de dépendance pourrait être mobilisé avec succès ne seraient qu'exceptionnelles. À l'inverse, sans occulter de manière absolue ce critère, il serait possible de procéder à son atténuation, pour le considérer comme étant caractérisé lorsque la partie placée en position de domination contractuelle obtient un avantage illégitime d'un contrat vicié par l'abus d'un état de dépendance, même s'il n'est pas résolument exagéré. À cet égard, force est toutefois de constater que rares sont les décisions qui se sont engagées dans cette voie. Tout au plus certaines juridictions d'appel évoquent un « avantage excessif³⁴⁸⁰ » ou un « avantage disproportionné³⁴⁸¹ » sans faire usage du terme « manifestement ». Il nous semble cependant qu'il s'agisse moins d'une volonté d'assouplir l'exigence du nouvel article 1143 du Code civil³⁴⁸² que de celle d'éviter certaines redondances rédactionnelles. De surcroît, dans les arrêts qui font application de la disposition susmentionnée, il apparaît que le caractère « manifestement

³⁴⁷⁷ Y. PAGNERRE, « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », préc.

³⁴⁷⁸ À l'exception de la violence constatée lors de la rupture du contrat de travail : V. *supra*, n° 525 et s.

³⁴⁷⁹ V. ég. Nîmes, 1^{re} chambre, 8 déc. 2022, n° 21/04508, préc., où trois prêts ont été annulés sur le fondement du nouvel article 1143 du Code civil, alors même que les conventions ne prévoyaient pas d'intérêt mis à la charge de l'emprunteur. Partant, il apparaît que le prêteur, qui a usé de pressions psychologiques, ne pouvait tirer aucun gain des trois conventions précitées, si ce n'est – mais l'arrêt ne le détaille pas – espérer un rapprochement sentimental avec l'emprunteur.

³⁴⁸⁰ Nancy, ch. civile 02, 20 sept. 2021, n° 20/01993, préc. ; Toulouse, 2^e ch., 7 déc. 2022, n° 21-01346, préc.

³⁴⁸¹ Paris, pôle 5, chambre 11, 16 juin 2023, n° 22/00812.

³⁴⁸² En effet, si l'avantage simplement excessif permettait la caractérisation du vice de violence pour abus de l'état de dépendance, l'attractivité du nouvel article 1143 du Code civil pour la partie faible au contrat s'étendrait quelque peu, car il ne serait plus nécessaire de démontrer que son caractère excessif ne fait aucun doute.

excessif » de l'avantage en cause ne fasse aucun doute, qu'il s'agisse de « l'obtention de deux lettres de garantie à titre personnel du gérant de la société ainsi que d'une inscription d'hypothèque sur le patrimoine immobilier de [celui-ci] »³⁴⁸³, de la transaction par laquelle le contractant fort a obtenu, sans concession réciproque, la diminution de sa facture de l'ordre de quarante pourcent³⁴⁸⁴, de faveurs sexuelles en échange d'une somme d'argent³⁴⁸⁵ ou, bien évidemment, d'un tarif particulièrement réduit eu égard à la prestation du cocontractant³⁴⁸⁶.

Pour autant, s'il venait à s'engager dans la voie de l'objectivation de l'abus, le juge devrait certainement – par souci de cohérence – emprunter celle de la conception minimaliste de l'avantage manifestement excessif, à défaut de quoi le recours au nouveau vice de violence restera particulièrement rare. Il s'agit selon-nous de la piste la plus cohérente dans l'optique d'imaginer l'action amplificatrice du juge social. Par-là, l'employeur qui arrache à un travailleur subordonné ou à ses représentants un avantage par l'exploitation de leur état de dépendance pourrait être sanctionné par l'annulation de l'acte vicié. Au-delà de faire échos aux exigences du législateur en 2015³⁴⁸⁷, cette déformation-amplification du texte s'inscrit dans l'objectif de protection du salarié, propre à la matière et aux objectifs historiquement poursuivis par la chambre sociale de la Cour de cassation à l'encontre des vices du consentement.

862. Cette action amplificatrice, au-delà de passer par l'interprétation des critères posés par le Code civil, peut également résulter de l'aménagement de la charge probatoire laissée à la charge de la victime de l'abus.

³⁴⁸³ Bordeaux, 4^e chambre commerciale, 15 mars 2023, n° 21/00489, préc. Les deux lettres de garantie portent sur un montant total de 280 000 €, soit le même montant que celui de l'hypothèque. L'avantage consenti ici par la partie faible (une société) s'élève ainsi à 560 000 €, alors même qu'elle sortait tout juste d'un plan de redressement judiciaire.

³⁴⁸⁴ Versailles, ch. 12, 26 nov. 2020, n° 19/03233, préc., soit une diminution de l'ordre de 47 920 €.

³⁴⁸⁵ Montpellier, 4^e chambre civile, 22 juin 2022, n° 19/05333, préc.

³⁴⁸⁶ Civ., 2^e, 9 déc. 2021, n° 20-10.096, préc. Chargé de défendre les intérêts de la délégation Unedic AGS dans sept-cent-quatre-vingt-quinze dossiers, un avocat, placé sous un état de dépendance économique à l'égard de son client, a obtenu 90 000 € au titre des honoraires. G. CHANTEPIE, « Contrainte économique et indépendance statutaire d'un avocat », préc., fait remarquer que cette somme, « n'est pas négligeable en valeur absolue [...] » mais que, ces honoraires, « rapportés au tarif habituellement pratiqué [...] apparaissaient très inférieurs, non seulement au montant antérieurement convenu dans leurs relations (2,5 fois), mais même au tarif de l'aide juridictionnelle », ce qui caractérise l'existence d'un avantage manifestement excessif tiré de la convention par le client.

³⁴⁸⁷ L'article 8, 2°, de la loi n° 2015-177 du 16 févr. 2015 impose au Gouvernement d'introduire « des dispositions permettant de sanctionner le comportement d'une partie qui abuse de la situation de faiblesse de l'autre ».

§2. L'APPRÉCIATION JUDICIAIRE DE LA CHARGE PROBATOIRE DU VICE DE VIOLENCE POUR ABUS DE L'ÉTAT DE DÉPENDANCE

863. Les dispositions civilistes sont parfois déformées, afin de correspondre plus largement à la matière au sein de laquelle elles sont mobilisées. À cet égard, il est démontré depuis longtemps désormais que le droit du travail possède un certain particularisme³⁴⁸⁸. Dans les relations individuelles de travail, le lien de subordination sous lequel le salarié est placé par la conclusion du contrat de travail constitue sans nul doute une spécificité importante. Le nouvel article 1143 du Code civil pourrait être lu à travers le prisme du lien de subordination, duquel pourrait être déduite l'existence d'un état de dépendance du travailleur (**A**). Plus encore, il serait envisageable que l'abus de l'état de dépendance soit présumé, en certaines circonstances (**B**).

A. UNE DÉDUCTION TRAVAILLISTE DE L'ÉTAT DE DÉPENDANCE

864. Pour le dictionnaire de l'Académie Française, la dépendance est une « relation étroite et parfois réciproque, impliquant ou non une subordination, entre des réalités, des idées »³⁴⁸⁹. À la vue des liens qu'entretiennent ici les notions de « dépendance » et de « subordination », il y a lieu d'apprécier si, dans le cadre des relations individuelles de travail, la caractérisation de la première peut – ou non – découler de la seule existence de la seconde. L'impact amplificateur d'une telle solution³⁴⁹⁰ se percevrait sans mal ; par la seule conclusion d'un contrat de travail, le travailleur subordonné serait exempté de la démonstration de la première condition prévue par le nouvel article 1143 du Code civil, dans la mesure où son état de dépendance – caractérisé à l'égard de l'employeur – pourrait être déduit du lien de subordination sous lequel il est placé. Une précision temporelle, déjà énoncée ci-dessus³⁴⁹¹, doit toutefois être rappelée : l'amalgame entre les deux notions ne peut être conçu que lorsque l'acte litigieux a été conclu en cours d'exécution du contrat de travail. À l'encontre dudit contrat, il est totalement inenvisageable, car s'il est certain que l'aspirant salarié puisse se trouver en situation de dépendance économique à l'égard d'un recruteur – en raison de l'absence, pour lui, de solution(s) alternative(s) satisfaisante(s)³⁴⁹² – il ne lui est guère subordonné au cours de la période

³⁴⁸⁸ V. not. P. DURAND, « Le particularisme du droit du travail », préc.

³⁴⁸⁹ <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9D1464>. V. *supra*, n° 468.

³⁴⁹⁰ En ce qui concerne l'influence que le nouvel article 1143 du Code civil produit en droit du travail.

³⁴⁹¹ V. *supra*, n° 509.

³⁴⁹² V. *supra*, n° 510 et s.

précontractuelle³⁴⁹³. Dès lors, l'état de dépendance du candidat à l'embauche, s'il peut exister³⁴⁹⁴, ne peut résulter de la démonstration de sa subordination au sens travailliste du terme. L'interrogation doit toutefois être renouvelée vis-à-vis des actes passés postérieurement à la conclusion du contrat de travail.

865. La confusion opérée entre la dépendance d'un salarié, au sens du nouvel article 1143 du Code civil, et sa subordination juridique à l'égard de l'employeur ne permettrait pas de caractériser l'existence d'une violence pour abus de l'état de dépendance³⁴⁹⁵. Notre raisonnement se concentre ici exclusivement sur la démonstration travailliste d'un état de dépendance du salarié. Nous n'évoquerons dès lors que la première étape de la caractérisation du nouveau vice de violence ; peu importe l'état de notre conclusion, il appartiendra encore à la partie faible d'apporter la preuve d'un abus de cet état de dépendance³⁴⁹⁶ et de l'existence d'un avantage manifestement excessif³⁴⁹⁷ tiré de l'acte par l'employeur.

Au regard de ladite caractérisation, la prise en compte du particularisme du droit du travail allégerait plus encore la charge probatoire qui pèse exclusivement sur la victime du vice. En effet, dans la mesure où le travailleur « se trouve naturellement en état de dépendance économique en raison de sa subordination juridique »³⁴⁹⁸, il y a lieu de se demander s'il lui appartient de démontrer l'absence de solution(s) alternative(s) satisfaisante(s)³⁴⁹⁹ pour faire reconnaître son état de dépendance ou si, à l'inverse, ce dernier pourrait, par une déformation judiciaire du mécanisme, découler de la seule conclusion du contrat de travail et du lien de subordination que celle-ci emporte automatiquement. Il est effectivement des situations où « le

³⁴⁹³ Le travailleur est placé sous la subordination de l'employeur par la conclusion du contrat de travail : V. not. Soc., 13 nov. 1996, n° 94-13.187, préc., qui précise que « le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son salarié [...] ».

³⁴⁹⁴ V. *supra*, *op. cit.*

³⁴⁹⁵ V. not. I. BEYNEIX, « L'unification prétorienne du vice de violence économique en droit privé », préc., qui opère justement la distinction entre la dépendance économique et la contrainte économique, en précisant que seule cette dernière est « constitutive de la violence économique ». V. ég. B. EDELMAN, « De la liberté et de la violence économique », préc. Cela se conforme avec nos analyses antérieures ; la dépendance économique ne constitue que le premier maillon qui compose la chaîne du vice de violence pour abus de l'état de dépendance. Ce que les auteurs précités nomment sous le vocable de « contrainte » renvoie à ce que nous avons appelé, conformément au vocabulaire employé par le législateur, un « abus » de l'état de dépendance.

³⁴⁹⁶ Pour une étude travailliste de l'abus de l'état de dépendance, V. *infra*, n° 868 et s.

³⁴⁹⁷ Qui, selon nous, devrait être apprécié de manière minimaliste : V. *supra*, n° 859 et s.

³⁴⁹⁸ I. BEYNEIX, *op. cit.*

³⁴⁹⁹ Au cours de l'exécution du contrat de travail, nous avons estimé que « l'existence même de solution(s) alternative(s) satisfaisante(s) est sujette à questionnements » : V. *supra*, n° 516.

salarié n'est pas véritablement en mesure de refuser la conclusion d'un acte juridique »³⁵⁰⁰, comme celle par exemple « d'un avenant modifiant la rémunération, la structure de la rémunération, la durée du travail ou encore la conclusion d'une convention de forfait »³⁵⁰¹. L'objet du vice de violence pour abus de l'état de dépendance est de sanctionner par la nullité l'acte arraché par un contractant fort, qui abuse de l'impossibilité de l'autre partie de s'y opposer³⁵⁰². Or, il nous semble que ladite impossibilité puisse, en certaines hypothèses, résulter directement du lien de subordination. Celui-ci peut en effet être de nature à interdire au salarié³⁵⁰³ de s'opposer à la conclusion d'un acte proposé par son employeur, en raison de la crainte que fait naître chez lui le pouvoir de sanction propre à ce dernier. Dès lors, s'il est certain que « la subordination du salarié ne saurait être, en soi, constitutive d'une violence »³⁵⁰⁴, elle peut être à l'origine de la dépendance du travailleur subordonné à l'égard de son donneur d'ordres. Deux précisions peuvent être apportées à ce sujet.

Tout d'abord, les rares arrêts qui ont abordé la thématique ne s'opposent pas à l'assimilation ponctuelle de la dépendance et de la subordination. Ainsi, la Cour d'appel de Paris et la Cour de cassation ont toutes deux affirmé que la subordination du salarié ne saurait présumer un vice de violence³⁵⁰⁵. Ce n'est cependant pas l'hypothèse que nous défendons en l'espèce ; il n'est pas question de faire découler l'existence d'un vice de violence pour abus de l'état de dépendance de la subordination juridique du salarié, mais de déduire de celle-ci une condition d'application de ce vice, à savoir l'état de dépendance.

Ensuite, l'assimilation précitée n'a pas à faire l'objet d'une présomption d'une quelconque nature ; l'idée n'est en effet pas d'inverser la charge de la preuve, en imposant à l'employeur de démontrer que le salarié n'était pas placé dans un état de dépendance lors de l'échange des consentements³⁵⁰⁶. Il est simplement question d'admettre qu'en certaines occurrences, les deux notions se mêlent suffisamment pour que le juge fasse découler

³⁵⁰⁰ G. LOISEAU, « Le contrat de travail dans la réforme du droit des contrats », préc.

³⁵⁰¹ *Ibid.*

³⁵⁰² Pour des motifs propres ou extérieurs au contrat lui-même : V. *supra*, n° 486 et s.

³⁵⁰³ En cela, la violence est attentatoire à la liberté de la partie faible et il est nécessaire de tenir compte de la psychologie de cette dernière : B. EDELMAN, « De la liberté et de la violence économique », préc.

³⁵⁰⁴ Civ., 26 mars 1928, préc. ; V. ég. *ibid.*

³⁵⁰⁵ Soc., 3 oct. 1973, *Bull. civ. V*, n° 541 ; Civ., 1^{re}, 3 avr. 2002, n° 00-12.932, préc. ; Paris, 12 juin 1995, n° 94-35946, préc.

³⁵⁰⁶ Si le lien de subordination faisait simplement présumer l'état de dépendance du salarié, la charge de la preuve serait en effet renversée.

l'existence d'un état de dépendance de la subordination juridique du travailleur. De ce fait, la position n'a pas à être généralisée à l'ensemble des contrats ; l'amalgame entre dépendance et subordination ne pourrait résulter que d'une analyse judiciaire, réalisée *in concreto*³⁵⁰⁷. Il se peut en effet que certains salariés, dotés d'une importante autonomie, ne subissent pas la contrainte de la subordination de manière aussi vivace que d'autres ; à leur égard, il serait ainsi peu probable que la dépendance découle de la seule conclusion du contrat de travail. L'appréciation doit dès lors nécessairement s'effectuer au cas par cas.

866. Cette solution aurait pour effet d'accroître l'attractivité du nouvel article 1143 du Code civil pour le salarié, pour lequel, selon les conditions concrètes de l'exécution de son contrat de travail, la preuve de son état de dépendance lors de la conclusion de l'acte contesté serait facilitée. En résulterait alors une amplification de l'influence que produit le mécanisme en droit du travail, quand bien même celle-ci ne devrait pas être substantielle, dans la mesure où la démonstration par le travailleur subordonné de l'absence de solution(s) alternative(s) satisfaisante(s) s'envisage plus aisément en cours d'exécution du contrat de travail³⁵⁰⁸. Du point de vue de la partie faible, il est toutefois évidemment préférable de substituer à l'apport de cette preuve le fait que son état de dépendance résulte directement de sa subordination à l'employeur. L'apport pratique de cette assimilation ne devrait se faire sentir qu'au sein des relations individuelles de travail, car la représentation collective des salariés lors de la négociation collective a notamment pour effet de diluer la subordination individuelle de chacun des représentants.

867. En sus de celle d'un état de dépendance résultant du lien de subordination, l'action amplificatrice du juge social, par l'allègement de la charge de la preuve du demandeur, pourrait également passer, dans les relations de travail, par l'instauration d'une présomption d'abus de l'état de dépendance.

³⁵⁰⁷ V. not. S. TOURNAUX, « Le contrat de travail et les dérogations au droit commun des contrats », préc.

³⁵⁰⁸ Qu'au cours de la phase de conclusion de contrat de travail : V. *supra*, n° 516.

B. UNE PRÉSUMPTION IRRÉFRAGABLE D'ABUS DE L'ÉTAT DE DÉPENDANCE

868. Sous l'empire de la jurisprudence antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, consacrée à la seule dépendance économique de la partie faible, plusieurs auteurs ont estimé que l'abus de l'état de dépendance pouvait être présumé de la conjugaison de deux éléments : une asymétrie de puissance contractuelle entre deux parties et le constat d'un déséquilibre contractuel entre les droits et obligations des contractants³⁵⁰⁹. Cette présomption, illustrant le constat selon lequel « tout ce qui contractuel n'est pas nécessairement juste »³⁵¹⁰, possède un appui idéologique marqué, en vertu duquel « chaque fois que le contractant en position de force obtient de son cocontractant un avantage excessif, manifestement disproportionné eu égard à ses obligations, il convient de s'inquiéter de l'existence ou non d'un abus de dépendance économique »³⁵¹¹. En somme, pour reprendre les termes utilisés par le nouvel article 1143 du Code civil, la caractérisation cumulée d'un état de dépendance et un avantage manifestement excessif tiré de l'acte par le contractant le plus fort pourrait faire irréfragablement présumer l'existence d'un abus commis par ce dernier. Cela est justifié, selon le professeur G. Virassamy, par le fait que : « maître de l'avenir économique de ses assujettis, le partenaire privilégié dispose [...] du moyen de leur imposer une stratégie économique et commerciale qui tient compte avant tout de ses propres intérêts »³⁵¹². En des termes travaillistes, cela signifie que l'employeur, en raison du lien de subordination et de la potentielle dépendance économique de ses salariés, possède la faculté d'imposer à ces derniers la conclusion de certains actes en cours d'exécution du contrat de travail, déséquilibrés à son avantage³⁵¹³.

³⁵⁰⁹ V. not. O. RIVOAL, « La dépendance économique en droit du travail », préc. ; J.-P. CHAZAL, « Violence économique ou abus de faiblesse ? », préc. ; D. MAZEAUD, « Régime de la violence économique », préc.

³⁵¹⁰ Selon la formule de J.-P. LABORDE, « La considération du fait par le droit du travail », in *Mélanges H. BLAISE*, Paris, Economica, 1994, p. 277.

³⁵¹¹ O. RIVOAL, « La dépendance économique en droit du travail », préc.

³⁵¹² G. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance. Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, Thèse, Paris 1, 1985, p. 154.

³⁵¹³ Pour O. RIVOAL, « La dépendance économique en droit du travail », préc., « il en irait ainsi des clauses de mobilité, qui permettent au chef d'entreprise de se réserver la possibilité de modifier le lieu de travail d'un salarié ; des clauses d'exclusivité, qui permettent à l'employeur d'interdire aux salariés, pendant l'exécution de leur contrat, soit l'exercice d'une autre activité professionnelle quelle qu'elle soit, soit l'exercice d'une activité particulière ou bien encore des clauses d'objectifs, qui permettent à l'employeur de donner une base contractuelle précise à l'appréciation des résultats du salarié et de justifier une éventuelle insuffisance professionnelle. Les clauses de non-concurrence dont la validité est subordonnée aujourd'hui à l'existence d'une contrepartie financière échapperaient par contre à cette qualification ».

869. Cette thèse pousse à considérer que « l’abus procède de l’excès »³⁵¹⁴ ; il ne serait pas nécessaire, pour le caractériser, de s’intéresser au comportement de l’auteur³⁵¹⁵ ou d’apprécier si celui-ci, par la conclusion de l’acte, a détourné un droit de la finalité pour laquelle il a été créé³⁵¹⁶. Il découlerait ainsi automatiquement « du seul examen objectif du contenu du contrat conclu sous l’empire d’une contrainte économique, et du constat de son déséquilibre excessif »³⁵¹⁷. L’intérêt de cette présomption est évident, puisqu’elle évince totalement du vice de violence pour abus de l’état de dépendance la nécessité de caractériser l’existence d’un abus. Or, particulièrement en droit du travail, nous avons démontré que, pour la victime de la violence, la démonstration d’un tel abus est particulièrement complexe à apporter³⁵¹⁸. La démonstration du vice en serait grandement simplifiée. Parmi toutes les hypothèses nous avons abordées, c’est sans nul doute celle-ci qui emporterait la plus grande amplification de l’influence que produit le nouvel article 1143 du Code civil dans les relations de travail. Toutefois, plusieurs obstacles majeurs se dressent devant la consécration de cette présomption d’abus.

870. En premier lieu, en amont de la réforme du droit des contrats – et donc au regard de la violence dite « économique » – la Cour de cassation s’est toujours refusée à consacrer une telle présomption. Ainsi, dans l’exemple déjà utilisé de la cession par un salarié de droits personnels portants sur un dictionnaire pour enfant à son employeur³⁵¹⁹, la première chambre civile ne contredit pas la Cour d’appel de Paris qui, dans un arrêt du 12 janvier 2000³⁵²⁰, a caractérisé un lien de dépendance économique entre les deux acteurs. Plus encore, il est patent que par ladite cession, suivie par la commercialisation de l’ouvrage au nom de l’entreprise, l’employeur a réalisé un important profit, susceptible d’être considéré comme un avantage manifestement excessif. Le motif de cassation se niche ainsi ailleurs, dans l’absence d’« exploitation abusive d’une situation de dépendance économique »³⁵²¹. Si, comme le suggérait une partie de la doctrine, le juge avait déduit l’abus de la caractérisation cumulative d’un état de dépendance et d’un avantage clairement démesuré, la convention de cession aurait en l’espèce été frappée de nullité. Or, dans la mesure où la salariée n’a pas démontré qu’elle était « elle-même menacée

³⁵¹⁴ D. MAZEAUD, « Régime de la violence économique », préc.

³⁵¹⁵ Dans l’hypothèse où l’abus est apprécié subjectivement.

³⁵¹⁶ Dans l’hypothèse où l’abus est apprécié objectivement.

³⁵¹⁷ D. MAZEAUD, « Régime de la violence économique », préc.

³⁵¹⁸ V. *supra*, n° 512, n° 518.

³⁵¹⁹ Civ., 1^{re}, 3 avr. 2002, n° 00-12.932, préc.

³⁵²⁰ Paris, 4^e chambre, 12 janv. 2000, n° XP120100X, préc.

³⁵²¹ Civ., 1^{re}, 3 avr. 2002, n° 00-12.932, *op. cit.*

par le plan de licenciement et que l'employeur avait exploité auprès d'elle cette circonstance pour la convaincre »³⁵²², la Cour de cassation a confirmé la validité de la cession susmentionnée. Partant, il est clair que la présomption irréfragable dont nous faisons état était expressément rejetée à l'égard de la violence économique. À cet égard, il serait particulièrement étonnant que la Haute Cour fasse le choix de revenir sur cette position³⁵²³.

871. En second lieu, comme nous l'avons mentionné, cette présomption viole frontalement la lettre du nouvel article 1143 du Code civil, qui ne se contente pas de définir la violence pour abus de l'état de dépendance à l'aune d'un état de dépendance d'un contractant et d'un avantage manifestement excessif. Le texte précise en effet que ce dernier doit avoir abusé de cet état de dépendance. L'idée d'exploitation dudit état se retrouve également à l'article 1114-3 de l'avant-projet dit « Catala », selon lequel « il y a également violence lorsqu'une partie s'engage sous l'empire d'un état de nécessité ou de dépendance, si l'autre partie exploite cette situation de faiblesse en retirant de la convention un avantage manifestement excessif », ainsi qu'à l'article 66 de l'avant-projet dit « Terré », qui indique que « lorsqu'un contractant, en exploitant l'état de nécessité ou de dépendance de l'autre partie ou sa situation de vulnérabilité caractérisée, retire du contrat un avantage manifestement excessif, la victime peut demander au juge de rétablir l'équilibre contractuel [...] ». Les rapports parlementaires qui ont précédé la promulgation de la loi de ratification du 20 avril 2018 conditionnent eux aussi la mise en œuvre du vice de violence pour abus de l'état de dépendance à la démonstration d'un abus de la part du contractant le plus fort³⁵²⁴. Celui rédigé en première lecture à l'Assemblée nationale indique d'ailleurs que « l'une des innovations essentielles du texte consiste à assimiler à la violence – vice de consentement par excellence – *l'abus de la dépendance*³⁵²⁵ dans laquelle se trouve son cocontractant »³⁵²⁶. En plus d'être rejetée par la jurisprudence, la présomption irréfragable

³⁵²² *Ibid.*

³⁵²³ V. not. S. SZAMES, « La violence économique, vice du consentement ? », préc. L'auteur indique que la violence, pour être sanctionnée, doit être illégitime et que si cette illégitimité venait à découler de la dépendance économique elle-même, cela contreviendrait non seulement à la jurisprudence de la Cour de cassation (en sus de Civ., 1^{re}, 3 avr. 2002, n° 00-12.932, préc. V. ég. Civ., 1^{re}, 30 mai 2000, n° 98-15.242, préc), mais cela reviendrait également « à remettre en cause tous les contrats d'adhésion ». Dès lors, seule la contrainte, initiée par le cocontractant, est susceptible de caractériser l'illégitimité de la violence et, par conséquent, de sanctionner l'acte litigieux.

³⁵²⁴ V. not. F. PILLET, *Rapport n° 22*, préc., p. 49 et s. ; *Rapport n° 247*, préc., p. 18 et s. ; S. HOULIÉ, *Rapport n° 639*, préc.

³⁵²⁵ Nous le soulignons.

³⁵²⁶ S. HOULIÉ, *Rapport n° 429*, préc.

d'abus de l'état de dépendance se heurte également à la lettre du Code civil et à l'intention des deux chambres du Parlement.

872. En troisième lieu, et de manière plus pragmatique, une telle déduction de l'abus précité serait génératrice d'une grande insécurité juridique. Et pour cause, elle ferait peser le spectre de la nullité pour violence sur tous les actes conclus entre deux parties concernées par une asymétrie de puissance contractuelle, si tant est que la plus forte des deux en tire un avantage manifestement excessif³⁵²⁷. Il serait pourtant excessif de considérer que tous les actes de la sorte ont été viciés de violence.

873. En dépit de ces différents arguments, la Cour de cassation semble avoir malgré elle ouvert une brèche, qui permettrait la déduction d'un abus de dépendance des deux autres critères posés par le nouvel article 1143 du Code civil. Dans cette affaire, la Cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion a annulé un contrat signé entre un avocat et son client, en raison de la dépendance du premier à l'égard du second et du manifeste déséquilibre de la convention, et ce alors même que le client – la délégation Unedic AGS – « invoquait au soutien de son argumentaire [...] l'absence de preuve d'une menace directe exercée contre l'avocat »³⁵²⁸, conformément à la position qu'avait adopté la première chambre civile dans l'affaire dite « Bordas » du 3 avril 2002³⁵²⁹. La deuxième chambre civile de la Cour de cassation rejette le pourvoi formé, en jugeant dans son huitième point que « l'arrêt, ayant caractérisé l'état de dépendance économique dans lequel l'avocat se trouvait à l'égard de l'AGS, ainsi que l'avantage excessif que cette dernière en avait tiré, en déduit que cette situation de contrainte était constitutive d'un vice du consentement au sens de l'article 1111 ancien du Code civil, excluant la réalité d'un accord d'honoraires librement consenti entre les parties [...] »³⁵³⁰. Il est ici clair que l'abus commis par le client de l'avocat n'est pas expressément démontré ; il résulte de la démonstration cumulative d'un état de dépendance du professionnel et de l'avantage démesuré obtenu par la délégation Unedic AGS. Cette décision, novatrice et qui « confère un intérêt certain à une disposition malmenée par la loi de ratification »³⁵³¹, pourrait ainsi être la

³⁵²⁷ V. not. S. SZAMES, « La violence économique, vice du consentement ? », préc.

³⁵²⁸ R. BOFFA, M. MEKKI, « Droit des contrats », préc.

³⁵²⁹ Civ., 1^{re}, 3 avr. 2002, n° 00-12.932, préc.

³⁵³⁰ Civ., 2^e, 9 déc. 2021, n° 20-10.096, préc.

³⁵³¹ R. BOFFA, M. MEKKI, « Droit des contrats », préc.

source d'une amplification substantielle de l'influence du nouvel article 1143 du Code civil, aussi bien en droit commun des contrats qu'en droit du travail.

À notre sens, cette position n'a pas été remise en question par un arrêt postérieur de la chambre commerciale de la Cour de cassation. En l'espèce, pour rejeter la demande d'annulation d'un contrat de cautionnement, la Cour d'appel de Douai a constaté qu'une banque, partie placée en situation de domination contractuelle, n'avait pas fait peser de pression sur son cocontractant. La Haute Cour justifie son rejet en indiquant qu'« en l'état de ces constatations et appréciations souveraines, la Cour d'appel, qui pouvait prendre en compte l'évolution des comptes de la société VDL dans les semaines ayant suivi le cautionnement litigieux afin d'apprécier la réalité de sa situation de dépendance économique à la date où ce cautionnement a été donné, a pu statuer comme elle l'a fait »³⁵³². Elle en déduit que « l'état de dépendance de cette société à l'égard de la banque [n'est] pas établi »³⁵³³. Ainsi, l'annulation de l'acte ne semble pas être justifié par l'impossibilité, pour l'emprunteur-caution, de démontrer les pressions exercées par l'établissement bancaire, mais bel et bien par celle de prouver son état de dépendance. La Cour de cassation fait d'ailleurs état d'une panique du débiteur à l'idée que sa société ne doive déposer le bilan s'il ne se portait pas caution. Or, nous l'avons mentionné, l'état de dépendance, pour être pris en compte, doit être juridiquement démontré ; il ne suffit donc pas que le débiteur y ait cru³⁵³⁴, sa caractérisation procède d'une démonstration concrète et non pas de la seule croyance de la partie faible. Ainsi, en l'espèce, la chambre commerciale motive son arrêt de rejet par l'absence de dépendance de l'emprunteur, qui faisait naturellement obstacle à un éventuel abus de la part de l'établissement créancier³⁵³⁵.

³⁵³² Com., 21 sept. 2022, n° 21-12.218, préc.

³⁵³³ *Ibid.*

³⁵³⁴ V. *supra*, n° 475.

³⁵³⁵ Une hésitation peut provenir de la lecture de l'arrêt de la Cour de cassation à la lumière du contenu de celui de la Cour d'appel de Douai. Celle-ci, pour rejeter la demande d'annulation de l'acte de cautionnement, fait remarquer que l'établissement bancaire n'a réalisé aucune pression sur l'emprunteur-caution. Cela fait dire à H. BARBIER, « Quelques précisions sur le régime de la violence économique », *RTD civ.* 2022. 884, que « les juges du fond ont visiblement considéré qu'il était nécessaire pour le demandeur à la nullité d'établir les actes de pression de la part de la banque ». Aussi, le silence de la chambre commerciale pourrait être interprété comme validant implicitement cette solution. Néanmoins, l'auteur indique par la suite que « ces appréciations souveraines ont été simplement reproduites par la Cour de cassation, qui s'est bien gardée d'en apprécier la nécessité et donc de se prononcer sur le point de savoir si la dépendance associée à l'avantage excessif suffit ou bien s'il faut également établir un acte de pression sur la victime ».

874. Un revirement de jurisprudence, qu'une partie de la doctrine appelait de ses vœux³⁵³⁶, semble ainsi se dessiner. Si tel est effectivement le cas³⁵³⁷, l'abus requis par le Code civil ressortirait de la preuve conjuguée d'un état de dépendance et d'un avantage manifestement excessif. La question de l'interprétation objective ou subjective de l'abus deviendrait alors totalement obsolète. Pour le salarié, dont l'état de dépendance pourrait en certaines hypothèses directement résulter de la conclusion du contrat de travail³⁵³⁸, la mobilisation du vice de violence pour abus de l'état de dépendance perdrait grandement de sa difficulté. L'influence de celui-ci au sein des relations de travail, individuelles comme collectives cette fois-ci, s'étendrait alors significativement, par le truchement du renforcement de l'égalité des parties. Le nouvel article 1143 du Code civil, au même titre que l'article 1171 dudit code, deviendrait un des piliers principaux de ladite influence.

Celle-ci pourrait connaître un dernier chamboulement judiciaire. À l'instar de tous les vices du consentement, la nouvelle subdivision de la violence est sanctionnée par la nullité de l'acte litigieux, sanction qui s'adapte mal aux spécificités du contrat de travail. Dès lors, la déformation de cette sanction, pour retenir celle de la réfaction du contrat, pourrait constituer une voie à explorer pour la chambre sociale de la Cour de cassation.

§3. LA DÉFORMATION DE LA SANCTION DU VICE DE VIOLENCE POUR ABUS DE L'ÉTAT DE DÉPENDANCE LORS DE LA CONCLUSION DU CONTRAT DE TRAVAIL

875. En tant que subdivision du vice général de violence³⁵³⁹, la violence pour abus de l'état de dépendance est sanctionnée par la nullité de l'acte vicié³⁵⁴⁰. Si cette sanction trouve parfaitement à s'appliquer en droit commun des contrats, notamment aux actes à exécution

³⁵³⁶ V. not. M. LATINA, « L'abus de dépendance (C.civ., art. 1143) : premiers enseignements des juridictions du fond », *D.* 2020. 2180 ; M. MEKKI, « Avoir le premier geste et pas le dernier mot », in *Mélanges P. ANCEL*, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 475.

³⁵³⁷ Pour en être certain, il convient à notre sens d'attendre que la Cour de cassation se prononce à nouveau expressément sur la thématique de l'abus au sens du nouvel article 1143 du Code civil.

³⁵³⁸ V. *supra*, n° 864 et s.

³⁵³⁹ Le nouvel article 1143 du Code civil dispose qu'« il y a également violence [...] », ce qui signifie que l'abus de l'état de dépendance constitue une subdivision du vice général de violence, visé quant à lui aux articles 1140 et s. du Code civil.

³⁵⁴⁰ Le nouvel article 1131 du Code civil dispose que « les vices du consentement sont une cause de nullité relative du contrat ». La nullité relative est caractérisée, en application du nouvel article 1179 dudit Code, « lorsque la règle violée a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé ».

instantanée³⁵⁴¹, elle s'avère inadaptée lorsqu'elle concerne le contrat de travail lui-même³⁵⁴², car l'effet rétroactif propre à cette sanction contraindrait le salarié à rembourser l'ensemble des sommes qu'il a touchées par l'exécution de sa prestation de travail, tandis que l'employeur, lui, devrait restituer au travailleur subordonné sa force de travail³⁵⁴³. Partant, pour chacune des deux parties, l'effet de la nullité est impossible à concevoir. De surcroît, dans l'immense majorité des situations, on peine à déterminer les raisons qui pourraient pousser un salarié à solliciter l'annulation rétroactive de son contrat de travail, en lieu et place de la mobilisation d'autres outils de rupture dudit contrat³⁵⁴⁴. Or, en pratique, c'est bel et bien le travailleur subordonné qui sera à l'initiative des actions en justice fondées sur ce nouveau vice de violence.

Face à ces difficultés inextricables, la chambre sociale de la Cour de cassation a le plus souvent opéré le choix logique de déformer la sanction des vices du consentement lors de la conclusion du contrat de travail. Ainsi, les rares fois où il se trouve sanctionné, le dol du candidat à l'embauche est analysé en « un manquement dans l'exécution du contrat de travail »³⁵⁴⁵ et entraîne le licenciement disciplinaire du salarié. Sur le fondement de la violence, il est toutefois exact que le juge a prononcé la nullité d'un contrat de travail, conclu à des conditions draconiennes qui exploitaient les difficultés financières de l'aspirant salarié³⁵⁴⁶. Cependant, sauf à étendre le recours à la technique de la rétroactivité à l'endroit du contrat de travail, la généralisation de cette solution ne peut être envisagée. Cela a fait dire au professeur Ch. Radé que l'inadaptation de la sanction participe à la perte d'attractivité de la violence pour abus de l'état de dépendance en droit du travail³⁵⁴⁷.

Cette perte d'attractivité, véridique³⁵⁴⁸, n'est peut-être guère inéluctable. En effet, lorsque le nouvel article 1143 du Code civil est invoqué à l'encontre d'un acte conclu au cours

³⁵⁴¹ Ch. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil*, préc., p. 131 définissent le contrat à exécution instantanée comme celui « dont l'exécution s'accomplit en un seul trait de temps ». Selon le nouvel article 1111-1 du Code civil, il s'agit du contrat « dont les obligations peuvent s'exécuter en une prestation unique ».

³⁵⁴² V. *supra*, n° 325.

³⁵⁴³ *Ibid.*

³⁵⁴⁴ Et notamment, dans cette hypothèse, le recours à la résiliation judiciaire ou à la prise d'acte de la rupture du contrat de travail, dans l'optique d'obtenir des indemnités et de contourner l'obligation de restituer l'ensemble des salaires perçus.

³⁵⁴⁵ J.-Y. FROUIN », *Le contrat de travail et les dérogations au droit commun des contrats*, préc., qui estime que la mise en œuvre des « règles applicables au licenciement », en cette matière, se révèle être « peu orthodoxe ». Pour des exemples jurisprudentiels, V. not. Soc., 17 oct. 1995, n° 94-41.239, préc. ; Soc., 25 nov. 2015, n° 14-21.521, préc. V. ég. A.-L. MAZAUD, *Contrat de travail et droit commun. Essai de mesure*, préc., p. 523 et s.

³⁵⁴⁶ Soc., 5 juill. 1965, *Bull. civ. IV*, n° 545, préc.

³⁵⁴⁷ Ch. RADÉ, « L'impact de la réforme du droit des contrats en droit du travail », préc.

³⁵⁴⁸ V. *supra*, n° 508 et s.

de l'exécution dudit contrat, la nullité n'est plus source de complexité ; elle n'affecte alors que l'acte en question, sans impacter l'existence de la relation individuelle de travail. Dans la mesure où les conditions cumulatives du vice de violence pour abus de l'état de dépendance devraient être moins ardues à réunir postérieurement à la conclusion du contrat de travail – à l'encontre d'un avenant, d'une convention de forfait ou d'une convention de cession de droits personnels, par exemple³⁵⁴⁹, l'achoppement que constitue la nature de la sanction du vice ne devrait pas, selon nous, porter une atteinte trop importante à l'influence que produit le mécanisme en droit du travail. Pour autant, il est certain que la déformation de ladite sanction, dans le cadre spécifique d'un abus de dépendance constaté lors de l'échange des consentements portant sur le contrat de travail, contribuerait à l'amplification de l'influence précitée³⁵⁵⁰.

876. Dans cette optique, deux alternatives peuvent être proposées. La première s'avère être la nullité partielle de la seule clause qui génère l'avantage manifestement excessif au profit du contractant le plus fort. Cette proposition ne modifie pas en profondeur la sanction du vice ; la nullité est préservée, ce n'est que son effet dans l'espace³⁵⁵¹ qui est déformé. En amont de la réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016, la question de la nullité partielle était quasiment ignorée du Code civil et occupait principalement la doctrine³⁵⁵². Elle a été dévoilée par la Cour de cassation sur la base des articles 900 et 1172 du Code civil³⁵⁵³, dans sa mouture de 1804, qui a estimé que la clause illicite n'emporte la nullité de l'acte en son entier que lorsqu'elle a constitué la « cause impulsive et déterminante »³⁵⁵⁴ de la volonté des parties. À défaut, le contrat survit à l'éradication de la clause³⁵⁵⁵. Cette solution autorisait le bénéficiaire

³⁵⁴⁹ V. *supra*, n° 514 et s.

³⁵⁵⁰ En provoquant l'extension de sa mise en œuvre à l'ensemble des phases du contrat de travail, la nullité ne constituant alors plus un obstacle pour le salarié demandeur.

³⁵⁵¹ V. not. Y. PICOD, « Nullité », *Rep. civ.*, Dalloz, 2019, spé., n° 152 et s.

³⁵⁵² V. not. J. KULLMANN, « Remarques sur les clauses réputées non écrites », *D.* 1993. 59 ; V. COTTEREAU, « La clause réputée non écrite », *JCP* 1993. I. 3691 ; R. BAILLOD, « À propos des clauses réputées non écrites », in *Mélanges L. BOYER*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 15 ; Ph. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, Thèse, Strasbourg, 1969. Les auteurs, dans ces articles, visent aussi bien le réputé non écrit d'une clause que sa nullité partielle. La première chambre civile de la Cour de cassation a d'ailleurs expressément jugé que les deux sanctions doivent être distinguées : « c'est à bon droit que la Cour d'appel a retenu que la demande tendant à voir réputé non écrites les clauses litigieuses ne s'analysait pas en une demande en nullité, de sorte qu'elle n'était pas soumise à la prescription quinquennale » : Civ., 1^{re}, 13 mars 2019, n° 17-23.169, préc. Pour un avis contraire, V. not. J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, préc., spé., n° 177 ; Y. PICOD, *Droit de la consommation*, préc., spé., n° 324.

³⁵⁵³ V. not. Req., 3 juin 1863, *DP* 1863. 1. 429 ; Civ., 3^e, 24 juin 1971, n° 70-11.730, *JCP* 1972. II. 17191, note J. GHESTIN.

³⁵⁵⁴ *Ibid.*

³⁵⁵⁵ V. not. Ch. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil*, préc., p. 497.

d'une libéralité d'agir en justice sans que l'acte qui lui profitait ne soit entièrement anéanti³⁵⁵⁶. Elle ne décourage ainsi pas « la personne bénéficiant d'un statut protecteur (locataire, salarié, etc.) de dénoncer l'illicite »³⁵⁵⁷.

Le nouvel article 1184 du Code civil codifie ce courant jurisprudentiel, en lui apportant une correction majeure. Le texte indique ainsi dans un premier alinéa que « lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une ou plusieurs clauses du contrat, elle n'emporte nullité de l'acte tout entier que si cette ou ces clauses ont constitué un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles ». Néanmoins, cette règle est en réalité particulièrement favorable à la partie qui a fait de la clause illicite un élément déterminant de son consentement, comme le font remarquer plusieurs auteurs, selon lesquels ladite partie « ne risquait rien à imposer la clause puisque, soit la nullité n'était pas découverte ou demandée, et le contrat s'exécutait selon les modalités illicites [qu'elle] avait imposées, soit la cause de nullité était découverte, et la nullité venait alors frapper le contrat en son entier, la clause ayant constitué un élément déterminant de son consentement »³⁵⁵⁸. Dès lors, pour éviter que ce contractant soit quoiqu'il en soit gagnant, le second alinéa de l'article susmentionné vient préciser que « le contrat est maintenu lorsque la loi répute la clause non écrite, ou lorsque les fins de la règle méconnue exigent son maintien »³⁵⁵⁹. L'acte peut ainsi survivre, purgé de la clause illicite, alors même que le contractant *turpis* ne l'avait pas envisagé, toutes les fois où la loi le prévoit³⁵⁶⁰ ou lorsque sa finalité le commande. L'arrêt dit « Chronopost », rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 22 octobre 1996³⁵⁶¹, illustre topiquement cette règle : la clause limitative de responsabilité insérée dans un contrat de transport a été seule anéantie, alors même qu'elle était tant essentielle que le juge a indiqué qu'elle contredisait « la portée de l'engagement pris »³⁵⁶².

³⁵⁵⁶ V. not. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, préc., p. 432.

³⁵⁵⁷ Y. PICOD, *op. cit.*, spé., n° 154.

³⁵⁵⁸ G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, préc., p. 433.

³⁵⁵⁹ Article 1184, alinéa 2, du Code civil. V. déjà l'article 1130-2, alinéa 2, de l'avant-projet dit « CATALA » et l'article 86, alinéa 2, de l'avant-projet dit « TERRÉ ». Les deux alinéas de cet article semblent opérer une distinction entre le régime de la nullité partielle (alinéa 1) et celui du réputé non écrit (alinéa 2).

³⁵⁶⁰ Comme c'est par exemple le cas aux articles 1170 et 1171 du Code civil.

³⁵⁶¹ Com., 22 oct. 1996, n° 93-18.932, préc.

³⁵⁶² *Ibid.* Cette règle se retrouve aujourd'hui au sein du nouvel article 1170 du Code civil. Pour d'autres exemples jurisprudentiels, V. not. Ch. mixte, 17 mai 2013, n° 11-11.927, n° 11-22.768, préc. ; Civ., 3^e, 4 févr. 2016, n° 14-29.347, *D.* 2016. 639, note C.-M. PEGLION-ZIKA ; *D.* 2017. 375, obs. M. MEKKI ; *D.* 2017. 539, obs. H. AUBRY, E. POILLOT, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *AJ contrat* 2016. 200, obs. S. CARVAL ; *AJDI* 2016.

877. Cette nouveauté du Code civil pourrait trouver à s'appliquer à l'acte vicié d'une violence pour abus de l'état de dépendance constatée lors de la conclusion d'un contrat de travail³⁵⁶³. Par ce biais, seule la stipulation qui octroie à l'employeur un avantage manifestement excessif pourrait être frappée de nullité ; le contrat de travail, privé de cette clause, continuerait d'être exécuté. Le recours à la théorie de la nullité relative, en l'espèce, résoudrait une difficulté juridique ainsi qu'un problème psychologique. Tout d'abord, il n'y aurait plus lieu de procéder aux restitutions inhérentes à la nullité totale de l'acte³⁵⁶⁴. Ensuite, le salarié – qui n'a souvent aucun intérêt à l'annulation rétroactive du contrat de travail, ce qui pourrait le dissuader d'agir en justice sur le fondement du nouvel article 1143 du Code civil – pourrait solliciter la nullité d'une seule clause, dont l'annulation n'emporterait celle du contrat de travail qui la contient que si elle en a été un élément impulsif et déterminant³⁵⁶⁵.

878. Bien que de prime abord adaptée à la situation de la partie faible dont on a abusé de l'état de dépendance pour obtenir un avantage démesuré, la technique de la nullité partielle se heurte en l'espèce à différents achoppements, qui nuisent à son attractivité. En premier lieu, cette sanction ne peut être sollicitée que lorsque la clause qui génère un avantage manifestement excessif pour le compte du contractant placé en position de domination contractuelle est nulle ; lorsqu'elle est valablement stipulée mais disproportionnée, il conviendra pour le salarié de se tourner vers une autre sanction³⁵⁶⁶, puisque la nullité, même partielle, ne sanctionne que l'acte ou la clause auquel il manque *a minima* une condition de validité lors de l'échange des consentements³⁵⁶⁷. Or, au sein d'un contrat de travail, les clauses susceptibles d'accorder à l'employeur un tel avantage³⁵⁶⁸ sont souvent excessives et non pas nulles. De surcroît, si elles l'étaient, le travailleur subordonné aurait tout intérêt à fonder son action en nullité sur les règles

623, obs. F. COHET ; *JCP E* 2016. 1300, note N. PICOD ; *Gaz. Pal.* 2016, p. 20, note D. MAZEAUD ; *RDI* 2016. 290, obs. B. BOUBLI.

³⁵⁶³ V. not. M. FABRE-MAGNAN, « La réforme du droit des contrats : quelques contre-feux civilistes à la déréglementation du droit du travail », préc. Il est à préciser que la technique de la nullité partielle, jusqu'alors, ne trouve pas application en droit du travail : V. not. J.-Y. FROUIN, « Le contrat de travail et les dérogations au droit commun des contrats », préc.

³⁵⁶⁴ Article 1352 et s. du Code civil.

³⁵⁶⁵ V. not. Ch. RADÉ, « L'impact de la réforme du droit des contrats en droit du travail », préc.

³⁵⁶⁶ V. *infra*, n° 879 et s.

³⁵⁶⁷ Le nouvel article 1178, alinéa 1, du Code civil dispose qu'« un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul. La nullité doit être prononcée par le juge, à moins que les parties ne la constatent d'un commun accord ».

³⁵⁶⁸ Qu'il s'agisse, par exemple, de prévoir une rémunération particulièrement faible ou encore une clause de mobilité très large.

spéciales du droit du travail³⁵⁶⁹ plutôt que de solliciter la nullité partielle du contrat de travail en raison d'un vice de violence pour abus de l'état de dépendance. Face à une clause de mobilité dont la zone géographique est imprécise, par exemple, le salarié parviendrait bien plus facilement à obtenir sa nullité en invoquant l'absence d'une condition de validité en lieu et place d'engager une action en nullité partielle sur le fondement du nouvel article 1143 du Code civil³⁵⁷⁰ ; dans le premier cas, il lui appartient de démontrer que la clause litigieuse ne fixe aucune zone géographique précise³⁵⁷¹. Dans le second, en l'état actuel du droit³⁵⁷², il lui faudra prouver, en sus de cet élément, l'existence d'un état de dépendance, un abus de celui-ci et l'avantage manifestement excessif tiré par l'employeur de la clause. Dans une telle hypothèse, l'action intentée sur la base du nouveau droit commun des contrats ne présente absolument aucune attractivité, quand bien même la sanction prononcée par le juge social serait déformée afin de permettre le maintien du contrat de travail. La mobilisation de la nullité partielle n'emporterait ainsi aucune amplification de l'influence que le vice de violence pour abus de l'état de dépendance exerce en droit du travail.

De plus, l'on pourrait également estimer qu'en certaines circonstances, le recours au mécanisme civiliste des clauses abusives serait également plus favorable pour le salarié que celui au vice précité. Certes, la mise en œuvre du nouvel article 1171 du Code civil est réservée aux seuls contrats d'adhésion. Toutefois, il nous semble qu'il est plus aisé de démontrer le caractère d'adhésion d'un tel contrat et le déséquilibre significatif qui existe entre les droits et obligations des parties plutôt que les trois conditions cumulatives du nouvel article 1143 du Code civil. Plus encore, la sanction réservée aux clauses abusives opère un maintien automatique de l'acte purgé, tandis que la nullité partielle, en application de l'article 1184,

³⁵⁶⁹ Notamment l'article L. 1121-1 du Code du travail, qui dispose que « nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ». Sur cette base, le juge social peut annuler tout type de clause qui porte une atteinte disproportionnée aux droits et libertés du salarié. Au sujet de l'annulation d'une clause de non-concurrence, V. not. Soc., 18 sept. 2002, n° 99-46.136, *Dr. soc.* 2002. 997, obs. R. VATINET ; *D.* 2002. 3112, obs. J. PÉLISSIER.

³⁵⁷⁰ D'ailleurs, il gagnerait également à engager son action directement sur le fondement du nouvel article 1184 du Code civil pour demander la nullité partielle de la clause litigieuse, au lieu de s'engager sur le chemin du vice de violence pour abus de l'état de dépendance. On perçoit toutefois mal quel serait l'intérêt de mobiliser cette disposition en lieu et place des règles spéciales travailistes.

³⁵⁷¹ V. not. Soc., 7 juin 2006, n° 04-45.846, préc., qui indique qu'« une clause de mobilité doit définir de façon précise sa zone géographique d'application et [...] ne peut conférer à l'employeur le pouvoir d'en étendre unilatéralement la portée ». V. ég. Soc., 23 sept. 2009, n° 07-44.200, préc., selon lequel : « la clause de mobilité par laquelle le salarié lié par contrat de travail à une société s'est engagé à accepter toute mutation dans une autre société [appartenant] au même groupe ou à la même unité économique et société, est nulle ».

³⁵⁷² Qui ne tient pas encore compte des déformations que nous avons envisagées ci-dessus.

alinéa 1, du Code civil, risque en certaines circonstances d'emporter l'annulation rétroactive du contrat de travail tout entier. En somme, si elle présente des intérêts théoriques évidents, la théorie de la nullité partielle, mobilisée en lieu et place de la sanction classique des vices du consentement³⁵⁷³, ne semble guère avoir un impact concret lorsque la conclusion d'un contrat de travail est viciée par un abus de l'état de dépendance.

879. La seconde alternative à la nullité totale dudit contrat est la réfaction de l'acte par le juge social. L'anéantissement de la clause illicite cède ici sa place à sa révision³⁵⁷⁴. Comme l'énonce le professeur L. Bento de Carvalho, l'intérêt de « l'opération réside alors dans le fait que la réfaction de l'acte disproportionné peut se présenter comme un compromis respectueux des intérêts de chacun »³⁵⁷⁵. La technique de la réfaction permet au juge de réviser la clause disproportionnée, afin de lui restituer un semblant de proportion. Le droit du travail n'ignore pas cette sanction, qu'il s'agisse de réduire l'étendue d'une clause de non-concurrence³⁵⁷⁶, la clause d'indemnité contractuelle de licenciement dont le montant est tellement prohibitif qu'il prive l'employeur « d'user de son droit de rupture »³⁵⁷⁷, ou les dommages et intérêts prévus par une clause de dédit-formation³⁵⁷⁸. Les pouvoirs du juge sont même plus étendus encore, puisqu'il possède la faculté – et même le devoir –, en cas d'indétermination contractuelle de la

³⁵⁷³ À savoir la nullité totale de l'acte, selon l'article 1131 du Code civil.

³⁵⁷⁴ V. not. S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, Thèse, Paris 11, 1997, spé., n° 1198.

³⁵⁷⁵ L. BENTO DE CARVALHO, *L'apport du droit du travail à la théorie générale de l'acte juridique*, préc., p. 274. V. ég. I. CORNESSE, *La proportionnalité en droit du travail*, Thèse, Montpellier 1, 2000, spé., n° 491 ; S. LE GAC-PECH, *op. cit.*, spé., n° 400.

³⁵⁷⁶ V. not. Soc., 12 oct. 2011, n° 09-43.155, *Dr. soc.* 2012. 198, obs. J. MOULY ; *D.* 2012. 2622, obs. P. LOKIEC, J. PORTA ; *D.* 2012. 2760, obs. Y. SERRA ; *JCP S* 2012. 1005, note J.-F. CÉSARO ; *RDLE* 2012/67, p. 66, obs. Ph. GRIGNON. La Cour de cassation indique que « la Cour d'appel, qui ne pouvait réduire le champ d'application de la clause de non-concurrence dès lors que seule sa nullité était invoquée par le salarié, a exactement retenu qu'elle était nulle ». Par un raisonnement *a contrario*, cela signifie que le juge dispose de la faculté de procéder à la réduction du champ d'application d'une telle clause, si tant est que cela lui est demandé. V. ég. Soc., 18 sept. 2002, n° 99-46.136, préc., où la chambre sociale décide que « le juge, en présence d'une clause de non-concurrence insérée dans un contrat de travail, même indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, peut, lorsque cette clause ne permet pas au salarié d'exercer une activité conforme à sa formation et à son expérience professionnelle, en restreindre l'application en limitant l'effet dans le temps, l'espace ou ses autres modalités ».

³⁵⁷⁷ M. MEKKI, « Existe-t-il un *jus commune* applicable aux clauses du contrat de travail ? », préc. V. not. Soc., 3 déc. 2002, n° 00-44.423.

³⁵⁷⁸ Soc., 18 juin 1981, n° 78-40.939, selon lequel « les dommages et intérêts fixés forfaitairement peuvent être réduits s'ils sont manifestement excessifs ». V. ég. Soc., 17 juill. 1991, n° 88-40.201, qui pose pour principe le fait que la clause de dédit-formation ne doit pas avoir pour effet de priver le salarié de sa faculté de démissionner.

rémunération, de le fixer lui-même³⁵⁷⁹. Dès lors, « la relation de travail demeure et son contenu est judiciairement déterminé »³⁵⁸⁰.

880. Imperceptiblement, la mention à la réfaction s'est multipliée dans le Code civil à l'occasion de l'ordonnance du 10 février 2016³⁵⁸¹. On la trouve d'abord au sein du nouvel article 1223 du Code civil, qui dispose depuis le 1^{er} octobre 2018 qu'« en cas d'exécution imparfaite de la prestation, le créancier peut, après mise en demeure et s'il n'a pas encore payé tout ou partie de la prestation, notifier dans les meilleurs délais au débiteur sa décision d'en réduire de manière proportionnelle le prix. L'acceptation par le débiteur de la décision de réduction de prix du créancier doit être rédigée par écrit. Si le créancier a déjà payé, à défaut d'accord entre les parties, il peut demander au juge la réduction de prix ». L'article pose ainsi un triple principe : une réfaction unilatérale du prix lorsque celui-ci n'a pas encore été payé, une réfaction conventionnelle lorsqu'il l'a été et que les parties parviennent à un accord amiable³⁵⁸² et, à défaut, une réfaction judiciaire³⁵⁸³. La sanction est ici prononcée – peu importe son biais – en raison de l'inexécution du débiteur.

La réfaction se distingue également au sein du nouvel article 1195 du Code civil, puisqu'à la demande d'une ou des parties, le juge est autorisé à moduler l'obligation du débiteur suite à la survenance imprévue d'un événement qui a rendu, pour lui, l'exécution du contrat excessivement onéreuse³⁵⁸⁴. En somme, l'intervention du juge dans le contrat n'est plus toujours perçue sous le prisme du scepticisme et de la crainte, puisque le Code civil lui octroie expressément ce droit en plusieurs hypothèses³⁵⁸⁵.

³⁵⁷⁹ Soc., 22 mai 1995, n° 91-41.584, selon lequel : « si le montant de cette rémunération variable devait normalement résulter d'un accord annuel des parties, il incombait au juge, à défaut de conclusion d'un accord sur ce point, de déterminer cette rémunération en fonction des critères visés au contrat et des accords conclus les années précédentes ».

³⁵⁸⁰ X. LAGARDE, « Aspects civilistes des relations individuelles de travail », préc.

³⁵⁸¹ On la retrouvait déjà, auparavant, par exemple à l'article 1644 du Code civil, par le biais duquel l'acheteur peut, en cas de vice caché sur la chose achetée, « se faire rendre une partie du prix ». De la même manière, l'idée de réfaction émanait déjà des articles 1617 à 1619 dudit Code, en matière immobilière.

³⁵⁸² V. déjà Com., 10 oct. 1989, n° 87-16.334.

³⁵⁸³ V. déjà, en matière de vente commerciale, Com., 17 janv. 1962, *Bull. civ. IV*, n° 40. À ce sujet. V. ég. C. ALBIGES, « Le développement discret de la réfaction du contrat », in *Mélanges M. CABRILLAC*, Paris, Litec, 1999, p. 3 ; P. JOURDAIN, « À la recherche de la réfaction du contrat, sanction méconnue de l'inexécution », in *Mélanges P. LE TOURNEAU*, Paris, Dalloz, 2008, p. 459 ; K. DE LA ASUNCION PLANES, *La réfaction du contrat*, Thèse, Perpignan, 2005.

³⁵⁸⁴ V. *supra*, n° 827 et s.

³⁵⁸⁵ Quand bien même, il convient de le préciser, le nouveau droit commun des contrats semble toujours faire primer une solution amiable, convenue entre les parties, à la saisine du juge.

881. Il convient désormais d’apprécier si la technique de la réfaction peut être pertinemment substituée à la nullité relative et totale lorsque la conclusion d’un contrat de travail est entachée d’un abus d’un état de dépendance de l’aspirant salarié. L’idée n’a rien de saugrenue ; plusieurs travaux antérieurs à la réforme – interne comme internationaux – ont pris le parti de sanctionner un tel abus et l’avantage qu’en tire la partie forte par le recours à la réfaction. On en trouve ainsi trace au sein de l’avant-projet rédigé sous la direction du professeur F. Terré³⁵⁸⁶, mais également au sein du Code européen des contrats³⁵⁸⁷, des Principes du droit européen des contrats de la commission dite « Lando »³⁵⁸⁸ et du Cadre commun de références³⁵⁸⁹. L’avant-projet de réforme, en son article 66 relatif à cette subdivision de la violence, dispose d’ailleurs que « lorsqu’un contractant, en exploitant l’état de nécessité ou de dépendance de l’autre partie ou sa situation de vulnérabilité caractérisée, retire du contrat un avantage manifestement excessif, la victime peut demander au juge de rétablir l’équilibre contractuel. Si ce rétablissement s’avère impossible, le juge prononce la nullité du contrat. Le juge tient compte de l’ensemble des circonstances, et notamment de l’existence de relations antérieures entre les parties ou de leur inégalité économique ». Ainsi, la première sanction envisagée en l’espèce est la réfaction du contrat. Si la rédaction finale du nouvel article 1143 du Code civil n’a finalement pas retenu la réfaction – se contentant de renvoyer au nouvel article 1131 du Code civil, qui régit la sanction de l’ensemble des vices du consentement – il y a lieu d’apprécier si la déformation de ladite sanction serait bénéfique pour la partie faible à la conclusion du contrat de travail.

882. Pour ce faire, il est d’abord impératif que les conditions de validité de la clause litigieuse³⁵⁹⁰ soient respectées, car la réfaction ne peut être employée en lieu et place de la

³⁵⁸⁶ P. RÉMY-CORLAY, D. FENOUILLET, « Le consentement », préc., p. 168 et s. V. ég. l’article 52 de l’avant-projet dit « TERRÉ ».

³⁵⁸⁷ L’article 149, 1°, du Code européen des contrats dispose que « l’annulation n’a pas lieu si, dans le délai indiqué dans la déclaration de la partie qui y procède (ou, si un délai n’est pas précisé, dans un délai raisonnable), la contrepartie s’engage à procéder à l’exécution du contrat conformément au contenu et aux modalités avec lesquelles la première entendant conclure le contrat, ou à effectuer les prestations concordées par les parties aptes à assurer un résultat substantiellement analogue, ou acceptable par la partie intéressée ». De surcroît, « lorsque l’erreur provoquée ou exploitée par le contractant a consisté en une erreur de calcul qui n’est pas telle qu’on doive la considérer comme déterminante du consentement ou tombe sur un élément secondaire ou n’a pas eu un effet déterminant du consentement » : (P. RÉMY-CORLAY, D. FENOUILLET, *ibid*, p. 168), l’article 151, 4° dudit Code écarte expressément la sanction de la nullité et énonce que « la victime [du vice peut] prétendre [à] une rectification de l’entité de la prestation qui lui est due ».

³⁵⁸⁸ L’article 4 :109 des Principes du droit européen des contrats, relatif au profit excessif et à l’avantage déloyal, indique en son 2° qu’« à la requête d’une partie lésée, le tribunal peut, s’il le juge approprié, adapter le contrat de façon à le mettre en accord avec ce qui aurait pu être convenu conformément aux exigences de bonne foi ».

³⁵⁸⁹ L’article II. – 7 : 207 du Cadre commun de références reprend l’idée de l’article 4 :109 des Principes du droit européen des contrats, en matière d’exploitation déloyale.

³⁵⁹⁰ Ou des clauses litigieuses.

nullité. Ensuite, il faut que ladite clause accorde à l'employeur un avantage manifestement excessif³⁵⁹¹. La réfaction permettrait ici au juge de maintenir l'existence de la clause excessive, tout en en réduisant la portée. Elle a donc pour effet de « concilier des intérêts antagonistes »³⁵⁹² : ceux du travailleur subordonné, en réduisant l'avantage obtenu par l'employeur et ceux de ce dernier, en ne le privant pas totalement dudit avantage. Ce remède au caractère excessif d'une ou plusieurs clauses présente un avantage de taille pour le salarié : la réfaction ne produit aucun effet sur l'acte lui-même, elle ne porte atteinte qu'à une fraction de son contenu. Tandis que l'utilisation de la nullité partielle emporte le risque de l'annulation totale du contrat de travail, celle de la réfaction laisse celui-ci quasiment intact ; la clause est maintenue dans son principe mais sa « partie excessive »³⁵⁹³ est réduite. De la sorte, l'employeur ne tire plus de l'acte un avantage manifestement excessif. Pour reprendre un exemple cité ci-dessus, si ledit avantage réside dans l'arrachement d'une clause de non-concurrence ou d'une clause de mobilité particulièrement vaste, la réfaction permettrait l'adaptation³⁵⁹⁴ judiciaire de l'étendue de ladite clause, sans que sa validité ne soit remise en question.

L'action judiciaire tend ici à la quête d'un équilibre entre les intérêts de chaque partie, objectif que le droit du travail tâche d'atteindre par le truchement de l'article L. 1121-1 du Code du travail. Toutefois, en ce qu'elle porte une atteinte disproportionnée aux droits et libertés du salarié, la violation de cette disposition est sanctionnée par la nullité de la mesure³⁵⁹⁵, car « seule la nullité [est] susceptible de garantir l'effectivité d'un droit bafoué »³⁵⁹⁶. La réfaction du contrat ne ferait ainsi guère doublon avec le contrôle de justification et de proportionnalité du Code du travail, et accroîtrait légèrement l'influence que le vice de violence pour abus de l'état de dépendance produit dans les frontières travaillistes. En effet, l'effet amplificateur de cette

³⁵⁹¹ R. BERNARD-MENORET, V. FRAISSINIER-AMIOT, « Le contrôle de proportionnalité par le juge judiciaire en droit du travail », préc., rappellent que la réfaction est utilisée en droit du travail lorsque « les sujétions imposées aux salariés sont excessives ». Il procède ainsi à « une réfaction de la clause de manière à ce que celle-ci puisse être considérée comme licite et donc pleinement obligatoire pour les parties » : Y. SERRA, « Dix ans de jurisprudence en matière d'obligation de non-concurrence », in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Paris, Litec, 1978, p. 623.

³⁵⁹² R. BERNARD-MENORET, V. FRAISSINIER-AMIOT, *ibid.*

³⁵⁹³ Selon la formule de M. FABRE-MAGNAN, P. LOKIEC, « Le vice de violence en droit du travail », préc.

³⁵⁹⁴ Selon le terme employé au sein des travaux européens de droit des contrats pour évoquer la technique de la réfaction.

³⁵⁹⁵ V. not. Soc., 13 mars 2001, n° 99-45.735, D. 2001. 1117, obs. C. ROY-LOUSTAUNAU, selon lequel : « le juge ne peut, en l'absence de disposition le prévoyant et à défaut de violation d'une liberté fondamentale, annuler un licenciement ».

³⁵⁹⁶ Commentaire sous l'article L. 1121-1 du Code du travail, Dalloz.

déformation ne devrait pas être substantiel, dans la mesure où il ne supprime, pour le salarié, qu'une seule difficulté qu'il rencontre lors de la mobilisation du nouvel article 1143 du Code civil dans le cadre de la conclusion d'un contrat de travail. Il lui appartient toujours, dans cette hypothèse, de démontrer la réalité de son état de dépendance³⁵⁹⁷ lors de l'échange des consentements, ce qui s'avère être particulièrement complexe³⁵⁹⁸.

³⁵⁹⁷ Qui, pour rappel, n'est apprécié qu'à l'égard du cocontractant, c'est-à-dire de l'employeur : V. *supra*, n° 482 et s.

³⁵⁹⁸ V. *supra*, n° 508 et s.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

883. L'influence produite par la réforme du droit des contrats en droit du travail est susceptible de fluctuations. Mise à mal par la volonté commune du Gouvernement et du Parlement, mais aussi par le juge social qui ne l'accueille pas nécessairement, ou parfois seulement de manière déformée, elle pourrait toutefois connaître un rebond, initié par la chambre sociale de la Cour de cassation. Son amplification doit donc être envisagée. En effet, le juge social pourrait, en certaines circonstances, se saisir volontairement des nouveautés du nouveau droit commun des contrats pour résoudre les litiges travaillistes qui lui sont soumis. Cette mobilisation délibérée accroît nécessairement l'influence précitée, par l'utilisation des mécanismes civilistes en droit du travail.

Ainsi, les articles 1162 et suivants du Code civil pourraient être délibérément invoqués par le juge, dans l'optique de contrôler la réciprocité d'une clause insérée dans le contrat de travail, mais également le but ou la contrepartie d'un accord de performance collective.

Plus encore, en revenant sur la position qui est la sienne depuis près de soixante-dix ans³⁵⁹⁹, la chambre sociale ouvrirait la voie à la révision d'une convention collective pour imprévision, dont l'application aux côtés de la technique travailliste de la révision présente l'intérêt majeur d'éviter la paralysie d'une situation contraignante pour l'employeur, qui pourrait alors recourir à l'adaptation judiciaire de l'acte collectif.

884. Cette amplification peut également être le résultat de l'interprétation réalisée par le juge social. Le particularisme des relations individuelles et collectives de travail pourrait le pousser à dissocier son analyse de celles retenues par les chambres civiles et commerciale de la Cour de cassation. Par ricochet, cette interprétation emporterait l'amplification de l'influence du nouveau droit commun des contrats dans la sphère travailliste. Deux mécanismes semblent particulièrement concernés.

Ce peut tout d'abord être le cas du nouvel article 1171 du Code civil, chantre de la législation générale des clauses abusives. Aujourd'hui, le succès de sa mise en œuvre est

³⁵⁹⁹ Soc., 6 juill. 1956, *Bull. civ. IV*, n° 637, préc.

particulièrement incertain, en raison de la complexité de la charge probatoire qui pèse exclusivement sur l'adhérent³⁶⁰⁰. Celui-ci, en plus de démontrer que la négociabilité du contrat lui a été fermée³⁶⁰¹, doit prouver que la clause litigieuse, qui crée un déséquilibre significatif entre ses droits et obligations et ceux de son cocontractant, a été soustraite à sa négociation. Si la caractérisation d'une clause abusive ne peut pas, à notre sens, résulter de la situation de faiblesse de l'une des parties, conjuguée au constat d'un déséquilibre significatif³⁶⁰², il demeure envisageable de procéder à la scission de la charge de la preuve entre les contractants. Par-là, le mécanisme retrouve un certain intérêt pour la partie faible, car sa mobilisation est facilitée. Ainsi, conformément aux articles 7.1 de la proposition d'un droit européen de la vente³⁶⁰³ ou 33 d'une proposition de directive européenne portant sur les droits des consommateurs³⁶⁰⁴, le juge social pourrait imposer à l'employeur d'apporter la preuve de la négociabilité de la clause objet du litige, à charge pour le salarié, dans un second temps, de démontrer le déséquilibre significatif que celle-ci génère. L'analyse de ce dernier, par ailleurs, devrait impérativement se départir de toute considération subjective, liée au comportement du contractant rédacteur, afin de se conformer à la lettre du nouvel article 1171 du Code civil et de ne pas alourdir plus encore la tâche du demandeur.

Ce peut également être celui du nouvel article 1143 du Code civil, relatif au vice de violence pour abus de l'état de dépendance qui, lui aussi, est l'objet, pour le demandeur, d'une lourde charge probatoire³⁶⁰⁵. Dans l'optique d'adapter la disposition au contexte travailliste de sa mise en œuvre, la chambre sociale pourrait reconnaître – suite à une interprétation nécessairement réalisée *in concreto* – que la dépendance d'un salarié résulte du lien de subordination sous lequel il est placé. De surcroît, elle devrait, à notre sens, opérer une interprétation objective de l'abus de l'état de dépendance du salarié, afin que celui-ci n'ait pas à démontrer l'intention de nuire qui animait l'employeur. À cet égard, un arrêt nous autorise à penser que la caractérisation de cet abus pourrait résulter de celle cumulée d'un état de dépendance et d'un avantage tiré de l'acte par la partie la plus forte³⁶⁰⁶. Dans ce cadre, la nullité

³⁶⁰⁰ Et donc, en ce qui nous concerne, sur le salarié.

³⁶⁰¹ Article 1110 du Code civil.

³⁶⁰² V. toutefois Amiens, ch. économique, 10 mars 2022, n° 21/04192, préc.

³⁶⁰³ Proposition de règlement européen et du conseil relatif à un droit commun européen de la vente du 11 oct. 2011 : COM (2011) 635 final/E 6713.

³⁶⁰⁴ Article 33 de la proposition n° 2008/0196/COD du 8 oct. 2008, préc.

³⁶⁰⁵ Le demandeur doit démontrer l'existence d'un état de dépendance, d'un abus de celui-ci commis par son cocontractant et d'un avantage manifestement excessif tiré de l'acte par ce dernier.

³⁶⁰⁶ Civ., 2^e, 9 déc. 2021, n° 20-10.096, préc.

de l'acte peut être prononcée sans que ne soit démontrée l'existence d'un abus de l'état de dépendance, ce qui renforce évidemment l'attractivité du mécanisme pour la partie faible. Le même renforcement se révèle derrière l'interprétation souple de l'avantage manifestement excessif ou la déformation de la sanction lorsque le vice est qualifié lors de la conclusion du contrat de travail ; puisque la nullité de celui-ci ne peut normalement pas être prononcée, la quête d'un plus grand équilibre contractuel pourrait pousser la chambre sociale à prononcer la réfaction de la stipulation qui attribue à l'employeur l'avantage contesté.

885. La potentielle action amplificatrice du juge social ne s'arrête pas aux berges de la recherche de l'équilibre contractuel. Elle peut également s'envisager dans le domaine de l'inexécution contractuelle, et plus particulièrement celui de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier, dont la réglementation devrait être appliquée lorsqu'un salarié rompt son contrat de travail par le truchement d'une prise d'acte de la rupture du contrat de travail.

Chapitre 2 : LA RÉGLEMENTATION DE L'INEXÉCUTION CONTRACTUELLE

886. Dans son plan originel, résultant de la loi du 30 ventôse de l'an XII, le Code civil consacrait une sous-partie à l'inexécution du contrat. Celle-ci regroupait les articles 1146 et suivants dudit Code³⁶⁰⁷, mais ne concernait que les « dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation »³⁶⁰⁸. Les sanctions ayant trait à ladite inexécution étaient ainsi disséminées en plusieurs endroits du Code civil. Dans l'optique de renforcer la cohérence et la lisibilité de ce dernier, l'article 8, 8°, de la loi d'habilitation du 16 février 2015³⁶⁰⁹ a imposé au Gouvernement l'objectif de « regrouper les règles applicables à l'inexécution du contrat et [d'] introduire la possibilité d'une résolution unilatérale par notification ». L'ordonnance du 10 février 2016 a ainsi inséré dans le Code civil une section dédiée à l'inexécution du contrat³⁶¹⁰, qui rassemble l'ensemble des sanctions auxquelles s'expose le débiteur défaillant³⁶¹¹.

La législation travailliste, elle, ne fait aucune mention directe à cette inexécution. L'employeur, titulaire d'un pouvoir disciplinaire³⁶¹², est libre de sanctionner le salarié qui n'a pas exécuté ses obligations, ou pas correctement, à condition que la sanction soit justifiée et proportionnée au manquement commis³⁶¹³, voire, en certaines circonstances, prévue par le règlement intérieur de l'entreprise³⁶¹⁴. Lorsque le prisme est inversé, c'est-à-dire que le salarié

³⁶⁰⁷ Articles 1146 à 1155 du Code civil de 1804.

³⁶⁰⁸ Section 4 du chapitre III (intitulé « de l'effet des obligations ») du titre III (intitulé « des contrats ou des obligations conventionnelles en général ») du livre III (intitulé « des différentes manières dont on acquiert la propriété ») du Code civil de 1804.

³⁶⁰⁹ Loi n° 2015-177 du 16 févr. 2015, préc.

³⁶¹⁰ Section 5 du chapitre IV (intitulé « les effets du contrat ») du sous-titre I (intitulé « le contrat ») du titre III (intitulé « des sources d'obligations ») du livre III (intitulé « des différentes manières dont on acquiert la propriété ») du Code civil.

³⁶¹¹ À savoir, dans l'ordre du Code civil, l'exception d'inexécution (articles 1219 et 1220 du Code civil), l'exécution forcée en nature (articles 1221 et 1222 du Code civil), la réduction du prix (article 1223 du Code civil), la résolution (articles 1224 à 1230 du Code civil) et des dommages et intérêts (articles 1231 à 1231-7 du Code civil).

³⁶¹² Soc., 13 nov. 1996, n° 94-13.187, préc.

³⁶¹³ L'article L. 1333-2 du Code du travail dispose que « le Conseil de Prud'hommes peut annuler une sanction irrégulière en la forme ou injustifiée ou disproportionnée à la faute commise ».

³⁶¹⁴ L'article L. 1311-2 du Code du travail dispose que « l'établissement d'un règlement intérieur est obligatoire dans les entreprises ou établissements employant au moins cinquante salariés. L'obligation prévue au premier alinéa s'applique au terme d'un délai de douze mois à compter de la date à laquelle le seuil de cinquante salariés a été atteint, conformément à l'article L. 2312-2. Des dispositions spéciales peuvent être établies pour une catégorie de personnel ou une division de l'entreprise ou de l'établissement ». De surcroît, l'article L. 1321-1, 3°, du Code du travail rappelle que « les règles générales et permanentes relatives à la discipline, notamment la nature et

est victime d'une inexécution de l'employeur, le contentieux se résout le plus souvent par la saisine du Conseil de Prud'hommes ou par la rupture du contrat de travail. Il n'en demeure pas moins que les règles nouvellement insérées dans le Code civil font, en théorie, partie intégrante de l'arsenal normatif du salarié pour lutter contre l'inexécution de son cocontractant. Le travailleur subordonné est ainsi en droit de solliciter l'exécution forcée du contrat³⁶¹⁵, notamment lorsque son contrat de travail a été unilatéralement modifié par son employeur³⁶¹⁶. Si l'action possède un certain particularisme en droit du travail – notamment parce qu'elle est le plus fréquemment intentée postérieurement à la rupture du contrat de travail³⁶¹⁷ – la réforme du droit des contrats ne l'a pas fait suffisamment évoluer pour que ses effets, notamment étudiés par Mme A.-L. Mazaud en 2016, présentent un degré de nouveauté en droit du travail. Un constat identique peut d'ailleurs être dressé vis-à-vis du nouvel article 1231-6 du Code civil³⁶¹⁸, qui emporte le rajeunissement sémantique et procédural de l'ancien article 1153 dudit Code. Dans la mesure où les travaux de recherche qui ont précédé la réforme n'ont pas toujours traité de cette disposition, nous pouvons y accorder une rapide analyse. L'article précité autorisait le créancier, en cas de retard dans l'exécution d'une obligation de somme d'argent, de percevoir des intérêts moratoires au taux légal³⁶¹⁹. Son dernier alinéa prévoyait en sus que « le créancier auquel son débiteur en retard a causé, par sa mauvaise foi, un préjudice indépendant de ce retard, peut obtenir des dommages et intérêts distincts des intérêts moratoires de la créance »³⁶²⁰. Avec une formulation plus contemporaine, le nouvel article 1231-6 du Code civil reprend ces deux solutions. Plusieurs auteurs considèrent d'ailleurs que la réforme, à cet égard, n'a emporté que des « modifications mineures » au Code civil de 1804³⁶²¹. Ainsi le droit en

l'échelle des sanctions que peut prendre l'employeur » doivent figurer dans le règlement intérieur. Il s'évince de cela que lorsqu'un tel règlement est obligatoire dans l'entreprise, s'il n'indique pas les règles applicables en matière de discipline, l'employeur perd son pouvoir de sanction. V. not. G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKES, *Droit du travail*, Paris, Dalloz, 37^e éd., 2024, p. 1044 et s.

³⁶¹⁵ V. not. A.-L. MAZAUD, *Contrat de travail et droit commun. Essai de mesure*, préc., p. 231 et s.

³⁶¹⁶ V. not. Soc., 18 févr. 1988, n° 85-40.412.

³⁶¹⁷ A.-L. MAZAUD, *op. cit.*

³⁶¹⁸ L'article 1231-6 du Code civil dispose que « les dommages et intérêts dus à raison du retard dans le paiement d'une obligation de somme d'argent consistent dans l'intérêt au taux légal, à compter de la mise en demeure. Ces dommages et intérêts sont dus sans que le créancier ne soit tenu de justifier d'aucune perte. Le créancier auquel son débiteur en retard a causé, par sa mauvaise foi, un préjudice indépendant de ce retard, peut obtenir des dommages et intérêts distincts de l'intérêt moratoire ».

³⁶¹⁹ L'ancien article 1153, alinéa 1, du Code civil disposait : « dans les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme, les dommages et intérêts résultant du retard dans l'exécution ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts au taux légal, sauf les règles particulières au commerce et au cautionnement ».

³⁶²⁰ Ancien article 1153, alinéa 4, du Code civil.

³⁶²¹ Selon la formule de G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, préc., p. 644. O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, préc., p. 599, évoquent quant à eux une reprise simplifiée de l'ancien article 1153 du Code civil, tandis que F. GRÉAU,

vigueur depuis 1804, en la matière, n’a guère évolué. Nous ne pouvons, dès lors, que constater que la chambre sociale de la Cour de cassation a maintenu, sur le fondement du nouvel article 1231-6 du Code civil, les solutions qu’elle avait érigées sur celui de l’ancien article 1153 du même Code. Elle continue d’en faire une interprétation particulièrement stricte, qui conduit à rejeter l’octroi au salarié de dommages et intérêts distincts du seul retard dans le paiement du salaire, en raison de l’impossibilité – pour lui – de démontrer l’existence d’un préjudice distinct et de la mauvaise foi de l’employeur³⁶²². Il a d’ailleurs été jugé que l’existence d’un tel préjudice ne pouvait résulter du seul manquement de l’employeur à son obligation de loyauté³⁶²³. L’entrée en vigueur de l’ordonnance du 10 février 2016 n’y a rien changé ; la chambre sociale continue de rejeter de telles demandes et censure fréquemment les juridictions d’appel qui ont, « sans caractériser l’existence d’un préjudice distinct de celui résultant du retard apporté dans le paiement des créances »³⁶²⁴, octroyé des dommages et intérêts distincts du seul intérêt moratoire³⁶²⁵. Dès lors, au sein de notre travail, nous ne pouvons accorder de développement plus conséquent à l’influence que produit le nouvel article 1231-6 du Code civil en droit du travail, car la réforme du droit des contrats est restée sans effet à son sujet.

887. Le contentieux travailliste de l’inexécution contractuelle pourrait toutefois être agrémenté d’un nouveau mécanisme tiré du Code civil, à savoir la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier. Celle-ci, codifiée à l’article 1226 du Code civil qui a emporté la codification légale du célèbre arrêt dit « Tocqueville »³⁶²⁶, a massivement alimenté le contenu de la doctrine travailliste. Le texte dispose qu’un « créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Sauf urgence, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable. La mise en demeure mentionne expressément qu’à défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation,

« Intérêts des sommes d’argent », *Rep. civ.*, Dalloz, 2016, spé., n° 71, estime que la réforme a épuré la rédaction de l’ancien article 1153 du Code civil tout en conservant ses solutions.

³⁶²² V. not. Soc., 26 janv. 2000, n° 96-42.376, *D.* 2001. 119, obs. F. DERRIDA ; *D.* 2001. 826, obs. H. TISSANDIER ; Soc., 21 janv. 2004, n° 01-46.231 ; Soc., 31 oct. 2007, n° 06-43.834, *Dr. soc.* 2008. 248, obs. Ch. RADÉ ; *RD* 2008. 41, obs. M. VERICEL ; *D.* 2007. 3109, obs. C. LEFRANC-HAMONIAUX ; *JCP S* 2007. 1953, note G. VACHET ; Soc., 14 sept. 2016, n° 14-26.101, *JCP S* 2016. 1380, obs. G. DUCHANGE.

³⁶²³ Soc., 9 juill. 2015, n° 14-12.779, n° 14-12.781, n° 14-12.782, n° 14-12.783, n° 14-12.784, n° 14-12.785, n° 14-12.786, n° 14-12.787, n° 14-12.789, n° 14-12.790, *RD* 2015. 698, obs. I. ODOUL-ASOREY ; *D.* 2015. 2340, obs. P. LOKIEC, J. PORTA ; *JCP S* 2015. 1367, obs. F. DUQUESNE.

³⁶²⁴ Soc., 25 mars 2020, n° 18-11.433, *RD* 2020. 337, obs. P. ADAM ; *BJT* 2020, p. 29, note J. ICARD.

³⁶²⁵ V. not. Soc., 24 juin 2020, n° 18-23.869 ; Soc., 29 sept. 2021, n° 20-10.634, préc. ; Soc., 26 oct. 2022, n° 21-16.877, n° 21-16.879, n° 1-16.880, n° 21-16.881, n° 21-16.882, n° 21-16.883, n° 21-16.884, n° 21-16.885, n° 21-16.886 ; Soc., 29 mars 2023, n° 21-15.472, *RD* 2023. 426, chron. M. VERICEL ; *JA* 2023. 39, étude M. JULIEN, J.-F. PAULIN ; *JCP G* 2023. 457, obs. D. CORRIGNAN-CARSIN ; Soc., 5 juill. 2023, n° 21-23.285.

³⁶²⁶ Civ., 1^{re}, 13 oct. 1998, n° 96-21.485, préc.

le créancier sera en droit de résoudre le contrat. Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent. Le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution. Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution ». Par-là, le Code civil consacre, pour le créancier d'une obligation inexécutée, la faculté de rompre unilatéralement le contrat. Le texte constitue ainsi une exception au nouvel article 1193 dudit Code, selon lequel « les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise ». Parmi les sanctions mises à la disposition du créancier insatisfait se trouve ainsi la possibilité de résoudre le contrat, sans recours judiciaire. Le débiteur – victime de la rupture du contrat – conserve la possibilité de saisir la juridiction compétente, afin de lui faire vérifier si la résolution unilatérale a été mise en œuvre conformément à son régime et à sa procédure. Si tel n'est pas le cas, le créancier sera sanctionné. C'est en raison de ce risque que le mécanisme est couramment nommé sous l'appellation de « résolution unilatérale aux risques et périls du créancier »³⁶²⁷.

888. Le droit du travail n'ignore pas une telle mécanique. Si l'employeur ne peut rompre le contrat de travail que par le biais du licenciement, le salarié, lui, peut faire le choix de démissionner, solliciter une résiliation judiciaire ou prendre acte de la rupture de son contrat de travail. Cette prise d'acte, découverte par la chambre sociale de la Cour de cassation en 2003³⁶²⁸, est la transcription travailliste de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier que connaît dorénavant le droit commun des contrats. Lorsqu'il prend acte de la rupture de son

³⁶²⁷ Parmi une littérature particulièrement fournie, V. not. J. MESTRE, « L'influence des relations de travail sur le droit commun des contrats », *Dr. soc.* 1988. 405 ; Ch. JAMIN, « Vers la résolution unilatérale du contrat », *D.* 1999. 197 ; « L'admission d'un principe de résolution unilatérale du contrat indépendant de sa durée », *D.* 2001. 1568 ; L. AYNÈS, « Le droit de rompre unilatéralement : fondement et perspectives », *Dr. et patr.* 2004. 64 ; Th. GENICON, « Point d'étape sur la rupture unilatérale aux risques et périls du créancier », *RDC* 2010, p. 344 ; L. SAUTONIE-LAGUIONIE, « Le rôle du juge et des parties dans l'anéantissement du contrat en droit français », *RDC* 2013, p. 1643 ; Y.-M. LAITHIER, « Les sanctions de l'inexécution du contrat », *RDC* 2016, p. 39 ; G. COUTURIER, J.-E. RAY, « Auto-licenciement : dérives et revirement », *Dr. soc.* 2003. 817 ; A. POUSSON, « Contrat individuel de travail et droit commun des contrats – influences croisées », préc. ; L. BENTO DE CARVALHO, « L'incidence de la réforme du droit des contrats sur le régime du contrat de travail : renouvellement ou *statu quo* ? », préc. ; « L'étrange sauvetage de l'autonomie de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail », préc. ; « La rupture du contrat de travail à durée déterminée en raison de la faute grave de l'employeur : l'ombre du Code civil », préc. ; S. TOURNAUX, « L'autonomie de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail », préc. ; G. LOISEAU, « La prise d'acte civilisée », préc. ; « Le contrat de travail dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit commun des contrats », préc. ; « La tentation de l'autonomie », préc. ; H. BARBIER, « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », préc. ; D. HOUTCIEFF, « La prise d'acte tient la résolution unilatérale en état », préc. A. LECOURT, « L'impact de la réforme du droit des contrats sur le droit des sociétés : aspects théoriques et pratiques », préc. Le rapport remis au Président de la République relatif à l'ordonnance du 10 févr. 2016 fait également deux mentions à cette formule. De même, P. GROSSER, « Observations sur le projet de réforme du droit des contrats et des obligations », *LPA* 2015, n° 177, p. 78, préconisait expressément d'intégrer ladite formule au sein du futur article 1226 du Code civil.

³⁶²⁸ Soc., 25 juin 2003, n° 01-42.335, n° 01-42.679, n° 01-43.578, préc.

contrat de travail, le travailleur subordonné rompt ledit contrat avec effet immédiat³⁶²⁹, pour des faits qu'il reproche à son employeur. L'initiative de la rupture doit ainsi être distinguée de son imputation. En effet, la première revient forcément au salarié, tandis que la seconde peut être mise à la charge de l'employeur, lorsque le travailleur subordonné allègue des faits suffisamment graves et de nature à empêcher la poursuite du contrat de travail³⁶³⁰. Les deux mécanismes relèvent de logiques similaires et, partant, s'est posée la question de savoir si la prise d'acte de la rupture du contrat de travail – qui est totalement ignorée du Code du travail, si ce n'est une mention à l'article L. 1451-1 du Code du travail, relatif à la procédure à respecter devant le Conseil de Prud'hommes³⁶³¹ et une autre au sujet du plafonnement des dommages et intérêts à l'article L. 1235-3-2 dudit Code³⁶³² – devait être soumise – ou non – au régime imposé par le nouvel article 1226 du Code civil. Unanimement suivie en cela par les juges du fond, la chambre sociale de la Cour de cassation a répondu à cette question par la négative, dans un avis au demeurant peu convaincant³⁶³³ et doctrinalement critiqué³⁶³⁴.

889. Il nous semble pourtant que la soumission de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail aux règles de fond et de forme de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier présente de multiples avantages (**section 2**). Elle contribuerait en tous les cas activement à accroître l'influence exercée par la réforme du droit des contrats en droit du travail. Pour en être certain, il est toutefois nécessaire d'entamer ce chapitre par l'étude comparative du régime respectif des deux mécanismes (**section 1**).

³⁶²⁹ Soc., 31 oct. 2006, 04-46.280, n° 06-42.158, n° 04-48.234, *Dr. soc.* 2007. 113, obs. J. SAVATIER ; *RDT* 2007. 28, obs. T. GRUMBACH, J. PÉLISSIER ; *D.* 2006. 2002, obs. B. LARDY-PÉLISSIER, J. PÉLISSIER, B. REYNÈS ; *D.* 2006. 2810, obs. C. DECHRISTÉ ; *D.* 2007. 686, obs. G. BORENFREUND, F. GUIOMARD, O. LECLERC, P. LOKIEC, E. PESKINE, C. WOLMARK.

³⁶³⁰ Pour de plus amples développements, V. *infra*, n° 899 et s.

³⁶³¹ L'article L. 1451-1 du Code du travail dispose que « lorsque le Conseil de Prud'hommes est saisi d'une demande de qualification de la rupture du contrat de travail à l'initiative du salarié en raison de faits que celui-ci reproche à son employeur, l'affaire est directement portée devant le bureau de jugement, qui statue au fond dans un délai d'un mois suivant sa saisine ».

³⁶³² L'article L. 1235-3-2 du Code du travail dispose que « lorsque la rupture du contrat de travail est prononcée par le juge aux torts de l'employeur ou fait suite à une demande du salarié dans le cadre de la procédure mentionnée à l'article L. 1451-1, le montant de l'indemnité octroyée est déterminé selon les règles fixées à l'article L. 1235-3, sauf lorsque cette rupture produit les effets d'un licenciement nul afférence aux cas mentionnés au 1° à 6° de l'article L. 1235-3-1, pour lesquels il est fait application du premier alinéa du même article L. 1235-3-1 ».

³⁶³³ Soc., avis, 3 avr. 2019, n° 16-20.103, préc.

³⁶³⁴ V. not. L. BENTO DE CARVALHO, « L'étrange sauvetage de l'autonomie de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail », préc. ; G. LOISEAU, « Droit civil et droit du travail : une relation instable », préc. ; « Le repli sur soi », préc. ; « La tentation de l'autonomie », préc. ; J. ICARD, « La prise d'acte de rupture du contrat de travail ne suppose pas de mise en demeure préalable », préc. ; Ch. GOLDIE-GENICON, « Droit commun des contrats et contrat de travail, 100 ans après », préc.

Section 1. LA COMPARAISON DES RÉGIMES DE LA PRISE D'ACTE DE LA RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL ET DE LA RÉOLUTION UNILATÉRALE AUX RISQUES ET PÉRILS DU CRÉANCIER

890. L'analyse du régime jurisprudentiel de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail et de la réglementation légale de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier met au jour l'existence, entre les deux corps de règles, de nombreuses similitudes (§1), signe qu'ils partagent un objet *a minima* semblable. Ainsi, l'esprit et les règles de fond sont partagés par les deux mécanismes. *A contrario*, une différence procédurale notable doit être évoquée, car si le mode de rupture du contrat de travail fait fi de tout formalisme, celui issu de la réforme du droit des contrats est soumis à une procédure impérative (§2).

§1. UN CORPS DE RÈGLES SIMILAIRES

891. Bien que leur domaine naturel d'application diffère, les deux mécanismes partagent un même acte de naissance : l'arrêt dit « Tocqueville » rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation en 1998³⁶³⁵. Au sein de celui-ci, la Haute Cour a innové en affirmant qu'une partie est autorisée, au regard de la gravité du comportement de son cocontractant, à mettre fin au contrat de manière unilatérale³⁶³⁶. C'est sur cette base qu'ont ensuite été développées la prise d'acte de la rupture du contrat de travail – par un arrêt précité du 25 juin 2003³⁶³⁷ – et la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier – par le Gouvernement au sein de l'ordonnance du 10 février 2016. Il en résulte que les deux modes de rupture possèdent des régimes analogues, en ce qu'ils autorisent la rupture unilatérale du contrat (**A**) et que la saisine du juge, qui s'effectue *a posteriori*, a pour objectif d'imputer la responsabilité de la rupture à l'une ou l'autre des parties (**C**). Enfin, la validité des deux techniques est soumise à une même condition, à savoir la démonstration, par l'auteur de la rupture, d'une « inexécution suffisamment grave » commise par le débiteur (**B**).

³⁶³⁵ Civ., 1^{re}, 13 oct. 1998, n° 96-21.485, préc.

³⁶³⁶ Contrairement à ce qu'énonçait en 1998 l'article 1134, alinéa 2, du Code civil, dont la substance se trouve aujourd'hui au sein du nouvel article 1193 du Code civil, selon lequel « les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise ». Ainsi, en l'espèce, la loi était silencieuse et le contrat n'a pas été rompu par le consentement mutuel des parties, mais bel et bien à l'initiative unilatérale de l'une d'entre elles.

³⁶³⁷ Soc., 25 juin 2003, n° 01-42.335, n° 01-42.679, n° 01-43.578, préc.

A. UNE RUPTURE UNILATÉRALE DU CONTRAT

892. La prise d'acte de la rupture du contrat de travail, tout comme la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier est un mode unilatéral de rupture du contrat. Il s'agit là d'une première similitude entre elles. Leur mise en œuvre ne résulte ainsi ni d'un accord des parties, ni de la saisine d'un juge, mais bel et bien de la volonté d'un seul contractant. Une telle faculté, bien connue du droit du travail, demeure exceptionnelle en droit commun des contrats. À ce titre, le nouvel article 1226 du Code civil fait figure d'« innovation majeure de la réforme en matière de sanctions de l'inexécution du contrat »³⁶³⁸, car elle généralise pour la première fois en droit civil la faculté, pour un contractant, de rompre le contrat par l'expression de sa seule volonté³⁶³⁹.

893. Des prémices de la résolution unilatérale par notification peuvent être trouvées en droit des assurances – à travers l'article L. 113-3³⁶⁴⁰ depuis un décret du 16 juillet 1976³⁶⁴¹ – mais également en droit du travail. En amont de la réforme intervenue le 13 juillet 1973³⁶⁴², qui impose à l'employeur de démontrer l'existence d'un motif réel et sérieux pour pouvoir procéder valablement à un licenciement³⁶⁴³, la Cour de cassation a reconnu la possibilité pour

³⁶³⁸ O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, préc., p. 573.

³⁶³⁹ La codification de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier ne constitue toutefois pas une totale nouveauté dans le Code civil ; celui-ci reconnaissait déjà, dans des circonstances particulières, la faculté pour une partie de rompre unilatéralement un contrat. Il en va ainsi depuis 1804, par exemple, à l'article 1657 du Code civil, qui dispose qu'« en matière de vente de denrées et effets mobiliers, la résolution de la vente aura lieu de plein droit et sans sommation, au profit du vendeur, après l'expiration du terme convenu pour le retirement ». La réforme du droit des contrats opère ainsi la généralisation de cette possibilité.

³⁶⁴⁰ En sa dernière version, issue de la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, l'article L. 113-3 du Code des assurances dispose que « la prime est payable en numéraire au domicile de l'assureur ou du mandataire désigné par lui à cet effet. Toutefois, la prime peut être payable au domicile de l'assuré ou à tout autre lieu convenu dans les cas et conditions limitativement fixés par décret en Conseil d'État. À défaut de paiement d'une prime, ou d'une fraction d'une prime, dans les dix jours de son échéance, et indépendamment du droit pour l'assureur de poursuivre l'exécution du contrat en justice, la garantie ne peut être suspendue que trente jours après la mise en demeure de l'assuré. Au cas où la prime annuelle a été fractionnée, la suspension de la garantie, intervenue en cas de non-paiement d'une des fractions de prime, produit ses effets jusqu'à l'expiration de la période annuelle considérée. La prime ou fraction de prime est portable dans tous les cas, après la mise en demeure de l'assuré. L'assureur a le droit de résilier le contrat dix jours après l'expiration du délai de trente jours mentionné au deuxième alinéa du présent article [...] ».

³⁶⁴¹ Décret n° 76-666 du 16 juillet 1976 relatif à la codification des textes législatifs concernant les assurances.

³⁶⁴² Loi n° 73-680 du 13 juil. 1973, préc.

³⁶⁴³ Ancien article L. 122-14-3 du Code du travail, selon lequel : « en cas de litige, le juge à qui il appartient d'apprécier la régularité de la procédure suivie et le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur, forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties et au besoin après toutes mesures d'instruction qu'il estime utiles ».

l'employeur de rompre unilatéralement le contrat de travail³⁶⁴⁴. Une première étape avait été franchie dans la généralisation de la résolution unilatérale par voie de notification à la fin du siècle dernier, par l'arrêt dit « Tocqueville »³⁶⁴⁵, mais également au début de notre siècle, lorsque la première chambre civile de la Cour de cassation – après avoir rappelé le principe selon lequel « la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls »³⁶⁴⁶, rappelle que celui-ci trouve à s'appliquer aussi bien aux contrats à durée indéterminée qu'à ceux assortis d'un terme extinctif³⁶⁴⁷. La seconde étape – définitive cette fois-ci – découle de l'élargissement de la résolution unilatérale à tous les contrats, si l'on se fie à la lettre du nouvel article 1226 du Code civil, qui vise en son premier alinéa, sans aucune distinction, la résolution du « contrat »³⁶⁴⁸.

894. Cette résolution est ouverte au créancier d'une obligation inexécutée. À l'inverse de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail³⁶⁴⁹, la qualité de la partie n'importe ici pas, car au cours de l'exécution d'un contrat synallagmatique, chacun des contractants peut s'avérer être le créancier d'un débiteur défaillant. En cela, la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier est plus vaste que la technique spéciale travailliste qui, elle, est réservée au seul salarié³⁶⁵⁰. Le Code civil rappelle également que la résolution unilatérale n'est qu'une faculté laissée au créancier ; elle ne peut être perçue comme une obligation. Celui dont le débiteur ne s'est pas exécuté « peut », selon l'article 1226, alinéa 1, du Code civil, « résoudre le contrat par voie de notification ». Il demeure donc libre d'opter pour une autre sanction³⁶⁵¹, voire de ne pas sanctionner cette inexécution³⁶⁵².

³⁶⁴⁴ V. not. N. HAGE-CHAHINE, « Les modes de résolution du contrat », *Rep. civ.*, 2021, spé., n° 97. V. ég. Civ., 26 févr. 1896, S. 1897. 1. 187 ; Civ., 25 avr. 1936, *DH* 1936. 331 ; *Gaz. Pal.* 1936. 1. 879 ; Soc., 10 févr. 1965, *JCP* 1965. II. 14181, note G.-H. CAMERLYNCK ; Soc., 12 janv. 1966, *JCP* 1966. II. 14607, note J. SAVATIER.

³⁶⁴⁵ Civ., 1^{re}, 13 oct. 1998, n° 96-21.485, préc.

³⁶⁴⁶ Civ., 1^{re}, 20 févr. 2001, n° 99-15.170, *D.* 2001. 1568, note Ch. JAMIN ; *D.* 2001. 3239, obs. D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 2001. 363, obs. J. MESTRE, B. FAGES ; *Defrénois* 2001. 705, obs. E. SAVAUX.

³⁶⁴⁷ *Ibid.*

³⁶⁴⁸ On peut ici y voir l'influence que le droit du travail – par la prise d'acte de la rupture du contrat de travail – produit en droit du travail. V. not. L. BENTO DE CARVALHO, *L'apport du droit du travail à la théorie générale de l'acte juridique*, préc.

³⁶⁴⁹ V. *infra*, n° 897.

³⁶⁵⁰ *Ibid.*

³⁶⁵¹ Le nouvel article 1217 du Code civil liste les sanctions auxquelles s'expose le débiteur qui ne s'est pas exécuté : l'exception d'inexécution, l'exécution forcée en nature de l'obligation, la réduction du prix, la résolution, la réparation des conséquences de l'inexécution, voire des dommages et intérêts.

³⁶⁵² Tout comme le salarié est libre de prendre acte de la rupture de son contrat de travail ou d'opter pour d'autres solutions, en réponse à l'inexécution contractuelle de son employeur.

895. L'unilatéralité dans la rupture du contrat se trouve bien plus fréquemment en droit du travail. Il s'évince, depuis 1804, de l'article 1780 du Code civil, qu'« on ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée. Le louage de service, fait sans détermination de durée, peut toujours cesser par la volonté d'une parties contractantes [...] ». En ces deux alinéas se niche ainsi la prohibition des engagements perpétuels, de laquelle résulte l'autorisation, pour les parties à un contrat de travail³⁶⁵³ à durée indéterminée, de le rompre à n'importe quel moment, sous réserve du respect d'un délai de préavis³⁶⁵⁴. Cette règle se trouvait d'ailleurs inscrite à l'article 23 du Code du travail originel, daté de 1910.

896. Le licenciement et la démission n'épuisent toutefois pas les hypothèses de rupture unilatérale du contrat de travail. Un troisième mode doit en effet être évoqué, à savoir la prise d'acte de la rupture du contrat de travail. On retrouve les premières traces de celle-ci dans la jurisprudence de la fin des années soixante-dix. En cette époque, la prise d'acte était surtout mobilisée par les employeurs, dans l'optique de contourner les nouvelles dispositions liées à la réglementation du licenciement³⁶⁵⁵, afin de pouvoir rompre le contrat de travail unilatéralement et sans être contraint au versement des indemnités de rupture. Ainsi, par exemple, il était reconnu la possibilité, pour l'employeur, de prendre acte de la rupture du contrat de travail lorsque l'absence d'un salarié se prolongeait trop longtemps³⁶⁵⁶ en raison d'un motif exogène à l'activité de l'entreprise³⁶⁵⁷.

³⁶⁵³ Anciennement nommé « contrat de louage de services », conformément à cet article 1780 du Code civil.

³⁶⁵⁴ L'article L. 1234-1 du Code du travail fixe, en matière de licenciement, la durée du délai de préavis. Celle-ci varie avec l'ancienneté du salarié. Si celui-ci, lors de la rupture du contrat de travail, justifie de moins de six mois d'ancienneté, la rupture s'effectue normalement sans préavis, sauf disposition contraire d'une convention collective ou d'un usage. S'il justifie d'une ancienneté comprise entre six mois et deux ans, la durée du préavis s'élève à un mois. Il dure deux mois si le salarié, au jour du licenciement, possède une ancienneté supérieure à deux années dans l'entreprise. Ces différentes durées peuvent être aménagées, sous réserve d'être plus favorables pour le salarié (article L. 1234-1, alinéa 2, du Code du travail). En matière de démission, le Code du travail ne fixe pas la durée du préavis, qui est déterminée par la convention collective ou les usages (articles L. 1237-1 du Code du travail).

³⁶⁵⁵ Règles qui résultent de la loi n° 73-680 du 13 juil. 1973, préc.

³⁶⁵⁶ V. not. Soc., 19 janv. 1977, n° 76-40.093.

³⁶⁵⁷ V. not. Soc., 31 janv. 1979, n° 77-41.440 ; Soc., 28 nov. 1979, n° 76-40.091. Au sein de ce dernier arrêt, la chambre sociale de la Cour de cassation estime que l'incapacité d'un salarié pour une raison non professionnelle justifie la prise d'acte de rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur, celle-ci le soustrayant à l'obligation de verser à son salarié les indemnités de rupture dudit contrat, indemnités qui sont réservées aux seules hypothèses dans lesquelles la rupture du contrat de travail est imputable à l'employeur. Or, lorsque ce dernier prenait acte de la rupture du contrat de travail, celle-ci était imputée au travailleur subordonné. La solution différait toutefois lorsque l'absence du salarié résultait d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, car, en ces circonstances et selon la formule de la Cour de cassation, ces faits étaient « [imputables] à un risque de l'entreprise » : V. not. Soc., 10 déc. 1975, n° 74-40.698 ; Soc., 16 juin 1976, n° 75-40.435.

La « translation »³⁶⁵⁸ de la prise d'acte vers le salarié s'est réalisée au même moment³⁶⁵⁹. Depuis lors, la réglementation de ce mode de rupture a drastiquement évolué. Depuis 2003, il est en effet considéré de manière constante 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 »³⁶⁶⁰. On comprend ainsi qu'à l'instar de la résiliation judiciaire du contrat de travail, la prise d'acte ne peut résulter que de l'initiative du seul salarié ; l'employeur qui tenterait – par ce biais – de rompre un contrat de travail serait sanctionné et la rupture serait considérée comme un licenciement dépourvu de toute cause réelle et sérieuse³⁶⁶¹. À l'inverse de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier, la prise d'acte de la rupture du contrat de travail est ainsi étroitement liée à la qualité de la partie qui la mobilise ; pour qu'elle soit valablement mise en œuvre, elle doit impérativement résulter de l'initiative d'un travailleur subordonné³⁶⁶². Pour mettre unilatéralement fin à la relation de travail, celui-ci dispose ainsi d'un choix : il peut démissionner ou prendre acte de la rupture du contrat de travail. À l'inverse, l'employeur ne peut exprimer sa volonté de rompre le contrat de travail qu'à travers le licenciement.

897. L'on comprend ainsi que les deux mécanismes – la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier et la prise d'acte de la rupture du contrat de travail – organisent la rupture

³⁶⁵⁸ F. GÉA, « Prise d'acte de la rupture », *Rep. trav.*, Dalloz, 2019, spé., n° 14.

³⁶⁵⁹ Pour une première occurrence : Soc., 6 mars 1980, n° 78-41.332.

³⁶⁶⁰ Soc., 25 juin 2003, n° 01-42.335, n° 01-42.679, n° 01-43.578, préc.

³⁶⁶¹ V. not. Soc., 25 juin 2003, n° 01-40.235, n° 01-41.150, *Dr. soc.* 2003. 814, avis P. LYON-CAEN ; *Dr. soc.* 2003. 817, note G. COUTURIER, J.-E. RAY, *JCP* 2003. II. 10138, note E. MAZUYER ; *RJS* 2003. 647, obs. J.-Y. FROUIN.

³⁶⁶² La question s'est posée de savoir si la prise d'acte de la rupture du contrat de travail était ouverte à tous les salariés, peu importe leur qualité ou la nature de leur contrat de travail. Rapidement, la chambre sociale de la Cour de cassation a reconnu la faculté aux salariés protégés de prendre acte de ladite rupture : Soc., 25 janv. 2006, n° 04-41.204, n° 04-41.205. De la même manière, elle est valable lorsqu'elle émane d'un salarié dont l'incapacité résulte d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle : Soc., 21 janv. 2009, n° 07-41.822, *Dr. soc.* 2009. 492, obs. J. SAVATIER ; *D.* 2009. 2128, obs. J. PÉLISSIER, T. AUBERT, M.-C. AMAUGER-LATTES, I. DESBARATS, B. LARDY-PÉLISSIER, B. REYNÈS. Demeure l'interrogation concernant les salariés liés par un contrat de travail à durée déterminée. En droit commun des contrats, la rupture unilatérale par notification peut valablement être mise en œuvre que le contrat soit conclu – ou non – pour une durée indéterminée : Civ., 1^{re}, 20 févr. 2001, n° 99-15.170, préc. De surcroît, en droit du travail, la résiliation judiciaire du contrat de travail à durée déterminée peut valablement être obtenue par le salarié, s'il parvient à démontrer une faute grave de l'employeur : V. not. Soc., 14 janv. 2004, n° 01-40.489, préc. Aussi, certains auteurs estiment qu'un tel contrat de travail pourrait faire l'objet d'une prise d'acte, à condition – à nouveau – pour le travailleur de démontrer une telle faute : V. not. F. GÉA, « Prise d'acte de la rupture », *Rep. trav.*, Dalloz, 2019, spé., n° 55 ; J.-Y. FROUIN, « Un salarié en contrat à durée déterminée peut-il prendre acte de la rupture de son contrat de travail ? », *RJS* 2007. 795.

d'un contrat à l'initiative d'une seule partie³⁶⁶³. Cette première similitude est toutefois insuffisante pour affirmer que les règles du nouvel article 1226 du Code civil doivent être appliquées au mécanisme travailliste³⁶⁶⁴. Pour ce faire, il convient, en sus, de démontrer que les deux techniques répondent à une condition de validité *a minima* comparable. L'on s'aperçoit ainsi que l'une et l'autre sont conditionnées par la démonstration, par l'auteur de la rupture, d'une « inexécution suffisamment grave » commise par son cocontractant.

B. UNE DÉMONSTRATION D'UNE INEXÉCUTION SUFFISAMMENT GRAVE

898. La sous-section consacrée par le Code civil à « la résolution »³⁶⁶⁵ s'ouvre avec le nouvel article 1224, selon lequel « la résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire³⁶⁶⁶ soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice ». S'y trouve une condition commune à la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier et à la résolution judiciaire : dans les deux cas, la validité de la rupture est conditionnée par l'existence d'une inexécution contractuelle, dont le degré de gravité doit être certain³⁶⁶⁷. Autrement formulé, toutes les inexécutions ne peuvent justifier la rupture unilatérale du contrat sur le fondement du nouvel article 1226 du Code civil ; selon la lettre du texte, seules celles qui s'avèrent être « suffisamment graves » le peuvent. À cet égard, le contenu du texte diffère subrepticement de celui de l'arrêt dit « Tocqueville » précité, qui a donné naissance à la résolution unilatérale et par notification du contrat³⁶⁶⁸. En effet, selon la plume de la première chambre civile, seule « la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls »³⁶⁶⁹. L'accent était ainsi mis sur « la gravité du comportement du débiteur »³⁶⁷⁰ qui ne s'est pas

³⁶⁶³ L'unique différence, en l'espèce, est que la voie de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail n'est ouverte qu'au seul salarié, tandis que celle de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier l'est aux deux parties du contrat.

³⁶⁶⁴ Le seul constat selon lequel la rupture du contrat qui résulte de ces deux mécanismes est unilatérale ne suffit pas pour se prononcer sur la soumission de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail au régime de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier. Et pour cause, si tel était le cas, il conviendrait également de s'interroger sur l'application de cette dernière à la démission qui, elle aussi, résulte de la seule volonté du salarié.

³⁶⁶⁵ Sous-section 4 de la section 5 (intitulée « l'inexécution du contrat ») du chapitre IV (intitulé « les effets du contrat ») du titre III (intitulé « des sources d'obligations ») du livre III (intitulé « des différentes manières dont on acquiert la propriété ») du Code civil.

³⁶⁶⁶ À ce sujet, V. not. Ch. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil*, préc., p. 730 et s.

³⁶⁶⁷ La précision relative à la gravité de l'inexécution était ignorée de l'article 1184 du Code civil de 1804. L'accès à la résolution est ainsi complexifié.

³⁶⁶⁸ Civ., 1^{re}, 13 oct. 1998, n° 96-21.485, préc.

³⁶⁶⁹ *Ibid.*

³⁶⁷⁰ G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, préc., p. 605 et s. ; O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit*

exécuté. Constitue, par exemple, un comportement suffisamment grave et justifiant la résolution unilatérale du contrat celui adopté par le licencié d'un centre équestre, qui « avait fait preuve d'une violence verbale inadmissible à l'égard d'un membre du personnel »³⁶⁷¹ qui « préférerait monter à cheval dans une reprise composée exclusivement de mineurs et notamment de jeunes filles, avait pour habitude de leur offrir des cadeaux, de les photographier sans leur accord, de s'intéresser de près à leurs conversations, voire de leur adresser des correspondances électroniques assidues à la limite du harcèlement, et qu'il faisait preuve d'agressivité envers elles »³⁶⁷². De la même manière, la société qui ne donne pas suite à plusieurs courriels qui lui demandaient de renouveler l'adhésion d'un client à une certification de politique anti-corruption sous prétexte que les demandes étaient adressées en langue anglaise alors que les échanges précédents avec le même client s'étaient déroulés sans embuche dans cette même langue, commet une inexécution suffisamment grave qui justifie « la rupture de la relation commerciale sans préavis »³⁶⁷³. *A contrario*, il a pu être jugé que l'inexécution d'un contrat pendant deux mois ne constitue pas un comportement suffisamment grave pour légitimer sa rupture unilatérale à l'initiative du créancier mécontent³⁶⁷⁴. De la même manière, le retard d'un maître d'ouvrage dans le paiement d'une facture, alors que le contrat « ne comportait aucune stipulation quant au paiement des factures des entreprises »³⁶⁷⁵ est insusceptible de justifier la résolution par notification du contrat, car ce comportement ne revêt pas le degré de gravité adéquat.

Dorénavant, l'on constate que le nouvel article 1226 du Code civil n'effectue aucune mention au « comportement » du débiteur. Le juge, saisi postérieurement à la rupture, se contente d'apprécier la gravité de l'inexécution du contrat, qui n'est plus nécessairement mise en parallèle avec la conduite de celui qui ne s'est pas exécuté³⁶⁷⁶. Dès lors, à condition d'être

des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article, préc., p. 576 et S.

³⁶⁷¹ Civ., 1^{re}, 22 sept. 2016, n° 15-20.614, CCC 2016. 249, note L. LEVENEUR.

³⁶⁷² *Ibid.*

³⁶⁷³ Com., 20 nov. 2019, n° 18-12.817, D. 2020. 913, note J.-C. RODA.

³⁶⁷⁴ Civ., 1^{re}, 28 oct. 2003, n° 01-03.662, RTD civ. 2004. 89, obs. J. MESTRE, B. FAGES ; JCP 2004. II. 10108, note C. LACHIÈZE ; CCC 2004. 4, note L. LEVENEUR ; RDC 2004, p. 273, obs. L. AYNÈS, D. MAZEAUD ; Defrénois 2004. 373, obs. R. LIBCHABER ; Defrénois 2004. 381, obs. J.-L. AUBERT ; Dr. et patr. 2004. 89, obs. P. CHAUVEL ; RDLA 2004. 40, note E. GARAUD.

³⁶⁷⁵ Civ., 3^e, 15 sept. 2015, n° 13-24.726, n° 13-25.229.

³⁶⁷⁶ H. BARBIER, « L'exécution et la sortie du contrat », RDC 2018, p. 40, estime que le Code civil « adopte un standard relativement bas et sans connotation morale, rejoignant celui permettant la résiliation judiciaire du contrat » pour expliquer que le nouvel article 1226 du Code civil ne fasse aucune mention au comportement du débiteur.

« suffisamment grave », toute inexécution devient à même de justifier la rupture unilatérale d'un contrat ; l'ordonnance du 10 février 2016 – inchangée à cet égard par la loi du 20 avril 2018 – a ainsi emporté l'élargissement de la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation. Elle n'admet cependant pas – à l'inverse des Principes du droit européen du contrat, par exemple – que la résolution unilatérale intervienne par anticipation, lorsqu'il est « manifeste qu'il y aura inexécution essentielle de la part du débiteur »³⁶⁷⁷. Conformément aux solutions jurisprudentielles rendues sous l'empire du droit commun des contrats antérieur à la réforme, cette résolution par anticipation est interdite³⁶⁷⁸, ce qu'a eu l'occasion de confirmer la Cour d'appel de Poitiers, qui a rappelé dans un arrêt du 30 avril 2019 que la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier ne peut être valablement mise en œuvre qu'une fois l'inexécution contractuelle consommée³⁶⁷⁹.

899. Il n'en demeure pas moins que le législateur n'a donné aucune grille de lecture permettant de déterminer ce qu'est une « inexécution suffisamment grave ». Dans l'optique de déterminer ce que dissimule ce standard juridique, l'interprétation de la Cour de cassation est déterminante. La jurisprudence antérieure devrait ainsi faire foi et le juge devrait vérifier si la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier peut être considérée comme une « réponse appropriée à l'inexécution »³⁶⁸⁰. Au-delà, il devrait également être tenu d'en apprécier l'impact sur le débiteur et les tiers à la convention³⁶⁸¹. Sur le fondement du nouvel article 1226 du Code civil, il a par exemple été jugé que « l'absence de fourniture d'une ligne SDSL constitue l'inexécution par Agence Premium de l'obligation à laquelle elle s'était engagée de fournir des services de communication de type SDSL, revêtant la qualification d'obligation de résultat. Cette inexécution est grave en ce qu'elle touche l'obligation principale du contrat »³⁶⁸². La Cour d'appel de Paris a considéré que la rupture unilatérale du contrat, décidée par le créancier insatisfait, était valablement mise en œuvre. Au-delà, les juges

³⁶⁷⁷ Article 9 :304 des Principes du droit européen du contrat. Cette faculté d'anticipation a, par contre, été consacré dans notre Code civil en matière d'exception d'inexécution, à l'article 1220.

³⁶⁷⁸ V. not. Com., 5 févr. 2020, n° 18-20.722, *D.* 2020. 1254, chron. S. KASS-DANNO ; *D.* 2021. 310, obs. R. BOFFA, M. MEKKI ; *RTD civ.* 2020. 380, obs. H. BARBIER. On constate ici une distinction entre la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier et l'exception d'inexécution qui, en application du nouvel article 1220 du Code civil, peut être mise œuvre « dès lors qu'il est manifeste que [le] cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment grave pour [le créancier] ».

³⁶⁷⁹ Poitiers, ch. civile 01, 30 avr. 2019, n° 17/04060.

³⁶⁸⁰ O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, préc., p. 568.

³⁶⁸¹ V. not. Th. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, Thèse, Paris 2, 2006.

³⁶⁸² Paris, pôle 05, ch. 11, 30 juin 2023, n° 22-01648.

versillais ont estimé que lorsqu'un client indique plusieurs mois à l'avance l'importance que revêt pour lui la date de livraison de sa commande, le retard du vendeur constitue une inexécution suffisamment grave qui justifie la résolution unilatérale du contrat³⁶⁸³.

900. La gravité de l'inexécution doit ainsi être perçue comme l'unique condition de fond du mécanisme porté par le nouvel article 1226 du Code civil. Toutefois, si elle ne l'est pas « suffisamment », cela n'empêche pas *de facto* le créancier insatisfait de prendre l'initiative de la rupture du contrat. Celle-ci risque certes d'être jugée illicite, mais elle n'est pas mécaniquement empêchée. L'explication à cela trouve son fondement dans le dernier alinéa de l'article précité, qui dispose que ladite gravité ne doit être démontrée que lorsque le débiteur conteste judiciairement la résolution³⁶⁸⁴. Elle n'est ainsi pas analysée au moment même de la rupture. Chronologiquement, une différence peut ainsi être pointée avec le mécanisme de la résolution judiciaire, pour lequel le caractère « suffisamment grave » de l'inexécution invoquée par le créancier est apprécié par le juge en amont de la rupture du contrat. Cette distinction s'explique néanmoins aisément et ne dépend en réalité que de la date de saisine de la juridiction et du rôle attribué au juge dans le mode de rupture du contrat ; au sujet de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier, le juge n'a pas pour mission de prononcer ladite rupture ; il se contente d'apprécier si les conditions de celles-ci ont été respectées par le créancier. En cela, un parallèle peut être effectué avec les modes travaillistes de rupture du contrat de travail qui, hormis la résolution judiciaire, font également intervenir le juge *a posteriori*³⁶⁸⁵.

901. La validité de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail est, aux premiers abords, soumise à la même condition de fond que celle de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier, si ce n'est que la terminologie n'est pas exactement identique ; la chambre sociale de la Cour de cassation la soumet effectivement non pas à la démonstration d'une « inexécution

³⁶⁸³ Versailles, ch. 12, 7 janv. 2021, n° 19/04418.

³⁶⁸⁴ L'alinéa 4 de l'article 1226 du Code civil dispose : « le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution. Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution ».

³⁶⁸⁵ Il en va ainsi pour le licenciement qui ne porte pas sur une cause économique, par exemple. En effet, le juge apprécie alors la cause réelle et sérieuse de licenciement en cas de contestation par le salarié. À l'inverse, un contrôle sur les motifs invoqués par l'employeur est réalisé *a priori* par l'administration lorsqu'il procède au licenciement pour motif économique d'au moins dix salariés sur une même période de trente jours (articles L. 1233-53 et L. 1233-57-1 du Code du travail). Au-delà, le caractère abusif de la démission est également analysé après la rupture du contrat de travail. Enfin, il en va de même au sujet de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail, qui suppose que l'intervention judiciaire soit postérieure à ladite rupture.

», mais à celle d'un « manquement »³⁶⁸⁶. Ce manquement est imputé par le salarié à l'employeur³⁶⁸⁷, doit être établi au moment de la rupture³⁶⁸⁸ et être « suffisamment grave »³⁶⁸⁹. La Haute Cour indique d'ailleurs expressément que cette gravité doit être appréciée *in situ*, en tenant compte du contexte dans lequel les faits incriminés sont intervenus³⁶⁹⁰. Ainsi, de prime abord, la prise d'acte de la rupture du contrat de travail et la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier sont soumises à la même condition de fond, à savoir la démonstration d'une inobservation contractuelle suffisamment grave³⁶⁹¹.

Il ne s'agit en réalité que du point de départ de l'analyse. Et pour cause, si ladite condition trouve à s'appliquer aux deux modes de rupture du contrat, il s'avère que la chambre sociale de la Cour de cassation en réalise une interprétation plus stricte que ne le font les chambres civiles. La validité de la prise d'acte précitée est appréciée plus durement que celle de la résolution unilatérale par notification. En effet, le juge social ne se contente pas d'apprécier concrètement la gravité de l'inexécution du débiteur, il s'intéresse également à la conséquence du manquement de l'employeur, en exigeant qu'il soit de nature à empêcher la

³⁶⁸⁶ Parmi une jurisprudence particulièrement abondante, V. not. Soc., 17 oct. 2012, n° 11-18.208, *D.* 2013. 1026, obs. P. LOKIEC, J. PORTA ; Soc., 23 mai 2013, n° 12-15.574 ; Soc., 26 mars 2014, n° 12-23.634, *Dr. soc.* 2014. 397, trib. J.-E. RAY ; *Dr. soc.* 2014. 821, étude J. MOULY ; *D.* 2014. 1115, obs. P. LOKIEC, J. PORTA ; Soc., 16 juin 2016, n° 15-12.134 ; Soc., 30 mai 2018, n° 16-28.127 ; Soc., 3 févr. 2021, n° 18-18.806 ; Soc., 28 sept. 2022, n° 21-12.190.

³⁶⁸⁷ Soc., 25 juin 2003, n° 01-42.335, n° 01-42.679, n° 01-43.578, préc.

³⁶⁸⁸ V. not. Soc., 8 juill. 2015, n° 14-13.324.

³⁶⁸⁹ Par exemple, l'employeur qui procède quasi-systématiquement au paiement du salaire en espèces, à des fins de dissimulation, commet un manquement suffisamment grave pour justifier une prise d'acte de la rupture du contrat de travail : Paris, pôle 06, ch. 06, 3 avr. 2019, n° 17/07533. À l'inverse, ne peut valablement prendre acte de la rupture de son contrat de travail l'ingénieur d'étude dont les attributions n'ont été modifiées par l'employeur que de manière temporaire, ce fait n'étant pas « suffisamment grave » : Soc., 6 mars 2019, n° 17-18.260.

³⁶⁹⁰ Soc., 15 avr. 2015, n° 13-24.333.

³⁶⁹¹ La chambre sociale de la Cour de cassation énonçait que lorsqu'un salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail, la rupture de celui-ci est forcément imputée à l'employeur lorsque celui-ci ne la conteste pas et, qu'en même temps, il est impossible de caractériser la volonté non équivoque du salarié de démissionner : V. not. Soc., 26 sept. 2002, n° 00-41.823, *Dr. soc.* 2004. 90, note J. MOULY ; *D.* 2003. 386, obs. J. PORTA. Dans ce cadre, dans la mesure où l'employeur n'a pas entendu remettre en cause la rupture du contrat de travail, celle-ci « s'analyse en un licenciement qui, non motivé, est sans cause réelle et sérieuse ». Il importe peu, à cet égard, que les griefs adressés à l'employeur soient – ou non – prouvés. À cet égard, V. not. G. COUTURIER, « L'auto-licenciement n'est pas un droit, c'est un risque », *SSL* 22 avr. 2003, p. 11 ; G. COUTURIER, J.-E. RAY, « Auto-licenciement : dérives et revirement », préc. Ce n'est qu'avec Soc., 25 juin 2003, n° 01-42.335, n° 01-42.679, n° 01-43.578, *op. cit.*, que la chambre sociale de la Cour de cassation a indiqué que la prise d'acte de la rupture du contrat de travail, pour produire les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, devait être justifiée par un manquement suffisamment sérieux, invoqué et prouvé par le salarié, mettant fin à « l'équation infernale » (selon les termes de P.-Y. VERKINDT, « Démission motivée = licenciement sans cause réelle et sérieuse », *Actualité Lamy social*, mars 2003) créée par l'arrêt susmentionné du 26 sept. 2002, par laquelle un salarié pouvait « s'auto-licencier » même en invoquant des « griefs imaginaires » (selon les termes de G. COUTURIER, J.-E. RAY, *op. cit.*).

poursuite du contrat de travail³⁶⁹², que cet empêchement soit d'ordre moral³⁶⁹³ ou résulte d'un événement survenu au cours de l'exécution du contrat de travail³⁶⁹⁴. Le salarié est ainsi contraint d'apporter une double preuve : celles d'un manquement suffisamment grave et de l'impossibilité qui en résulte de poursuivre le contrat de travail³⁶⁹⁵. L'inexécution invoquée doit mener la relation de travail dans une impasse inextricable³⁶⁹⁶. À défaut, s'il est considéré que le manquement ne constituait pas un obstacle à l'exécution dudit contrat, la prise d'acte de la rupture du contrat de travail n'est pas convenablement mise en œuvre et produit les effets d'une démission. La Cour de cassation a statué en ce sens pour la première fois dans un arrêt du 30 mars 2010³⁶⁹⁷, au sein duquel elle a censuré les juges d'appel³⁶⁹⁸ qui avaient estimé que l'absence de réponse de l'employeur dans le délai imparti par un plan de reclassement externe à la candidature d'une salariée à un départ volontaire constituait un manquement suffisamment grave justifiant la prise d'acte de la rupture du contrat de travail. Elle énonce, pour la première fois, que « 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 »³⁶⁹⁹ et que, dès lors, la rupture du contrat de travail devait produire les effets d'une démission. Ainsi, lorsque les manquements invoqués par le salarié sont anciens, le juge social retient qu'ils n'empêchent pas la poursuite du contrat de travail, ce qu'affirme l'arrêt dit « Home Expertise » rendu le 26 mars 2014³⁷⁰⁰. Dès lors, la prise d'acte réalisée sur le fondement d'une faute patronale datant de plus d'un an auparavant, jusqu'alors admise par la chambre sociale de la Cour de cassation³⁷⁰¹, est depuis lors qualifiée de démission. La rupture tardive du contrat de travail par le salarié est ainsi automatiquement analysée comme n'ayant pas fait obstacle à la poursuite de ce contrat. Dès lors et fort logiquement, la prise d'acte est imputée au travailleur subordonné, qui en subit les conséquences. Cette solution est

³⁶⁹² Soc., 30 mars 2010, n° 08-44.236, préc.

³⁶⁹³ V. not. Versailles, 17^e ch., 18 janv. 2017, n° 15/01593, au sujet d'un salarié accusé de vol et judiciairement relaxé, mais dont l'employeur était persuadé de la culpabilité, ce qu'il faisait ressentir à l'ensemble des salariés de l'entreprise.

³⁶⁹⁴ L'on pense, par exemple, au simulacre de prise d'otage organisé par un employeur afin de tester la résistance de ses salariés lors d'un séminaire professionnel, qui a justifié la prise d'acte de la rupture du contrat de travail d'une salariée : Paris, pôle 06, ch. 03, 10 oct. 2017, n° 16/12901.

³⁶⁹⁵ V. not. Soc., 30 mars 2017, n° 15-24.142, où la Cour de cassation énonce que la Cour d'appel n'a pas vérifié « si les manquements imputés à l'employeur étaient de nature à rendre impossible la poursuite du contrat de travail ».

³⁶⁹⁶ V. not. F. GÉA, « Prise d'acte de la rupture », préc., spé., n° 127 et s.

³⁶⁹⁷ Soc., 30 mars 2010, n° 08-44.236, *op. cit.*

³⁶⁹⁸ Paris, 24 juin 2008, n° 07/01617.

³⁶⁹⁹ Soc., 30 mars 2010, n° 08-44.236, *op. cit.*

³⁷⁰⁰ Soc., 26 mars 2014, n° 12-23.634, préc. V. ég. au sujet de la résiliation judiciaire : Soc., 26 mars 2014, n° 12-35.040, *Dr. soc.* 2015. 206, chron. S. TOURNAUX ; *RDT* 2014. 544, obs. L. BENTO DE CARVALHO.

³⁷⁰¹ V. not. Soc., 23 janv. 2013, n° 11-18.855, *D.* 2013. 1026, obs. P. LOKIEC, J. PORTA.

d'ailleurs toujours d'actualité, puisque dans un arrêt du 21 juin 2023³⁷⁰², la chambre sociale s'est également prononcée en ce sens. Dans les faits, un agent commercial immobilier indépendant a rompu unilatéralement la relation qui le liait avec une société, tout en sollicitant la requalification du contrat d'agent commercial en contrat de travail à durée indéterminée, ce à quoi la Cour d'appel de Rouen³⁷⁰³ a fait droit en application du principe d'indisponibilité du contrat de travail³⁷⁰⁴. Au soutien de la rupture du contrat, il fait état de l'utilisation, par la société immobilière, d'un pouvoir de sanction à son égard, qui a abouti à sa mutation forcée. Pour le demandeur, l'usage d'un tel pouvoir à l'encontre d'un agent commercial indépendant caractérise *de facto* la gravité du manquement invoqué. Toutefois, la Cour de cassation, comme la Cour d'appel avant elle, constate « qu'il ne résultait pas des éléments du débat que depuis le 1^{er} janvier 2012³⁷⁰⁵, le salarié ait remis en cause de quelque manière que ce soit le mode de fonctionnement mis en œuvre par la société en revendiquant l'autonomie inhérente au contrat qui le liait à elle et ce, en dépit de la privation évoquée des droits attachés au statut de salarié »³⁷⁰⁶ et que, par conséquent, « le manquement imputé à la société avait perduré sans empêcher la poursuite du contrat »³⁷⁰⁷. La prise d'acte de la rupture du contrat de travail a donc été analysée en une démission, car les faits invoqués par le salarié n'étaient pas de nature à rendre impossible la poursuite du contrat qui le liait à son employeur. La rigueur de la chambre sociale de la Cour de cassation ne rend toutefois pas totalement illusoire la démonstration, par le salarié, de l'impossibilité de poursuivre son contrat de travail. Par exemple, le refus, par une société, du transfert d'un contrat de travail – suite à la reprise d'un marché – qui s'accompagne du non-paiement des salaires pendant une durée de trois mois s'assimile en une « violation de ses obligations de nature à faire obstacle à la poursuite du contrat de travail »³⁷⁰⁸ et justifiant, dès lors, la prise d'acte de la rupture du contrat de travail.

902. Il résulte de ce qui précède que la prise d'acte de la rupture du contrat de travail et la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier sont, toutes deux, soumises à la même

³⁷⁰² Soc., 21 juin 2023, n° 21-22.291.

³⁷⁰³ Rouen, 8 juill. 2021, n° 18/04252.

³⁷⁰⁴ Soc., 19 déc. 2000, n° 98-40.572, préc. : « nonobstant la dénomination et la qualification données au contrat litigieux, l'accomplissement effectif du travail dans les conditions précitées prévues par ledit contrat et les conditions générales y annexées, plaçaient le « locataire » dans un état de subordination à l'égard du « loueur » et qu'en conséquence, sous l'apparence d'un contrat de location d'un « véhicule taxi », était en fait dissimulée l'existence d'un contrat de travail ».

³⁷⁰⁵ Date de conclusion du contrat entre les deux parties.

³⁷⁰⁶ Soc., 21 juin 2023, n° 21-22.291, *op. cit.*

³⁷⁰⁷ *Ibid.*

³⁷⁰⁸ Soc., 25 sept. 2013, n° 12-19.080.

condition de fond. Néanmoins, le juge social en fait une interprétation plus stricte, en acceptant d'imputer la rupture du contrat de travail à l'employeur qu'au regard des conséquences qu'a produit le manquement soulevé. L'on perçoit ici la première utilité majeure de la mise en œuvre du nouvel article 1226 du Code civil en droit du travail, qui permettrait au juge d'apprécier moins sévèrement les faits invoqués par le salarié au soutien de la rupture unilatérale du contrat de travail³⁷⁰⁹.

903. Une dernière similitude entre les deux modes de rupture du contrat peut être mise en exergue. Il apparaît que la saisine du juge, qui n'intervient que postérieurement à ladite rupture, a pour objectif de l'imputer à l'une ou l'autre des parties.

C. UNE IMPUTATION JUDICIAIRE DE LA RUPTURE DU CONTRAT

904. Le créancier qui mobilise le nouvel article 1226 du Code civil et le salarié qui prend acte de la rupture de son contrat de travail prennent tous deux un risque au moment de mettre fin au contrat. Il s'avère en effet que, dans les deux hypothèses, ils prennent l'initiative de le rompre en raison des griefs qu'ils formulent à l'égard de leur cocontractant. S'ensuit ultérieurement une procédure judiciaire, dont le caractère est facultatif sur le fondement de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier³⁷¹⁰ et obligatoire sur celui de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail³⁷¹¹. La saisine du juge – peu importe l'obligatorité de son caractère – possède un même objet : l'imputation de la rupture à l'autre partie.

905. Ces deux mécanismes imposent ainsi d'opérer une distinction fondamentale entre l'initiative et l'imputation de la rupture du contrat. Le premier terme, selon l'Académie Française, se définit comme une « action, attitude de celui qui, le premier, propose, organise quelque chose »³⁷¹². La partie qui prend l'initiative de rompre un contrat est ainsi celle qui le

³⁷⁰⁹ V. not. G. LOISEAU, « La tentation de l'autonomie », préc. Pour de plus amples développements, V. *infra*, n° 962.

³⁷¹⁰ Pour rappel, en application de l'article 1226, alinéa 4, du Code civil, le débiteur « peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution ».

³⁷¹¹ Elle n'est obligatoire que si le salarié souhaite effectivement imputer la rupture et ses effets à son employeur et, ainsi, faire dire que la prise d'acte de la rupture du contrat de travail produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. La saisine du Conseil de Prud'hommes n'est ainsi pas légalement imposée. Toutefois, si elle n'est pas réalisée, le salarié sera considéré comme démissionnaire. V. not. M. GRÉVY, « La procédure prud'homale applicable à la prise d'acte en quête de célérité », *RDT* 2014. 704 : « la prise d'acte exige, par définition, que le juge prud'homal soit saisi afin d'en déterminer les conséquences, en particulier indemnitaires ».

³⁷¹² <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9I1326>.

rompt effectivement. Par exemple, l'employeur est à l'initiative d'un licenciement, tandis que le salarié est à celle d'une démission ou d'une prise d'acte de la rupture du contrat de travail. De la même manière, en application du nouvel article 1226 du Code civil, l'auteur de la résolution s'avère être le créancier insatisfait. Au-delà, une telle initiative peut être partagée entre les deux contractants, comme le prévoient par exemple les articles 1193 du Code civil³⁷¹³ ou L. 1237-11 et suivants du Code du travail³⁷¹⁴. La notion d' « initiative » ne pose ainsi que peu de difficultés pratiques.

Celle d' « imputation » est source de plus nombreux écueils. Le verbe « imputer » revient à « attribuer à quelqu'un une action digne de blâme »³⁷¹⁵. En ce qui nous concerne, la partie à laquelle la rupture du contrat est imputée est celle qui doit en supporter les conséquences juridiques ou financières. Ainsi, celui qui se voit imputer la rupture du contrat de travail suite à une prise d'acte doit indemniser son ancien cocontractant. Si la rupture produit les effets d'une démission³⁷¹⁶, le salarié doit verser à l'employeur des dommages et intérêts au titre de la non-exécution du préavis de démission³⁷¹⁷ et ce même si l'employeur ne démontre pas l'existence d'un préjudice³⁷¹⁸. *A contrario*, si la prise d'acte susmentionnée produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'employeur sera tenu au versement d'une indemnité de licenciement³⁷¹⁹, des indemnités compensatrices de congés payés³⁷²⁰ et de préavis³⁷²¹ et de dommages et intérêts au titre du licenciement sans cause réelle et sérieuse³⁷²². D'une manière

³⁷¹³ Le nouvel article 1193 du Code civil dispose que « les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise ». Il prévoit ainsi la faculté pour les contractants, d'un commun accord, de rompre le contrat qui les lie.

³⁷¹⁴ Les articles L. 1237-11 et s. du Code du travail concernent la rupture conventionnelle d'un contrat de travail à durée indéterminée, dont l'initiative est partagée par les deux parties au contrat de travail.

³⁷¹⁵ Selon la définition qu'en donne le dictionnaire de l'Académie Française : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9I0529>.

³⁷¹⁶ Ce qui signifie que les faits invoqués par le salarié ne sont pas suffisamment graves ou n'empêchaient pas la poursuite du contrat de travail.

³⁷¹⁷ Pour la construction prétorienne de cette solution, V. not. Soc., 2 juill. 2008, n° 07-42.299 ; Soc., 4 févr. 2009, n° 07-44.142 ; Soc., 8 juin 2011, n° 09-43.208, D. 2012. 901, obs. P. LOKIEC, J. PORTA.

³⁷¹⁸ Soc., 24 mai 2015, n° 03-43.037.

³⁷¹⁹ Le calcul est identique à l'indemnité légale de licenciement, à ceci près que l'ancienneté du salarié se calcule sans tenir compte de l'existence d'un préavis, la prise d'acte de la rupture du contrat de travail mettant fin au contrat de travail de manière immédiate : Soc., 26 oct. 2011, n° 10-11.297.

³⁷²⁰ V. not. Soc., 20 janv. 2010, n° 08-43.471, n° 08-43.476, Dr. soc. 2010. 412, note G. COUTURIER ; RDT 2010. 228, obs. M. BARTHES ; D. 2010. 328, obs. S. MAILLARD.

³⁷²¹ Alors même qu'il n'exécute pas de préavis, car la prise d'acte rompt immédiatement le contrat de travail, le salarié a droit à la perception d'une indemnité compensatrice de préavis lorsque la rupture produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse : Soc., 19 déc. 2007, n° 05-41.554.

³⁷²² Le salarié n'a, par contre, pas droit au versement d'une indemnité pour licenciement irrégulier au titre du non-respect, par l'employeur, de la procédure de licenciement. Cela s'explique par le fait que la prise d'acte – d'origine salariale – n'est pas un licenciement. L'employeur n'est donc évidemment pas tenu au respect d'une procédure impérative, dans la mesure où c'est le salarié qui est à l'initiative de la rupture du contrat de travail. V. not. Soc.,

quelque peu différente dans les faits³⁷²³, la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier peut également mener à l'imputation de la rupture à l'une ou l'autre des parties au contrat. En effet, la contestation de la rupture par le débiteur pousse le juge à analyser si les conditions posées par le nouvel article 1226 du Code civil ont été – ou non – respectées par le créancier. Si tel n'est pas le cas, la rupture du contrat lui sera judiciairement imputée et la poursuite du contrat sera ordonnée³⁷²⁴.

906. L'on constate ainsi que dans les deux hypothèses, ladite rupture fait courir un risque pour la partie qui en est à l'origine : celui de l'imputabilité. Alors que l'objectif de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail et de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier est, pour son auteur, de faire peser les conséquences de la rupture sur l'autre contractant, il se peut qu'il en aille autrement. Dans ce cas, le salarié – en cas de prise d'acte de la rupture du contrat de travail – ou le créancier insatisfait – en cas de résolution unilatérale aux risques et périls du créancier – supporteraient seuls les conséquences précitées, qu'elles soient pécuniaires ou juridiques. Se constate ici l'idée de « risques et périls » qui pèsent sur celui qui prend l'initiative de la rupture du contrat.

907. En s'intéressant aux conditions de fond des deux mécanismes, l'on s'aperçoit qu'ils partagent un certain nombre de similitudes. Ainsi, tous deux emportent la résolution unilatérale du contrat. De la même manière, leur condition de validité – une inexécution suffisamment grave – est identique³⁷²⁵. Enfin, l'action judiciaire qui leur succède tend, dans les deux cas, à imputer la rupture à l'une ou l'autre des parties³⁷²⁶. Les similitudes mentionnées nous poussent – comme l'estime la doctrine majoritaire – à estimer que le régime du nouvel article 1226 du Code civil devrait trouver à s'appliquer en droit du travail³⁷²⁷. Cependant, avant d'évoquer plus en détails la soumission de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail au nouveau droit

23 mars 2011, n° 09-42.092, *RDLA* 2012/67, p. 64, obs. Ph. GRIGNON ; Soc., 19 oct. 2016, n° 14-25.067, *Dr. soc.* 2016. 1060, obs. J. MOULY ; *D.* 2017. 851, obs. P. LOKIEC, J. PORTA ; *JCP S* 2016. 1414, obs. L. CAILLOUX-MEURICE.

³⁷²³ V. *infra*, n° 937 et s.

³⁷²⁴ V. not. D. MAZEAUD, « Les sanctions de l'inexécution », préc., p. 95.

³⁷²⁵ C'est en effet l'appréciation que le juge en fait qui diffère.

³⁷²⁶ À ceci près qu'en droit commun des contrats, l'action en justice ne permet d'imputer la responsabilité de la rupture qu'au créancier, dans la mesure où cette action est intentée par le débiteur, sur lequel pèsent par défaut les effets de cette rupture.

³⁷²⁷ V. *infra*, n° 953 et s.

commun des contrats, il nous appartient de mentionner les distinctions procédurales qui existent entre ces deux modes de rupture du contrat.

§2. DES CONDITIONS PROCÉDURALES DISTINCTES

908. Le droit procédural de la rupture du contrat de travail est l'objet d'une profonde dichotomie, motivée par l'identité de l'auteur de ladite rupture. Lorsque l'employeur en est à l'initiative, cette rupture est soumise à une procédure impérative, dont l'inexécution est sanctionnée par l'irrégularité du licenciement³⁷²⁸. En matière de licenciement pour motif personnel, ladite procédure se décompose en une convocation à un entretien préalable au licenciement³⁷²⁹, à la tenue de cet entretien³⁷³⁰ et en l'envoi d'une lettre de licenciement³⁷³¹. À ceci s'ajoute le respect obligatoire de certains délais minimaux, qui permettent au salarié de préparer sa défense³⁷³² et à l'employeur de réfléchir sur l'opportunité de prononcer le licenciement³⁷³³. De surcroît, lorsque ce dernier est justifié par l'inaptitude médicalement constatée du salarié, la procédure est agrémentée de la recherche d'un reclassement, qui est « réputée satisfaite lorsque l'employeur a proposé un emploi, dans les conditions prévues à

³⁷²⁸ Article L. 1235-2 du Code du travail. Pour de plus amples développements, V. *infra*, n° 983.

³⁷²⁹ L'article L. 1232-2 du Code du travail dispose que « l'employeur qui envisage de licencier un salarié le convoque, avant toute décision, à un entretien préalable. La convocation est effectuée par lettre recommandée ou par lettre remise en main propre contre décharge. Cette lettre indique l'objet de la convocation. L'entretien préalable ne peut avoir lieu moins de cinq jours ouvrables après la présentation de la lettre recommandée ou la remise en main propre de la lettre de convocation ».

³⁷³⁰ Articles L. 1232-3 et L. 1232-4 du Code du travail. Selon le premier, l'employeur doit, « au cours de l'entretien, [indiquer] les motifs de la décision envisagée et [recueillir] les explications du salarié ». Selon le second, le salarié « peut se faire assister par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise » au cours de l'entretien préalable au licenciement, ce que doit rappeler la lettre de convocation.

³⁷³¹ L'article L. 1232-6 du Code du travail indique que « lorsque l'employeur décide de licencier un salarié, il lui notifie sa décision par lettre recommandée avec avis de réception. Cette lettre comporte l'énoncé du ou des motifs invoqués par l'employeur. Elle ne peut être expédiée moins de deux jours ouvrables après la date prévue de l'entretien préalable au licenciement auquel le salarié a été convoqué. Un décret en Conseil d'État détermine les modalités d'application du présent article. Un arrêté du ministre chargé du travail fixe les modèles que l'employeur peut utiliser pour procéder à la notification du licenciement ».

³⁷³² Article L. 1232-2, alinéa 3, du Code du travail.

³⁷³³ Article L. 1232-6, alinéa 3, du Code du travail.

l'article L. 1226-2³⁷³⁴, en prenant en compte l'avis et les indications du médecin du travail »³⁷³⁵. La procédure est bien plus contraignante encore lorsque le licenciement ne repose pas sur un motif personnel, mais répond à l'une des causes économiques visées par l'article L. 1233-3 du Code du travail³⁷³⁶. En cette hypothèse, en sus des obligations de reclassement et d'adaptation³⁷³⁷, l'employeur peut être contraint de rédiger un plan de sauvegarde de l'emploi³⁷³⁸, mais aussi de consulter les représentants élus du personnel³⁷³⁹, voire d'informer³⁷⁴⁰ ou de solliciter l'accord³⁷⁴¹ de la direction régionale de l'économie, de l'emploi, du travail et des solidarités.

909. De la même manière, lorsque la rupture d'un contrat de travail à durée indéterminée fait l'objet d'un accord des deux parties, une procédure stricte et contrôlée par l'administration susmentionnée doit être mise en œuvre. Les articles L. 1237-11 et suivants du Code du travail

³⁷³⁴ Cet article s'applique lorsque l'incapacité résulte d'une maladie ou d'un accident non professionnel. Dans ce cas, l'employeur doit proposer au salarié un « emploi approprié à ses capacités, au sein de l'entreprise ou des entreprises du groupe auquel elle appartient le cas échéant, situées sur le territoire national et dont l'organisation, l'activité ou le lieu d'exploitation assurent la permutation de tout ou partie du personnel » (article L. 1226-2, alinéa 1, du Code du travail). De plus, l'emploi proposé au titre du reclassement doit être « aussi comparable que possible à l'emploi précédemment occupé, au besoin par la mise en œuvre de mesures telles que mutations, aménagements, adaptations ou transformations de postes existants ou aménagement du temps de travail » (article L. 1226-2, alinéa 4, du Code du travail). Lorsque l'incapacité est consécutive à un accident du travail ou à une maladie professionnelle, l'obligation de reclassement est satisfaite si les conditions prévues par l'article L. 1226-10 du Code du travail ont été respectées. Il s'avère que celles-ci sont identiques à celles présentées ci-dessus.

³⁷³⁵ Article L. 1226-2-1, alinéa 3, du Code du travail.

³⁷³⁶ À savoir les difficultés économiques, la mutation technologique, la cessation d'activité ou la réorganisation nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise.

³⁷³⁷ Article L. 6321-1 du Code du travail.

³⁷³⁸ La rédaction d'un plan de sauvegarde de l'emploi est obligatoire lorsque le licenciement pour motif économique concerne *a minima* dix salariés sur une même période de trente jours et est envisagé dans une entreprise qui emploie régulièrement plus de quarante-neuf salariés : article L. 1233-61, alinéa 1, du Code du travail. Selon le second alinéa dudit article, « ce plan intègre un plan de reclassement visant à faciliter le reclassement sur le territoire national des salariés dont le licenciement ne pourrait être évité, notamment celui des salariés âgés ou présentant des caractéristiques sociales ou de qualification rendant leur réinsertion particulièrement difficile ». Les mesures qui doivent impérativement figurer dans ledit plan sont indiquées aux articles L. 1233-62 et s. du Code du travail.

³⁷³⁹ La consultation du Comité Social et Économique d'entreprise, voire d'établissement, doit être effectuée en application des articles L. 1233-8, alinéa 1 du Code du travail (pour un licenciement de moins de dix salariés dans une même période de trente jours) et L. 1233-21 du Code du travail (pour un licenciement de plus de neuf salariés dans une même période de trente jours).

³⁷⁴⁰ Lorsque le licenciement pour motif économique concerne moins de dix salariés sur une même période de trente jours, l'autorité administrative doit être informée « du ou des licenciements prononcés », conformément à l'article L. 1233-19 du Code du travail. Lorsque l'employeur est contraint de rédiger un plan de sauvegarde de l'emploi, elle doit être informée en amont du prononcé des licenciements : article L. 1233-24-1 du Code du travail.

³⁷⁴¹ Lorsque l'entreprise est soumise à la rédaction d'un plan de sauvegarde de l'emploi, l'autorité administrative doit être saisie pour validation ou homologation dudit plan (article L. 1233-57-1 du Code du travail). La validation concerne le plan établi par accord collectif, tandis que l'homologation a trait aux plans rédigés unilatéralement par l'employeur.

imposent alors aux parties de programmer au moins un entretien³⁷⁴², au cours duquel une convention de rupture – qui rappelle le montant de l’indemnité et la date de la rupture du contrat de travail – doit être signée. Au-delà, un délai de rétractation d’une durée de quinze jours calendaires – qui permet à chacune des deux parties de revenir sur son accord sans qu’une justification ne doive être apportée – doit être impérativement respecté³⁷⁴³. Enfin, l’autorité administrative est chargée de vérifier que la procédure a bel et bien été observée³⁷⁴⁴ et que le consentement des parties n’a pas été vicié d’une quelconque manière.

910. *A contrario*, lorsque le travailleur subordonné opte pour une démission, la rupture du contrat de travail n’est soumise à aucune procédure particulière. Sa notification peut ainsi être orale comme écrite et ne donne guère lieu à l’accord de l’autre partie³⁷⁴⁵ ou à un contrôle de l’administration. Le salarié est toutefois tenu – sauf exception – de respecter un préavis, dont la durée est en principe fixée par une convention collective³⁷⁴⁶ ou les usages applicables dans la localité ou la profession³⁷⁴⁷. Il s’avère qu’il en va exactement de même en matière de prise d’acte de la rupture du contrat de travail, mode de rupture réservé au seul salarié et qui n’est soumis à aucune procédure impérative. Tandis que ladite prise d’acte et la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier présentent de nombreuses similitudes dans les conditions qui les régissent³⁷⁴⁸, force est de constater qu’il en va bien autrement en matière procédurale. En effet, le nouvel article 1226 du Code civil soumet la résolution unilatérale par notification à une procédure impérative, mise à la charge du créancier insatisfait. Antérieurement à la rupture effective du contrat, des différences de formalisme sont donc à mettre au jour **(A)**. Il en va de même postérieurement, car l’initiative du recours judiciaire varie en fonction du mécanisme mobilisé ; en droit du travail, la juridiction est saisie par l’auteur de la rupture, tandis qu’elle l’est par celle qui la subit en droit commun des contrats **(B)**.

³⁷⁴² L’article L. 1237-12 du Code du travail dispose que « les parties au contrat conviennent du principe d’une rupture conventionnelle lors d’un ou plusieurs entretiens au cours desquels le salarié peut se faire assister [...] ». La détermination du nombre d’entretien(s) est ainsi laissée à la discrétion des parties, à condition toutefois qu’elles en organisent au moins un.

³⁷⁴³ L’article L. 1237-13, alinéa 3, du Code du travail énonce qu’à compter de la date de la signature de la convention de rupture, « chacune d’entre elles dispose d’un délai de quinze jours calendaires pour exercer son droit de rétractation. Ce droit est exercé sous la forme d’une lettre adressée par tout moyen attestant de sa date de réception par l’autre partie ».

³⁷⁴⁴ L’article L. 1237-14, alinéa 2 du Code du travail rappelle qu’à l’issue du délai de rétractation susmentionné, l’autorité administrative dispose d’un délai de quinze jours pour « s’assurer du respect des conditions prévues à la présente section et de la liberté du consentement des parties ».

³⁷⁴⁵ V. not. Soc., 27 nov. 1968, n° 67-40.312.

³⁷⁴⁶ Article L. 1237-1, alinéa 1, du Code du travail.

³⁷⁴⁷ Article L. 1237-1, alinéa 2, du Code du travail.

³⁷⁴⁸ V. *supra*, n° 892 et s.

A. DES DIFFÉRENCES DE FORMALISME

911. Le cœur des débats centrés autour de l’(in)application du nouvel article 1226 du Code civil à la prise d’acte de la rupture du contrat de travail réside dans les différences procédurales des deux mécanismes. Et pour cause, là où la chambre sociale de la Cour de cassation affirme depuis près de vingt ans que ladite prise d’acte ne fait l’objet d’aucun formalisme (1), le nouveau droit commun des contrats soumet la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier à une procédure qui se scinde en deux étapes distinctes (2).

1. L’absence de formalisme de la prise d’acte de la rupture du contrat de travail

912. Dans une espèce où un employeur contestait le fait qu’une simple lettre – adressée par le conseil de son salarié – puisse être qualifiée de « prise d’acte de la rupture du contrat de travail », la chambre sociale de la Cour de cassation a énoncé pour la première fois que ce mode de rupture « n’est [soumis] à aucun formalisme »³⁷⁴⁹. De cette solution, réaffirmée en plusieurs occurrences³⁷⁵⁰, s’infèrent de multiples conséquences.

913. Tout d’abord, cela signifie que le salarié qui prend acte de la rupture de son contrat de travail n’est soumis au respect d’aucune condition de forme. Ainsi, cette rupture est valable qu’elle soit mise en œuvre de manière orale³⁷⁵¹ ou écrite. Il s’avère donc que « la forme, en tant que telle, n’a strictement aucune incidence sur la validité ou encore sur la justification de la prise d’acte »³⁷⁵². L’intérêt, ici, est de faciliter au maximum la tâche du salarié qui entend rompre son contrat de travail en raison des griefs qu’il reproche à son employeur. Et pour cause, comme nous en reparlerons ci-dessous³⁷⁵³, s’il lui était imposé d’informer son cocontractant par voie écrite, le salarié s’exposerait à ce que cet écrit comporte des mentions obligatoires³⁷⁵⁴, voire à ce qu’il fixe les limites du litige présenté devant le Conseil de Prud’hommes. Cela le contraindrait – au risque d’être sanctionné – de rédiger avec soin la lettre par laquelle il signifie la prise d’acte à l’employeur. Aussi, ce rejet du formalisme a pour objet premier de ne pas

³⁷⁴⁹ Soc., 4 avr. 2007, n° 05-42.847.

³⁷⁵⁰ V. ég. Soc., 16 mai 2012, n° 10-15.238, préc. ; Soc., 19 juin 2013, n° 12-20.973 ; Soc., 14 sept. 2016, n° 15-18.189 ; Soc., 29 mars 2017, n° 15-28.992, préc. ; Soc., 26 avr. 2017, n° 15-26.221.

³⁷⁵¹ V. not. Orléans, ch. sociales, ch. des Prud’hommes, 27 oct. 2011, n° 638/11, qui considère que la prise d’acte de rupture formulée oralement produit, en l’espèce, les effets d’un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

³⁷⁵² F. GÉA, « Prise d’acte de la rupture », préc., spé., n° 62.

³⁷⁵³ V. *infra*, n° 978 et s.

³⁷⁵⁴ Comme c’est prévu, par exemple, par le nouvel article 1226 du Code civil : V. *infra*, n° 918 et s.

décourager le travailleur subordonné de rompre son contrat de travail si son employeur s'est rendu coupable d'une inexécution suffisamment grave qui empêche la poursuite dudit contrat³⁷⁵⁵.

Ensuite, elle n'a pas nécessairement à être présentée à l'employeur par le salarié lui-même. En effet, depuis le même arrêt du 4 avril 2007, la Cour de cassation estime que « la prise d'acte de la rupture du contrat de travail [...] peut valablement être présentée par le conseil d'un salarié au nom de celui-ci »³⁷⁵⁶. Ce conseil n'a d'ailleurs guère besoin de justifier d'un mandat exprès du salarié qu'il représente, puisque la chambre sociale a jugé qu'est valablement formulée – et le contrat de travail rompu – la prise d'acte présentée par un avocat qui « s'était présenté comme étant celui du salarié et s'était exprimé au nom de ce dernier, que le contenu de [la] lettre démontrait que son auteur avait une connaissance approfondie de la situation du salarié, de ses déplacements, d'un accident du travail récent dont il avait été victime ainsi que des données du litige l'opposant à l'employeur »³⁷⁵⁷, car cette situation n'imposait pas à l'employeur de « vérifier si l'avocat justifiait d'un mandat spécial pour prendre acte de la rupture [du] contrat de travail pour le compte de son client »³⁷⁵⁸. Le juge fait ici application de la définition de la théorie de l'apparence, jurisprudentiellement consacrée depuis 1962³⁷⁵⁹ et que l'on trouve aujourd'hui au sein du nouvel article 1156 du Code civil³⁷⁶⁰.

Enfin, cette absence totale de formalisme assure au salarié que la rupture du contrat de travail ne soit pas repoussée dans le temps par une formalité antérieure et impérative – comme une mise en demeure, par exemple – ou par le respect d'un préavis. À cet égard, le régime de la prise d'acte de rupture du contrat de travail et celui de la démission diffèrent ; là où le salarié démissionnaire est tenu de respecter un préavis³⁷⁶¹, celui qui prend acte de ladite rupture rompt son contrat de travail avec un effet immédiat³⁷⁶². Cette différence de réglementation s'explique

³⁷⁵⁵ V. *supra*, n° 899 et s.

³⁷⁵⁶ Soc., 4 avr. 2007, n° 05-42.847, préc.

³⁷⁵⁷ Soc., 22 nov. 2017, n° 16-12.524, *JCP S* 2018. 1013, obs. S. BRISSY.

³⁷⁵⁸ *Ibid.*

³⁷⁵⁹ Ass. plén., 13 déc. 1962, n° 57-11.569, préc.

³⁷⁶⁰ Le nouvel article 1156 du Code civil dispose que « l'acte accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs est inopposable au représenté, sauf si le tiers contractant a légitimement cru en la réalité des pouvoirs du représentant, notamment en raison du comportement ou des déclarations du représenté. Lorsqu'il ignorait que l'acte était accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs, le tiers contractant peut en invoquer la nullité. L'inopposabilité comme la nullité de l'acte ne peuvent plus être invoquées dès lors que le représenté l'a ratifié ». V. not. *supra*, n° 74 et s.

³⁷⁶¹ Article L. 1237-1 du Code du travail.

³⁷⁶² Soc., 31 oct. 2006, n° 04-46.280, n° 06-42.158, n° 04-48.234, préc.

aisément par le fait justificatif de la rupture ; tandis que la démission peut être la résultante de plusieurs situations – qui ne sont pas nécessairement conflictuelles entre les parties – la prise d’acte ne peut valablement faire suite qu’à une « inexécution suffisamment grave » de l’employeur. Ainsi, lorsqu’il démissionne, le salarié ne formule pas nécessairement de griefs vis-à-vis de son cocontractant ; rien ne s’oppose, dès lors, à ce qu’il respecte une période de préavis. À l’inverse, lorsqu’il prend acte de la rupture du contrat de travail, il a pour objectif de se soustraire le plus rapidement possible au lien de subordination auquel il est soumis, car l’inexécution patronale fait obstacle à la poursuite dudit contrat, ce qui s’oppose naturellement à l’exécution d’un préavis.

914. Au-delà, l’affirmation selon laquelle la prise d’acte n’est soumise à aucun formalisme signifie que le salarié n’est guère contraint de justifier auprès de l’employeur les raisons qui ont motivé sa décision. En d’autres termes, au moment de la notification de la rupture, il n’est mis à sa charge aucune obligation de motivation. L’oralité potentielle de la rupture précitée l’explique en partie ; si le salarié est autorisé de rompre le contrat par voie orale, il ne peut lui être imposé de concomitamment la motiver, car cela poserait de grandes difficultés probatoires ; il serait en effet aisé pour l’employeur de contester la validité de la rupture du contrat en arguant du fait que le salarié, oralement, n’a pas expliqué les raisons qui l’ont poussé à prendre acte de la rupture de son contrat de travail. Dès lors, si rien n’interdit au salarié, au moment de la rupture, d’apporter à l’employeur certaines explications³⁷⁶³, rien non plus ne l’y contraint. Cette solution s’explique principalement par le particularisme judiciaire du mécanisme ; en aval de ladite rupture, le salarié est obligé – pour prétendre à l’imputer à l’employeur et à la perception des indemnités de rupture au titre du licenciement sans cause réelle et sérieuse – de saisir le Conseil de Prud’hommes compétent³⁷⁶⁴. Au cours de l’instance, l’employeur est ainsi nécessairement informé des motifs de la prise d’acte, dans les écrits transmis par le salarié ou son conseil. Par conséquent, comme nous le rappellerons ci-dessous³⁷⁶⁵, la soumission du salarié à une obligation de motivation de la rupture, en matière de prise d’acte de la rupture du contrat de travail, n’est en réalité guère pertinente.

³⁷⁶³ Soc., 19 oct. 2004, n° 02-45.742, *Dr. soc.* 2005. 106, obs. F. FAVENNEC-HÉRY ; *JCP E* 2005. 625, note E. MAZUYER ; *RDC* 2005, p. 375, obs. Ch. RADÉ ; *TPS* 2005, n° 1, note P.-Y. VERKINDT ; Soc., 29 juin 2005, n° 03-42.804, *Dr. soc.* 2005. 1058, obs. G. COUTURIER ; *D.* 2005. 2723, obs. E. CHEVRIER, note P. LOKIEC ; *D.* 2006. 29, obs. J.-F. PAULIN.

³⁷⁶⁴ Article L. 1451-1 du Code du travail.

³⁷⁶⁵ V. *infra*, n° 976 et s.

915. Si la prise d'acte de la rupture du contrat de travail n'est soumise à aucun formalisme, le salarié doit tout de même prendre la peine d'informer l'employeur de la rupture du contrat – mais pas, nous l'avons compris, des griefs qu'il lui reproche. Il est ainsi erroné d'affirmer que le travailleur subordonné n'est soumis à aucune exigence au moment de la rupture du contrat de travail ; la chambre sociale de la Cour de cassation, dans un arrêt précité du 16 mai 2012, indique en effet que la prise d'acte doit être « adressée directement à l'employeur »³⁷⁶⁶, par le salarié ou son conseil. Cela signifie, comme l'écrit le professeur F. GÉA, que « la prise d'acte du salarié ne peut produire effet et entraîner la rupture du contrat de travail que si l'employeur en a eu connaissance »³⁷⁶⁷. Cet impératif est toutefois tempéré par la faculté, reconnue au salarié, d'adresser sa prise d'acte au groupe auquel son employeur appartient, si tant est que ce dernier en a effectivement pris connaissance³⁷⁶⁸. Dès lors, la seule saisine du Conseil de Prud'hommes, afin de lui présenter les faits constitutifs d'une « inexécution suffisamment grave » de l'employeur, est insuffisante pour emporter la rupture du contrat de travail par le jeu de la prise d'acte³⁷⁶⁹ ; en une telle circonstance, le juge ne peut en effet constater la rupture du contrat de travail et l'imputer à l'une ou l'autre des parties, car il est toujours en cours d'exécution. La seule faculté qu'il possède, si tant est que cela lui soit demandé, est celle de prononcer la résiliation judiciaire du contrat de travail aux torts de l'employeur – ce qui produit les mêmes effets indemnitaires que l'imputation patronale de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail³⁷⁷⁰.

916. Afin de ne pas nuire à l'intérêt du salarié et à la célérité de son action, la prise d'acte de la rupture du contrat de travail ne doit ainsi être précédée que d'une information réalisée auprès

³⁷⁶⁶ Soc., 16 mai 2012, n° 10-15.238, préc.

³⁷⁶⁷ F. GÉA, « Prise d'acte de la rupture », préc., spé., n° 63.

³⁷⁶⁸ Soc., 6 déc. 2017, n° 16-22.019.

³⁷⁶⁹ V. not. Soc., 14 sept. 2016, n° 15-18.189, préc.

³⁷⁷⁰ Pendant longtemps, les juges du fond disposaient d'un pouvoir souverain afin d'apprécier le montant des dommages et intérêts octroyés au salarié en cas de prononcé de la résiliation judiciaire d'un contrat de travail : V. not. Soc., 7 mars 1996, n° 93-41.127. Les effets de ladite résiliation n'étaient alors pas encore intégrés dans le giron du droit du licenciement. Alors que certaines juridictions d'appel s'étaient prononcées en ce sens (V. not. Limoges, 8 janv. 1997, n° XLIM080197X, *D.* 1998. 183, note J. MOULY), la chambre sociale de la Cour de cassation a pour la première fois fait produire les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse lors du prononcé d'une résiliation judiciaire aux torts exclusifs de l'employeur dans Soc., 20 janv. 1998, n° 95-43.350, préc. Une différence notable doit toutefois être mise en jour entre les effets de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail et de la résiliation judiciaire dudit contrat : tandis que la première emporte la rupture immédiate du contrat de travail, celui se poursuit tout au long de la procédure judiciaire qui tend au prononcé de la seconde. V. not. F. GÉA, « Résiliation judiciaire en droit du travail », *Rep. trav.*, Dalloz, 2020, spé., n° 56, qui rappelle que « l'action en résiliation judiciaire engagée par le salarié rend possible la poursuite de la relation de travail », même si elle est susceptible d'être constitutive de difficultés concrètes, comme la « dégradation des relations entre l'employeur et le salarié ».

de l'employeur ou du groupe de sociétés auquel il est intégré. La différence majeure avec le régime de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier prend la forme de cette absence de procédure impérative. En effet, le nouvel article 1226 du Code civil impose au créancier insatisfait, en amont de la résolution du contrat par notification, de respecter une procédure.

2. La procédure de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier

917. Pour rompre unilatéralement un contrat conformément au nouveau droit commun des contrats, le créancier insatisfait doit respecter une procédure qui se scinde en deux étapes, selon les trois premiers alinéas du nouvel article 1226 du Code civil. Ainsi, sauf exception, la rupture doit impérativement être précédée d'une mise en demeure du cocontractant défaillant **(a)**. Si celle-ci demeure infructueuse, le créancier est alors tenu de notifier la rupture du contrat au débiteur **(b)**.

a. Une mise en demeure préalable

918. Comme le préoyaient les deux avant-projets doctrinaux de réforme, la faculté de résoudre unilatéralement le contrat par voie de notification est conditionnée, pour le créancier, à une obligation préalable ; il doit en effet mettre le débiteur en demeure de s'exécuter conformément aux termes du contrat qui les lie³⁷⁷¹ **(i)**. Cependant, le législateur dispense le créancier d'une telle obligation lorsqu'il parvient à démontrer que sa situation – urgente – le contraignait à rompre le contrat de manière immédiate, sans procéder à l'interpellation antérieure de son débiteur **(ii)**.

i. L'obligatoire mise en demeure du débiteur défaillant

919. Selon le nouvel article 1344 du Code civil, la mise en demeure est « une sommation ou un acte portant interpellation suffisante »³⁷⁷². Elle peut également résulter, en application du même texte et si le contrat le prévoit expressément, de la seule exigibilité de l'obligation. Elle

³⁷⁷¹ Article 1158 de l'avant-projet dit « CATALA » et article 1110 de l'avant-projet dit « TERRÉ ».

³⁷⁷² À ce sujet, V. not. Ch. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil*, préc., p. 652 et s.

a pour effets principaux de faire courir les intérêts moratoires³⁷⁷³ et de placer les risques de la perte de la chose sur les épaules du débiteur qui ne s'est pas exécuté à temps³⁷⁷⁴. Il s'agit ainsi de l'acte par lequel le créancier non rempli dans ses droits rappelle au débiteur l'étendue de ses obligations et les suites qu'il entend donner au contrat si l'inexécution perdure. Le nouvel article 1226 du Code civil indique dès lors que la rupture ne peut en effet intervenir qu'une fois le débiteur mis en demeure « de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable »³⁷⁷⁵, à moins que le créancier se trouve dans une situation d'urgence³⁷⁷⁶.

920. En matière de résolution unilatérale aux risques et périls du créancier, le respect de cette exigence est contrôlé par les juges du fond, puisqu'elle s'apparente à une garantie offerte au débiteur³⁷⁷⁷. La Cour d'appel de Douai, par exemple, a considéré dans un arrêt du 18 juin 2020 que non seulement le créancier n'avait « aucun motif sérieux de résilier la commande passée »³⁷⁷⁸, mais aussi qu'aucun de ses courriers ne valaient mise en demeure au sens du Code civil. Peu avant, la Cour d'appel de Poitiers avait constaté que le créancier ne justifiait d'aucune urgence et que, par conséquent, l'absence de mise en demeure préalable rendait automatiquement illicite la rupture du contrat³⁷⁷⁹. Le juge contrôle également que la mise en demeure comporte les mentions obligatoires qu'impose le nouvel article 1226 du Code civil³⁷⁸⁰. Selon ce dernier, l'interpellation doit indiquer au débiteur défaillant qu'il doit exécuter son obligation dans un délai raisonnable, mais aussi qu'à défaut, le créancier se réserve le droit de résoudre unilatéralement le contrat³⁷⁸¹. Le créancier doit ainsi expressément énoncer sa volonté de mettre fin au contrat si, d'aventure, l'inexécution contractuelle venait à se poursuivre. À

³⁷⁷³ Article 1344-1 du Code civil. V. *ibid*, p. 660 et s.

³⁷⁷⁴ Article 1344-2 du Code civil. V. *ibid*, p. 659.

³⁷⁷⁵ Article 1226, alinéa 1, du Code civil. D. MAZEAUD, « Les sanctions de l'inexécution », préc., p. 94, constate que « la quasi-totalité des sanctions, qu'elles soient judiciaires ou extrajudiciaires, supposent pour être mises en œuvre une mise en demeure préalable du débiteur par le créancier ». Le formalisme, dans la réforme opérée par l'ordonnance du 10 févr. 2016, n'est donc pas réservé à la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier.

³⁷⁷⁶ V. *infra*, n° 925 et s.

³⁷⁷⁷ V. not. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, préc. ; O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, préc., p. 607. Pour de plus amples développements, V. ci-dessous.

³⁷⁷⁸ Douai, ch. 02, sect. 02, 18 juin 2020, n° 19/01412.

³⁷⁷⁹ Poitiers, ch. civile 02, 16 juin 2020, n° 19/00948. Pour une décision similaire, V. not. Colmar, ch. civile 03, sect. A, 9 nov. 2020, n° 20/462.

³⁷⁸⁰ V. not. Amiens, ch. économique, 13 juin 2023, n° 22/00226 ; Metz, 3^e ch., 13 oct. 2022, n° 21/01977, qui caractérise expressément les mentions obligatoires de la mise en demeure, mais aussi que le délai laissé au débiteur pour s'exécuter était raisonnable.

³⁷⁸¹ Article 1226, alinéa 2, du Code civil.

défaut, la mise en demeure n'est pas valablement formulée et, partant, la rupture qui lui succède ne peut prétendre à la validité.

921. Le texte ne précise cependant pas la sanction à laquelle s'expose le créancier qui méconnaît l'obligation de mise en demeure posée par le nouvel article 1226 du Code civil. Si son absence est analysée en un vice de fond, elle affecte alors la validité de la rupture unilatérale du contrat³⁷⁸². À l'inverse, si elle est considérée comme un simple vice de forme, le débiteur ne pourra prétendre qu'à obtenir des dommages et intérêts, si tant est qu'il parvienne à démontrer l'existence et l'étendue de son préjudice³⁷⁸³. Le Code civil, à cet égard, ne fournit aucun élément de réponse. Un indice pourrait néanmoins être décelé dans le rapport remis au Président de la République, qui énonce que « la résolution unilatérale n'est [...] plus appréhendée comme une exception au principe de la résolution judiciaire, mais est traitée comme une faculté autonome offerte au créancier qui, victime de l'inexécution, aura désormais le choix, en particulier en l'absence de clause résolutoire expresse, entre les deux modes de résolution, judiciaire ou unilatérale. Cette innovation s'inscrit dans une perspective d'efficacité économique du droit »³⁷⁸⁴. Il semblerait ainsi que le Gouvernement ait entendu conférer à la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier une portée générale et identique à celle de la clause résolutoire ou de la résolution judiciaire. L'on pourrait alors estimer, avec le professeur G. Loiseau³⁷⁸⁵, que la sanction prononcée en l'absence de mise en demeure ne soit pas de nature à nuire à l'attractivité du texte, dont la généralisation semble être l'un des objectifs du législateur. C'est pourtant le chemin dans lequel se sont engagés les juges du fond. Dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Colmar, l'auteur de la rupture unilatérale du contrat – qui n'avait pas mis son débiteur en demeure de s'exécuter – a été condamné à ce titre « au paiement du solde dû »³⁷⁸⁶. La même solution a été retenue plus récemment par la chambre commerciale de la Cour d'appel de Grenoble, qui juge qu'en l'absence de mise en demeure, le créancier n'a pas « valablement prononcé la résiliation de [la] convention »³⁷⁸⁷ et reste donc « débiteur des sommes prévues dans le premier contrat signé le 30 mars 2018, pour la période de trois ans

³⁷⁸² V. not. G. LOISEAU, « La prise d'acte civilisée », préc.

³⁷⁸³ *Ibid.*

³⁷⁸⁴ Sous-section 4 du rapport relatif à l'ordonnance n° 2016-131 remis au Président de la République, préc.

³⁷⁸⁵ V. not. G. LOISEAU, « La prise d'acte civilisée », préc., qui estime que les auteurs de la réforme n'ont pas eu comme volonté d'assimiler l'absence de mise en demeure à un vice de fond qui prive la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier de tout effet.

³⁷⁸⁶ Colmar, 9 nov. 2020, n° 20/462, préc.

³⁷⁸⁷ Grenoble, ch. commerciale, 28 sept. 2023, n° 22/01600

prévue par ladite convention »³⁷⁸⁸. Il s'évince de ces deux arrêts que lorsque l'obligation de mise en demeure n'est pas respectée, l'auteur de la rupture reste tenu par les engagements qu'il a contractés. La résolution est ainsi privée d'effet, ce qui porte indéniablement atteinte à l'attractivité du mécanisme et à sa généralisation souhaitée par le Gouvernement.

922. Bien que sévère aux premiers abords, cette sanction – l'inefficacité de la résolution en l'absence de mise en demeure préalable – s'explique toutefois juridiquement. En effet, la mise en demeure, au sein du nouvel article 1226 du Code civil, a pour objet d'offrir « une ultime chance de paiement au débiteur »³⁷⁸⁹. Le paiement, en l'espèce, doit être entendu selon la définition que lui donne l'article 1342 du Code civil³⁷⁹⁰. Ainsi, cette mise en demeure constitue l'expression d'une « politesse contractuelle destinée à faire régner la bonne foi dans l'exécution du contrat en soumettant le créancier à l'obligation de patienter une ultime foi »³⁷⁹¹. Par son biais, l'exécution du contrat est perçue comme la première solution de l'inexécution, en offrant à celui qui ne s'est pas exécuté la possibilité de se conformer à ses obligations³⁷⁹². Le fait que le nouvel article 1226 du Code civil indique expressément que la mise en demeure doit laisser au débiteur un délai *a minima* raisonnable pour s'exécuter s'inscrit en ce sens ; la volonté est de le pousser à agir avant même qu'il ne puisse être sanctionné³⁷⁹³. Il en va de même, d'ailleurs, de la nécessité de rappeler qu'à défaut d'exécution, le créancier se réserve la possibilité de résoudre le contrat. Cette mention présente en effet un intérêt pour le débiteur : lui faire prendre conscience qu'il s'agit de sa dernière chance de remplir ses obligations avant d'être potentiellement sanctionné par la résolution du contrat, prononcée unilatéralement par son cocontractant.

Dès lors, à la vue de l'importance que l'on accorde à la mise en demeure visée par le nouvel article 1226 du Code civil et du fait qu'elle constitue un préalable à une sanction, il nous

³⁷⁸⁸ *Ibid.*

³⁷⁸⁹ O. DESHAYES, « La mise en demeure préalable aux sanctions de l'inexécution contractuelle : état des lieux critique après la réforme de 2016 », *RDC* 2019, p. 29.

³⁷⁹⁰ L'article 1342 du Code civil dispose que « le paiement est l'exécution volontaire de la prestation due. Il doit être fait sitôt que la dette devient exigible. Il libère le débiteur à l'égard du créancier et éteint la dette, sauf lorsque la loi ou le contrat prévoit une subrogation dans les droits du créancier ». Dans le Code civil, le paiement, contrairement au langage courant, n'est ainsi pas cantonné aux seules obligations de somme d'argent.

³⁷⁹¹ O. DESHAYES, *op. cit.*

³⁷⁹² V. not. J.-S. BORGHETTI, « À la recherche d'une sanction méconnue de l'inexécution contractuelle : la correction de la mauvaise exécution », in *Mélanges Collart-Dutilleul*, Paris, Dalloz, 2017, p. 131.

³⁷⁹³ V. not. P. ANCEL, « Les sanctions de l'inexécution contractuelle dans le nouveau Code civil roumain : influences croisées », in F.-A. BAIAS, R. DINCKA (dir.), *Le nouveau Code civil roumain : vu de l'intérieur – vu de l'extérieur*, Université de Bucarest, 2014, p. 89.

semble cohérent de considérer que son absence non justifiée porte atteinte aux droits du débiteur et à la validité de la résolution, qui se trouverait ainsi privée de tout effet³⁷⁹⁴.

923. En droit commun des contrats, la mise en demeure, en raison de la spécificité de son objet, doit ainsi être comprise comme une condition de validité de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier, dont l'absence est sévèrement sanctionnée par les juges du fond. Si ladite sanction devrait selon nous faire l'objet d'une déformation travailliste³⁷⁹⁵, il s'avère que le législateur dispense explicitement le créancier de son obligation de mise en demeure lorsque la situation concrète dans laquelle il se trouve traduit une véritable urgence.

ii. *L'exception inhérente à l'urgence du créancier*

924. Le Code civil ménage tout de même une hypothèse dans laquelle le créancier peut résoudre unilatéralement le contrat sans mise en demeure préalable. En effet, il est indiqué que l'urgence avérée dans laquelle il se trouve l'autorise à notifier immédiatement la résolution du contrat au débiteur défaillant. Cette exception permet de préserver les intérêts du créancier lorsque ceux-ci sont gravement mis en péril. L'urgence fait l'objet d'une conception classique en droit commun des contrats, qu'il soit question d'agir avec la plus grande célérité³⁷⁹⁶, de prévenir les périls qui entourent les intérêts du créancier³⁷⁹⁷ ou la santé publique³⁷⁹⁸. L'exclusion de la mise en demeure dépend ainsi intégralement de l'urgence dans laquelle se trouve le créancier ; s'il ne peut se permettre de laisser au débiteur un délai raisonnable pour s'exécuter, il est alors autorisé à rompre unilatéralement le contrat sans formalisme préalable. La preuve de l'urgence – à l'instar de celle de l'inexécution suffisamment grave – est alors mise

³⁷⁹⁴ En ce sens, V. not. O. DESHAYES, « La mise en demeure préalable aux sanctions de l'inexécution contractuelle : état des lieux critique après la réforme de 2016 », préc. ; N. CAYROL, « Régime général de l'obligation – Extinction des obligations – Mise en demeure du débiteur », *JCI* 2022, spé., n° 202 et s.

³⁷⁹⁵ V. *infra*, n° 978 et s.

³⁷⁹⁶ V. not. Paris, pôle 05, ch. 10, 22 mars 2021, n° 19/18727, où les juges estiment que le créancier se trouvait dans une situation d'urgence, dans la mesure où la seconde phase du contrat – qui prenait la forme d'une « mise en œuvre des préconisations affinées sur la base des commentaires du client au titre de l'application de la phase 1 » – devait débiter dix jours plus tard et qu'il n'était ainsi plus possible pour le créancier, dans ce court délai, de « délivrer une mise en demeure de régularisation ».

³⁷⁹⁷ Civ., 1^{re}, 20 mars 2014, n° 12-27.943. Au sein de cette catégorie se trouve aussi les situations qui s'assimilent à un harcèlement du créancier, qui l'autorisent à rompre le contrat immédiatement et sans mise en demeure préalable.

³⁷⁹⁸ Civ., 1^{re}, 24 sept. 2009, n° 08-14.524, préc.

à sa charge dans l'hypothèse d'une contestation en justice de la validité de la résolution par le débiteur³⁷⁹⁹.

La jurisprudence antérieure de la Cour de cassation faisait d'ailleurs utilisation – explicitement ou implicitement – de l'urgence pour soustraire une partie à l'obligation de mise en demeure. La troisième chambre civile de la Cour de cassation y fait par exemple mention dans une espèce où un preneur a fait réaliser des travaux sur un terrain, avant d'en demander le remboursement au bailleur propriétaire. La Haute Cour rappelle que « sauf urgence, le bailleur ne doit rembourser au preneur les travaux dont il est tenu que s'il a été préalablement mis en demeure de les réaliser »³⁸⁰⁰, ce qui n'avait pas été le cas en l'espèce. Les frais des travaux ont ainsi été laissés à la charge du preneur. De la même manière, la société qui gère un village de vacances et qui, annuellement, verse à la commune du lieu dudit village une somme au titre « des provisions pour grosses réparations » peut rompre le contrat sans mise en demeure si la commune n'investit pas cette somme pour engager des réparations lorsque l'état des infrastructures est dégradé, en raison de l'urgence de sa situation³⁸⁰¹.

925. L'on constate toutefois que la mise en œuvre de l'urgence par la Cour de cassation est source de complexités, en raison de l'absence de définition de la notion et d'indices permettant de la caractériser avec précision³⁸⁰². Par exemple, dans l'affaire précitée du village de vacances, l'urgence de la situation du gestionnaire a été reconnue, alors même que la dégradation des infrastructures s'est étalée dans le temps, notamment entre 1990 et 1993. Par contre, ont été censurés les juges du fond qui, dans une espèce relative à la réalisation de travaux sans mise en demeure préalable du bailleur, ont considéré que le très court délai laissé au preneur par l'administration afin de se conformer aux règles en vigueur – un mois et demi – était insuffisant pour caractériser l'urgence³⁸⁰³. Un auteur a ainsi estimé que l'utilisation de la notion par la Cour de cassation donnait lieu à une imprévisibilité certaine³⁸⁰⁴, qui nuit nécessairement à la sécurité juridique. Tout au plus, le Code civil et certaines décisions que la Cour de cassation peuvent

³⁷⁹⁹ Article 1226, alinéa 4, du Code civil.

³⁸⁰⁰ Civ., 3^e, 23 mai 2013, n° 11-29.011, *AJDI* 2013. 824, obs. Y. ROUQUET ; *JCP G* 2013. 974, obs. P. GROSSER ; *LEDC* 2013, p. 5, obs. G. GUERLIN.

³⁸⁰¹ Civ., 1^{re}, 20 mars 2014, n° 12-27.943, préc.

³⁸⁰² Cet élément était déjà critiqué par Ph. VASSEUR, « Urgence et droit civil », *RTD civ.* 1954. 403.

³⁸⁰³ Civ., 3^e 11 janv. 2006, n° 04-20.142, *D.* 2006. 1406, obs. G. LARDEUX ; *D.* 2007. 1827, obs. L. ROZES ; *AJDI* 2006. 561, obs. F. DE LA VAISSIÈRE ; *JCP* 2006. I. 123, obs. P. GROSSER ; *JCP N* 2006. 1219, note V. ZALEWSKI.

³⁸⁰⁴ V. ZALEWSKI, *ibid.*

nous fournir des éléments de réponse sur le sens à accorder à la notion d'« urgence ». La lecture *a contrario* du texte susmentionné, conjuguée à celle de la lettre du nouvel article 1224 du Code civil, peut nous offrir un premier éclaircissement. Ce dernier soumet la résolution d'un contrat par notification à l'existence d'une « inexécution suffisamment grave », ce que rappelle d'ailleurs le dernier alinéa du nouvel article 1226 du Code civil. Ainsi, la possibilité même de rompre unilatéralement par notification un contrat est soumise à la démonstration d'une telle inexécution. Par conséquent et fort logiquement, « urgence » et « inexécution suffisamment grave » ne peuvent être tenues comme synonymes. Cette urgence, d'ailleurs, est introduite dans le Code civil par la préposition « sauf », qui signifie qu'elle ne peut être perçue que comme une exception. Ainsi, la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier se justifie par la preuve d'une inexécution suffisamment grave et, en principe, le créancier doit enjoindre son débiteur à s'exécuter en le mettant en demeure. Ce n'est que lorsque, en plus de cette inexécution, le créancier se trouve pressé par l'urgence, qu'il peut valablement se passer d'une telle mise en demeure. Cela le contraint à démontrer la réalité de cette urgence, qui se distingue donc de la preuve de la seule inexécution du débiteur³⁸⁰⁵.

Un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation offre également un indice sur la définition à donner à l'« urgence » visée par le nouvel article 1226 du Code civil. La Haute Cour indique, dans une espèce qui opposait un radiologue et la clinique dans laquelle il exerçait, qu'« une faute grave, par son importance, rend impossible le maintien d'un contrat d'exploitation ou d'exercice conclu entre un professionnel de santé ou une société professionnelle et un établissement de santé pendant la durée même limitée du préavis ; qu'elle ne peut, dès lors, être retenue que si la résiliation a été prononcée avec un effet immédiat ; que la Cour d'appel a relevé que la clinique avait résilié le contrat en accordant à la société un préavis de six mois ; qu'il en résulte que la qualification de faute grave ne pouvait qu'être écartée ». Il s'évince de cette décision que l'impossibilité de maintenir le contrat exprime l'urgence³⁸⁰⁶, ce que semble confirmer un arrêt rendu par la Cour d'appel de Versailles³⁸⁰⁷. Les juges y indiquent que « si la société DL n'a pas expressément adressé de lettre de mise en demeure formelle à la société Q, elle l'a interrogée, postérieurement au courriel du 23 juin 2017 de celle-ci contenant les dates auxquelles elle comptait procéder à la livraison, par courriel des 27 et 30 juin 2017,

³⁸⁰⁵ V. not. L. BENTO DE CARVALHO, « La rupture du contrat de travail à durée déterminée en raison de la faute grave de l'employeur : l'ombre du Code civil », préc.

³⁸⁰⁶ *Ibid.*

³⁸⁰⁷ Versailles, ch. 12, 7 janv. 2021, n° 19/04418, préc.

des 4, 6 et 10 juillet 2017, sur les dates auxquelles elle comptait livrer, en insistant sur l'importance de les respecter ; la condition d'urgence est de plus remplie, la société Q sachant depuis le 7 avril que la livraison des produits devait initialement avoir lieu le 12 juin 2017 et que ce respect importait pour la société DL, dont le client était déjà informé de cette date ». Il apparaît ainsi que l'urgence traduise non pas l'existence d'une inexécution particulièrement grave, mais s'attache aux effets produits par celle-ci, qui fait obstacle à la poursuite du contrat.

926. Malgré les incertitudes qui entourent sa définition, l'urgence autorise le créancier insatisfait, en vertu du nouvel article 1226 du Code civil, à rompre un contrat sans interpellation préalable de son cocontractant. À cet égard, un arrêt rendu en 2020 par la Cour d'appel de Bourges peut interpellier. Les faits étaient les suivants : dans l'optique de faire installer une pompe à chaleur dans son domicile, un couple a conclu un contrat avec une entreprise spécialisée. Celle-ci demandait toutefois aux époux de faire réaliser – à leurs frais – des études et des travaux préalables. Les juges d'appel ont estimé que le comportement du professionnel était constitutif d'une inexécution définitivement acquise et suffisamment grave pour « justifier la résolution contractuelle nonobstant l'absence de mise en demeure »³⁸⁰⁸. Ainsi, l'éviction de la mise en demeure est ici fondée non pas sur l'urgence dans laquelle se trouvait le couple créancier, mais sur la gravité de l'inexécution commise par le professionnel, ce qui semble en totale contradiction avec la lettre du Code civil. Cela prive d'ailleurs de tout intérêt l'obligation de mise en demeure, car la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier est, en toutes hypothèses, soumise à la démonstration d'une inexécution suffisamment grave. Partant, en application de la solution rendue par la Cour d'appel de Bourges, la preuve d'une telle inexécution permettrait au créancier de résoudre le contrat sans mise en demeure. L'article 1226 du Code civil se trouverait alors évidé de l'obligation de mise en demeure préalable, devenue totalement inutile.

927. Bien qu'expressément mentionnée par le Code civil, l'urgence n'est pas l'unique hypothèse qui permette au créancier de se passer de mise en demeure. La loi aménage ainsi certaines situations dans laquelle la rupture du contrat peut être immédiate, comme c'est par exemple le cas de l'article 1657 du Code civil³⁸⁰⁹. De plus, les parties peuvent, en application

³⁸⁰⁸ Bourges, ch. civile, 10 déc. 2020, n° 19/01122.

³⁸⁰⁹ L'article 1657 du Code civil dispose qu'« en matière de vente de denrées et d'effets mobiliers, la résolution de la vente aura lieu de plein droit et sans sommation, au profit du vendeur, après l'expiration du terme convenu pour le retirement ».

du principe de liberté contractuelle, dispenser le créancier de l'obligation de mise en demeure³⁸¹⁰. Enfin, selon le professeur O. Deshayes, « la mise en demeure perd sa raison d'être lorsque l'exécution contractuelle n'est plus possible ou ne saurait être imposée au créancier »³⁸¹¹. Ainsi, en sus de la seule urgence, plusieurs circonstances permettent au contractant insatisfait de rompre unilatéralement un contrat sans pour autant avoir à préalablement mettre son débiteur en demeure de s'exécuter.

928. Le formalisme constitue la différence la plus marquée entre la prise d'acte de la rupture du contrat de travail et la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier. En effet, comme nous l'avons énoncé³⁸¹², la chambre sociale de la Cour de cassation a expressément indiqué que la première n'est soumise à aucun formalisme³⁸¹³. En l'état actuel, le salarié n'a donc pas impérativement à demander à son employeur de s'exécuter dans un délai raisonnable avant de rompre son contrat de travail, contrairement au créancier insatisfait en application du droit commun des contrats. Dès lors, toute la question est désormais de déterminer si l'obligation de mise en demeure – inhérente à la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier – devrait ou non être appliquée à la prise d'acte de la rupture du contrat de travail, en application du principe de comblement des lacunes qui s'infère du nouvel article 1105 dudit Code. Si la Cour de cassation a répondu par la négative³⁸¹⁴, nous verrons ci-dessous qu'une telle application pourrait, en droit du travail, être protectrice de l'intérêt du salarié et de l'employeur³⁸¹⁵. Cela contribuerait dès lors à l'amplification de l'influence que la réforme du droit des contrats produit en droit du travail.

929. Avant d'évoquer la question de la soumission de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail aux règles procédurales de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier, il nous reste à présenter la seconde étape de ladite procédure, à savoir la notification de la rupture au débiteur.

³⁸¹⁰ V. not. O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, préc., p. 576.

³⁸¹¹ O. DESHAYES, « La mise en demeure préalable aux sanctions de l'inexécution contractuelle : état des lieux critique après la réforme de 2016 », préc. En ce sens, V. ég. X. LAGARDE, « Remarques sur l'actualité de la mise en demeure », *JCP* 1996. 3974.

³⁸¹² V. *supra*, n° 913.

³⁸¹³ Soc., 4 avr. 2007, n° 05-42.547, préc.

³⁸¹⁴ Soc., avis, 3 avr. 2019, n° 19-70.001, préc.

³⁸¹⁵ V. *infra*, n° 954 et s.

b. La notification motivée de la rupture unilatérale au débiteur

930. Ultérieurement à la mise en demeure – ou sans une telle interpellation dans les hypothèses susmentionnées – la résolution du contrat est effectuée par le créancier par voie de notification, selon l'article 1226, alinéa 3, du Code civil. Celui-ci n'en dit d'ailleurs guère plus ; aucune solennité spécifique n'est imposée. Dès lors, la notification devrait être valable qu'elle soit effectuée par simple courrier, voie d'huissier ou courriel électronique³⁸¹⁶. De plus, la notification de la rupture n'a pas à intervenir dans un délai spécifique postérieurement à la mise en demeure restée infructueuse. La seule obligation, en la matière, est de laisser au débiteur un délai raisonnable pour pouvoir s'exécuter. Ainsi, comme l'indiquent certains auteurs, l'inaction du créancier « ne vaut pas en soi renonciation »³⁸¹⁷.

931. Si le Code civil ne fait état d'aucune obligation de forme ou de délai impératif, il précise tout de même que la notification de la rupture doit présenter au débiteur « les raisons qui la motivent »³⁸¹⁸. Ainsi, contrairement à ce que soutenait la Cour de cassation en amont de la réforme³⁸¹⁹, la notification de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier s'accompagne impérativement d'une obligation de motivation, par laquelle le créancier doit informer son cocontractant des raisons pour lesquelles il a résolu le contrat. Il s'agit-là d'un garde-fou destiné à la protection de l'intérêt du débiteur ; c'est sur la base desdites explications qu'il peut décider s'il est opportun – ou non – de contester le bien-fondé de la résolution devant le juge. C'est l'expression du principe général de bonne foi, qui irrigue désormais expressément toutes les phases du contrat³⁸²⁰ et qui interdit au créancier – même insatisfait – de rompre le contrat avec légèreté³⁸²¹.

À l'égard de cette obligation de motivation, plusieurs interrogations demeurent. Tout d'abord, le texte n'indique pas la sanction applicable en l'absence totale de motivation. Pour certains, la sanction doit être la même que celle qui frappe l'absence de mise en demeure : la

³⁸¹⁶ V. not. M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations – Contrat et engagement unilatéral*, préc., p. 745 et s. ; G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, préc., p. 608.

³⁸¹⁷ O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, préc., p. 576.

³⁸¹⁸ Article 1226, alinéa 3, du Code civil.

³⁸¹⁹ V. not. Com., 20 juin 2006, n° 04-15.785.

³⁸²⁰ Article 1104 du Code civil.

³⁸²¹ V. not. N. HAGE-CHAHINE, « Les modes de résolution du contrat », préc., spé., n° 127.

résolution devrait être privée de tout effet en cas de défaut de motivation³⁸²². Pour d'autres, cette carence ne doit pas impacter la validité de la rupture³⁸²³. En effet, il a été fait remarquer que « le défaut de motivation n'a pas pour conséquence d'ôter au manquement reproché au débiteur son degré de gravité »³⁸²⁴. Sanctionner le créancier par l'ineffectivité de la rupture – et ainsi le contraindre à exécuter le contrat – reviendrait à considérer que sa faute – l'absence de motivation de la rupture au sein de la notification transmise au débiteur – est irréfragablement présumée comme étant plus grave que celle de son cocontractant. Le manquement de ce dernier serait ainsi temporairement occulté, puisque les parties seraient placées dans la situation qui était la leur avant la résolution ineffective du contrat. La sévérité de la sanction se caractérise également à travers le prisme du nouvel article 1227 du Code civil, consacré à la résolution judiciaire, car celle-ci peut être prononcée par le juge même dans l'hypothèse d'une insuffisance de motivation³⁸²⁵. La résolution unilatérale par notification serait alors soumise à un régime spécifique auquel échappent les deux autres modes de résolution visés par le Code civil, la clause résolutoire et la résolution judiciaire. Dès lors, la sanction doit, selon une auteure, être cherchée ailleurs. Sur le terrain probatoire, tout d'abord, car le nouvel article 1226 du Code civil dispose, en son quatrième alinéa, qu'en cas de contestation de la résolution par le débiteur, le créancier « doit alors prouver la gravité de l'inexécution ». Devant le juge, le défaut de motivation, s'il traduit l'impossibilité du créancier de démontrer l'existence de la gravité de l'inexécution commise, sera sanctionné et la rupture du contrat sera imputée au créancier³⁸²⁶. Sur celui de l'indemnisation, ensuite, dans la mesure où le débiteur non informé des motifs de la rupture pourrait obtenir des dommages et intérêts s'il parvient à démontrer que le défaut de motivation lui a causé un préjudice. Nous partageons cet avis. En effet, contrairement à la mise en demeure, l'exigence de notification ne constitue pas un préalable à la résolution et n'a pas pour but d'octroyer une ultime chance de s'exécuter au débiteur. Il s'agit de la communication d'une information, lui permettant d'apprécier l'opportunité ultérieure d'une action en contestation de la résolution. La validité de cette dernière ne devrait donc pas être impactée par

³⁸²² V. not. O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, préc., p. 576, qui évoquent le caractère « irrégulier » de la notification en l'absence de motivation ; J.-F. HAMELIN, « L'exercice des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *RDC* 2018, p. 514.

³⁸²³ N. HAGE-CHAHINE, « Les modes de résolution du contrat », préc., spé., n° 129.

³⁸²⁴ *Ibid.*

³⁸²⁵ *Ibid.*

³⁸²⁶ Il en irait autrement si la résolution était juridiquement fondée sur une inexécution suffisamment grave commise par le débiteur, mais n'a pas donné lieu à une quelconque motivation de la part de l'auteur de la rupture.

le défaut de motivation ; celui-ci, s'il cause un préjudice au débiteur, devrait par contre lui ouvrir la faculté de percevoir des dommages et intérêts compensateurs.

932. Ensuite, dans le silence de la loi, l'on peut se questionner si, à l'instar de la lettre de licenciement, les explications fournies dans la notification de la résolution unilatérale « fixent les limites du litige »³⁸²⁷. Autrement formulé, le créancier est-il autorisé à développer devant le juge – en cas de contestation de la validité de la rupture – des arguments qui n'ont pas été présentés dans la notification ? Si la réponse est négative, est-il au moins recevable à développer plus en avant les explications données dans cette notification ? Pour la doctrine majoritaire, le cadre de la notification n'a pas à être restrictif. À condition de ne pas se contredire et de ne pas porter atteinte au principe général de bonne foi, le créancier devrait être autorisé à exprimer de nouveaux arguments au cours de l'instance judiciaire³⁸²⁸. À notre sens, il s'agit de la solution la plus pertinente, en ce qu'elle permettrait à l'auteur de la rupture d'évoquer devant le juge certains manquements antérieurs dont il n'avait pas encore connaissance³⁸²⁹.

933. Demeure, enfin, l'interrogation relative à l'exigence de motivation de la notification en cas d'urgence. Le Code civil nous permet néanmoins d'apporter un élément de réponse, puisqu'il indique que dans une situation d'urgence, le créancier n'a pas à mettre son débiteur en demeure. Par contre, rien n'est dit sur l'obligation de motivation ; par un raisonnement *a contrario*, l'on peut ainsi estimer que celle-ci demeure intacte et mise à la charge du créancier même lorsque celui-ci se trouve dans une telle situation. L'urgence justifie dès lors de rompre le contrat immédiatement, mais ne dispense pas le créancier d'en motiver les motifs auprès de son cocontractant.

934. Dans la mesure où elle peut valablement prendre la forme orale et qu'elle n'est soumise à aucun formalisme, la prise d'acte de la rupture du contrat de travail ne met à la charge du salarié aucune obligation de motivation. Il y a là une certaine logique, dont on reparlera ci-dessous³⁸³⁰ ; s'il souhaite que la rupture du contrat de travail soit imputée à l'employeur – et

³⁸²⁷ Soc., 29 nov. 1990, n° 88-40.618, préc.

³⁸²⁸ V. not. Ph. STOFFEL-MUNCK, « La résolution par notification : question en suspens », *Dr. et patr.* 2014, 67 ; Ph. GROSSER, « Observations sur l'inexécution du contrat », *LPA* 2015, n° 177, p. 88 ; F. CHÉNÉDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, préc., spé., n° 28.174 ; B. FAGES, *Droit des obligations*, Paris, LGDJ, 7^e éd., 2017, p. 258 ; O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, préc., p. 576.

³⁸²⁹ *Ibid.*

³⁸³⁰ V. *infra*, n° 978 et s.

produise dès lors les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse – le salarié doit impérativement saisir le Conseil de Prud'hommes compétent et lui présenter les faits qui, selon lui, ont rendu impossible la poursuite dudit contrat. Dès lors, il est contraint de saisir le juge et, par la même occasion, d'explicitier les raisons qui l'ont poussé à prendre acte de la rupture de son contrat. Il y a là une différence majeure avec le mécanisme du nouvel article 1226 du Code civil. En application de celui-ci, le juge n'est pas automatiquement saisi ; il ne l'est que si, au regard de la motivation apportée par le créancier, le débiteur estime qu'il est pertinent d'intenter une action en justice. L'obligation de motivation l'aide ainsi à réaliser un choix. Au contraire, en droit du travail, le juge est nécessairement saisi, non pas par la partie qui subit la rupture, mais par son auteur. Partant, il semblerait que la motivation de la rupture en amont de celle-ci ne soit pas d'importance. Cette différence de logique entre les deux techniques constitue, pour le professeur J. Mouly, un obstacle théorique à la soumission de la prise d'acte au mécanisme civiliste et un argument au soutien de l'autonomie de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail³⁸³¹.

935. En sus d'une distinction majeure de formalisme – appréciée avant la rupture du contrat – il convient de mettre en exergue une seconde différence entre les deux mécanismes, qui intervient cette fois-ci après ladite rupture. L'on s'aperçoit en effet, comme nous venons de le signaler rapidement, que l'identité du demandeur en justice diffère.

B. L'INITIATIVE DE L'ACTION EN JUSTICE

936. Peu importe le mode de rupture mobilisé, il se peut que le juge soit ultérieurement saisi d'une action. À cet égard, l'unique distinction entre la prise d'acte de la rupture du contrat de travail et la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier concerne l'obligatorité de l'action judiciaire³⁸³², qui est impérative sur le fondement du droit du travail et optionnelle sur celui du nouveau droit commun des contrats. Il convient toutefois à notre sens de s'intéresser plus en avant à cette saisine du juge, car elle est l'objet d'une disparité notable entre les deux mécanismes.

³⁸³¹ J. MOULY, « La prise d'acte saisie par le nouvel article 1226 du Code civil ? », préc.

³⁸³² V. *supra*, n° 909 et s.

937. Lorsqu'un contrat est rompu par le truchement d'une prise d'acte de la rupture du contrat de travail, l'auteur de la rupture est également celui qui, ensuite, saisit le juge compétent du litige. L'initiative de l'action en justice revient donc au salarié. Cela s'évince de l'article L. 1451-1 du Code du travail, créé par une loi du 1^{er} juillet 2014 dont l'objet était d'accélérer la procédure judiciaire « dans le cadre d'une prise d'acte de la rupture du contrat de travail »³⁸³³. L'article dispose que « lorsque le Conseil de Prud'hommes est saisi d'une demande de qualification de la rupture du contrat de travail à l'initiative du salarié en raison de faits que celui-ci reproche à son employeur, l'affaire est directement portée devant le bureau de jugement, qui statue au fond dans un délai d'un mois suivant sa saisine ». Il s'infère de la disposition que lorsqu'un contrat de travail est rompu en raison de griefs reprochés à l'employeur – élément qui définit la prise d'acte de la rupture du contrat de travail – le juge est saisi par le salarié. Il revient ainsi au travailleur subordonné d'introduire une action devant le Conseil de Prud'hommes compétent³⁸³⁴ pour lui exposer les manquements commis par l'employeur, afin de lui faire dire s'ils sont suffisamment graves et ont emporté l'impossibilité de poursuivre le contrat de travail³⁸³⁵. Partant, en droit du travail, les initiatives de la rupture du contrat et de la saisine de la juridiction reposent sur un seul et même acteur, à savoir le salarié.

938. Il en va bien autrement lorsque la rupture du contrat est consécutive à la mise en œuvre du nouvel article 1226 du Code civil. En cette hypothèse, en effet, le créancier se trouve à l'origine de la rupture, comme l'indique le premier alinéa de l'article précité³⁸³⁶. Il appartient par contre au débiteur – et donc à la victime de ladite rupture – de « saisir le juge pour contester la résolution »³⁸³⁷. La procédure judiciaire – facultative en l'espèce – n'a ainsi pas pour objet de faire produire ses effets à la rupture ; ces derniers résultent de la seule notification motivée communiquée au débiteur défaillant. À l'inverse, elle emporte la contestation de la validité de la rupture – et desdits effets – à l'initiative de celui qui les subit.

³⁸³³ Loi n° 2017-743 du 1^{er} juill. 2014 relative à la procédure applicable devant le Conseil de Prud'hommes dans le cadre d'une prise d'acte de la rupture du contrat de travail.

³⁸³⁴ La compétence territoriale du Conseil de Prud'hommes est visée par les articles R. 1412-1 et s. du Code du travail. Ainsi, est territorialement compétent le Conseil de Prud'hommes « du ressort duquel est situé l'établissement où est accompli le travail » (article R. 1412-1, 1°, du Code du travail) ou, lorsque le travail n'est pas accompli au sein d'un tel établissement, « celui dans le ressort duquel est situé le domicile du salarié » (article R. 1412-1, 2°, du Code du travail). Enfin, selon le même article, le salarié dispose de la faculté de « saisir le Conseil de Prud'hommes du lieu où l'engagement a été contracté ou celui du lieu où l'employeur est établi ».

³⁸³⁵ V. *supra*, n° 899 et s.

³⁸³⁶ L'article 1226, alinéa 1, du Code civil, dispose que « le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification [...] ».

³⁸³⁷ Article 1226, alinéa 4, du Code civil.

939. Cette distinction s'explique aisément par les effets produits par chacun des deux modes de rupture. En effet, en l'attente de la décision de justice, la prise d'acte de la rupture du contrat de travail produit les effets d'une démission. Cette solution pousse évidemment le salarié à agir en justice, dans la perspective de requalifier les effets de la rupture en licenciement sans cause réelle et sérieuse et, partant, dans celle d'obtenir des indemnités plus conséquentes. À l'inverse, la résolution unilatérale par notification emporte immédiatement tous les effets souhaités par le créancier, à savoir la rupture du contrat aux torts de son cocontractant. C'est donc fort logiquement à celui-ci d'en contester la validité s'il estime que son action en justice est susceptible d'aboutir.

940. L'on constate à travers les développements de cette première section que les différences entre les deux modes de rupture du contrat ne concernent d'abord que le formalisme à mettre en œuvre – ou non – puis la phase postérieure à la rupture. À l'inverse, les mécanismes partagent des conditions de fond similaires, à défaut d'être totalement identiques. Il résulte de ces constats qu'il y a lieu, à notre sens, de soumettre la prise d'acte de la rupture du contrat de travail au régime et au formalisme du nouvel article 1226 du Code civil.

Section 2. LA SOUMISSION DE LA PRISE D'ACTE DE LA RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL AU RÉGIME DE LA RÉOLUTION UNILATÉRALE AUX RISQUES ET PÉRILS DU CRÉANCIER

941. D'un pur point de vue juridique, la soumission de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail au régime de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier s'impose, en raison du caractère exclusivement jurisprudentiel du mécanisme travailliste, qui fait obstacle à la caractérisation d'un conflit de norme avec le nouvel article 1226 du Code civil³⁸³⁸. Les débats auxquels la question donne lieu démontrent toutefois que la solution à y apporter ne se perçoit pas nécessairement avec la force de l'évidence. Si la majorité des auteurs militent en faveur de

³⁸³⁸ Pour de plus amples développements, V. *infra*, n° 944 et s. V. ég. *supra*, n° 178 et s.

cette soumission³⁸³⁹, d'autres s'y opposent³⁸⁴⁰. La chambre sociale de la Cour de cassation, saisie pour avis, a rendu une décision à contre-courant, au sein de laquelle elle affirme l'autonomie de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail à l'égard du nouvel article 1226 du Code civil (§1). Au-delà d'altérer nettement l'influence que la réforme du droit des contrats aurait pu produire en droit du travail, cet avis prive en réalité ce dernier d'une arme supplémentaire afin de réaliser ses objectifs de protection des parties au contrat de travail. La solution du 3 avril 2019³⁸⁴¹ nous semble ainsi contre-productive et s'oppose à la soumission pourtant opportune de la prise d'acte aux règles de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier (§2), bien que la mise en œuvre du mécanisme en droit du travail devrait très certainement faire suite à sa déformation (§3).

§1. UNE SOUMISSION JURISPRUDENTIELLEMENT REJETÉE

942. Dans la décision susmentionnée, la chambre sociale de la Cour de cassation indique expressément être d'avis que « l'article 1226 du Code civil, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, n'est pas applicable au salarié qui prend acte de la rupture de son contrat de travail ». Dans la mesure où la loi de ratification du 20 avril 2018 n'a aucunement modifié le texte, la solution demeure encore d'actualité. Néanmoins, que ce soit au sein de l'avis ou dans celui de la note explicative qui l'accompagne³⁸⁴², l'éviction du mécanisme civiliste et de son régime ne fait jamais l'objet d'une justification convaincante. Il semble que son rejet soit injustifié (**A**) et qu'il se fonde dans un dessein plus grand, à savoir l'élévation des modes de rupture du contrat de travail à une certaine autonomie (**B**).

³⁸³⁹ V. not. L. BENTO DE CARVALHO, « L'étrange sauvetage de l'autonomie de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail », préc. ; G. LOISEAU, « Droit civil et droit du travail : une relation instable », préc. ; « Le repli sur soi », préc. ; « La tentation de l'autonomie », préc. ; J. ICARD, « La prise d'acte de la rupture du contrat de travail ne suppose pas de mise en demeure préalable », préc. ; Ch. GOLDIE-GENICON, « Droit commun des contrats et contrat de travail, 100 ans après », préc. ; S. TOURNAUX, « L'autonomie de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail », préc.

³⁸⁴⁰ V. not. J. MOULY, « La prise d'acte saisie par le nouvel article 1226 du Code civil ? », préc.

³⁸⁴¹ Soc., avis, 3 avr. 2019, n° 19-70.001, préc.

³⁸⁴² Note explicative relative à l'avis n° 15003 du 3 avr. 2019, consultable : <https://www.courdecassation.fr/getattacheddoc/5fca72f49675535f92642e57/3f10cbf2f226d879330b69be8f51e54d>.

A. UN REJET INJUSTIFIÉ

943. Nous l'avons énoncé³⁸⁴³, l'éviction du droit commun des contrats par le juge du travail peut, en certaines circonstances, être justifiée. En effet, lorsque deux normes de nature et d'objet identiques possèdent des solutions incompatibles, il revient au pouvoir judiciaire de ne mettre en œuvre que celle qui affiche le plus haut degré de spécialité³⁸⁴⁴. Ainsi, en application de l'adage *specialia generalibus derogant*, une norme spéciale travailliste peut supplanter le droit commun des contrats et faire l'objet d'une application privilégiée. En dehors de cette hypothèse, le nouvel article 1105 du Code civil commande que les deux règles soient appliquées de concert³⁸⁴⁵ ou, en l'absence de règle spéciale travailliste, que la lacune constatée dans la législation spéciale soit comblée par le recours aux articles 1100 et suivants du Code civil³⁸⁴⁶.

944. En l'espèce, la question d'un conflit de normes entre la prise d'acte de la rupture du contrat de travail et la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier peut, sans difficulté, se passer de longs débats. Il n'est en effet guère nécessaire d'apprécier si les deux mécanismes possèdent un objet commun³⁸⁴⁷ et des solutions antinomiques³⁸⁴⁸, car il est patent qu'ils sont de natures différentes ; la technique travailliste est dotée d'un régime jurisprudentiel tandis que la résolution unilatérale par notification a valeur légale en raison de son inscription au nouvel article 1226 du Code civil. Partant, la première ne doit pas disposer du pouvoir d'évincer la seconde des litiges soumis au juge social et leur articulation ne peut être résolue par le recours à l'adage *specialia generalibus derogant*, mais par la mise en œuvre du critère hiérarchique, qui fait primer la règle dotée de la valeur normative la plus importante³⁸⁴⁹. Dès lors, les règles qui régissent la prise d'acte de la rupture du contrat de travail, en raison de leur nature jurisprudentielle, devraient céder face à celles qui réglementent la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier. Autrement formulé, sur le fondement du nouvel article 1105 du Code civil, la règle générale civiliste doit, en l'espèce, faire l'objet d'une application privilégiée par rapport au droit jurisprudentiel du travail.

³⁸⁴³ V. *supra*, n° 148 et s.

³⁸⁴⁴ Article 1105 du Code civil.

³⁸⁴⁵ V. *supra*, n° 94 et s.

³⁸⁴⁶ V. *supra*, n° 44 et s.

³⁸⁴⁷ V. *supra*, n° 155.

³⁸⁴⁸ V. *supra*, n° 166.

³⁸⁴⁹ V. *supra*, n° 189.

945. Force est néanmoins de constater que tel n'est pas le cas. Faisant primer des objectifs qui sont propres à la matière et à ses considérations, la chambre sociale de la Cour de cassation a décidé d'exclure du régime de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail les règles du nouvel article 1226 du Code civil³⁸⁵⁰. Il s'agit-là d'une hypothèse supplémentaire d'éviction injustifiée de la règle générale par le juge social, qui participe à l'altération de l'influence qu'exerce la réforme de droit des contrats en droit du travail. Pourtant, dans la note explicative qui accompagne son avis, la Cour de cassation fait expressément mention au nouvel article 1105 du Code civil. Elle ne prend cependant pas la peine de démontrer l'existence d'un conflit entre les deux normes, bien consciente du fait que celui-ci ne peut pas être caractérisé³⁸⁵¹. Cette mention à l'adage *specialia generalibus derogant* sert en réalité à masquer le véritable motif retenu par la Cour de cassation pour rejeter la mise en œuvre des règles de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier, à savoir la préservation de sa propre création³⁸⁵² et la soumission des dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse au plafonnement prévu par l'article L. 1235-3 du Code du travail³⁸⁵³. Il s'avère en effet que lorsque la prise d'acte de la rupture du contrat de travail est imputée à l'employeur – car les faits invoqués par le salarié présentent un caractère suffisamment grave qui empêche la poursuite du contrat de travail – les dommages et intérêts que le salarié perçoit au titre du licenciement sans cause réelle et sérieuse sont également plafonnés, conformément à l'article L. 1235-3-2 du Code du travail en sa version issue de la loi du 29 mars 2018³⁸⁵⁴. À l'inverse, si le régime de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail venait à être soumis – comme nous le pensons – au nouvel article 1226 du Code civil, la question de l'indemnisation déplafonnée du salarié devrait être posée³⁸⁵⁵.

³⁸⁵⁰ Soc., avis, 3 avr. 2019, n° 19-70.001, préc.

³⁸⁵¹ V. not. L. BENTO DE CARVALHO, « L'étrange sauvetage de l'autonomie de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail », préc.

³⁸⁵² V. not. D. HOUTCIEFF, « La prise d'acte tient la résolution unilatérale en état », préc.

³⁸⁵³ V. not. J. ICARD, « La prise d'acte de la rupture du contrat de travail ne suppose pas de mise en demeure préalable », préc.

³⁸⁵⁴ Loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social. L'article L. 1235-3-2 du Code du travail qui en découle dispose que « lorsque la rupture du contrat de travail est prononcée par le juge aux torts de l'employeur ou fait suite à une demande du salarié dans le cadre de la procédure mentionnée à l'article L. 1451-1, le montant de l'indemnité octroyée est déterminée selon les règles fixées à l'article L. 1235-3, sauf lorsque cette rupture produit les effets d'un licenciement nul afférent aux cas mentionnés au 1° à 6° de l'article L. 1235-3-1, pour lesquels il est fait application du premier alinéa du même article L. 1235-3-1 ».

³⁸⁵⁵ V. *infra*, n° 963 et s.

946. La chambre sociale use d'un second subterfuge pour tenter d'occulter le fait que la prise d'acte de la rupture du contrat de travail ne possède aucun fondement légal. Elle a en effet quelque peu dévoyé la question qui lui était posée dans sa saisine pour avis. Dans celle-ci, le Conseil de Prud'hommes de Nantes³⁸⁵⁶ a formulé les interrogations suivantes : « l'article 1226 du Code civil (dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016), qui impose notamment, préalablement à toute résolution unilatérale du contrat et sauf urgence, de mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable, est-il applicable au salarié qui prend acte de la rupture de son contrat de travail ? Dans l'affirmative, quelles sont les conséquences juridiques attachées à la prise d'acte prononcée sans que cette exigence ait été respectée ? ». L'on constate ainsi que les juges du fond nantais font expressément et exclusivement mention au mécanisme de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail. Il en va bien autrement pour la Cour de cassation, qui, dans sa réponse, estime que « les modes de rupture du contrat de travail, à l'initiative de l'employeur ou du salarié, sont régis par des règles particulières, et emportent des conséquences spécifiques, de sorte que les dispositions de l'article 1226 du Code civil ne leur sont pas applicables »³⁸⁵⁷. Ainsi, dans sa motivation, la Haute Cour ne vise jamais la « prise d'acte de la rupture du contrat de travail », mais « les modes de rupture du contrat de travail ». Elle agit de manière globalisante, dans un dessein précis ; celui d'éluder l'absence d'assise légale de la prise d'acte susmentionnée³⁸⁵⁸. En effet, en visant l'ensemble des modes de rupture du contrat de travail, qu'ils soient d'origine patronale ou salariale, la Cour de cassation place sur un même pied d'égalité le licenciement, la démission, la rupture conventionnelle, la résiliation judiciaire et la prise d'acte de la rupture du contrat de travail. Ce procédé ne convainc toutefois pas, car il existe une distinction fondamentale entre les quatre premiers modes et la résiliation unilatérale à l'initiative du salarié et aux torts de l'employeur ; cette dernière est la seule à être ignorée par notre législation travailliste³⁸⁵⁹. Le prononcé d'un licenciement, par exemple, n'a pas à se soumettre aux règles du droit commun des contrats car la frange légale du droit du travail, en

³⁸⁵⁶ Conseil de Prud'hommes de Nantes, 11 déc. 2018, préc.

³⁸⁵⁷ Soc., avis, 3 avr. 2019, n° 19-70.001, préc.

³⁸⁵⁸ V. not. J. ICARD, « La prise d'acte de la rupture du contrat de travail ne suppose pas de mise en demeure préalable », préc.

³⁸⁵⁹ Le licenciement pour motif personnel se trouve visé aux articles L. 1232-1 et s. du Code du travail. La démission, quant à elle, est l'objet des articles L. 1237-1 et s. dudit Code, tandis que celui-ci réserve ses articles L. 1237-11 et s. à la rupture conventionnelle. La prise d'acte de la rupture du contrat de travail, elle, est indirectement visée à deux reprises par le Code du travail, qui régit la procédure devant le Conseil de Prud'hommes (article L. 1451-1 du Code du travail) et l'indemnisation du salarié (article L. 1235-3-2 du Code du travail). Son régime, par contre, est totalement jurisprudentiel.

ce qui le concerne, est particulièrement détaillée. Il en va de même pour la rupture conventionnelle, dont la réglementation diffère de celle de la rupture amiable telle qu'elle est prévue par le Code civil³⁸⁶⁰. Le raisonnement est différent au regard de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail, au sujet de laquelle le Code du travail est silencieux. Le pied d'égalité susmentionné n'est ainsi qu'artificiel et se heurte à l'analyse juridique ; là où la majorité des modes de rupture du contrat de travail n'ont pas à se soumettre aux nouvelles règles du droit commun des contrats, il en va autrement de la prise d'acte, car elle est la seule à être l'objet d'une lacune juridique, ce que la manipulation³⁸⁶¹ opérée par la chambre sociale de la Cour de cassation ne doit pas faire oublier. Dès lors, en application du principe de comblement des lacunes du nouvel article 1105 du Code civil, le régime de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier devrait s'imposer à celui de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail. Partant, cette dernière devrait en toute logique être précédée d'une mise en demeure de l'employeur et sa notification devrait s'accompagner d'une motivation, bien que cette dernière obligation, en droit du travail, ne présente pas de véritable intérêt³⁸⁶².

947. Ainsi, le rejet de la soumission de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail aux règles du nouvel article 1226 du Code civil est juridiquement infondé. Il est, par contre, révélateur des motivations poursuivies par le juge social qui, au-delà de protéger la prise d'acte contre le nouveau droit commun des contrats, a semble-t-il entendu proclamer l'autonomie théorique et fonctionnelle des modes travaillistes de rupture du contrat.

B. L'AUTONOMIE DES MODES DE RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL

948. Au sein de l'introduction de notre travail de recherche, nous avons défini l'autonomie d'une branche du droit comme « la faculté [pour elle] de se déterminer soi-même, par ses propres loi »³⁸⁶³. Autonome, le droit du travail se régirait ainsi seul, sans opérer le moindre recours aux concepts, principes ou mécanismes civilistes. Cela suppose néanmoins qu'il puisse prétendre à une totale complétude, ce qui ne nous semble pas être le cas. Il nous apparaît en effet que l'autonomie à laquelle peut prétendre le droit du travail est souple, voire partielle. Elle

³⁸⁶⁰ Article 1193 du Code civil. La rupture conventionnelle fait l'objet d'une procédure et de règles indemnitaires qui lui sont propres : articles L. 1237-11 et s. du Code du travail.

³⁸⁶¹ G. LOISEAU, « Droit civil et droit du travail : une relation instable », préc., parle d'une « manipulation grossière ».

³⁸⁶² V. *infra*, n° 976 et s.

³⁸⁶³ G. DE TERSSAC, « Autonomie et travail », préc.

n'est guère totale, car la matière ne pourrait fonctionner sans contrat, bonne foi ou liberté contractuelle. Par contre, il est net que par la voix de son juge, elle s'émancipe quelque peu de la soumission à laquelle elle est assujettie par le nouvel article 1105 du Code civil, mais aussi par l'article L. 1221-1 du Code du travail. Ainsi, la chambre sociale de la Cour de cassation s'est accordée la liberté de tailler à certains textes généraux des contours travaillistes, voire d'en exclure l'application lorsqu'elle est jugée inopportune ou constitutive d'un risque trop important³⁸⁶⁴. C'est là le signe d'une liberté de mouvements qui est historiquement ancrée dans le fonctionnement du droit du travail et qui confine à une certaine forme d'autonomie.

949. Depuis la promulgation des premières lois dites « sociales », la quête d'autonomie de la matière s'effectuait de manière active ; le droit du travail, par son développement normatif, s'émancipait du carcan formé par le droit commun des contrats. Le professeur G. Loiseau cite, à titre d'exemples, la personnification des parties au contrat de travail³⁸⁶⁵ ou l'encadrement de la rupture de celui-ci³⁸⁶⁶. En somme, l'autonomie passait jusqu'alors par le gain de nouveaux territoires, aux dépens du droit civil. Elle était alors érigée par certains membres de la doctrine du XX^e siècle comme un idéal que le droit du travail devrait atteindre³⁸⁶⁷.

On constate un changement de paradigme auquel participe activement l'avis rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 3 avril 2019. Au sein de celui-ci, la juridiction a adopté une attitude résolument défensive. En rejetant la soumission de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail aux règles de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier, le juge a entendu préserver sa propre création³⁸⁶⁸ alors même que tout lui commandait de se prononcer en faveur de ladite soumission. Par-là, le droit du travail ne s'est pas étendu ; il s'est replié sur lui-même³⁸⁶⁹ pour empêcher que le régime de la prise d'acte ne soit modifié sur le fondement du nouveau droit commun des contrats. Au-delà, on s'aperçoit que dans ses motifs, la Cour de cassation use du champ lexical de l'autonomie. Tout d'abord, elle indique que les modes de rupture du contrat de travail « sont régis par des règles particulières »³⁸⁷⁰. Cela

³⁸⁶⁴ V. *supra*, n° 694 et s.

³⁸⁶⁵ G. LOISEAU, « La tentation de l'autonomie », préc.

³⁸⁶⁶ *Ibid.*

³⁸⁶⁷ V. not. G.-H. CAMERLYNCK, « L'autonomie du droit du travail », préc. ; J. PELISSIER, « Droit civil et contrat individuel de travail », préc.

³⁸⁶⁸ Pour rappel, la prise d'acte de la rupture du contrat de travail a été découverte par la chambre sociale de la Cour de cassation : Soc., 25 juin 2003, n° 01-42.335, n° 01-42.679, n° 01-43.578, préc.

³⁸⁶⁹ V. not. G. LOISEAU, « Le repli sur soi », préc.

³⁸⁷⁰ Soc., avis, 3 avr. 2019, n° 19-70.001, préc.

tend à exprimer, implicitement, que les règles générales du Code civil n'ont pas vocation à s'y appliquer. Par-là, la rupture du contrat de travail se régit « par ses propres lois », ce qui, pour rappel, renvoie à notre définition de l'autonomie. De surcroît, elle ajoute que lesdits modes de rupture « emportent des conséquences spécifiques »³⁸⁷¹. Le juge n'a toutefois pas pris le soin de préciser la spécificité dont il fait mention. Ainsi, là où la notion d'autonomie était perçue comme un objectif, elle est désormais utilisée comme un argument dont la portée est suffisante pour exclure la mobilisation du droit commun des contrats³⁸⁷². Cette nouvelle manière de l'employer interpelle, car cela signifie que, dans l'esprit de la chambre sociale de la Cour de cassation, l'autonomie des modes de rupture du contrat de travail est acquise, sans quoi il n'y aurait pas de raison qu'elle adopte un comportement protecteur et défensif. Il nous semble, au-delà, que brandir l'argument de l'autonomie ne peut mener qu'à des solutions dépouillées de toute nuance. On s'aperçoit que le juge social n'indique jamais les effets dommageables qu'emporterait la mise en œuvre du nouvel article 1226 du Code civil pour la prise d'acte de la rupture du contrat de travail, ni dans son avis, ni dans la notice explicative. Du raisonnement du juge est ainsi exclue la prise en compte des effets de la soumission du droit du travail au nouveau droit commun des contrats. L'argument autonomiste est ainsi absolu et aveugle, en ce qu'il nuit au raisonnement même de l'instance judiciaire, qui s'est contentée de procéder par voie d'affirmation, en soutenant – sans le démontrer – que les modes travaillistes de rupture du contrat produisent des effets particuliers que le Code civil ne saurait pertinemment régir.

950. Bien qu'il ne convainque pas, l'avis de la Cour de cassation démontre que, dans l'esprit de cette dernière, les modes de rupture du contrat de travail se régissent par leurs propres règles, même lorsque celles-ci ne sont que jurisprudentielles. Ce n'est en réalité pas tout à fait le cas, puisque la résiliation judiciaire du contrat de travail – malgré le fort particularisme qui est le sien en droit du travail – est directement tirée du nouvel article 1227 du Code civil et que le contrat de travail à durée déterminée³⁸⁷³ ou le contrat d'apprentissage³⁸⁷⁴ peuvent être rompus par le biais d'une rupture amiable de droit commun. La prise d'acte de la rupture du contrat de travail, elle, demeure soumise au régime qui est le sien et qui a été bâti jurisprudentiellement. Il est désormais fréquent que les juges d'appel affirment que la prise d'acte du salarié n'a pas à

³⁸⁷¹ *Ibid.*

³⁸⁷² V. not. G. LOISEAU, « Le repli sur soi », préc.

³⁸⁷³ Article L. 1243-1, alinéa 1, du Code du travail.

³⁸⁷⁴ Article L. 6222-18, alinéa 2, du Code du travail.

être précédée d'une mise en demeure ou accompagnée d'une notification motivée³⁸⁷⁵. En somme, elle est régie par ses propres règles, ce qui fait d'elle un mode autonome de rupture du contrat de travail.

951. En sus de son caractère infondé, la solution rendue par la Cour de cassation dans son avis du 3 avril 2019 nous semble dommageable. Il apparaît en effet que la soumission de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail aux règles qui régissent la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier pourrait entraîner l'accroissement de la protection de chaque acteur des relations individuelles de travail, à condition, toutefois, de faire l'objet d'une déformation.

§2. UNE SOUMISSION OPPORTUNE

952. Pour faire écho à la première partie de notre travail de thèse, nous pourrions dire que la soumission de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail au nouvel article 1226 du Code civil participerait à la production d'une influence minimale contrainte – puisqu'elle est commandée par le nouvel article 1105 dudit Code – mais aussi à celle d'une influence minimale accueillie – car la protection de l'intérêt des acteurs travaillistes serait accrue **(A)**. L'opportunité de la soumission de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail au droit civil transparaît également derrière la notion d'« urgence », mentionnée par le nouvel article 1226 du Code civil et dont la définition civiliste s'exporte avec pertinence en droit du travail **(B)**.

A. L'APPORT DE LA SOUMISSION AUX ACTEURS TRAVAILLISTES

953. Alors même que la prise d'acte de rupture du contrat de travail est un mode de rupture du contrat réservé au salarié³⁸⁷⁶, sa soumission aux nouvelles règles du droit commun des contrats participerait aussi à la préservation des intérêts de celui-ci **(2)** qu'à ceux de l'employeur **(1)**.

³⁸⁷⁵ V. *supra*, n° 913.

³⁸⁷⁶ V. not. F. GÉA, « Prise d'acte de la rupture », préc., spéc., n° 32.

1. La protection de l'intérêt de l'employeur

954. La prise d'acte de la rupture du contrat de travail est l'acte par lequel le salarié rompt son contrat de travail en raison des griefs qu'il impute à l'employeur. Le travailleur subordonné s'en remet alors à la justice, qui doit décider si les faits qui lui sont présentés sont suffisamment graves – ou non – pour avoir fait obstacle à la poursuite du contrat de travail. Si tel est le cas, la rupture produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. *A contrario*, elle sera considérée comme une démission. Sur les plans de l'imputation et de l'indemnisation, le mécanisme est ainsi source d'incertitudes ; le salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail à ses risques et périls. L'employeur n'est ainsi pas obligatoirement condamné. Par contre, il ne peut faire l'économie d'une action judiciaire, intentée par le salarié et pour laquelle il est donc considéré comme étant défendeur. Devant le Conseil de Prud'hommes, la procédure est d'ailleurs spécifique, car l'article L. 1451-1 du Code du travail dispose que « lorsque le Conseil de Prud'hommes est saisi d'une demande de qualification de la rupture du contrat de travail à l'initiative du salarié en raison de faits que celui-ci reproche à son employeur, l'affaire est directement portée devant le bureau de jugement, qui statue au fond dans un délai d'un mois suivant sa saisine ». La procédure judiciaire inhérente à la prise d'acte de la rupture du contrat de travail n'est ainsi pas présentée au bureau de conciliation et d'orientation³⁸⁷⁷ et est enfermée dans un court délai d'un mois à compter de la saisine.

955. La soumission du mécanisme aux règles de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier ne peut avoir pour effet de modifier la réglementation de la procédure devant le Conseil de Prud'hommes, dans la mesure où celle-ci est légalement prévue. Ses effets – favorables à l'employeur – se font ressentir en amont, avant même que le travailleur subordonné ne rompe son contrat de travail. En effet, si la procédure judiciaire demeurerait inchangée, celle qui précède la rupture du contrat de travail serait réformée³⁸⁷⁸, car la validité de ladite rupture serait conditionnée à l'existence préalable d'une mise en demeure. Certes, la prise d'acte s'éloignerait quelque peu de l'automaticité et de la rapidité qui la caractérisent³⁸⁷⁹. Pour l'employeur, cela constitue toutefois un avantage de taille ; être mis en demeure de s'exécuter convenablement lui permettrait de cesser les faits que le salarié lui reproche et, dès lors, de se

³⁸⁷⁷ Articles L. 1454-1 et s. du Code du travail.

³⁸⁷⁸ Pour rappel, en l'état actuel, la prise d'acte de la rupture du contrat de travail n'est soumise à aucun formalisme : Soc., 4 avr. 2007, n° 05-42.847, préc.

³⁸⁷⁹ V. not. G. LOISEAU, « La tentation de l'autonomie », préc.

prémunir contre une action en justice et une rupture du contrat qui lui serait éventuellement imputée. En somme, la mise en demeure, imposée par le nouvel article 1226 du Code civil, lui octroierait une « dernière chance »³⁸⁸⁰, car ce n'est que si les faits invoqués perdurent que le salarié peut valablement prendre acte de la rupture de son contrat de travail³⁸⁸¹. Ainsi, la rupture intervenue avant toute mise en demeure serait sanctionnée³⁸⁸². De même, celle réalisée alors que l'employeur a cessé les faits qui lui étaient reprochés produira nécessairement les effets d'une démission³⁸⁸³ ; la rupture serait alors imputée au salarié et l'employeur n'aurait à verser, en guise d'indemnités de rupture du contrat de travail, que l'indemnité compensatrice de congés payés³⁸⁸⁴. *A contrario*, ce n'est que s'il ne donne pas de suite concrète à la mise en demeure formulée par le salarié que la rupture subséquente du contrat de travail pourra lui être imputée. Dans cette hypothèse, en plus de l'indemnité précitée, l'employeur devrait s'acquitter des indemnités compensatrices de préavis et de licenciement, ainsi que des dommages et intérêts plafonnés pour licenciement sans cause réelle et sérieuse³⁸⁸⁵.

956. Imposer au salarié de mettre son employeur en demeure avant le prononcé de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail constitue donc pour ce dernier une protection efficiente. Cela retarde tout d'abord nécessairement la date de la rupture du contrat de travail, car il doit être laissé à l'employeur interpellé un « délai raisonnable » pour « satisfaire à son engagement »³⁸⁸⁶. Le contrat de travail continuerait d'être « immédiatement rompu »³⁸⁸⁷ par la prise d'acte de la rupture du contrat de travail, mais l'employeur aura été prévenu en amont de

³⁸⁸⁰ Selon la formule de O. DESHAYES, « La mise en demeure préalable aux sanctions de l'inexécution contractuelle : état des lieux critique après la réforme de 2016 », préc.

³⁸⁸¹ V. not. G. LOISEAU, « Le contrat de travail dans la réforme du droit des contrats ».

³⁸⁸² Pour de plus amples développements relatifs à la sanction de l'absence de mise en demeure en droit du travail, V. *infra*, n° 981 et s. Pour rappel, en droit commun des contrats, nous considérons que ladite absence doit priver la résolution de tout effet : V. *supra*, n° 922 et s.

³⁸⁸³ La question peut être débattue, notamment dans des situations de harcèlement ou de discrimination. En effet, dans ces cas, la cessation des faits par l'employeur ne permet pas d'effacer la faute commise, qui est totalement consommée. Dans cette hypothèse, la mise en demeure perd totalement de son intérêt, dans la mesure où l'employeur n'est pas en mesure de régulariser la situation. Partant, nous estimons que le harcèlement et la discrimination doivent autoriser le salarié à prendre acte de la rupture de son contrat de travail sans mise en demeure préalable, puisque celle-ci ne peut emporter la régularisation de la situation : V. *infra*, n° 969.

³⁸⁸⁴ Article L. 3141-28 du Code du travail, selon lequel « lorsque le contrat de travail est rompu avant que le salarié ait pu bénéficier de la totalité du congé auquel il avait droit, il reçoit, pour la fraction de congé dont il n'a pas bénéficié, une indemnité compensatrice de congé déterminée d'après les articles L. 3141-35 à L. 3141-27. L'indemnité est due que cette rupture résulte du fait du salarié ou du fait de l'employeur. Cette indemnité est également due aux ayants droits du salarié dont le décès survient avant qu'il ait pris son congé annuel payé. L'indemnité est versée à ceux qui ayants droits qui auraient qualité pour obtenir le paiement des salaires arriérés ».

³⁸⁸⁵ Article L. 1235-3-2 du Code du travail.

³⁸⁸⁶ Article 1226, alinéa 1, du Code civil.

³⁸⁸⁷ Soc., 31 oct. 2006, n° 04-46.280, n° 06-42.158, n° 04-48.234, préc.

cette éventualité, par le truchement de la mise en demeure³⁸⁸⁸. L'effet de surprise, inhérent au mécanisme travailliste, disparaît ainsi presque totalement ; l'employeur qui ne donne aucune suite à la mise en demeure est conscient du fait que le salarié se réserve, dans cette hypothèse, le droit de prendre acte de la rupture de son contrat. Dès lors, seul le comportement persistant de l'employeur – persistance qui pourrait d'ailleurs participer à la qualification de l'« inexécution suffisamment grave » – pourrait permettre au juge de considérer la rupture comme un « auto-licenciement »³⁸⁸⁹ dépourvu de cause réelle et sérieuse. Par conséquent, l'accès à la prise d'acte de la rupture du contrat de travail serait *de facto* réduit ; si elle demeure un mode de rupture à l'initiative du salarié, elle serait toute entière conditionnée par le comportement de l'employeur, qui s'obstine dans son attitude répréhensible.

957. Une exception à la soumission présentée et à l'obligation de mise en demeure doit toutefois être ménagée. Dans trois arrêts du 9 mai 2007³⁸⁹⁰, la chambre sociale de la Cour de cassation a jugé que « la démission est un acte unilatéral par lequel le salarié manifeste de façon claire et non équivoque sa volonté de mettre fin au contrat ; que 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 qui produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient ou dans le cas contraire d'une démission »³⁸⁹¹. L'équivocité d'une démission justifie ainsi, selon le juge social, la requalification de celle-ci en une prise d'acte de la rupture du contrat de travail produisant les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse lorsque les faits invoqués sont suffisamment graves. Cette hypothèse de requalification d'une démission doit être sortie du giron du nouvel article 1226 du Code civil³⁸⁹². En effet, l'on ne peut attendre du salarié démissionnaire qu'il mette préalablement son employeur en demeure de s'exécuter, car la démission n'est pas nécessairement justifiée par des griefs imputés à l'employeur. Dans la première des trois décisions susmentionnées, par exemple, a été jugée équivoque la démission,

³⁸⁸⁸ Pour rappel, celle-ci doit expressément indiquer, selon l'article 1226, alinéa 2, du Code civil, que si le débiteur ne satisfait pas à son obligation, « le créancier sera en droit de résoudre le contrat ».

³⁸⁸⁹ Selon la formule de G. COUTURIER, J.-E. RAY, « Auto-licenciement : dérives et revirement », préc.

³⁸⁹⁰ Soc., 9 mai 2007, n° 05-40.315, n° 05-40.518, n° 05-41.324, *RDT* 2007. 452, obs. G. AUZERO ; *D.* 2007. 1495, obs. J. CORTOT ; *D.* 2007. 3033, obs. E. DOCKÈS, F. FOUVET, C. GÉNIAUT, A. JEAMMAUD.

³⁸⁹¹ *Ibid.*

³⁸⁹² V. not. J. MOULY, « La prise d'acte saisie par le nouvel article 1226 du Code civil ? », préc.

justifiée par des « convenances personnelles »³⁸⁹³ d'un salarié accompagnée d'un « décompte des somme [qu'il] prétendait lui être dues au titre de ses heures supplémentaires et repos compensateurs »³⁸⁹⁴. Dans une telle situation, imposer au salarié de mettre son employeur en demeure se heurte à un double obstacle. En premier lieu, cela porte atteinte au régime même de la démission, qui fait fi de toute formalité³⁸⁹⁵. En second lieu, le salarié n'est pas nécessairement conscient, au moment de remettre sa démission, de la faculté dont il dispose d'en solliciter la requalification en prise d'acte de la rupture du contrat de travail ; dès lors, tant que la rupture dudit contrat est qualifiée de « démission », l'on ne peut pertinemment prétendre la soumettre à la procédure qui est celle de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier. Et pour cause, cela conditionnerait la validité de la démission à l'obligation, pour le salarié, de démontrer une « inexécution suffisamment grave » commise par l'employeur. Il n'y aurait dès lors plus de distinction entre la démission et la prise d'acte de la rupture du contrat de travail, alors même que les deux modes de rupture présentent de nombreuses différences.

Un risque émerge alors toutefois, selon lequel les salariés procèdent à une démission avant d'en demander la requalification judiciaire en prise d'acte de la rupture du contrat de travail, afin de contourner le régime du nouvel article 1226 du Code civil. Encore faut-il toutefois que le juge parvienne à qualifier l'équivocité de la démission³⁸⁹⁶. De surcroît, sans être celle d'un cas d'école, l'hypothèse reste peu fréquente, car cela signifierait que le salarié opte volontairement pour rompre son contrat de travail – au risque de ne percevoir ni indemnité de rupture³⁸⁹⁷ ni allocation de retour à l'emploi – au lieu de demander à l'employeur de réviser son comportement par le biais d'une mise en demeure.

958. Ainsi, la soumission de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail au régime de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier possède un avantage majeur pour l'employeur : celui de se voir octroyer une seconde possibilité d'exécuter convenablement le contrat de travail. L'attrait de ladite soumission se perçoit ainsi ici sans mal et pourrait pousser la chambre sociale de la Cour de cassation à revenir sur la position qu'elle a adoptée en avril

³⁸⁹³ Soc., 9 mai 2007, n° 05-40.315, n° 05-40.518, n° 05-41.324, préc.

³⁸⁹⁴ *Ibid.*

³⁸⁹⁵ Articles L. 1237-1 et s. du Code du travail.

³⁸⁹⁶ V. not. Soc., 19 déc. 2007, n° 06-44.754, préc.

³⁸⁹⁷ Hormis celle qui vient compenser le cumul des congés payés.

2019. L'influence théorique qu'exerce la réforme en droit du travail serait alors amplifiée par l'action du juge social.

Il n'en va pas différemment lorsque l'analyse se déplace vers l'intérêt de l'auteur de la rupture, si ce n'est que, cette fois-ci, l'attractivité de ladite soumission est plus importante encore.

2. La protection de l'intérêt du salarié

959. La prise d'acte de la rupture du contrat de travail délie immédiatement le salarié du lien contractuel qui le subordonnait à son employeur, en raison des faits commis – ou non commis, dans l'hypothèse d'une inexécution contractuelle – par celui-ci. Le contrat de travail est ainsi rompu et le salarié se retrouve dans la délicate situation de recherche d'emploi. Il se peut, de surcroît, que les faits qu'il invoque ne soient pas suffisamment graves pour imputer la rupture du contrat de travail à l'employeur. La prise d'acte constitue ainsi un pari qui, s'il est perdant, emporte les effets d'une démission. Si elle venait à être soumise à la réglementation du nouveau droit commun des contrats, les risques et périls qui pèsent sur le travailleur subordonné seraient toutefois moins grands. À son égard, cette soumission présente *a minima* deux attraits majeurs.

960. Le premier s'évince fort logiquement de nos développements précédents, consacrés à la préservation de l'intérêt de l'employeur par la mise en œuvre du nouvel article 1226 du Code civil en droit du travail. Nous estimions que l'obligatoire mise en demeure permettrait à ce dernier de s'exécuter convenablement et, par-là, d'éviter l'introduction par le travailleur d'une action en justice qui fait suite à la rupture du contrat de travail. Cette mise en demeure serait également bénéfique pour le salarié ; elle lui permettrait de faire part à l'employeur des faits qu'il lui reproche tout en maintenant le lien contractuel de travail³⁸⁹⁸. En somme, par l'interpellation inhérente à la mise en demeure, le travailleur pourrait retrouver des conditions de travail idéales – car l'employeur cesserait les faits que le salarié désapprouvait – tout en conservant son emploi. Nous pensons en effet que le salarié privilégiera cette situation à celle qui lui impose de rompre immédiatement le contrat de travail en attendant que le juge prud'homal ne statue sur l'imputation de la rupture et ses conséquences indemnitaires. Il ne faut

³⁸⁹⁸ V. not. G. LOISEAU, « La prise d'acte civilisée », préc.

toutefois pas occulter le fait que cette mise en demeure pourrait définitivement nuire aux relations entre les deux parties au contrat de travail. Il se pourrait ainsi que l'employeur prenne ombrage du fait d'avoir été mis en demeure par l'un de ses subordonnés. Néanmoins, dans ce cas, le salarié conserve la possibilité ultérieure de prendre acte de la rupture de son contrat de travail. Dès lors, l'obligation de mise en demeure ne semble afficher, pour lui, que des aspects positifs, d'autant plus qu'il pourrait s'en passer lorsque l'urgence de sa situation le légitime³⁸⁹⁹.

961. Le second quitte les berges procédurales pour investir celles de l'appréciation judiciaire des faits qui sont avancés par le salarié au soutien de la rupture du contrat. Nous l'avons mentionné, en l'état actuel de la jurisprudence travailliste, la seule « inexécution suffisamment grave » est insuffisante pour que la prise d'acte de la rupture du contrat de travail produise les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse ; en sus, cette inexécution doit rendre impossible la poursuite du contrat de travail. Cela contribue à expliquer pourquoi de nombreux salariés préfèrent aujourd'hui introduire une action en résiliation judiciaire – malgré l'inconvénient majeur qu'elle possède, à savoir la poursuite du lien contractuel de travail au cours de l'instance judiciaire qui, elle, ne fait pas l'objet d'une procédure accélérée – plutôt que de prendre acte de la rupture de leur contrat de travail³⁹⁰⁰. La soumission de cette dernière aux règles du nouvel article 1226 du Code civil mettrait fin à cette sévérité ; pour que la prise d'acte susmentionnée produise les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, le salarié pourrait se contenter de démontrer l'existence d'une inexécution suffisamment grave, conformément à la formule du nouvel article 1224 du Code civil³⁹⁰¹. Il n'importerait plus qu'en plus, cette inexécution soit de nature à empêcher la poursuite du contrat de travail ; l'application du nouveau droit commun des contrats aurait ici pour effet d'alléger le « degré de faute requit »³⁹⁰² pour justifier l'imputation de la rupture du contrat de travail à l'employeur. La prise d'acte de la rupture du contrat de travail regagnerait en attractivité pour le salarié, car la probabilité qu'elle produise les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse serait accrue. Ceci n'entre d'ailleurs pas en confrontation directe avec l'intérêt que le nouveau droit commun des contrats présente pour l'employeur ; certes, le risque que la rupture lui soit imputée serait supérieur mais, à nouveau, l'obligatoire mise en demeure qui précède la rupture du contrat

³⁸⁹⁹ V. *infra*, n° 967 et s.

³⁹⁰⁰ G. LOISEAU, « La tentation de l'autonomie », préc.

³⁹⁰¹ Le nouvel article 1224 du Code civil dispose que « la résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice ».

³⁹⁰² G. LOISEAU, *op. cit.*

lui permet de cesser les faits fautifs qui lui étaient reprochés. En somme, en s'exécutant conformément à ses obligations, l'employeur peut faire obstacle à la validité de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail ; néanmoins, s'il persiste dans son inexécution, la rupture du contrat de travail lui sera plus aisément imputable.

962. La question d'un troisième attrait, d'ordre indemnitaire, mérite d'être posée. Depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse n'ouvre droit au salarié injustement licencié qu'à des dommages et intérêts plafonnés³⁹⁰³. Ce plafonnement trouve également à s'appliquer lorsque la rupture du contrat de travail produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, alors même qu'elle ne résulte pas directement d'un licenciement. En effet, conformément au nouvel article L. 1235-3-2 du Code du travail, « lorsque la rupture du contrat de travail est prononcée par le juge aux torts de l'employeur ou fait suite à une demande du salarié dans le cadre de la procédure mentionnée à l'article L. 1451-1, le montant de l'indemnité octroyée est déterminé selon les règles fixées à l'article L. 1235-3 ». Lorsque la prise d'acte de la rupture du contrat de travail est imputée à l'employeur, l'intégralité préjudice du salarié n'est ainsi pas nécessairement indemnisée³⁹⁰⁴, car les dommages et intérêts qui lui sont octroyés sont limités sur la seule base de son ancienneté au sein de l'entreprise. Soumise à son régime travailliste initial, la prise d'acte n'octroie donc au salarié qu'une indemnisation cantonnée.

963. Ce plafonnement pourrait-il être remis en cause si la prise d'acte de la rupture du contrat de travail venait à être soumise aux règles du nouveau droit commun des contrats ? Il y a lieu, à notre sens, de répondre négativement. Comme l'indique le professeur J. Icard, le salarié aurait pu tirer du droit civil « une indemnisation intégrale du préjudice subi non soumis à barème [...] si l'article L. 1235-3-2 du Code du travail n'avait pas aligné l'indemnisation sur le régime du

³⁹⁰³ Article L. 1235-3 du Code du travail.

³⁹⁰⁴ V. not. J. MOULY, « Le plafonnement des indemnités de licenciement injustifié devant le Comité européen des droits sociaux », *Dr. soc.* 2017. 745 ; « Les indemnisations en matière de licenciement », *Dr. soc.* 2018. 10 ; « La réactivation de la théorie du licenciement abusif. Un expédient illusoire au plafonnement des indemnités prud'homales », préc. ; « Une nouvelle condamnation du plafonnement des indemnités prud'homales par le CEDS », *Dr. soc.* 2020. 533 ; C. ALESSI, T. SACHS, « La fin annoncée du plafonnement de l'indemnisation du licenciement injustifié : l'Italie montre-t-elle la voie ? », *RDT* 2018. 802 ; C. PERCHER, « Le plafonnement des indemnités de licenciement injustifié à l'aune de l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée », *RDT* 2017. 726 ; N. COLLET-THIRY, « Le plafonnement des indemnités prud'homales : analyse critique et perspectives de mise en échec », préc. ; J. ICARD, « La prise d'acte de la rupture du contrat de travail ne suppose pas de mise en demeure préalable », préc. ; G. BARGAIN, T. SACHS, « La tentation du barème », préc. ; P. LOKIEC, « Barèmes d'indemnisation en cas de licenciement abusif : la résistance des juges », préc.

licenciement »³⁹⁰⁵. L'existence d'une règle légale – l'une des rares, dans le Code du travail, qui concerne la prise d'acte de la rupture du contrat de travail – empêche que le Code civil ne soit, en matière indemnitaire, mobilisé dans l'optique de combler une lacune travailliste. Le nouvel article 1226 du Code civil ne pourrait ainsi pas s'imposer, car il se trouve confronté à une norme spéciale de nature identique. Dès lors, la règle spéciale travailliste devrait continuer de recevoir application. La mise en œuvre de la réglementation de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier ne devrait donc pas permettre d'accroître l'indemnisation du travailleur subordonné lorsque la prise d'acte de la rupture du contrat de travail est imputée à l'employeur ; celle-ci demeurera soumise au plafonnement de l'article L. 1235-3-2 du Code du travail.

964. Malgré cela, l'application du nouvel article 1226 du Code civil, commandée par le nouvel article 1105 dudit Code, présente un attrait certain pour le salarié, en lui permettant de retrouver de saines conditions de travail – par le biais de la mise en demeure – et d'imposer au juge d'apprécier moins strictement les faits justificatifs de la prise d'acte. Si l'on ajoute à cela l'intérêt mis en avant pour le compte de l'employeur, l'on s'aperçoit que l'application du droit civil, en l'espèce, permet de préserver l'intérêt de chacun des deux acteurs. Dès lors, à notre sens, la chambre sociale de la Cour de cassation – au-delà des considérations juridiques d'ores et déjà évoquées – aurait tort de se prononcer au fond³⁹⁰⁶ en faveur de l'éviction du droit commun des contrats. Celui-ci présente en effet plusieurs utilités dont il serait regrettable de se priver. Sa mise en œuvre, *a contrario*, amplifierait nettement l'influence que produit la réforme du droit des contrats en droit du travail, car le contentieux de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail demeure développé. Une action amplificante du juge social pourrait alors être mise au jour.

965. Il ne fait ainsi guère de doute, à notre sens, que les règles qui régissent la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier devraient être mises en œuvre en droit du travail. Le salarié devrait ainsi mettre son employeur en demeure de s'exécuter dans un délai raisonnable avant de procéder à la rupture du contrat de travail. En cas d'urgence, toutefois, le caractère impératif de l'interpellation préalable disparaît. À cet égard, il apparaît que le sens

³⁹⁰⁵ J. ICARD, « La prise d'acte de la rupture du contrat de travail ne suppose pas de mise en demeure préalable », préc.

³⁹⁰⁶ Jusqu'alors, elle s'est prononcée par un avis. Le contentieux de la soumission de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail au nouvel article 1226 du Code civil ne lui est pas encore parvenu au fond.

que donne le droit commun des contrats à la notion lui permet d'être mise en œuvre sans difficulté dans le contentieux de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail.

B. L'URGENCE DE LA SITUATION DU SALARIÉ

966. Avant que la rupture du contrat ne soit unilatéralement décidée, le créancier doit sommer le débiteur défaillant de s'exécuter dans un délai raisonnable. Le projet d'ordonnance publié par la Chancellerie le 25 février 2015 ne ménageait à cet égard aucune exception ; la situation d'urgence ne permettait pas au créancier de contourner l'exigence de la mise en demeure. Pourtant, la jurisprudence antérieure avait consacré ce principe en plusieurs occurrences³⁹⁰⁷, autorisant le créancier à rompre immédiatement un contrat lorsqu'il était contraint par une urgence. Dans le premier arrêt cité ci-dessus³⁹⁰⁸, la chambre commerciale de la Cour de cassation relève que la Caisse régionale de Crédit agricole mutuel de la Guadeloupe a commis plusieurs fautes qui « revêtent une gravité certaine »³⁹⁰⁹ et que son client n'a jamais pu « obtenir un fonctionnement correct du système »³⁹¹⁰, ce qui a eu des « effets particulièrement négatifs sur la clientèle »³⁹¹¹. À la vue de la gravité des manquements de ladite Caisse, le client était dans l'urgence de mettre fin au contrat. Ainsi, en amont de la rupture du 10 février 2016, l'urgence caractérisée autorisait le créancier à mettre fin au contrat, sans qu'il ne doive préalablement mettre son débiteur en demeure.

967. Contrairement au projet de réforme et à l'avant-projet rédigé sous la direction de M. P. Catala³⁹¹², le Gouvernement a intégré au nouvel article 1226 du Code civil cette exception

³⁹⁰⁷ V. not. Com., 4 févr. 2004, n° 99-21.480, préc. ; Civ., 1^{re}, 24 sept. 2009, n° 08-14.524, préc. ; Com., 31 mars 2009, n° 07-20.991, *D.* 2010. 224, obs. S. AMRANI-MEKKI, B. FAUVARQUE-COSSON ; *RTD civ.* 2009. 320, obs. B. FAGES ; *JCP* 2009. 273, obs. Ph. GROSSER.

³⁹⁰⁸ Com., 4 févr. 2004, n° 99-21.480, *ibid.*

³⁹⁰⁹ *Ibid.*

³⁹¹⁰ *Ibid.*

³⁹¹¹ *Ibid.*

³⁹¹² L'article 1158 de l'avant-projet dit « CATALA » dispose que « dans tout contrat, la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, a le choix ou de poursuivre l'exécution de l'engagement ou de provoquer la résolution du contrat ou de réclamer des dommages intérêts, lesquels peuvent, le cas échéant, s'ajouter à l'exécution ou à la résolution. Quand il opte pour la résolution, le créancier peut soit la demander au juge, soit, de lui-même, mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable, à défaut de quoi il sera en droit de résoudre le contrat. Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent. Celle-ci prend effet lors de la réception de la notification par l'autre partie ». On s'aperçoit ainsi que le nouvel article 1226 du Code civil s'est largement inspiré de l'article 1158 de l'avant-projet dit « CATALA », à ceci près que ce dernier ne ménage aucune possibilité pour le créancier insatisfait de résoudre le contrat sans mise en demeure préalable lorsqu'il fait état d'une situation urgente.

inhérente à l'urgence dans laquelle se trouve le créancier³⁹¹³. Pour rappel, en droit commun des contrats, la notion d'urgence renvoie aux situations les plus critiques qui révèlent l'impossibilité, pour le créancier, de maintenir le lien contractuel. Cette définition reçoit un écho marquant en droit du travail, puisqu'elle rappelle une notion bien connue, à savoir la faute grave du salarié. Celle-ci est en effet définie depuis 1958³⁹¹⁴ comme « la faute rendant impossible le maintien du salarié dans l'entreprise »³⁹¹⁵. Sur ce fondement, deux auteurs ont estimé que la mise en demeure n'affiche en droit du travail aucune sorte d'utilité, dans la mesure où la prise d'acte de la rupture du contrat de travail n'est légitime que dans « les cas les plus graves »³⁹¹⁶, à savoir lorsque la poursuite du contrat de travail est inenvisageable. Partant, selon le professeur S. Tournaux, « la définition des manquements suffisamment graves de l'employeur ayant été identifiée à celle d'une faute grave, la rupture immédiate du contrat de travail peut être assimilée à une mesure d'urgence »³⁹¹⁷. Il y aurait alors une identité entre les faits qui justifient la prise d'acte selon le juge social et ceux qui caractérisent l'urgence en application du nouvel article 1226 du Code civil. Aussi, selon ces deux auteurs, toutes les fois où la prise d'acte produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, le salarié était placé dans une urgence qui l'autorisait à rompre le contrat de travail sans mise en demeure antérieure de son employeur. En somme, l'exigence d'une mise en demeure serait parfaitement inutile.

Nous ne nous inscrivons toutefois pas dans cette pensée. La soumission de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail au droit civil contraint le juge du travail à apprécier moins strictement les faits justificatifs de la rupture du contrat de travail³⁹¹⁸. L'imputation de ladite rupture à l'employeur résulterait de la preuve d'une inexécution suffisamment grave, sans que

³⁹¹³ Au-delà de procéder à jurisprudence constante, la mention de l'urgence au sein du nouvel article 1226 du Code civil fait écho à l'article 1110 de l'avant-projet dit « TERRÉ », selon lequel : « lorsque le créancier procède par voie de notification, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur de s'exécuter dans un délai raisonnable, en précisant qu'à défaut d'exécution il sera en droit de résoudre le contrat. Si l'inexécution persiste, la résolution est acquise à la réception de la notification par le débiteur. 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. Le débiteur peut, à tout moment, contester la résolution, le cas échéant, en référé. Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution. Le juge peut, selon les circonstances, soit constater la résolution, en statuant le cas échéant sur sa date, soit ordonner l'exécution du contrat en octroyant éventuellement un délai au débiteur. Le tout sans préjudice de dommages et intérêts ».

³⁹¹⁴ Soc., 27 nov. 1958, *Bull. civ. V*, n° 1529, *D.* 1959. 20, note R. LINDON ; *RTD civ.* 1959. 731, obs. H. MAZEAUD ; *RTD civ.* 1959. 753, obs. J. CARBONNIER ; *JCP* 1959. II. 11143, note J. BRËTHE DE LA GRESSAYE.

³⁹¹⁵ V. not. G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, préc., p. 362.

³⁹¹⁶ J. MOULY, « La prise d'acte saisie par le nouvel article 1226 du Code civil ? », préc.

³⁹¹⁷ S. TOURNAUX, « L'autonomie de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail », préc.

³⁹¹⁸ V. *supra*, n° 962.

celle-ci n'ait nécessairement rendu impossible le maintien de la relation contractuelle. Partant, l'inexécution justificative de la prise d'acte pourrait être distinguée de l'urgence de la situation du créancier qui, elle, renverrait effectivement aux « cas les plus graves » mis en avant par le professeur J. Mouly³⁹¹⁹.

968. Ainsi, en droit du travail comme en droit commun des contrats, l'urgence qui légitime l'absence de mise en œuvre correspond aux situations les plus sérieuses, lorsque l'inexécution de l'employeur rend inenvisageable toute poursuite du contrat de travail. Toutes les fautes commises par l'employeur ne répondent cependant pas à cette définition. L'on peut estimer, par exemple, que la mise en demeure de l'employeur pourrait s'imposer en cas de non-paiement du salaire³⁹²⁰, afin qu'il régularise la situation le plus prestement possible³⁹²¹. L'urgence se trouverait ainsi limitée aux hypothèses dans lesquelles le travailleur subordonné « doit pouvoir mettre fin immédiatement au contrat sans attendre un délai raisonnable »³⁹²². L'exemple le plus topique semble être celui du harcèlement³⁹²³, peu importe le canal emprunté. La Cour de cassation a d'ailleurs assimilé le « comportement agressif et à la limite du harcèlement » à l'urgence qui justifie la possibilité pour une partie de rompre un contrat unilatéralement et sans délai³⁹²⁴. Au-delà, le grave manquement de l'employeur au devoir de bonne foi pourrait également caractériser l'urgence et l'impossibilité pour le salarié de poursuivre l'exécution du contrat de travail. Il en va ainsi, selon la jurisprudence, lorsque l'employeur modifie brutalement et en profondeur les conditions d'exercice des fonctions du salarié³⁹²⁵. Le manquement susmentionné pourrait d'ailleurs non pas être constaté à l'égard du salarié lui-même, mais vis-à-vis de la clientèle. La Cour d'appel de Paris a pu considérer que la prise d'acte de la rupture du contrat de travail d'un salarié était valablement mise en œuvre lorsque celui-ci

³⁹¹⁹ J. MOULY, « La prise d'acte saisie par le nouvel article 1226 du Code civil ? », préc. L. BENTO DE CARVALHO, « La rupture du contrat de travail à durée déterminée en raison de la faute grave de l'employeur : l'ombre du Code civil », préc., retient la même définition de l'urgence mentionnée par le nouvel article 1226 du Code civil, bien qu'il reconnaisse que la « notion est entourée d'incertitudes ».

³⁹²⁰ Pour une hypothèse de prise d'acte de la rupture du contrat de travail en raison du non-paiement du salaire, V. not. Soc., 6 juill. 2022, n° 20-21.690.

³⁹²¹ V. not. Y. PAGNERRE, « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », préc.

³⁹²² G. LOISEAU, « La prise d'acte civilisée », préc.

³⁹²³ V. not. Y. PAGNERRE, *op. cit.* ; G. LOISEAU, *ibid.*

³⁹²⁴ Civ., 1^{re}, 22 sept. 2016, n° 15-20.614, préc.

³⁹²⁵ Paris, pôle 06, ch. 08, 24 sept. 2015, n° 14/12710 et Soc., 7 mars 2018, n° 15-27.458 : « mais attendu qu'appréciant souverainement la portée des éléments de fait et de preuve produits devant elle, sans être tenue de s'expliquer spécialement sur ceux qu'elle retenait ou écartait, la Cour d'appel qui a relevé que les méthodes nouvellement adoptées par la société avait impliqué une modification profonde de l'exécution du contrat de travail, dépossédant le salarié d'une part essentielle de ses prérogatives, a pu décider que l'employeur avait manqué de loyauté et que ce manquement était suffisamment grave pour justifier la prise d'acte de la rupture ».

a refusé de se rendre complice de l'escroquerie de son employeur restaurateur, qui proposait « des viandes dont l'origine était différente de celle indiquée sur la carte »³⁹²⁶. De la même manière, lorsque la mise en demeure ne peut rester qu'ineffective – comme en cas de « discrimination avérée qui serait révélée après plusieurs années »³⁹²⁷ – il doit être considéré que le salarié puisse mettre immédiatement fin à son contrat de travail, car l'interpellation de l'employeur ne lui permettrait pas de s'exécuter convenablement, la discrimination étant totalement consommée³⁹²⁸.

969. La question du sens à donner à l'urgence en la matière est certes primordiale, mais ne peut faire l'objet d'une réponse définitive. Et pour cause, à l'instar de la majorité des autres textes du Code civil, le nouvel article 1226 du Code civil est supplétif de la volonté des parties. Celles-ci peuvent ainsi déterminer conventionnellement les situations qui, selon elles, peuvent s'apparenter à une urgence. Plus encore, elles peuvent prévoir qu'en tout état de cause, l'inexécution suffisamment grave justifie la rupture immédiate du contrat, même si elle n'en a pas empêché la poursuite³⁹²⁹. À cet égard, le droit du travail est à nouveau l'objet d'une particularité. En effet, en droit commun des contrats, rien ne semble s'opposer à ce que les parties excluent toute obligation de mettre le débiteur défaillant en demeure préalablement à la rupture du contrat. Toutefois, la forte asymétrie de puissance qui grève la relation individuelle de travail constitue un obstacle concret à une telle stipulation ; on perçoit mal quel serait l'intérêt de l'employeur – qui, en certaines occurrences, est l'unique rédacteur du contrat de travail³⁹³⁰ – d'autoriser le salarié à prendre acte de la rupture de son contrat de travail sans mise en demeure préalable alors même que l'article 1226 du Code civil l'impose³⁹³¹. Ainsi, en matière de prise d'acte de la rupture du contrat de travail, l'urgence devrait constituer l'unique

³⁹²⁶ Paris, pôle 06, ch. 08, 28 juin 2018, n° 16/12821. V. not. F. GÉA, « Prise d'acte de la rupture », préc., spé., n° 127.

³⁹²⁷ G. LOISEAU, « La prise d'acte civilisée », préc.

³⁹²⁸ Cette situation fait écho au selon alinéa de l'article 1110 de l'avant-projet dit « TERRÉ », qui dispense le créancier de l'obligation de mise en demeure lorsque celle-ci est « inutile pour caractériser l'inexécution ». C'est également ce que met en exergue O. DESHAYES, « La mise en demeure préalable aux sanctions de l'inexécution contractuelle : état des lieux critique après la réforme de 2016 », préc., lorsqu'il explique que la mise en demeure qui vise à octroyer une « dernière chance » au débiteur défaillant « perd sa raison d'être lorsque l'exécution contractuelle n'est plus possible ou ne saurait être imposée au créancier. Il ne servirait en effet à rien de demander au créancier de mettre le débiteur en demeure d'exécuter ce qui ne peut plus l'être ou ce que le créancier serait en droit de refuser ».

³⁹²⁹ V. not. L. BENTO DE CARVALHO, « La rupture du contrat de travail à durée déterminée en raison de la faute grave de l'employeur : l'ombre du Code civil », préc.

³⁹³⁰ V. *supra*, n° 414 et s.

³⁹³¹ V. not. L. BENTO DE CARVALHO, « La rupture du contrat de travail à durée déterminée en raison de la faute grave de l'employeur : l'ombre du Code civil », préc.

situation dans laquelle le salarié pourrait procéder à la rupture immédiate de son contrat de travail.

970. La définition que semble donner le droit commun des contrats à l'urgence – par le Code civil et la jurisprudence de la première chambre civile de la Cour de cassation – n'est ainsi guère vectrice de difficultés à l'heure de la mettre en œuvre en droit du travail, puisqu'elle s'apparente à une réplique de la faute grave appliquée au salarié depuis plus de soixante ans. L'aisance avec laquelle la notion peut être mise en œuvre par le juge social contribue à l'attractivité du mécanisme et à l'opportunité de la soumission de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail à la réglementation de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier, dont la mise en œuvre ne rencontre aucun véritable obstacle. Il n'en demeure pas moins que certaines déformations – réalisées à la marge – peuvent être envisagées, afin que le régime de la résolution unilatérale corresponde à la situation concrète dans laquelle se trouve le salarié qui prend acte de la rupture de son contrat de travail.

§3. LA DÉFORMATION DE LA RÉOLUTION UNILATÉRALE AUX RISQUES ET PÉRILS DU CRÉANCIER EN DROIT DU TRAVAIL

971. Précédemment dans notre travail de recherche, nous avons estimé que lorsqu'une règle de droit général était vectrice de risques en droit du travail, le juge social y répondait parfois en lui taillant un costume travailliste³⁹³². La déformation de la règle civiliste – qui est contraire au nouvel article 1105 du Code civil – lui permet d'être mieux adaptée à la situation juridique concrète pour laquelle elle est mobilisée.

972. En certaines hypothèses, la réglementation du nouvel article 1226 du Code civil – propre à la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier – semble parfaitement adaptée au contexte travailliste de sa potentielle application. Dans ce cas, il n'est guère nécessaire d'imaginer sa déformation. Il en va ainsi, premièrement, de l'obligation de notification de la rupture au cocontractant. En effet, alors même que la prise d'acte de la rupture du contrat de travail n'est soumise à aucun formalisme³⁹³³, le salarié doit obligatoirement informer

³⁹³² V. *supra*, n° 704 et s.

³⁹³³ Soc., 4 avr. 2007, n° 05-42.847, préc.

l'employeur de la prise d'acte s'il entend que celle-ci produise ses effets³⁹³⁴. Cette notification n'est soumise à aucune condition de forme et peut donc ainsi être orale ou écrite³⁹³⁵. Pour d'évidents motifs probatoires, il est toutefois conseillé au salarié d'informer son employeur par écrit. Il s'avère que l'obligation de notification mise à la charge du créancier par le nouvel article 1226 du Code civil est identique, si ce n'est qu'elle doit s'accompagner d'une motivation. Sur la forme, toutefois, le droit commun des contrats est muet ; il se contente d'imposer à l'auteur de la rupture d'informer l'autre partie de la rupture unilatérale du contrat qu'il a décidée³⁹³⁶, sans le contraindre à l'effectuer par la voie écrite. Appliquée au travailleur subordonné, cette obligation de notification – si l'on fait fi de l'exigence de motivation, dont nous reparlerons ci-dessous³⁹³⁷ – semble ainsi parfaitement adaptée et, partant, ne devrait guère faire l'objet d'une quelconque déformation.

Il en va de même, deuxièmement, de la sanction inhérente au défaut de motivation de la rupture au sein de la notification communiquée au débiteur défaillant – à l'employeur en ce qui nous concerne. Il apparaît en effet que, selon nous, la sanction – à savoir l'octroi de dommages et intérêts pour préjudice subi et démontré par le débiteur – devrait être identique en droit commun des contrats et en droit du travail. Nous démontrerons en effet ci-dessous que le mécanisme de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail a notamment pour objet de mettre fin à une relation de travail que le salarié n'est plus en mesure de supporter³⁹³⁸. Sanctionner l'inexécution d'une formalité – la motivation de la notification – qui ne conditionne pas la rupture par son ineffectivité porterait une atteinte irréversible à l'attractivité du mécanisme pour le salarié³⁹³⁹. De surcroît, la sanction de l'imputation de la rupture au salarié – alors considéré comme démissionnaire – appliquée lorsque les faits invoqués sont insuffisamment graves – et que nous préconiserons en l'absence de mise en demeure³⁹⁴⁰ – nous semble ici inadaptée, non seulement au regard de l'intensité travailliste de l'obligation de motivation de la rupture³⁹⁴¹ et des spécificités de la procédure judiciaire inhérente à la prise d'acte de la rupture

³⁹³⁴ Soc., 16 mai 2012, n° 10-15.238, préc.

³⁹³⁵ V. *supra*, n° 914.

³⁹³⁶ Le nouvel article 1226, alinéa 3, du Code civil, se contente de disposer que « lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent ». Aucune condition de forme n'est ainsi imposée.

³⁹³⁷ V. *infra*, n° 976 et s.

³⁹³⁸ V. *infra*, n° 982

³⁹³⁹ *Ibid.*

³⁹⁴⁰ *Ibid.*

³⁹⁴¹ V. *infra*, *op. cit.*

du contrat de travail. Aussi, il conviendrait que le salarié soit condamné à verser à son ancien employeur des dommages et intérêts lorsqu'il ne motive pas auprès de ce dernier les raisons de la prise d'acte qu'il intente, si tant est que ce silence génère pour l'employeur un véritable préjudice. Partant, aucune déformation de la règle générale ne devrait ici être mise au jour.

973. Il est à l'inverse deux pans de la réglementation du nouvel article 1226 du Code civil qui pourraient se révéler être générateurs d'écueils pour le salarié. Partant, le juge social pourrait en faire une application déformée, dans l'optique de les adapter au particularisme de la procédure judiciaire propre à la prise d'acte de rupture du contrat de travail. L'on peut ainsi imaginer qu'il réduise au maximum « l'exigence de motivation de la rupture »³⁹⁴² mise à la charge de l'auteur de la rupture (**A**), mais également qu'il perçoive la sanction de l'absence de mise en demeure à travers un prisme travailliste, afin de mieux tenir compte de la réalité de la situation du travailleur subordonné (**B**).

974. À cet égard, rappelons que les deux hypothèses de déformation de la règle générale civiliste que nous allons aborder tendent à accroître l'influence que le nouvel article 1226 du Code civil exerce en droit du travail. À l'inverse de nos développements présentés dans notre sixième chapitre, il s'agit de cas de « déformation-amplification ». Ceci signifie qu'à notre sens, l'action du juge social – qui déforme à la marge certains aspects de la réglementation de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier afin de les mettre plus en conformité avec les spécificités de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail – aurait pour effet direct d'amplifier l'influence que la réforme du droit des contrats exerce dans le périmètre des relations de travail.

A. L'OBLIGATION DE MOTIVATION DU SALARIÉ

975. Selon le dictionnaire de l'Académie Française, la motivation renvoie au « fait de justifier par un motif »³⁹⁴³. Il se peut ainsi que l'auteur d'un acte juridique unilatéral doive énoncer – à son cocontractant, par exemple – les raisons pour lesquelles il a agi de la sorte. La législation travailliste n'ignore pas une telle obligation, que l'on trouve par exemple mise à la charge de

³⁹⁴² J. ICARD, « La prise d'acte de la rupture du contrat de travail ne suppose pas de mise en demeure préalable », préc.

³⁹⁴³ <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9M2927>.

l'employeur en matière de licenciement. En effet, postérieurement à l'entretien préalable qu'il se doit d'organiser³⁹⁴⁴, l'employeur notifie la rupture du contrat de travail au salarié, par le biais d'une lettre de licenciement³⁹⁴⁵. En application du second alinéa de l'article L. 1232-6 du Code du travail, ladite lettre « comporte l'énoncé du ou des motifs invoqués par l'employeur ». Ce dernier doit ainsi motiver le licenciement, en indiquant à l'ancien salarié les motifs qui ont justifié – selon lui – le licenciement. En la matière, la notification doit d'ailleurs être rédigée avec soin, puisque selon la formule consacrée, « la lettre de licenciement fixe les limites du litiges »³⁹⁴⁶. Imposée à l'employeur, cette obligation de motivation ne pèse pas sur le salarié qui prend acte de la rupture de son contrat de travail. La chambre sociale de la Cour de cassation a d'ailleurs précisé que le salarié qui, volontairement, motive auprès de l'employeur sa prise d'acte, n'est pas lié par les motifs qu'il y fait apparaître³⁹⁴⁷ ; il est donc autorisé d'en apporter de nouveaux devant le juge. La solution s'explique aisément ; si la prise d'acte n'est soumise à aucun formalisme, il n'y a pas lieu de sanctionner le salarié qui fait l'effort de la justifier auprès de son employeur, en lui interdisant d'évoquer d'autres motifs lors de sa saisine du Conseil de Prud'hommes.

976. L'auteur de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier est, conformément au nouvel article 1226, alinéa 3, du Code civil, soumis à une obligation de motivation, qui doit figurer dans la notification de la rupture. Nous l'avons précisé, selon-nous, les éléments qui apparaissent dans ladite notification n'ont pas comme propriété de « fixer les limites du litige »³⁹⁴⁸. Par contre, le créancier demeure soumis à l'obligation de motivation même lorsque

³⁹⁴⁴ Articles L. 1232-2 et s. du Code du travail.

³⁹⁴⁵ Article L. 1232-6 du Code du travail.

³⁹⁴⁶ Soc., 29 nov. 1990, n° 88-40.618, préc. Depuis l'entrée en vigueur du décret n° 2017-1702 du 15 déc. 2017, la formule adoptée par l'arrêt dit « Rogie » n'est toutefois plus totalement véridique. En effet, le nouvel article R. 1232-13 du Code du travail, créé par le décret susmentionné, dispose que « dans les quinze jours suivant la notification du licenciement, le salarié peut, par lettre recommandée avec avis de réception ou remise contre récépissé, demander à l'employeur des précisions sur les motifs énoncés dans la lettre de licenciement. L'employeur dispose d'un délai de quinze jours après la réception de la demande du salarié pour apporter des précisions s'il le souhaite. Il communique ces précisions au salarié par lettre recommandée avec avis de réception ou remise contre récépissé. Dans un délai de quinze jours suivant la notification du licenciement et selon les mêmes formes, l'employeur peut, à son initiative, préciser les motifs du licenciement ». Ainsi, sans pouvoir en apporter de nouveaux, l'employeur dispose de la faculté de préciser les motifs énoncés dans la lettre de licenciement, spontanément ou à la demande du salarié. Dès lors, la lettre de licenciement ne fixe plus totalement « les limites du litige », car des éléments additionnels peuvent être apportés postérieurement à son envoi par l'employeur. Sur ce sujet, V. not. A. FABRE, « La motivation du licenciement », préc. ; Y. LEROY, « Précision des motifs de licenciement : la grande illusion ? », *Dr. soc.* 2022. 805 ; F. PELLETIER, I. MOSTADI, « Ordonnances Macron : sécurisation des ruptures et motivation de la lettre de licenciement », *JCP N* 2018. 1199.

³⁹⁴⁷ Soc., 29 juin 2005, n° 03-41.966, préc.

³⁹⁴⁸ V. *supra*, n° 933. V. ég. G. LOISEAU, « La prise d'acte civilisée », préc.

l'urgence de sa situation l'autorise à se passer de toute mise en demeure en amont de la rupture du contrat³⁹⁴⁹.

977. L'opportunité d'imposer une obligation de motivation au salarié qui prend acte de la rupture de son contrat de travail a été doctrinalement questionnée³⁹⁵⁰. Il est vrai que, de prime abord, une telle obligation semble superfétatoire, pour des raisons que nous avons déjà évoquées. En effet, dans la mesure où le juge est nécessairement saisi postérieurement à la rupture du contrat de travail, les raisons qui ont motivé cette dernière sont dévoilées à la partie patronale au cours du procès, conformément au principe du contradictoire visé par l'article 15 du Code de procédure civile³⁹⁵¹. Il ne serait ainsi guère obligatoire d'imposer au salarié de motiver la notification de la résolution transmise au débiteur ; ce sera effectué dans le dossier transmis à la partie adverse devant le Conseil de Prud'hommes. Imposer au salarié de motiver la rupture du contrat de travail au sein de la notification de celle-ci ferait ainsi doublon avec les impératifs de l'instance judiciaire ; le salarié serait contraint d'exécuter deux fois la même obligation.

Partant, deux hypothèses peuvent être développées. Tout d'abord, il pourrait être envisagé de déformer substantiellement le nouvel article 1226 du Code civil, en supprimant de son régime toute référence à l'obligation de motivation lorsqu'il est appliqué dans l'optique de résoudre un contentieux inhérent à une prise d'acte de la rupture du contrat de travail. Cette solution, particulièrement radicale, répondrait aux craintes de ceux qui estimaient que l'obligation de motivation complexifierait trop la tâche du travailleur subordonné, en le contraignant d'informer l'employeur des motifs qui justifient – selon lui – la rupture du contrat de travail. Dans ce cas, le régime jurisprudentiel de cette dernière ne serait modifié que par l'exigence nouvelle d'une mise en demeure. Une seconde voie, plus conforme au nouveau droit commun des contrats, peut toutefois être empruntée ; l'obligation de motivation pourrait être

³⁹⁴⁹ V. *supra*, n° 934. Pour un avis contraire, V. not. Y. PAGNERRE, *L'extinction unilatérale des engagements*, Thèse, Paris 2, 2008, spé., n° 670 ; « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », préc.

³⁹⁵⁰ Pour le questionnement de la pertinence de l'obligation de motivation à la prise d'acte de la rupture du contrat de travail, V. not. Y. PAGNERRE, *ibid* ; G. LOISEAU, « La prise d'acte civilisée », préc. ; « Le repli sur soi », préc. ; J. ICARD, « La prise d'acte de la rupture du contrat de travail ne suppose pas de mise en demeure préalable », préc. Pour l'affirmation de l'inutilité d'une telle obligation dans ce contexte, V. not. S. TOURNAUX, « L'autonomie de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail », préc. ; J. MOULY, « La prise d'acte saisie par le nouvel article 1226 du Code civil ? », préc.

³⁹⁵¹ L'article 15 du Code de procédure civile dispose que « les parties doivent se faire connaître mutuellement en temps utile les moyens de fait sur lesquels elles fondent leurs prétentions, les éléments de preuve qu'elles produisent et les moyens de droit qu'elles invoquent, afin que chacune soit à même d'organiser sa défense ».

conservée, à condition d'en faire une application minimale. Elle serait dès lors allégée et ne pèserait que très peu sur l'auteur de la rupture du contrat de travail. Le professeur G. Loiseau estime ainsi qu'elle pourrait se limiter à « une notification par tous moyens »³⁹⁵², voire à être considérée comme « une simple règle de preuve de la volonté du salarié de rompre le contrat après mise en demeure ou sans mise en demeure préalable en cas d'urgence »³⁹⁵³. On pourrait imaginer que la motivation fournie se contente de reprendre les motifs évoqués par le salarié dans la mise en demeure, car la rupture du contrat de travail signifierait que l'inexécution de l'employeur a persisté. Ce serait en effet faire une application *a minima* de l'obligation de motivation que d'autoriser le salarié de réutiliser les arguments qu'il avait employés au sein de l'interpellation qui a précédé la rupture du contrat de travail.

Toutefois, dans cette hypothèse, qu'en serait-il lorsque la mise en demeure n'est pas obligatoire en raison d'une urgence caractérisée ? Le salarié, dans ce cas, ne pourrait simplement se satisfaire de réutiliser les arguments qu'il avait d'ores et déjà utilisés. Même en cas d'urgence – révélée par une situation particulièrement grave qui empêche la poursuite du contrat de travail – il nous semble que le salarié pourrait succinctement énoncer à l'employeur la cause de la résiliation du contrat de travail, d'autant plus si la notification ne fixe pas les limites du futur litige prud'homal. Le fait que cette supposition soit limitée aux seules situations les plus sérieuses simplifie d'ailleurs doublement la charge de l'obligation qui pèse sur le salarié ; elle ne doit être mise en œuvre que dans un nombre limité d'occurrences et, de surcroît, la gravité de l'inexécution de l'employeur devrait faciliter la rédaction des griefs qui lui sont adressés. En somme, si le juge venait à faire une appréciation souple de la motivation du salarié, comme le suggère certains auteurs³⁹⁵⁴, le régime de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail, certes alourdi par les règles de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier, ne constituerait qu'un obstacle franchissable pour le salarié ; la mise en demeure lui permettrait de maintenir le lien contractuel de travail, tandis que l'obligation de motivation ne lui demanderait un véritable effort rédactionnel qu'en cas d'urgence.

³⁹⁵² G. LOISEAU, « La prise d'acte civilisée », préc. ; « Le repli sur soi », préc.

³⁹⁵³ *Ibid.*

³⁹⁵⁴ V. not. Y. PAGNERRE, « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », préc. ; G. LOISEAU, « La prise d'acte civilisée », préc. ; « Le repli sur soi », préc. ; J. ICARD, « La prise d'acte de la rupture du contrat de travail ne suppose pas de mise en demeure préalable », préc.

978. L'allègement de l'obligation susmentionnée participerait à l'amplification de l'influence exercée par la réforme du droit des contrats en droit du travail. En réduire l'intensité simplifie en effet l'action du salarié, qui n'est guère freinée par la nécessité de rédiger avec soin une lettre comportant limitativement l'ensemble des reproches adressés à sa hiérarchie, au risque d'être sanctionné *a posteriori* par le juge. Aussi, l'action de la chambre sociale de la Cour de cassation permettrait en l'espèce d'accroître l'influence de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier en droit du travail, en la rendant plus attractive pour le travailleur subordonné. La prise d'acte de la rupture du contrat de travail pourrait, dès lors, connaître un regain d'utilisation, grâce aux apports de la réforme du droit des contrats.

979. Au-delà de cette légère déformation, il convient de s'interroger sur la sanction du travailleur subordonné qui ne méconnaîtrait le nouveau régime de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail. Le risque, en effet, est de nuire totalement à l'intérêt que présente le mécanisme pour lui, en privant la rupture du contrat de travail de tout effet indemnitaire.

B. LA SANCTION DE L'ABSENCE DE MISE EN DEMEURE

980. Avant de prendre l'initiative de rompre unilatéralement le contrat à ses propres risques et périls, le créancier est tenu – sauf urgence – de « donner au débiteur une ultime chance de s'exécuter »³⁹⁵⁵. Il doit ainsi le mettre en demeure de s'exécuter en lui indiquant, en sus, « qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation, [il] sera en droit de résoudre le contrat »³⁹⁵⁶. Cette formalité – qui prend la forme d'une interpellation suffisante³⁹⁵⁷ – profite au débiteur en l'autorisant à s'exécuter conformément aux termes de la convention. Partant, lorsque le créancier rompt le contrat sans mise en demeure préalable – et sans qu'il ne justifie de la moindre urgence – il porte atteinte aux intérêts du débiteur, qui n'a pu bénéficier de cette dernière possibilité de s'exécuter. Le créancier s'expose alors à une sanction fondée sur la violation du régime du nouvel article 1226 du Code civil et qui, selon nous, doit priver la résolution de tout effet³⁹⁵⁸.

³⁹⁵⁵ O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, préc., p. 575.

³⁹⁵⁶ Article 1226, alinéa 2, du Code civil.

³⁹⁵⁷ Article 1344 du Code civil.

³⁹⁵⁸ V. *supra*, n° 922 et s.

981. Si la chambre sociale de la Cour de cassation venait à retenir la même sanction – en cas d’absence de mise en demeure précédant la prise d’acte de la rupture du contrat de travail – ladite rupture serait donc remise en question. Cela nous paraît trop sévère pour le salarié, dont la prise d’acte était justifiée par les agissements de l’employeur et qui serait alors contraint de poursuivre la relation contractuelle. Deux arguments peuvent être portés au soutien de cet avis. Le premier tient à l’attractivité du mécanisme. En effet, il apparaît que si la prise d’acte était privée de tout effet si le salarié n’a pas préalablement mis son cocontractant en demeure de s’exécuter, le mécanisme perdrait énormément de son attrait pour le travailleur³⁹⁵⁹. Le second reflète le particularisme qui innerve la matière ; la sanction conduirait le salarié à se placer sous la subordination d’un employeur auquel des griefs étaient formulés. L’asymétrie de puissance contractuelle entre les deux parties nous pousse à considérer qu’en droit du travail, l’absence de mise en demeure ne devrait pas empêcher la prise d’acte de la rupture du contrat de travail de produire son effet extinctif.

982. En lieu et place de l’ineffectivité de la rupture, deux sanctions pourraient être consacrées ; cela marquerait la déformation du nouvel article 1226 du Code civil dans le contentieux du droit du travail. L’on pourrait tout d’abord raisonner par analogie avec la situation de l’employeur qui n’a pas respecté la procédure qui lui est imposée par le Code du travail en matière de licenciement. Dans les deux cas, en effet, l’une des parties prévient l’autre que le contrat qui les lie risque pourrait être rompu en raison des agissements de cette dernière, tout en se réservant le droit, ultérieurement, de le rompre effectivement. De même, l’entretien préalable au licenciement offre au salarié la possibilité de se défendre face aux reproches qui lui sont adressés par l’employeur, tandis que la mise en demeure qui précède la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier permet au débiteur de s’exécuter conformément à ses engagements. Aussi, dans la mesure où l’irrégularité d’un licenciement est sanctionnée par l’octroi au salarié de dommages et intérêts, dans la limite d’un mois de salaire³⁹⁶⁰, l’absence de

³⁹⁵⁹ V. not. G. LOISEAU, « La prise d’acte civilisée », préc.

³⁹⁶⁰ L’article L. 1235-2, alinéa 5, du Code du travail, relatif aux irrégularités de licenciement, dispose que « lorsqu’une irrégularité a été commise au cours de la procédure, notamment si le licenciement d’un salarié intervient sans que la procédure requise aux articles L. 1232-2, L. 1232-3, L. 1232-4, L. 1233-11, L. 1233-12 et L. 1233-13 ait été observée ou sans que la procédure conventionnelle ou statutaire de consultation préalable au licenciement ait été respectée, mais pour une cause réelle et sérieuse, le juge accorde au salarié, à la charge de l’employeur, une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire ». L’alinéa précédent du même article rappelle que si, en sus, le licenciement prononcé est dépourvu de toute cause réelle et sérieuse, « le préjudice résultant du vice de motivation de la lettre de rupture est réparé par l’indemnité allouée conformément aux dispositions de l’article L. 1235-3 ». Cela signifie que si un licenciement est à la fois sans cause réelle et sérieuse et irrégulier, l’indemnité spéciale relative à ladite irrégularité n’a pas à être accordée au salarié, car son préjudice

mise en demeure en matière de résolution unilatérale par notification ouvrirait, pour le débiteur qui n'a pas été mis en demeure, la possibilité de percevoir une indemnité compensatrice de son préjudice. Cette analogie ne convainc cependant pas. Et pour cause ; tandis que le licenciement spontané caractérise un manquement procédural de l'employeur, qui n'affecte en rien les critères de validité de l'acte³⁹⁶¹, la mise en demeure est érigée en condition *ad validitatem* de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier, si l'on se fie à l'actuelle jurisprudence qui se dessine au niveau des juridictions d'appel et à l'utilité qui lui est réservée par le législateur, à savoir accorder une dernière possibilité au débiteur de s'exécuter conformément à ses obligations. Dès lors, son inexécution ne concerne pas seulement la procédure prévue par le nouvel article 1226 du Code civil ; elle touche également à sa validité. Par conséquent, assimiler l'absence de mise en demeure à l'irrégularité d'un licenciement ne nous semble guère pertinent.

Partant de ce constat, une autre sanction propre au droit du travail – et d'ores et déjà connue de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail – pourrait être mise en œuvre. Lorsque les faits invoqués par le salarié au soutien de la rupture du contrat de travail ne sont pas jugés suffisants, ladite prise d'acte produit les effets d'une démission. Le travailleur perd alors son droit à indemnisation – si l'on excepte celle relative aux congés payés – et à une quelconque prise en charge étatique de la perte de son emploi. Il a été proposé de considérer que lorsque le salarié ne met pas l'employeur en demeure de s'exécuter en amont de la rupture du contrat de travail à ses torts, il devrait automatiquement être considéré comme démissionnaire³⁹⁶². Ainsi, « l'absence de mise en demeure préalable [...] doit se solder rigoureusement par l'imputation de la rupture aux torts du salarié »³⁹⁶³. Le salarié qui fait fi de l'obligation de mise en demeure serait donc sanctionné de façon similaire à celui qui ne démontre pas l'existence d'une inexécution suffisamment grave de son employeur. Le

est irréfragablement présumé comme étant indemnisé par les dommages et intérêts alloués au titre du licenciement sans cause réelle et sérieuse. Cette règle était, avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 sept. 2017, réservée aux seuls salariés qui, au moment du prononcé du licenciement sans cause réelle et sérieuse et irrégulier, possédaient plus de deux ans d'ancienneté dans une entreprise qui employait au moins onze salariés : V. not. Soc., 18 déc. 1978, n° 76-41.047 ; Soc., 22 juin 2017, n° 15-29.394. Elle est aujourd'hui généralisée à tous les salariés, peu importe l'ancienneté, et à toutes les entreprises, peu importe la taille : V. not. A. FABRE, « Contrat de travail à durée indéterminée : rupture – licenciement – droit commun », *Rep. trav.*, Dalloz, 2020, spé., n° 279 et s.

³⁹⁶¹ Selon l'article L. 1232-1 du Code du travail, la seule condition de validité du licenciement est la démonstration d'une cause réelle et sérieuse.

³⁹⁶² V. not. G. LOISEAU, « La prise d'acte civilisée », préc. ; Ch. GOLDIE-GENICON, « Droit commun des contrats et contrat de travail, 100 ans après », préc.

³⁹⁶³ G. LOISEAU, *ibid.*

mécanisme tiré du nouvel article 1226 du Code civil se trouverait soumis à une sanction travailliste, marquant sa déformation en droit du travail. Un parallèle pourrait alors être pertinemment réalisé avec la résolution judiciaire qui, prononcée par le juge social, ne produit guère les effets prévus par le nouveau droit commun des contrats, mais ceux d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Dans les deux hypothèses, ainsi, le mécanisme utilisé est issu du droit civil, mais la sanction de sa mise en œuvre est travailliste, afin de se conformer au particularisme des relations individuelles de travail.

983. Une telle déformation participerait à l'amplification de l'influence que produit la réforme du droit des contrats en droit du travail, par l'action de son juge. Lorsqu'il prend acte de la rupture de son contrat de travail, le salarié entend mettre fin à la relation de travail, en imputant des faits fautifs à son employeur. Surtout, il ne souhaite plus lui être subordonné. Partant, le mécanisme perdrait énormément de son intérêt si l'inexécution d'une formalité – quoiqu'essentielle, comme l'est la mise en demeure préalable – était sanctionnée par la poursuite judiciairement forcée du contrat de travail. La sanction remettrait en cause l'essence même de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail. Au contraire, si l'inexécution de l'obligation de mise en demeure rend la rupture imputable au travailleur – comme c'est d'ores et déjà le cas lorsque les faits avancés sont insuffisamment graves³⁹⁶⁴ – la prise d'acte de la rupture du contrat de travail, soumise au régime de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier, produit son effet résolutoire et condamne le salarié sur le plan indemnitaire. De la sorte, la sanction est à la fois adaptée au mécanisme de la prise d'acte et à l'intérêt moral du salarié, tout en étant suffisamment dissuasive pour éviter les ruptures purement opportunistes³⁹⁶⁵. La déformation du mécanisme permettrait ainsi, pour le salarié, le maintien de l'attractivité de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail. De la sorte, la mobilisation du nouveau droit commun des contrats par la chambre sociale de la Cour de cassation amplifierait l'influence que la réforme du 10 février 2016 produit en droit du travail.

³⁹⁶⁴ V. not. Soc., 19 janv. 2005, n° 03-43.018, préc.

³⁹⁶⁵ V. not. G. LOISEAU, « Le contrat de travail dans la réforme du droit des contrats », préc.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

984. La mise en œuvre du régime du nouvel article 1226 du Code civil en droit du travail a fait l'objet d'une littérature fournie³⁹⁶⁶ depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016. À cet égard, la majorité des auteurs se sont positionnés pour la soumission de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail au formalisme de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier. La chambre sociale de la Cour de cassation, elle, s'est prononcée contre dans un avis critiqué du 3 avril 2019³⁹⁶⁷.

985. À notre sens, ladite soumission s'impose pourtant doublement. Juridiquement, tout d'abord, car la nature jurisprudentielle de la prise d'acte est constitutive d'une lacune dans la législation travailliste. Cette lacune, conformément au nouvel article 1105 du Code civil³⁹⁶⁸, devrait être comblée par le recours au droit commun des contrats et plus précisément au nouvel article 1226 du Code civil. Dès lors, le régime de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail devrait être celui de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier. Il en résulterait l'amplification de l'influence minimale contrainte qu'exerce la réforme du droit des contrats en droit du travail.

986. En opportunité, ensuite. L'on s'est en effet aperçu que ces deux modes de rupture du contrat de travail partagent un certain nombre de similitudes notables. Ils autorisent ainsi tous deux la rupture unilatérale du contrat en raison d'une inexécution suffisamment grave commise par leur cocontractant. De surcroît, la saisine du juge – postérieure à la rupture du contrat – a pour objet d'imputer les conséquences de celle-ci à l'autre des parties. Il se constate ainsi une convergence des règles de fond des deux mécanismes. *A contrario*, leur procédure respective diverge ; là où la prise d'acte de la rupture du contrat de travail est exempte de tout

³⁹⁶⁶ V. not. L. BENTO DE CARVALHO, « L'étrange sauvetage de la prise d'acte de rupture du contrat de travail », préc. ; J. MOULY, « La prise d'acte saisie par le nouvel article 1226 du Code civil ? », préc. ; G. LOISEAU, « Droit civil et droit du travail : une relation instable », préc. ; « Le repli sur soi », préc. ; « La tentation de l'autonomie », préc. ; J. ICARD, « La prise d'acte de la rupture du contrat de travail ne suppose pas de mise en demeure préalable », préc. ; N. ANCIAUX, « Rupture du contrat de travail : le bannissement de l'article 1226 du Code civil », préc. ; Ch. GOLDIE-GENICON, « Droit commun des contrats et contrat de travail, 100 ans après », préc. ; D. HOUTCIEFF, « La prise d'acte tient la résolution unilatérale en état », préc. ; G. MÉGRET, « La prise d'acte de la rupture du contrat de travail : une résolution unilatérale du contrat de travail ? », *Gaz. Pal.* 28 mai 2019, p. 72 ; S. TOURNAUX, « L'autonomie de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail », préc.

³⁹⁶⁷ Soc., avis, 3 avr. 2019, n° 19-70.001, préc.

³⁹⁶⁸ V. *supra*, n° 44 et s.

formalisme³⁹⁶⁹, la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier ne peut faire suite – sauf urgence – qu’à la mise en demeure du débiteur défaillant et doit nécessairement être accompagnée d’une motivation.

La soumission dont il est question participerait de surcroît activement à la protection des acteurs des relations individuelles de travail, objectif que la chambre sociale de la Cour de cassation poursuit activement. En effet, l’obligation de mise en demeure offrirait à l’employeur une ultime chance de s’exécuter conformément à ses obligations, avant que le salarié ne puisse valablement prendre acte de la rupture de son contrat de travail. La rupture dudit contrat, si elle demeurerait immédiate³⁹⁷⁰, serait *a minima* précédée d’un avertissement ; l’employeur serait ainsi conscient du risque qu’il encourt s’il ne tient pas compte des griefs formulés par le salarié. Il ne s’agit d’ailleurs pas là du seul aspect positif de cette mise en demeure, qui pourrait permettre également au travailleur subordonné de retrouver de saines conditions de travail. Le lien contractuel de travail est ainsi temporairement maintenu ; ce n’est que si l’inexécution patronale perdure que le salarié pourra valablement rompre le contrat de travail par le truchement de la prise d’acte.

Plus encore, la mise en œuvre du nouvel article 1226 du Code civil en droit du travail imposerait au juge social d’apprécier moins strictement le manquement constitutif de la prise d’acte. Il lui suffirait d’apprécier si l’employeur s’est rendu coupable d’une « inexécution suffisamment grave », sans avoir à analyser – comme il le fait encore aujourd’hui³⁹⁷¹ – si celle-ci a emporté l’impossibilité de poursuivre le contrat de travail. L’attrait du mécanisme pour les deux parties audit contrat emporte, cette fois-ci, l’accroissement de l’influence théorique accueillie de la réforme dans les relations de travail.

987. Appliquée en terre travailliste, la disposition précitée devrait faire l’objet de légères déformations, propres à l’étendue de l’obligation de motivation mise à la charge du salarié et à la sanction de l’absence de mise en demeure en amont de la rupture du contrat de travail. S’agissant d’hypothèses de déformation-amplification, elles contribueraient activement au grossissement de l’influence du nouvel article 1226 du Code civil – et, partant, de la réforme

³⁹⁶⁹ Soc., 4 avr. 2007, n° 05-42.847, préc.

³⁹⁷⁰ Soc., 31 oct. 2006, n° 04-46.280, n° 06-42.158, n° 04-48.234, préc.

³⁹⁷¹ Soc., 30 mars 2010, n° 08-44.236, préc.

du droit des contrats – en droit du travail. En effet, malgré la sévérité dont fait montre la Haute Cour, le contentieux de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail demeure aujourd'hui fourni. Dès lors, à notre sens, la chambre sociale de la Cour de cassation – saisie au fond – devrait s'emparer de l'opportunité qui lui est présentée de soumettre le régime de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail aux règles de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier.

CONCLUSION DU TITRE 2

988. Le dernier titre de notre travail de recherche envisage le dépassement du degré minimal de l'influence produite par la réforme du droit des contrats en droit du travail, par l'entrejeu de la chambre sociale de la Cour de cassation. Dans cette optique, le juge social s'avère en effet être l'unique contributeur ; seule la réalisation de son office³⁹⁷² est susceptible d'accroître ladite influence, par la mobilisation volontaire³⁹⁷³ ou l'interprétation des règles générales civilistes. Partant, puisqu'elle dépend tout entière de l'action judiciaire³⁹⁷⁴ – et donc d'un élément qui lui est étranger – l'amplification de ladite influence ne peut être évoquée qu'au conditionnel. On peut la concevoir dans deux domaines distincts, que sont la quête d'un plus grand équilibre contractuel et la réglementation de l'inexécution du contrat.

989. Dans le cadre de cette quête, tout d'abord, il apparaît que le nouveau droit commun des contrats possède plusieurs mécanismes dont l'utilité est évidente, en ce qu'ils permettent d'amenuiser certains déséquilibres, qui résultent du contrat lui-même ou de la puissance des contractants³⁹⁷⁵. Interprétés par le juge social à l'aune du particularisme des relations de travail – et notamment du lien de subordination qui grève la relation entre les parties au contrat de travail – ces textes pourraient (re)gagner en attractivité pour le salarié. Subséquemment, leur influence en terre travailliste s'accroîtrait ; l'intervention judiciaire serait alors vectrice d'une telle amplification, grâce à la réactivation de l'utilité des règles générales pour le travailleur subordonné.

En sus, la recherche de l'équilibre contractuel pourrait également passer par la mobilisation délibérée d'autres dispositions du nouveau droit commun des contrats. Celles-ci,

³⁹⁷² S'il accepte de mettre en œuvre le nouveau droit commun des contrats pour répondre à un contentieux travailliste, ce qui n'est guère certain.

³⁹⁷³ Sans qu'elle ne soit contrainte par le nouvel article 1105 du Code civil.

³⁹⁷⁴ C'est ce qu'affirmait le professeur A. LYON-CAEN lors d'un entretien qu'il a eu la gentillesse de nous accorder lors des rencontres doctorales bordelaises qui se sont déroulé les 8 et 9 juillet 2021.

³⁹⁷⁵ Ce sont les mécanismes dont le champ d'application a été strictement cadenassé par le Gouvernement à l'occasion de l'ordonnance du 10 févr. 2016, puis par le Parlement lors de la rédaction de la loi du 20 avr. 2018, à savoir la définition et le régime du contrat d'adhésion ou le vice de violence pour abus de l'état de dépendance.

dont l'influence est bien plus timide, présentent également une utilité certaine, à la fois pour le salarié³⁹⁷⁶, ses représentants au niveau collectif³⁹⁷⁷ ou pour l'employeur³⁹⁷⁸.

990. L'action amplificatrice du juge social se décèle plus encore dans le cadre de la réglementation de l'inexécution contractuelle, principalement par le biais du nouvel article 1226 du Code civil, relatif à la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier. Repoussée des berges travaillistes par la chambre sociale de la Cour de cassation, l'application de celui-ci à la prise d'acte de la rupture du contrat de travail présente pourtant plusieurs intérêts majeurs, pour l'employeur³⁹⁷⁹ comme pour le travailleur subordonné³⁹⁸⁰. À notre sens, un revirement jurisprudentiel s'impose. Il participerait activement à l'accroissement de la protection des intérêts des parties au contrat de travail et, indirectement, à celui de l'influence exercée par le nouveau droit commun des contrats dans les relations de travail.

991. Bien que seulement hypothétique, cette amplification peut trouver un fondement dans certaines décisions jurisprudentielles, qui en ont posé les premiers jalons³⁹⁸¹. Le pendule, métaphore de notre influence, pourrait ainsi parfaitement osciller au-dessus du degré minimal que nous avons fixé, par le truchement de la mobilisation volontaire des mécanismes civilistes par le juge du travail et de l'interprétation sociale qu'il pourrait faire de certaines règles générales.

³⁹⁷⁶ Exemple des articles 1162 et s. du Code civil.

³⁹⁷⁷ *Ibid.*

³⁹⁷⁸ Exemple de l'article 1195 du Code civil.

³⁹⁷⁹ Comme la faculté qui lui est offerte de cesser les agissements qui lui sont reprochés par le salarié sans pour autant être attiré devant le Conseil de Prud'hommes. V. *supra*, n° 956 et s.

³⁹⁸⁰ Comme la possibilité de recouvrer des conditions normales de travail par le truchement de la mise en demeure, par exemple. V. *supra*, n° 961 et s.

³⁹⁸¹ Par exemple, Civ., 2^e, 9 déc. 2021, n° 20-10.096, préc., au sujet de la nullité d'un acte sur le fondement du nouvel article 1143 du Code civil sans démonstration d'un abus, celui-ci étant caractérisé de la démonstration cumulée d'un état de dépendance et d'un avantage manifestement excessif ou, *a minima*, l'objectivation de la caractérisation dudit abus, s'il est exigé, position adoptée par la chambre sociale de la Cour de cassation dans le contentieux de la clause de mobilité (V. *supra*, n° 856).

CONCLUSION DE LA PARTIE 2

992. Résultat de la contrainte juridique³⁹⁸² et du déséquilibre de pouvoirs propres aux relations de travail³⁹⁸³, le degré minimal de l'influence que la réforme du droit des contrats exerce en droit du travail ne reflète pas avec exactitude celle qui y est réellement diffusée. Et pour cause, elle-même est soumise à des influences diverses, qui l'attirent dans des directions diamétralement opposées.

993. Chronologiquement, le premier mouvement à mettre en lumière est celui de son altération. Celui-ci est d'ores et déjà visible et possède, à ce titre, un caractère certain. Il se perçoit donc à travers un raisonnement avant tout déductif. En effet, avant même que l'ordonnance du 10 février 2016 ne soit publiée – et, *a fortiori*, entrée en vigueur – le Gouvernement avait cantonné la portée de certaines de ses dispositions, par rapport au projet d'ordonnance publié une année auparavant, dans l'optique d'en limiter l'accès pour le justiciable. Cette première vague altérante a été suivie de près par une seconde, qui a pris les traits de la loi de ratification du 20 avril 2018, par laquelle les deux chambres du Parlement ont pris à leur compte la volonté conservatoire du Gouvernement. De ce fait, trois mécanismes, porteurs de la fibre de la justice contractuelle, ont vu leur champ d'application respectif être strictement encadré par le Code civil : le devoir précontractuel d'information, le contrat d'adhésion et son régime et le vice de violence pour abus de l'état de dépendance.

En théorie pourtant, en raison de leur contenu favorable à la partie faible d'une relation contractuelle, ces différentes dispositions devaient jouer un rôle prépondérant dans l'influence produite par le nouveau droit commun des contrats dans les relations de travail.

994. De surcroît, il nous semble acté que le droit du travail n'acceptera pas toujours l'immixtion civiliste en son sein³⁹⁸⁴. Conservatrice, la chambre sociale de la Cour de cassation a, de tout temps, opéré une mise en œuvre alternative des règles générales dans le contentieux travailliste. Plus précisément, il apparaît qu'elle en rejette l'application conforme toutes les fois

³⁹⁸² Imposée par le nouvel article 1105 du Code civil : V. *supra*, n° 44 et s.

³⁹⁸³ Qui peut générer un intérêt de la partie faible pour les nouveaux mécanismes civilistes susceptibles de lui offrir une protection supplémentaire.

³⁹⁸⁴ En dépit des dispositions du nouvel article 1105 du Code civil qui l'imposent chaque fois qu'un conflit de normes ne peut pas être caractérisé : V. *supra*, *op. cit.*

où celle-ci semble inadaptée au contexte dans lequel elle doit être judiciairement mobilisée. En lieu et place, le juge social opte parfois pour déformer la règle. Cette action peut avoir pour effet de réduire l'influence du mécanisme déformé³⁹⁸⁵. Plus encore, il choisit en certaines circonstances d'évincer tout bonnement le droit commun des contrats des relations de travail. Dans ce cas, la règle ne peut y produire aucune sorte d'effet, puisque sa mise en œuvre a été rejetée. Le passage de la norme générale à travers le filtre du juge social érode ainsi l'influence théorique qu'elle aurait pu diffuser à travers le droit du travail.

995. Le second mouvement est celui de l'amplification de l'influence précitée. Il ne peut, cependant, faire l'objet que d'un raisonnement prospectif, dans la mesure où sa réalité n'est qu'incertaine. En parallèle de son action altérante, il apparaît que la chambre sociale de la Cour de cassation puisse également agir de manière bénéfique pour le degré de cette influence. Pour ce faire, elle dispose de deux voies.

Tout d'abord, elle peut réaliser une application délibérée de certains mécanismes civilistes, dont la mise en œuvre n'était pas commandée par le nouvel article 1105 du Code civil. Par ce biais, la règle générale produit une influence en terre travailliste, alors même que rien ne l'imposait. Cela a pour effet d'emporter cette influence au-delà de la borne minimale que nous avons estimée. Cette alternative – qui s'avère être la principale, à tout le moins d'un point de vue quantitatif, relatif au nombre de mécanismes civilistes concernés – intéresse aussi bien des dispositions qui ne présentent qu'un attrait mince pour le droit du travail³⁹⁸⁶ qu'une autre, la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier, dont l'influence pourrait être importante³⁹⁸⁷.

Ensuite, elle est en mesure de procéder à une déformation amplifiante de la norme. Lors de sa mise en œuvre, le juge social peut ainsi départir la règle d'une ou plusieurs de ses conditions application³⁹⁸⁸, voire les interpréter de manière à les adapter au droit du travail et à

³⁹⁸⁵ Par rapport à l'influence qu'il aurait produite s'il ne l'avait pas été.

³⁹⁸⁶ Comme ce peut être le cas de la théorie de l'imprévision ou de l'ensemble de règle qui remplace le mécanisme de la cause dans le Code civil.

³⁹⁸⁷ V. *supra*, n° 990 et s.

³⁹⁸⁸ Ce peut être le cas au sujet de l'obligation de motivation qui pèse sur le créancier qui rompt unilatéralement le contrat en raison d'une inexécution suffisamment grave commise par son cocontractant, voire, comme nous l'avons indiqué ci-dessus, de la nécessité de démontrer l'existence d'un abus sur le fondement du vice de violence pour abus de l'état de dépendance.

ses nombreuses spécificités³⁹⁸⁹. Or, par sa mise en conformité avec le contexte travailliste, la règle renforce son utilité et, par voie de conséquence, son influence.

996. L'on constate ainsi que la chambre sociale de la Cour de cassation possède, en la matière, un double rôle difficilement conciliable. Elle est, d'un côté, l'un des deux moteurs³⁹⁹⁰ de l'altération certaine de l'influence du nouveau droit commun des contrats en droit du travail³⁹⁹¹. De l'autre, elle pourrait être à l'origine d'un mouvement amplificateur totalement opposé. Cela fait du juge l'acteur majeur des fluctuations qui, depuis 2016 et à l'avenir, font varier le degré de cette influence.

³⁹⁸⁹ Ce peut être le cas de l'interprétation objective de l'abus de dépendance ou du déséquilibre significatif généré par une clause abusive, de la conception minimale faite de l'avantage manifestement excessif ou de la modification de la sanction du vice de violence pour abus de l'état de dépendance lorsque la conclusion du contrat de travail est viciée.

³⁹⁹⁰ Aux côtés du législateur, pris au sens large comme englobant à la fois le Gouvernement (ordonnance du 10 févr. 2016) et le Parlement (loi du 20 avr. 2018). V. *supra*, n° 564 et s.

³⁹⁹¹ Par la déformation-altération des règles ou leur éviction du contentieux travaillistes, lorsqu'elles présentent un risque pour la matière ou ses acteurs. V. *supra*, n° 715 et s.

CONCLUSION GÉNÉRALE

997. La réforme engagée par l'ordonnance du 10 février 2016, point de départ chronologique de notre étude, a emporté la remise au jour d'un Code civil devenu quelque peu désuet en raison de l'écoulement du temps et des révolutions technologiques, industrielles et sociétales intervenues depuis 1804. Le cap du Gouvernement, fixé par la loi d'habilitation à réformer le droit des contrats, du régime et de la preuve des obligations par voie d'ordonnance³⁹⁹², était ainsi clairement établi : sécuriser les transactions, accroître l'attractivité du droit commun des contrats français, accentuer l'accessibilité de la règle juridique et renforcer la protection de la partie faible à un contrat. Au final, il a été moins question de bouleverser le droit commun des contrats que d'actualiser le Code civil afin qu'il redevienne la source première régissant les contrats, place qu'il avait perdu au profit de la jurisprudence de la Cour de cassation³⁹⁹³. Sur la base de ces différents constats, la doctrine travailliste qui s'est prononcée sur le sujet a considéré que cette réforme produirait en droit du travail une influence au mieux modérée³⁹⁹⁴.

998. Dans la mesure où cette influence se présente sous la forme d'un tout, parvenir à en quantifier le degré exact est ardu. Partant, il est impératif de parvenir de la borner, en commençant par rechercher son point le plus faible. Autrement formulé, nous avons cherché à déterminer l'influence que la réforme produit nécessairement en droit du travail, si tant est que ses règles soient appliquées strictement.

Dans cette tâche, nous avons mis en évidence le fait que cette influence minimale repose un socle double. Un socle solide, tout d'abord, qui prend la forme des directives commandées par le nouvel article 1105 du Code civil³⁹⁹⁵, selon lequel le droit commun des contrats a non seulement vocation à combler les lacunes présentent au sein des branches spéciales du droit

³⁹⁹² Loi n° 2015-177 du 16 févr. 2015.

³⁹⁹³ On se souvient de la phrase de G. CORNU, « Regards sur le Titre III du Livre III du Code civil », préc., pour lequel « la pérennité formelle du titre III du livre III du Code civil constitue une apparence trompeuse. La lettre de la loi n'a pas changé [...] mais c'est un support creux [...]. Le titre des contrats ne contient plus le vrai droit des obligations. Il est devenu un mauvais témoin, un faux témoin de son évolution réelle. La loi écrite est dépassée par le droit vivant ».

³⁹⁹⁴ V. not. L. BENTO DE CARVALHO, « L'incidence de la réforme du droit des contrats sur le régime du contrat de travail : renouvellement ou *statu quo* ? », préc. ; Ch. RADÉ, « L'impact de la réforme du droit des contrats en droit du travail », préc. ; Y. PAGNERRE, « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », préc. ; G. LOISEAU, « Le contrat de travail dans la réforme du droit des contrats », préc.

³⁹⁹⁵ Ce que nous avons nommé sous la formule « influence minimale contrainte ».

privé, mais également à cohabiter avec les règles spéciales existantes en l'absence de tout conflit entre les normes³⁹⁹⁶. Par ce biais, le droit du travail est en principe contraint d'accueillir les nouvelles règles générales en son sein. Cette contrainte constitue la première expression de l'influence minimale diffusée en droit du travail par la réforme du droit des contrats.

Elle se double d'un socle évolutif, dépendant en grande partie de la pratique travailliste et de l'intérêt qu'ont les acteurs des relations de travail à se saisir de certains mécanismes aujourd'hui insérés dans le sous-titre I du titre III du livre III du Code civil³⁹⁹⁷. L'accueil, en l'espèce, n'est plus contraint et forcé ; il est volontaire et délibéré. Cette influence accueillie concerne avant tout les textes imprégnés de justice contractuelle, tels que le devoir précontractuel d'information, le contrat d'adhésion ou le vice de violence pour abus de l'état de dépendance.

999. Puisque certaines dispositions sont appelées à être particulièrement influentes en droit du travail, principalement à l'initiative du travailleur subordonné, nous estimons que le degré minimal de cette influence est relativement élevé ; le nouveau droit commun des contrats est susceptible d'entraîner certains chamboulements d'ampleur dans les relations de travail, notamment parce que la jurisprudence sociale n'est aujourd'hui plus en mesure de valablement déroger aux règles légales civilistes³⁹⁹⁸.

1000. Toutefois, cette première borne n'est aucunement incompressible, puisqu'elle repose sur la fiction selon laquelle le droit issu de la réforme serait appliqué conformément à sa lettre, à la fois dans sa structure³⁹⁹⁹ et dans la récurrence de sa mobilisation⁴⁰⁰⁰. La confrontation de

³⁹⁹⁶ En cas de conflit de normes, par contre, la règle spéciale travailliste doit être mise en oeuvre par préférence. Elle évince dès lors l'application du droit commun des contrats. Toutefois, nous l'avons détaillé, les hypothèses de conflit de normes entre le droit du travail et la réforme du droit des contrats sont particulièrement rares : V. *supra*, n° 237 et s.

³⁹⁹⁷ Ce que nous avons nommé sous la formule « influence minimale accueillie ».

³⁹⁹⁸ L'application du nouveau droit commun des contrats entraînerait la remise en cause de certaines solutions de la chambre sociale de la Cour de cassation, comme l'interdiction faite à l'employeur de solliciter la résiliation judiciaire du contrat de travail, la conception atrophiant du dol de l'aspirant salarié ou le rejet des règles de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier lorsque le salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail : V. *supra*, n° 190 et s.

³⁹⁹⁹ Conformément au nouvel article 1105 du Code civil, les règles générales civilistes, mobilisées en droit du travail, doivent être appliquées strictement, c'est-à-dire sans déformation d'aucune sorte de leur condition de validité, de mise en oeuvre ou de leur sanction.

⁴⁰⁰⁰ Conformément au nouvel article 1105 précité, les règles spéciales travaillistes ne peuvent valablement évincer les règles générales civilistes qu'en cas de conflit de normes, c'est-à-dire, selon notre conception, en cas d'identité d'objet, de nature et d'une antinomie de leur solution respective. À défaut, l'éviction du droit commun des contrats n'est pas fondée.

cette influence minimale avec la réalité de la pratique contractuelle et judiciaire travailliste met en lumière d'inévitables fluctuations.

1001. Celles-ci sont d'abord à la fois certaines et négatives. Sans une volonté partagée par le Gouvernement et les deux chambres du Parlement, ladite influence aurait sans aucun doute été plus importante. En effet, le législateur – qu'il ait agi par ordonnance ou par la promulgation d'une loi – a cherché à limiter l'utilisation des règles qui présentent le plus d'attrait pour le salarié, ce qui nuit évidemment à leur influence en droit du travail. De surcroît – et c'est là l'expression de la fiction susmentionnée – la chambre sociale de la Cour de cassation rejette parfois, sans véritable fondement légal, la mise en œuvre du droit commun des contrats⁴⁰⁰¹ pour résoudre les litiges qui lui sont présentés, altérant un peu plus encore l'influence minimale mise en exergue.

1002. Elles sont ensuite éventuelles et positives. À l'instar du salarié, il est des hypothèses dans lesquelles le juge social possède, à notre sens, tout intérêt à se saisir volontairement des règles qui résultent de la réforme. Plus encore, il y a lieu d'envisager la déformation de certaines règles générales, dans l'optique de les rendre plus conformes aux motivations des parties au litige, mais également et surtout aux spécificités propres à la matière travailliste. Or, si ces déformations peuvent parfois altérer notre influence⁴⁰⁰², il est d'autres cas, plus éparses, dans lesquels elle contribue à son amplification⁴⁰⁰³.

1003. De tout cela résulte un double constat, mêlé de certitude et de projection. En premier lieu, il est acquis que l'influence réellement exercée par le nouveau droit commun des contrats en droit du travail puisse être inférieure à celui que nous nous sommes attachés à déterminer dans notre première partie, puisque les actions altérantes du législateur et du juge social peuvent d'ores et déjà se vérifier. Cependant, en second lieu, il est envisageable que l'intervention de la chambre sociale de la Cour de cassation mène le curseur bien au-delà du minimal évoqué. L'interprétation de certains mécanismes sous un prisme travailliste⁴⁰⁰⁴ pourrait en effet, selon nous, contribuer à une amplification d'importance de leur influence dans les relations de travail.

⁴⁰⁰¹ Ou en fait application, mais de façon déformée : V. *supra*, n° 704 et s.

⁴⁰⁰² Ce sont des cas de déformation-altération de l'influence de la réforme. *Ibid.*

⁴⁰⁰³ Ce sont des cas de déformation-amplification de l'influence de la réforme V. *supra*, n° 770 et s.

⁴⁰⁰⁴ V. *supra*, *op. cit.*

1004. En somme, l'influence de la réforme du droit des contrats en droit du travail demeure en chantier. Ses fondations, constituées par le double socle précité, sont clairement posées. Le reste de la construction est laissé entre les mains du juge social. Animé par un sentiment conservateur⁴⁰⁰⁵, il mènera cette influence en-deçà de notre borne minimale. Mué par la volonté de renforcer la protection des intérêts de ses acteurs principaux, que sont l'employeur, le salarié et ses représentants à la négociation collective, il serait à même à la conduire au-delà. La réponse définitive dépendra ainsi de la philosophie qu'adoptera, à cet égard, la chambre sociale de la Cour de cassation.

⁴⁰⁰⁵ V. not. G. LOISEAU, « La tentation de l'autonomie », préc., qui parle d'une attitude défensive de la chambre sociale de la Cour de cassation à l'égard des règles générales.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX, MANUELS, TRAITÉS :

ANCEL, (F.), FAUVARQUE-COSSON, (B.), GEST, (J.), *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2017.

ARNAUD, (A.-J.), (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ – Bibliothèque de droit privé, 2^e éd., 1993.

AUBRY, (Ch.), RAU, (Ch.-F.), *Cours de droit civil français*, Paris, Imprimerie et Librairie générale de jurisprudence Marchal et Billard, t. 6, 5^e éd., 1920.

AUZERO, (G.), BAUGARD, (D.), DOCKÈS, (E.),

___ *Droit du travail*, Paris, Dalloz, 33^e éd., 2020.

___ *Droit du travail*, Paris, Dalloz, 35^e éd., 2022.

___ *Droit du travail*, Paris, Dalloz, 36^e éd., 2023.

BÉLIER, (G.), LEGRAND, (H.-J.), CORMIER LE GOFF, (A.), *Le nouveau droit de la négociation collective, acteurs et accords*, Alphen-sur-le-Rhin, Wolters Kluwer, 6^e éd., 2018.

BRUN, (A.), GALLAND, (H.), *Traité de droit du travail*, Sirey, t. 1, 2^e éd., 1958.

BUFFELAN-LANORE, (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Droit civil. Les obligations*, Paris, Sirey, 14^e éd., 2016.

CABRILLAC, (R.),

___ *Droit des obligations*, Paris, Dalloz, 14^e éd., 2020.

___ *Droit des obligations*, Paris, Dalloz, 15^e éd., 2022.

CALAIS-AULOY, (J.), TEMPLE, (H.), *Droit de la consommation*, Paris, Dalloz, 9^e éd., 2015.

CALAIS-AULOY, (J.), TEMPLE, (H.), DÉPINCÉ, (M.), *Droit de la consommation*, Paris, Dalloz, 10^e éd., 2020.

CAMERLYNCK, (G.-H.), (dir.),

___ *Traité de droit du travail*, Paris, Dalloz, t. 1, 2^e éd., 1982.

___ *Traité de droit du travail*, Paris, Dalloz, t. 7, 2^e éd., 1989.

CAPITANT, (H.),

___ *De la cause des obligations (Contrats, Engagements unilatéraux, Legs)*, Paris, Dalloz, 3^e éd., 1927.

___ *De la cause des obligations*, Paris, Dalloz, 1933.

CARBONNIER, (J.),

___ *Droit civil. Les obligations*, Paris, PUF, 22^e éd., 2000.

___ *Droit civil. Les personnes – La famille*, Paris, PUF, t. 1, 2004.

___ *Droit civil. Les personnes*, Paris, PUF, 14^e éd., 1982.

CATALA, (N.), *L'entreprise, Traité de droit du travail*, Paris, Dalloz, t. 4, 1980.

CHAINAIS, (C.), FERRAND, (F.), MAYER, (L.), GUINCHARD, (S.), *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil*, Paris, Dalloz, 35^e éd., 2020.

CHÉNÉDÉ, (F.),

___ *Le nouveau droit des obligations*, Paris Dalloz, 2^e éd., 2018.

___ *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidations, innovations, perspectives*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 2019.

CORNU, (G.),

___ *Droit civil. Introduction*, Paris, Montchrestien, 13^e éd., 2007.

___ *Linguistique juridique*, Paris, Montchrestien, 3^e éd., 2005.

___ *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 8^e éd., 2007.

___ *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 12^e éd., 2018.

___ *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 14^e éd., 2022.

COUTURIER, (G.), *Droit du travail. Relations individuelles*, Paris, PUF, 3^e éd., 1996.

DELAMARRE, (E.), *Traité théorique et pratique de droit commercial*, Paris, t. 4, 1861.

DEMOLOMBE, (Ch.), *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, Paris, Librairie Auguste Durand, t. 1, 1868.

DEUMIER, (P.), *Introduction générale au droit*, Paris, LGDJ, 2^e éd., 2013.

DIDIER, (P.), DIDIER (Ph.), *Droit commercial. Introduction générale. L'entreprise commerciale*, Paris, Economica, t. 1, 2005.

DOMAT, (J.), *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, 1664.

DURAND, (P.), *Traité de droit du travail*, Paris, Dalloz, t. 1, 1947.

DURAND, (P.), VITU, (A.), *Traité de droit du travail*, Paris, Dalloz, t. 3, 1956.

DURANTON, (A.), *Cours de droit français suivant le Code civil*, Paris, éd., E. GUILBERT, t. 18, 4^e éd., 1825.

FABRE-MAGNAN, (M.), *Droit des obligations – Contrat et engagement unilatéral*, Paris, PUF, 4^e éd., 2016.

FAGES, (B.), *Droit des obligations*, Paris, LGDJ, 7^e éd., 2017.

FLOUR, (J.), AUBERT, (J.-L.), SAVAUX, (É.),

___ *Droit civil, Les obligations*, Paris, Dalloz, t. 1, 14^e éd., 2010.

___ *Droit civil, Les obligations*, Paris, Dalloz, t. 1, 16^e éd., 2014.

___ *Droit civil, Les obligations*, Paris, Dalloz, t. 1, 17^e éd., 2022.

GHESTIN, (J.),

___ *La formation du contrat*, Paris, LGDJ, 3^e éd., 1993.

___ *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat : formation*, Paris, LGDJ, t. 2, 2^e éd., 1988.

GHESTIN, (J.), GOUBEAUX, (G.), FABRE-MAGNAN, (M.), *Traité de droit civil. Introduction générale*, Paris, LGDJ, 4^e éd., 1994.

GHESTIN, (J.), JAMIN, (Ch.), BILLIAU, (M.), *Traité de droit civil. Les effets du contrats*, Paris, LGDJ, 3^e éd., 2001.

GHESTIN, (J.), SERINET, (Y.-M.), LOISEAU, (G.), *La formation du contrat*, Paris, LGDJ, 4^e éd., 2013.

GUETTIER, (Ch.), LE TOURNEAU, (Ph.), BLOCH, (C.), GIUDICELLI, (A.), JULIEN, (J.), KRAJESKI, (D.), POUMARÈDE, (M.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris, Dalloz, 2020.

GUILLIEN, (R.), VINCENT, (J.), *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 8^e éd., 1990.

JAVILLIER, (J.-C), *Droit du travail*, Paris, LGDJ, 1^e éd., 1978.

JOSSERAND, (L.), *Cours de droit civil positif français : conforme aux programmes officiels des facultés de droit mis au courant des lois, des décrets lois, de la jurisprudence et de la doctrine*, Paris, LGDJ, t. 2, 9^e éd., 1923.

LARROUMET, (Ch.), BROS, (S.), *Traité de droit civil*, Paris, Economica, t. 3, 10^e éd., 2021.

LAURENT, (F.), *Principes de droit civil*, Bruxelles, Bruylant, 1875.

LEQUETTE, (Y.), TERRÉ, (F.), SIMLER, (Ph.),

___ *Droit civil. Les obligations*, Paris, Dalloz, 8^e éd., 2022.

___ *Droit civil. Les obligations*, Paris, Dalloz, 10^e éd., 2009.

LEQUETTE, (Y.), TERRÉ, (F.), SIMLER, (Ph.), CHÉNÉDÉ, (F.), *Droit civil. Les obligations*, Paris, Dalloz, 12^e éd., 2018.

LOCRE, (G.-J.),

___ *Esprit du Code de commerce*, Garnery, 1811.

___ *La législation civile, commerciale et criminelle de la France ou commentaire et complément des Codes français*, Paris, t. 1, 1827.

___ *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou commentaire et complément des Codes français*, Paris, t. 4, 1827.

MALAURIE, (Ph.), AYNÈS, (L.), STOFFEL-MUNCK, (Ph.), *Droit des obligations*, Paris, LGDJ, 9^e éd., 2017.

MALINVAUD, (Ph.), FENOUILLET, (D.), *Droit des obligations*, Paris, Litec, 11^e éd., 2010.

MALINVAUD, (Ph.), FENOUILLET, (D.), MEKKI, (M.), *Droit des obligations*, Paris, LexisNexis, 13^e éd., 2014.

MATHIEU, (B.), *Les sources du droit du travail*, Paris, PUF, 1992.

MONTESQUIEU, (Ch. L.), *De l'esprit des lois*, Genève, 1748.

PASQUIER, (C.), *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, Paris, Sirey, 1967.

PÉLISSIER, (J.), LYON-CAEN, (A.), JEAMMAUD, (A.), DOCKÈS, (E.), LYON-CAEN, (G.),

___ *Les grands arrêts du droit du travail*, Paris, Dalloz, 3^e éd., 2004.

___ *Les grands arrêts du droit du travail*, Paris, Dalloz, 4^e éd., 2008.

PESKINE, (E.), WOLMARK, (C.), *Droit du travail*, Paris, Dalloz, HyperCours, 14^e éd., 2021.

PICOD, (Y.), *Droit de la consommation*, Paris, Sirey, 4^e éd., 2018.

PLANIOL, (M.), RIPERT, (G.), *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, Librairie générale du droit et de la jurisprudence, t. 2, 9^e éd., 1923.

POTHIER, (R.-J.),

___ *De la vente*, Paris, Debure, 1762.

___ *Traité des obligations*, Paris, Thomine et Fortic, t. 1, 1821.

QUÉTANT, (G.-P.), VILLEBRUN, (J.), *Traité de la juridiction prud'homale*, Paris, LGDJ, 3^e éd., 1998.

ROLAND, (H.), BOYER, (L.), *Adages du droit français*, Paris, LexisNexis, 4^e éd., 1999.

ROPPO, (V.), *Il contratto*, Giuffrè, 2001.

ROUAST, (A.), DURAND, (P.), *Précis de législation industrielle (droit du travail)*, Paris, Dalloz, 4^e éd., 1953.

STARCK, (B.), ROLAND, (H.), BOYER, (L.), *Droit civil, Les obligations – Le contrat*, Paris, Litec, 6^e éd., 1998.

TEYSSIÉ, (B.), CÉSARO, (J.-F.), MARTINON, (A.), *Droit du travail : Relations individuelles*, Paris, LexisNexis, 2014.

TOULLIER, (C.-B.-M.), *Le droit civil français selon l'ordre du code*, Warée, t. 6, 4^e éd., 1824.

ZENATI-CASTAING, (F.), REVET, (Th.),

___ *Cours de droit civil. Contrats Théorie générale. Quasi-contrats*, Paris, PUF, 2014.

___ *Cours de droit civil. Contrats Théorie générale. Quasi-contrats*, Paris, PUF, 2018.

II. OUVRAGES SPÉCIAUX, THÈSES DE DOCTORAT, MONOGRAPHIES :

ALISSE, (J.), *L'obligation de renseignement dans les contrats*, Thèse de doctorat, sous la direction de N. CATALA, Paris 2, 1975.

AMSELEK, (P.), (dir.), *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, PUF, 1986.

ANDRONESCO, (D.), *L'inégalité des prestations dans le contrat*, Thèse de doctorat, Paris, 1922.

ANTONMATTEI, (P.-H.), *Contribution à l'étude de la force majeure*, Thèse de doctorat, sous la direction de B. TEYSSIÉ, Montpellier 1, 1992.

ATLAS, (C.), *Questions et réponses du droit*, Paris, PUF, 2009.

AYNÈS, (L.), *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Paris, Economica, 1984.

BAIAS, (F.-A.), DINCKA, (R.), (dir.), *Le nouveau Code civil roumain : vu de l'intérieur – vu de l'extérieur*, Université de Bucarest, 2014.

BAKOUCHE, (D.), *L'excès en droit civil*, Paris, LGDJ, 2005.

BALAT, (N.), *Essai sur le droit commun*, Thèse de doctorat, sous la direction de M. GRIMALDI, Paris 2, 2014.

BÉHAR-TOUCHAIS, (M.), (dir.), *Comparaison de la réforme du droit français des contrats et du régime de l'obligation avec le nouveau Code civil roumain*, Paris, éd., IRJS, t. 2, 2017.

BÉNABENT, (A.), *La chance et le droit*, Paris, LGDJ, 1973.

BENTO DE CARVALHO, (L.), *L'apport du droit du travail à la théorie générale de l'acte juridique*, Thèse de doctorat, sous la direction de G. AUZERO, Bordeaux, 2015.

BERLIOZ, (G.), *Le contrat d'adhésion*, Paris, LGDJ, 1973.

BERTHIAU, (D.), *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, Thèse de doctorat, sous la direction de J.-L. SOURIOUX, Paris 2, 1997.

BONNECASE, (J.),

___ *L'école de l'exégèse en droit civil. Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants*, Paris, Delmas, 1933.

___ *Supplément au traité théorique et pratique de droit civil par G. BAUDRY-LACANTINERIE*, Paris, Sirey, 1926.

BORÉ, (J.), BORÉ, (L.), *La cassation en matière civile*, Paris, Dalloz, 4^e éd., 2010.

BOURCIER, (D.), MACKAAY, (E.), (dir.), *Lire le droit. Langue, texte, cognition*, Paris, LGDJ, 1992.

BOYER, (L.), *La notion de transaction (contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif)*, Thèse de doctorat, Toulouse, 1947.

BOYER, (Y.), *L'obligation de renseignement dans les contrats*, Thèse de doctorat, sous la direction d'Y. ROBIN, Aix-Marseille 3, 1975.

BROS, (S.),

___ *Les innovations de la réforme du droit des contrats*, Institut Universitaire de Varenne, 2018.

___ *L'interdépendance contractuelle*, Thèse de doctorat, sous la direction de Ch. LARROUMET, Paris 2, 2001.

BRUZIN, (A.), *Essai sur la notion d'imprévision et sur son rôle en matière contractuelle*, Thèse de doctorat, Bordeaux, 1922.

BUGNET, (M.), *Œuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle*, Paris, Videcoq père et fils, Cosse et N. Delamotte, 1847.

BUSSY-DUNAND, (F.), *Les concours d'actions en justice entre les mêmes parties, l'étendue de la faculté de choix du plaideur*, Thèse de doctorat, sous la direction de J. GHESTIN, Paris 1, 1987.

CAMANA, (H.), *La conception du contrat de la jurisprudence contemporaine relative au contrat de travail*, Thèse de doctorat, sous la direction de G. COUTURIER, Paris 1, 2007.

CARRASCO-DAËRON, (M.), *La dissimulation en droit pénal*, Thèse de doctorat, sous la direction de C. MASCALA, Toulouse 1, 2015.

CARSIN, (X.), *La renonciation en droit du travail*, Thèse de doctorat, sous la direction de P. RODIÈRE, Paris 1, 2006.

CASSIN, (R.), *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques*, Thèse de doctorat, 1914.

CAVAT, (H.), *Le droit des réorganisations. Étude de droit du travail*, Thèse de doctorat, sous la direction de P. LOKIEC, Paris 10, 2020.

CÉSARO, (J.-F.), MARTINON (A.), (dir.), *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, Paris, LexisNexis, 2019.

CHAABAN, (R.), *La caducité des actes juridiques. Étude de droit civil*, Thèse de doctorat, sous la direction d'Y. LEQUETTE, Paris 2, 2003.

CHAGNY, (M.), *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Thèse de doctorat, sous la direction de J. GHESTIN, Paris 1, 2002.

CHANTEPIE, (G.), LATINA (M.),

___ *Le contrat d'adhésion. Perspectives franco-québécoises*, Paris, Dalloz, 2018.

___ *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 2018.

___ *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Paris, Dalloz, 2015.

CHAZAL, (J.-P.), *De la puissance économique en droit des obligations*, Thèse de doctorat, sous la direction de D. LEFÈBVRE, Grenoble 2, 1996.

CORNESSE, (I.), *La proportionnalité en droit du travail*, Thèse de doctorat, sous la direction de P.-H. ANTONMATTEI, Montpellier 1, 2000.

COUTURIER, (G.), *La confirmation des actes nuls*, Thèse de doctorat, Paris 2, 1972.

COUV RAT, (P.), (dir.), *Les orientations sociales du droit contemporain*, écrits en l'honneur du Professeur Jean Savatier, PUF, 1992.

DE LA ASUNCION PLANES, (K.), *La refaction du contrat*, Thèse de doctorat, sous la direction d'Y PICOD, Perpignan, 2005.

DELEGOVE, (N.), *Le droit commun et le droit spécial*, Thèse de doctorat, sous la direction de N. MOLFESSIS, Paris 2, 2011.

DEMOGUE, (R.), *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique*, Paris, LGDJ, 1911.

DEREUX, (G.), *De l'interprétation des actes juridiques privés*, Thèse, Paris, 1905.

DESHAYES, (O.), **GENICON, (Th.)**, **LAITHIER, (Y.-M.)**, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Paris, LexisNexis, 2016.

DESSAUX, (A.), *L'article 1304 et le principe de la perpétuité de l'exception*, Thèse de doctorat, Paris, 1937.

DEWERPE, (A.), *Le monde du travail en France, 1800 – 1950*, Malakoff, Armand Colin, 2^e éd., 2020.

DIDRY, (C.), *Naissance de la convention collective*, Paris, éd. EHESS, 2002.

DISSAUX, (N.), **JAMIN, (C.)**, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du Code civil*, Paris, Dalloz, 2016.

DUCHEMIN, (C.), *L'application du régime général des obligations en droit du travail*, Thèse de doctorat, sous la direction de P. MORVAN, Paris 2, 2023.

DUPOUEY-DEHAN, (C.), *Essai sur la notion de contrepartie : contribution à l'étude des rapports entre droit du travail et droit des contrats*, Thèse de doctorat, sous la direction d'A. POUSSON, Toulouse 1, 2007.

DURAND, (P.), (dir.), *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, Paris, LGDJ, 1960.

ERIMÉE-CHANTEUR, (M.), *L'entrée payante dans le contrat*, Thèse de doctorat, sous la direction de G. VIRASSAMY, Antilles, 2017.

ERNST, (A.-N.-J.), *La cause est-elle une condition essentielle pour la validité des conventions ?*, Liège, Lemarié, t. 1, 1826.

FABRE-MAGNAN, (M.), *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, Thèse de doctorat, sous la direction de J. GHESTIN, Paris 1, 1991.

FAVARIO, (Th.), *L'intérêt de l'entreprise en droit privé français*, Thèse de doctorat, sous la direction d'Y. REINHARD, Lyon 3, 2004.

FENET, (P.-A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, Videcoq, 1827.

FIESCHI-VIVET, (P.), *La promesse de contrat*, Thèse de doctorat, sous la direction de R. NERSON, Lyon, 1973.

FROUIN, (J.-Y.), *Une construction prétorienne du droit du travail : entre protection du salarié et intérêt de l'entreprise*, Thèse de doctorat, sous la direction de B. TEYSSIÉ, Paris 2, 2009.

GANNAGÉ, (L.), *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé. Étude de droit international privé de la famille*, Thèse de doctorat, Paris 1, 2001.

GARRON, (F.), *La caducité du contrat : étude de droit privé*, Thèse de doctorat, sous la direction de J. MESTRE, Aix-Marseille 3, 1999.

GAUDEMET, (S.), *La clause réputée non écrite*, Thèse de doctorat, sous la direction de Y. LEQUETTE, Paris 2, 2004.

GAVAZZI, (G.), *Delle Antinomie*, Torino, Giapichelli, 1959.

GÉNIAUT, (B.), *La proportionnalité dans les relations de travail*, Thèse de doctorat, sous la direction d'A. JEAMMAUD, Lyon 2, 2007.

GENICON, (Th.), *La résolution du contrat pour inexécution*, Thèse de doctorat, sous la direction de L. LEVENEUR, Paris 2, 2006.

GÉNY, (F.),

___ *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, Paris, LGDJ, t. 1, 2^e éd., 1919.

___ *Science et technique en droit privé positif*, Paris, Sirey, t. 3, 1924.

GERMAIN, (Ch.), *Droit du travail et théorie de l'acte juridique*, Thèse de doctorat, sous la direction de J. HAUSER, Bordeaux 4, 2000.

GHESTIN, (J.), *Cause de l'engagement et validité du contrat*, Paris, LGDJ, 2006.

GOLDIE-GÉNICON, (Ch.), *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, Thèse de doctorat, sous la direction d'Y. LEQUETTE, Paris 2, 2006.

GOUËZEL, (A.), *La subsidiarité en droit privé*, Thèse de doctorat, sous la direction de P. CROCQ, Paris 2, 2011.

- GOUNOT, (E.),** *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Thèse de doctorat, Dijon, Rousseau, 1912.
- GRATTON, (L.-K.),** *Les clauses de variation du contrat de travail*, Thèse de doctorat, sous la direction de P. RODIÈRE, Paris 1, 2009.
- GUELFUCCI-THIBIERGE, (C.),** *Nullité, restitutions et responsabilité*, Paris, LGDJ, 1992.
- GUILLEMOT, (O.),** *Le mensonge du salarié*, Thèse de doctorat, sous la direction d'E. DOCKÈS, Paris Nanterre, 2022.
- HAGE-CHAHINE, (N.),** *La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé*, Thèse de doctorat, sous la direction d'Y. LEQUETTE, Paris 2, 2014.
- HAUSER, (J.),** *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, Paris, LGDJ, 1971.
- HUC, (Th.),** *Commentaire du Code civil*, Paris, Librairie Cotillon, t. 6, 1894.
- JACQUES, (Ph.),** *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Thèse de doctorat, sous la direction de F. CHABAS, Paris 12, 2003.
- JAMIN, (Ch.), MAZEAUD, (D.),** *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2012.
- JAPIOT, (R.),** *Des nullités en matière d'actes juridiques ; Essai d'une théorie nouvelle*, Thèse de doctorat, Dijon, 1909.
- JEAMMAUD, (A.),** *Des oppositions de normes en droit privé interne*, Thèse de doctorat, sous la direction d'A. ROBERT, Lyon 3, 1975.
- JEANSEN, (E.),** *L'articulation des sources du droit : essai en droit du travail*, Thèse de doctorat, sous la direction de B. TEYSSIÉ, Paris 2, 2007.
- JOSSERAND, (L.),** *De l'esprit des lois et de leur relativité : théorie dite de l'abus de droit*, Paris, Dalloz, 1927.
- KELSEN, (H.),** *Théorie pure du droit*, La Baconnière-Neuchâtel, 1^{re} éd., 1953.
- KHODRI-BENAMROUCHE, (F.),** *Le Code civil dans les relations de travail*, Thèse de doctorat, sous la direction d'A. JEAMMAUD, Saint-Étienne, 2002.
- LAGADEC, (A.),** *De l'interprétation des clauses contractuelles à la qualification du contrat*, Thèse de doctorat, sous la direction d'A. GUILLLOTIN, Toulon, 2017.
- LAPP, (Ch.),** *Essai sur la cession de contrat synallagmatique à titre particulier*, Thèse de doctorat, Strasbourg, 1950.
- LARROUMET, (Ch.),** *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, Thèse de doctorat, Bordeaux, 1968.
- LATINA, (M.),** (dir.), *La réforme du droit des contrats en pratique*, Paris, Dalloz, 2017.
- LEBEAU, (M.),** *De l'interprétation stricte des lois. Essai de méthodologie*, Thèse de doctorat, sous la direction de P.-Y. GAUTHIER, Paris 2, 2007.

LE BESCONT DE COATPONT, (M.), *La dépendance des distributeurs*, Thèse de doctorat, sous la direction de G. CHANTEPIE, Lille 2, 2015.

LECOEUR, (Ch.), *La notion d'intérêt de l'entreprise en droit du travail*, Thèse de doctorat, sous la direction de M. BUY, Aix-Marseille, 2013.

LEDUC, (E.), *Des avant-contrats*, Thèse de doctorat, Paris, 1909.

LE GAC-PECH, (S.), *La proportionnalité en droit privé des contrats*, Thèse de doctorat, sous la direction de H. MUIR WATT, Paris 11, 1997.

LENOIR-WAYMEL, (E.), LIVOIR, (M.), (dir.), *Contrats et famille font-ils bon ménage ?*, Bruxelles, Larcier, 2016.

LOUIS-LUCAS, (P.), *Lésion et contrat*, Thèse de doctorat, Paris, 1926.

LYON-CAEN, (G.), *Le droit du travail : une technique réversible*, Paris, Dalloz, Connaissance du droit, Paris, 1995.

MADDISON, (A.), *L'économie mondiale : une perspective millénaire*, Paris OCDE, 2001.

MAGNILLAT, (A.), *Conventions collectives de travail et arbitrage*, Paris, LGDJ, 1936.

MARIANO, (Ch.), *La négociation substitutive d'entreprise*, Thèse de doctorat, sous la direction de P.-H. ANTONMATTEI et de A. FIORENTINO, Montpellier, 2018.

MARRAUD, (C.), KESSLER, (F.), GÉA, (dir.), *La rupture du contrat de travail en droits français et allemand*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2000.

MARTINON, (A.), *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, Thèse de doctorat, sous la direction de B. TEYSSIÉ, Paris 2, 2003.

MARZANO, (M.), *Je consens, donc je suis...*, Paris, PUF, 2006.

MAURY, (J.), *Essai sur la notion d'équivalence en droit civil français*, Thèse de doctorat, Toulouse, 1920.

MAZAUD, (A.-L.), *Contrat de travail et droit commun. Essai de mesure*, Thèse de doctorat, sous la direction de C. WOLMARK, Lyon 2, 2016.

MEKKI, (M.), *L'intérêt général et le contrat*, Paris, LGDJ, 2004.

MORVAN, (P.), *Le principe de droit privé*, Thèse de doctorat, sous la direction de J.-L. SOURIOUX, Paris 2, 1997.

NAJJAR, (I.), *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, Thèse de doctorat, sous la direction de P. RAYNAUD, Paris, 1966.

NAJM-MAKHLOUF, (C.), *Tacite reconduction et volonté des parties*, Thèse de doctorat, sous la direction de H. LÉCUYER, Paris 2, 2009.

NORA, (P.), (dir.), *Les lieux de mémoire*, Paris, Gallimard, t. 1, 1997.

OST, (F.), VAN de KERCHOVE, (M.), *Entre la lettre et l'esprit : les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1989.

PAGNERRE, (Y.), *L'extinction unilatérale des engagements*, Thèse de doctorat, sous la direction de J.-M. OLIVIER, Paris 2, 2008.

PELLETIER, (C.), *La caducité des actes juridiques en droit privé français*, Thèse de doctorat, sous la direction de Ph. JESTAZ, Paris 12, 2000.

PERELMAN, (Ch.), (dir.), *Les antinomies en droit*, Travaux du centre national de recherche de logique, Bruylant, 1965.

PERELMAN, (Ch.), OLBRECHTS TYTECA, (L.), *Traité sur l'argumentation*, Paris, PUF, 1958.

PÉRÈS, (C.), *La règle supplétive*, Paris, LGDJ – Bibliothèque de droit privé, 2004.

PESCATORE, (P.), *Introduction à la science du droit*, Luxembourg, Office des imprimés de l'État, 1960.

PICHON, (V.), *Des contrats d'adhésion. Leur interprétation et leur nature*, Thèse de doctorat, Lyon, 1909.

PIGNARRE, (G.), (dir.), *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations. Rétrospectives et perspectives à l'heure du Bicentenaire du Code civil*, Paris, Dalloz, 2005.

QUÉTAND-FINET, (C.), *Les présomptions en droit privé*, Thèse de doctorat, sous la direction d'E. JEULAND, Paris 1, 2012.

RADÉ, (Ch.), *Droit du travail et responsabilité civile*, Thèse de doctorat, sous la direction de Jean HAUSER, Paris 1, 1997.

RENET, (Th.), (dir.), *Code civil et modèles. Des modèles du code au code comme modèle*, Paris, LGDJ, 2005.

RIPERT, (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, LGDJ, 4^e éd., 1949.

RODIÈRE, (P.), *La convention collective en droit international*, Paris, Litec, t. 13, 1987.

ROUBIER, (P.), *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 1963.

ROUSTANG, (F.), *Influence*, Paris, Les Éditions de Minuit, 2014.

SAINT-DIDIER, (C.), *Droit du travail et droit des obligations : étude d'une opposition*, Thèse de doctorat, sous la direction de D. BERRA, Aix-Marseille 3, 1996.

SAINTOURENS, (B.), *Essai sur la méthode législative : droit commun et droit spécial*, Thèse de doctorat, sous la direction de J. DERRUPPÉ, Bordeaux, 1986.

SALEILLES, (R.), *De la déclaration de volonté : Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, Pichon, 1901.

SCELLE, (G.), *Le Droit ouvrier*, Malakoff, Armand Colin, 2^e éd., 1928.

SCHULZE, (R.), (dir.), *La réforme du droit des obligations en France*, Paris, Société de législation comparée, 2015.

SIMLER, (Ph.), *La nullité partielle des actes juridiques*, Thèse de doctorat, sous la direction d'A. WEIL, Strasbourg, 1969.

SOLON, (V.), *Traité des nullités des actes en matière civile*, Bruxelles, Librairie de jurisprudence H. TARLIER, 1836.

STOFFEL-MUNCK, (Ph.), *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, Thèse de doctorat, sous la direction de R. BROUT, Aix-Marseille 3, 1999.

TERRÉ, (F.), (dir.),

___ *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2009.

___ *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 2011.

___ *Pour une réforme du régime général des obligations*, Paris, Dalloz, 2013.

TEYSSIÉ, (B.), (dir.),

___ *L'articulation des normes en droit du travail*, Paris, Economica, 2000.

___ *La sanction en droit du travail*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2012.

TISSEYRE, (S.), *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats : essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, Thèse de doctorat, sous la direction de M. FABRE-MAGNAN, Paris 1, 2010.

THIBIERGE, (L.), *Le contrat face à l'imprévu*, Paris, Economica, 2011.

TOURNAUX, (S.), *L'essai en droit privé. Contribution à l'étude de l'influence du droit du travail sur le droit privé*, Thèse de doctorat, sous la direction de Ch. RADÉ, Bordeaux 4, 2008.

VERGE, (P.), VALLÉE, (G.), *Un droit du travail ? Essai sur la spécificité du droit du travail*, Conwansville, éd. Yvon Blais, 1997.

VILAR, (C.), *La cession de contrat en droit français*, Thèse de doctorat, Montpellier, 1968.

VILLEY, (M.), (dir.), *Le langage du droit*, Paris, Sirey, Archives de philosophie du droit, tome 19, 1974.

VIRASSAMY, (G.), *Les contrats de dépendance. Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, Thèse de doctorat, sous la direction de J. GHESTIN, Paris 1, 1985.

III. ARTICLES :

ADAM, (P.),

___ « Droits fondamentaux et droit du travail : derrière le brouillard », *Dr. soc.* 2019. 506.

___ « L'accord de branche », *Dr. soc.* 2017. 1039.

___ « La négociation (collective) sans la négociation. À propos de l'article 8 de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 », *SSL* 2017, n° 1790.

___ « Variations (partiellement iconoclastes) autour du droit disciplinaire », *RDT* 2022. 387.

ADOM, (K.), « Le dol dans la formation du contrat de travail », *LPA* 1995, n° 101, p. 16.

ALBIGÈS, (C.), « Le développement discret de la réfaction du contrat », in *Mélanges M. Cabrillac*, Paris, Litec, 1999, p. 3.

ALBIOL, (J.-M.), « Mobilité : un pas vers la modernité », *Les cahiers du DRH*, 2014, n° 205-206.

ALPA, (G.), « Les nouvelles frontières du droit des contrats », in *Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, LGDJ, 2001, p. 1.

ALUOME, (L.), « L'accord de performance collective et le consentement du salarié », *JCP S* 2019. 1138.

ALUOME, (L.), ARMILLEI, (V.), « La négociation collective des accords de substitution en l'absence de délégué syndical », *JCP S* 2020. 3114.

AMSELEK, (P.), « Philosophie du droit et théorie des actes de langage », in *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, PUF, 1986, p. 109.

ANCEL, (P.),

___ « L'articulation du contrat de travail et des accords collectifs au regard de la force obligatoire du contrat », *RDT* 2016. 240.

___ « Les sanctions de l'inexécution contractuelle dans le nouveau Code civil roumain : influences croisées », in F.-A. BAIAS, R. DINCKA (dir.), *Le nouveau Code civil roumain : vu de l'intérieur – vu de l'extérieur*, Université de Bucarest, 2014, p. 83.

ANDRIEU, (L.), « Le nouveau contrat d'adhésion », *AJ contrat* 2018. 262.

ANTONMATTEI, (P.-H.),

___ « À propos de la légitimité de la primauté de l'accord d'entreprise », *Dr. soc.* 2018. 160.

___ « Droit des contrats – droit du travail : les dangers d'un match retour », *Dr. soc.* 2017. 381.

___ « L'accord de mobilité interne : il faut l'essayer ! », *Dr. soc.* 2013. 794.

___ « La primauté de l'accord d'entreprise », *Dr. soc.* 2016. 513.

___ « L'irrésistible ascension de l'accord d'entreprise », *Dr. soc.* 2017. 1027.

ANTONMATTEI, (P.-H.), ENJOLRAS, (L.), « Chronique d'actualité du droit de la négociation : commentaire de la loi du 8 août 2016 », *Dr. soc.* 2016. 933.

ANTONMATTEI, (P.-H.), ENJOLRAS, (L.), MARIANO, (Ch.), « Actualité du droit et de la pratique de la négociation collective », *Dr. soc.* 2020. 947.

ARLIE, (D.), « Reconnaissance de la formation d'un contrat de travail à partir d'une promesse unilatérale de contrat », *LPA* 2019, n° 114, p. 14.

ARMILLEI, (V.), « La révision pour imprévision appliquée aux accords collectifs de travail », *RTD civ.* 2022. 815.

ATTIAS, (Ch.), « L'inefficacité de la promesse unilatérale de contrat », *AJ contrat* 2020. 23.

AUBRY, (M.-C.), « Retour sur la caducité en matière contractuelle », *RTD civ.* 2012. 625.

AUDIER, (F.), « Les prud'hommes et la précarisation du travail », *Les cahiers de la justice*, 2015. 189.

AUZERO, (G.),

___ « Brèves remarques sur les accords de performance collective », in *Le droit des affaires, instrument de gestion et de sortie de la crise*, Paris, LGDJ, 2021, p. 291.

___ « Conventions d'entreprise et conventions de branche », *Dr. soc.* 2017. 1018.

___ « La mise en œuvre de la clause de mobilité appréciée à l'aune des droits fondamentaux des salariés », *RDT* 2008. 731.

___ « La nullité de l'accord collectif invoquée par les syndicats », *Dr. soc.* 2023. 212.

___ « La rupture conventionnelle du contrat de travail : l'illusion de la sécurisation », *RDT* 2008. 522.

___ « Le conjoint salarié victime de la recodification ? », *SSL* 2008, n° 1372.

___ « L'exigence de loyauté en matière de négociation collective », in *Mélanges offerts à Geneviève Pignarre : un droit en perpétuel mouvement*, Paris, LGDJ, 2018, pp. 33-46.

___ « Rupture conventionnelle : la sécurisation en marche ! », *RDT* 2013. 555.

___ « Vers une disparition de la promesse d'embauche en tant qu'acte juridique autonome du contrat de travail ? », *RDT* 2011. 108.

AUZERO, (G.), CANUT, (F.), « Le juge et la modification du contrat de travail », *Dr. soc.* 2017. 11.

AYNÈS, (L.),

___ « La cause, inutile et dangereuse », *Dr. et patr.* 2014. 40.

___ « La cession de contrat », *Dr. et patr.* 2016. 260.

___ « Le droit de rompre unilatéralement : fondement et perspectives », *Dr. et patr.* 2004. 64.

___ « Le juge et le contrat : nouveaux rôles ? », *RDC* 2016, p. 14.

BACHELIER, (X.), JOBARD-BACHELLIER, (M.-N.), « À propos de la rétroactivité de la jurisprudence », *RTD civ.* 2005. 304.

BAILLOD, (R.), « À propos des clauses réputées non écrites », in *Mélanges L. Boyer*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 15.

BAILLY, (P.), BOULMIER, (D.), « La fin du préjudice nécessaire met-elle en danger l'efficacité des sanctions du droit du travail ? », *RDT* 2017. 374.

BAKOUICHE, (D.),

___ « Le contrôle de l'existence de la cause dans la jurisprudence de la Cour de cassation : l'abandon d'une subjectivisation ? », *Lexbase Hebdo* 2014, n° 588.

___ « Ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats : première étape », *Lexbase Hebdo*, n° 720, 2017.

BALAT, (N.), « Réforme du droit des contrats : et les conflits entre droit commun et droit spécial ? », *D.* 2015. 699.

BARBIER, (H.),

___ « De la légitimité douteuse de l'adage *specialia generalibus derogant* pour articuler les droits spéciaux entre eux », *RTD civ.* 2017. 372.

___ « La jurisprudence « Consorts Cruz » est morte, vive la clause « Consorts Cruz » ! », *RTD civ.* 2021. 630.

___ « La violence par abus de dépendance », *JCP G* 2016. 421

___ « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », *RTD civ.* 2016. 247.

___ « L'essor des règles d'identification des conflits de normes en droit des contrats », *RTD civ.* 2016. 837.

___ « L'état de dépendance apprécié au regard des conséquences économiques à défaut de conclusion du contrat », *RTD civ.* 2019. 854.

___ « Le vice du consentement pour cause de violence économique », *Dr. et patr.* 2014. 50.

___ « L'exécution et la sortie du contrat », *RDC* 2018, p. 40.

___ « L'imprévision, l'acceptation des risques, et le juge des référés », *RTD civ.* 2017. 387.

___ « L'obligation de payer une somme d'argent insensible à la force majeure et à l'imprévision ? », *RTD civ.* 2022. 129.

___ « Que doit-on entendre par « l'information » lors de l'application du devoir général d'information et de la sanction du dol par dissimulation intentionnelle ? », *RTD civ.* 2016. 843.

___ « Quelques précisions sur le régime de la violence économique », *RTD civ.* 2022. 884.

___ « Violence économique : vers une approche en partie subjective du critère de dépendance économique ? », *RTD civ.* 2015. 371.

BARGAIN, (G.), « Le contrôle de conventionnalité du barème d'indemnités : des choix contestables », *RDT* 2019. 569.

BARGAIN, (G.), SACHS, (T.), « La tentation du barème », *RDT* 2016. 251.

BARTHÉLÉMY, (J.),

___ « Mérites et exigences d'un droit du travail plus contractuel », *Dr. soc.* 2017. 737.

___ « Ordre public et droit du travail », *Les cahiers du DRH*, 2020, n° 171.

BARTHÉLÉMY, (J.), CETTE, (G.),

___ « Contrat de travail et accord collectif : une bienheureuse nouvelle articulation », *Dr. soc.* 2018. 70.

___ « Droit social : pourquoi et comment le refonder ? », *Dr. soc.* 2012. 763.

BATTEUR, (A.), « La protection illusoire du consommateur par le droit spécial de la consommation : réflexions sur la réglementation nouvelle régissant le contrat de vente de voyages », *D.* 1996. 82.

BAUDOUIN, (B.), DUBARRY, (J.), « Fallait-il lire les promesses d'embauche au prisme du nouveau droit commun des contrats ? », *D.* 2017. 2289.

BAUGARD, (D.), « L'illégalité d'un accord collectif invoquée par un salarié. De l'exception de nullité à l'exception d'illégalité ? », *JCP S* 2019. 1297.

BÉAL, (S.), TERRENOIRE, (C.),

___ « La mise en œuvre de la négociation obligatoire dans l'entreprise après la loi Travail », *JCP E* 2016. 1579.

___ « Le motif économique et le groupe. Définition après les ordonnances n° 2017-1387 et n° 2017-1718 des 22 septembre et 20 décembre 2017 », *JCP E* 2018. 1059.

___ « Rapports entre les conventions d'entreprise et les conventions de branche après l'ordonnance n° 2017-1385 », *JCP E* 2017. 1654.

BÉHAR-TOUCHAIS, (M.), « Le déséquilibre significatif dans le Code civil », *JCP G* 2016. 391.

BÉNABENT, (A.), « La prolongation du contrat », *RDC* 2004, p. 117.

BENTO DE CARVALHO, (L.),

___ « Indemnisation de la rupture conventionnelle viciée : quelles stratégies contentieuses face au « barème Macron » ? », *JCP S* 2020. 3028.

___ « La rupture du contrat de travail à durée déterminée en raison de la faute grave de l'employeur : l'ombre du Code civil », *Dr. ouvr.* 2021. 201.

___ « Le contentieux des accords d'entreprise au prisme du contrat d'adhésion (première partie) », *Dr. soc.* 2019. 867.

___ « Le contentieux des accords d'entreprise au prisme du contrat d'adhésion (seconde partie) », *Dr. soc.* 2019. 950.

___ « L'étrange sauvetage de l'autonomie de la prise d'acte de rupture du contrat de travail », *RDT* 2019. 328.

___ « L'incidence de la réforme du droit des contrats sur le régime du contrat de travail : renouvellement ou *statu quo* ? », *RDT* 2016. 258.

___ « Offre de contrat et promesse unilatérale de contrat : la Cour de cassation marque enfin la différence ! », *RDT* 2017. 718.

BENTO DE CARVALHO, (L), TOURNAUX, (S.), « Chronique d'actualité du régime juridique du contrat de travail », *Dr. soc.* 2019. 941.

BÉRAUD, (J.-M.), « Les interactions entre le pouvoir unilatéral du chef d'entreprise et le contrat de travail », *Dr. ouvr.* 1997. 529.

BERLAUD, (C.), « Articulation entre l'accord de branche et l'accord d'entreprise », *Gaz. Pal.* 7 mars 2017, p. 40.

BERNARD-MENORET, (R.), FRAISSINIER-AMIOT, (V.), « Le contrôle de proportionnalité par le juge judiciaire en droit du travail », *LPA* 2009, n° 46, p. 102.

BERTHIER, (P.-E.), « Les rapports entre accords de branche et d'entreprise : « renforcement de la négociation collective » ou renforcement du pouvoir patronal ? », *Cah. soc.* 2017, p. 42.

BERTHOU, (K.), « La preuve des discriminations à l'embauche en raison de l'origine », *RDT* 2010. 635.

BEYNEIX, (I.), « L'unification prétorienne du vice de violence économique en droit privé », *LPA* 2006, n° 170, p. 3.

BINET, (J.-R.), « De la fausse cause », *RTD civ.* 2004. 655.

BLANC, (N.),

___ « Contrat d'adhésion et déséquilibre significatif après la loi de ratification », *RDC* 2018, p. 20.

___ « Contrats nommés et innomés, un article disparu ? », *RDC* 2015, p. 810.

___ « Le juge et les standards juridiques », *RDC* 2016, p. 394.

___ « L'équilibre du contrat d'adhésion », *RDC* 2019, p. 155.

BOBBIO, (N.), « Des critères pour résoudre les antinomies », in Ch. PERELMAN (dir.), *Les antinomies en droit*, Travaux du centre national de recherche de logique, Bruxelles, Bruylant, 1965, p. 237.

BOFFA, (R.),

___ « Article 1108 : le contrat d'adhésion », *RDC* 2015, p. 736.

___ « La validité du contrat », *Gaz. Pal.* 30 avr. 2015, p. 18.

___ « Juste cause (et injuste clause). Brèves remarques sur le projet de réforme du droit des contrats », *D.* 2015. 335.

___ « Les opérations translatives », *JCP N* 2015. 1215.

BOFFA, (R.), MEKKI, (M.), « Droit des contrats », *D.* 2022. 310.

BOISSARD, (S.), « Modification du contrat de travail et pouvoir de direction de l'employeur dans les entreprises à statut », *Dr. soc.* 2001. 948.

BOIZARD, (M.), « La réception de la notion de violence économique en droit », *LPA* 2004, n° 120, p. 5.

BOLAND, (G.), « Quelques propos sur les antinomies et pseudo-antinomies en particulier en droit administratif », in Ch. PERELMAN (dir.), *Les antinomies en droit*, Travaux du centre national de recherche de logique, Bruylant, 1965, p. 183.

BONNECHÈRE, (M.), « Où va le droit du travail ? », *Dr. ouvr.* 2016. 315.

BONNET, (J.), ROBLO-TROIZIER, (A.), « Les adages et le temps », *RFDA* 2014. 29.

BONNETÊTE, (M.-C.), « La notion de cause réelle et sérieuse dans la loi du 13 juillet 1973 sur la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée : bilan de la nouvelle jurisprudence », *JCP CI* 1975. 11906.

BONNETÊTE, (M.-C.), LYON-CAEN, (G.), « La réforme du licenciement à travers la L. du 13 juill. 1973 », *Dr. soc.* 1974. 493.

BORÉ, (J.), « Un centenaire : le contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes », *RTD civ.* 1972. 17.

BORGHETTI, (J.-S.), « À la recherche d'une sanction méconnue de l'inexécution contractuelle : la correction de la mauvaise exécution », in *Mélanges Collart-Dutilleul*, Paris, Dalloz, 2017, p. 131.

BORIE, (J.-L.), « Accord de performance collective et contrat de travail », *BJT* 2021, n° 200b8.

BOSSU, (B.), « Modification du contrat de travail pour motif économique et délai de réflexion du salarié », *JCP S* 2007. 1184.

BOUBLI, (B.), « Le changement du lieu de travail », *SSL* 2004, n° 1180.

BOUCARD, (H.), « Article 1218 : la force majeure contractuelle », *RDC* 2015, p. 779.

BOULMIER, (D.), « Du refus d'un changement des conditions de travail à la faute grave », *JCP S* 2012. 1386.

BOUSIGES, (A.), « L'évolution de la force majeure en droit du travail », in P. COUV RAT (dir.), *Les orientations sociales du droit contemporain : écrits en l'honneur du Professeur Jean Savatier*, Paris, Presses universitaires de France, 1992, pp. 85-109.

BRISSY, (S.), « L'avant-projet de réforme du droit des obligations : une source d'évolution pour le droit du travail ? », *Dr. soc.* 2007. 8.

BROS, (S.),

___ « Article 1169 », *RDC* 2015, p. 761.

___ « La force majeure », *Dr. et patr.* 2016. 40.

___ « La place de l'unilatéralisme : progrès ou danger ? », *RDC* 2012, p. 1452.

___ « Les standards dans la réforme du droit des contrats : entre tradition et innovation », in S. BROS (dir.), *Les innovations de la réforme du droit des contrats*, Institut Universitaire de Varenne, 2018, p. 27.

___ « Preuve de la disproportion du cautionnement et qualification de clause pénale », *AJ contrat* 2017. 335.

BUCH, (H.), « Conception dialectique des antinomies juridiques », in Ch. PERELMAN (dir.), *Les antinomies en droit*, Travaux du centre national de recherche de logique, Bruylant, 1965, p. 372.

BUCHER, (C.-E.),

___ « La force majeure et l'imprévision remèdes à l'épidémie de covid-19 ? », *CCC* 2020, 5.

___ « Le traitement des situations d'imprévision dans l'ordonnance : il manque la notice », *CCC* 2016. 6.

___ « L'influence de la réforme du droit des contrats sur le droit spécial antérieur », *AJ contrat* 2017. 480.

BUGADA, (A.),

___ « Action en requalification d'une démission : saisine directe du bureau de jugement », *Procédures* 2019. 289.

___ « L'articulation des dispositions de branche et d'entreprise : le Rubik's cube conventionnel », *JCP S* 2018. 1056.

BUREAU, (D.), MOLFESSIS, (N.), « Les arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en matière de détermination du prix dans les contrats », *LPA* 1995, n° 155, p. 19.

BUY, (M.), « L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail », in *Le juge et l'exécution du contrat*, PU Aix-Marseille, 1993, p. 57.

CABRILLAC, (R.),

___ « La théorie générale de la représentation dans le projet de réforme du droit français des contrats », in *Mélanges en l'honneur du Professeur D.R. Martin*, Paris, LGDJ, 2015, p. 111.

___ « Le projet de réforme du droit des contrats. Premières impressions », *JCP* 2008. 190.

CAIRE, (A.-B.), « Les présomptions par-delà l'article 1349 du Code civil », *RTD civ.* 2015. 311.

CAMERLYNCK, (G.-H.),

___ « L'autonomie du droit du travail », *D.* 1956, chron. XI, p. 24.

___ « Le contrat de travail », in G.-H. CAMERLYNCK (dir.), *Traité de droit du travail*, Paris, Dalloz, t. 1, 2^e éd., 1982, p. 459.

CANUT, (F.),

___ « La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux », *Dr. soc.* 2017. 1033.

___ « L'architecture « ordre public / champ de la négociation collective / dispositions supplétives » : facteur de conventionnalisation ? », *BJT* 2019, p. 51.

___ « Le secteur géographique », *Dr. soc.* 2011. 923.

___ « L'ordonnancement des normes étatiques et des normes conventionnelles. À propos du projet de loi Travail », *Dr. soc.* 2016. 519.

___ « Référendum de validation de certains accords collectifs : censure partielle de la loi Travail », *Cah. soc.* 2017, p. 29.

CANUT, (F.), GÉA, (F.), « Le droit du travail, entre ordre et désordre (seconde partie) », *Dr. soc.* 2017. 47.

CARBONNIER, (J.),

___ « Le Code civil », in P. NORA (dir.), *Les lieux de mémoire*, Paris, Gallimard, t. 1, 1997, p. 1331.

___ « L'avenir d'un passé », in *L'avenir du droit*, Mélanges François Terré, Paris, Dalloz, 1999, p. 5.

CARCASSONE, (G.), « Penser la loi », *Pouvoirs* 2005/3, p. 133.

CARLIER, (J.-Y.), « Le Code belge de droit international privé », *Rev. crit. DIP* 2005. 11.

CARREAU, (C.), « L'acte mortifère en droit pénal », *D.* 2000. 266.

CASTALDO, (A.), « L'histoire juridique de l'article 1781 du Code civil : « le maître est cru sur son affirmation », *RHD* 1977. 211.

CATALA, (P.),

___ (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, 2005.

___ « Il est temps de rendre au Code civil son rôle de droit commun des contrats », *JCP* 2005. 170.

CAVAT, (H.),

___ « La caducité en droit du travail », *RDT* 2021. 164.

___ « Les accords de performance collective. Étude empirique », *RDT* 2020. 165.

___ « Rappel à l'ordre de l'OIT : pour un « véritable contrôle judiciaire » des accords de performance collective et des licenciements subséquents », *RDT* 2022. 300.

CÉSARO, (J.-F.), « La négociation collective et les crises », *JCP S* 2021. 1154.

CHAFFOIS, (B.), « Le champ contractuel », *D.* 2023. 1323.

CHAGNY, (M.),

___ « Droit commun et droits spéciaux », *RLDA* 2016, suppl. au n° 117, p. 9.

___ « La démonstration du comportement consistant à « soumettre ou tenter de soumettre », *RTD com.* 2017. 601.

___ « L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit des contrats », *RDC* 2004, p. 861.

___ « Les relations tumultueuses du contrat et du droit de la concurrence à la lumière de la « modernisation des relations commerciales », *RLDC* 2005, n° 21.

___ « Vers une démonstration plus exigeante du comportement consistant à « soumettre ou tenter de soumettre », *RTD com.* 2018. 639.

CHAGNY, (Y.), RODIÈRE, (P.), « Faut-il reconnaître au salarié la faculté de refuser le transfert de son contrat de travail ? », *RDT* 2007. 216.

CHALARON, (Y.), « L'application de la disposition la plus favorable », in *Les transformations du droit du travail. Études offertes à G. LYON-CAEN*, Paris, Dalloz, 1989, p. 243.

CHAMP, (V.), « État de dépendance, contrats d'adhésion et imprévision : des champs d'application à définir », *LPA* 2016, n° 261, p. 20.

CHANTEPIE, (G.),

___ « Contrainte économique et indépendance statutaire d'un avocat », *D.* 2022. 384.

___ « Le consentement de l'adhérent », *RDC* 2019, p. 140.

___ « Le déséquilibre significatif entre le droit commun et droits spéciaux », *JCP E* 2018. 1336.

CHASSAGNARD-PINET, (S.), « La réforme du droit commun des contrats – le vocabulaire », *Lextenso étudiant*, 27 sept. 2016.

CHATAIN, (A.), LATASTE, (S.), « Le rôle du juge dans la réforme du droit des contrats », *Gaz. Pal.* 22 nov. 2016, p. 12.

CHATRIOT, (A.), « La loi du 25 mars 1919 sur les conventions collectives », *Fondation Jean Jaurès*, 2019.

CHAZAL, (J.-P.),

___ « Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ? », in Ch. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2012, p. 99.

___ « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », in *Études du droit de la consommation*, Liber amicorum Jean Calais-Auloy, Paris, Dalloz, 2004, p. 279.

___ « Violence économique ou abus de faiblesse ? » *Dr. et patr.* 2014. 47.

CHAZEAU, (D.), « L'appréciation du caractère insurmontable des difficultés du débiteur de l'article L. 620-1 du Code de commerce à l'aune du nouvel article 1195 du Code civil », *LPA* 2018, n° 57, p. 7.

CHÉNÉDÉ, (F.),

___ « Interprétation et amélioration du nouveau droit des contrats », *D.* 2017. 2214.

___ « La réforme du droit des contrats et le dialogue des chambres », *AJ contrat* 2018. 25.

___ « Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme », *D.* 2015. 1226.

___ « Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil », *JCP G* 2016. 776.

___ « L'équilibre contractuel dans le projet de réforme », *RDC* 2015, p. 655.

___ « L'utilité de la cause de l'obligation en droit contemporain des contrats : l'apport du droit administratif », *CCC* 2008. 11.

___ « Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion », *RDC* 2012, p. 1017.

CHEVILLARD, (A.), « La notion de disposition plus favorable », *Dr. soc.* 1993. 363.

CHORIN, (J.), « L'application du principe de faveur au personnel des entreprises publiques à statut », *JCP* 1997. II. 22798.

CLAUDEL, (E.), « L'abus de dépendance économique : un sphinx renaissant de ses cendres ? (commentaire de l'article 1143 nouveau du code civil et de la proposition de loi visant à mieux définir l'abus de dépendance économique) », *RTD com.* 2016. 460.

CLAVREUL, (L.), TAILLARDAT-PIETRI, (B.), « Le principe de faveur et la nouvelle hiérarchie des normes », *SSL* 2021, n° 1968.

COHEN-DOSIMONI, (V.), « Le référendum comme mode de validation d'un accord collectif », *Dr. soc.* 2018. 422.

COHET, (F.), « Promesse unilatérale de vente antérieure au 1^{er} octobre 2016 et rétractation du promettant », *AJDI* 2022. 226.

COINTEPAS, (M.), « La mise en œuvre de la loi des huit heures de 1919 », *Cahier du Chatefp*, 2000, n° 4.

COLLET-THIRY, (N.), « Le plafonnement des indemnités prud'homales : analyse critique et perspectives de mise en échec », *JCP S* 2018. 1150.

COLLY, (F.), « Présentation », in S. BROS (dir.), *Les innovations de la réforme du droit des contrats*, Institut Universitaire de Varenne, 2018, p. 1.

COMBREXELLE, (J.-D.), « Vers un nouveau droit du travail », *JCP G* 2017. 1140.

CONSTANTIN, (A.), « Loyauté des dirigeants : l'obligation de loyauté et de fidélité pesant sur le gérant d'une SARL lui interdit de négocier, en qualité de gérant d'une autre société, un marché dans le même domaine d'activité », *RTD com.* 2012. 137.

CONSTANTIN, (A.), GHESTIN, (J.), LOISEAU, (G.), SAUPHANOR-BROUILLAUD, (N.), SERINET, (Y.-M.), « Droit des obligations », *JCP* 2004. 123.

CORMIER LE GOFF, (A.), « La durée et la révision des accords collectifs après la loi du 8 août 2016 », *Cah. soc.* 2017, p. 48.

CORRIGNAN-CARSIN, (D.),

___ « Non-application de l'article 1226 du Code civil à la prise d'acte de la rupture du contrat de travail », *JCP G* 2019. 424.

___ « Obligation de loyauté dans le cadre de la négociation préélectorale », *JCP G* 2016. 86.

COSTA, (J.-L.), « Les délégués d'ouvriers d'après la loi du 24 juin 1936 », *Revue d'économie politique* 1937, p. 1394.

COTÉ, (P.-A.), « L'interprétation de la loi, une création sujette à des contraintes », in D. BOURCIER, E. MACKAAY (dir.), *Lire le droit. Langue, texte, cognition*, Paris, LGDJ, 1992, p. 20.

COTTEREAU, (A.), « Droit et bon droit », *Dr. soc.* 2019. 830.

COTTEREAU, (V.), « La clause réputée non écrite », *JCP* 1993. I. 3691.

COUDERC, (M.), « Les fonctions de la loi sous le regard du commandeur », *Pouvoirs* 2005/3, p. 23.

COUTANT-LAPALUS, (C.), « Variation autour de l'imprévisibilité de la cause étrangère », *LPA* 2022, n° 41, p. 15.

COUTURIER, (G.),

___ « Droit du travail : le renouvellement des techniques », *Dr. soc.* 2019. 471.

___ « L'auto-licenciement n'est pas un droit, c'est un risque », *SSL* 22 avr. 2003, p. 11.

___ « Le droit du licenciement économique », *Dr. soc.* 2018. 17.

___ « Les nullités du licenciement », *Dr. soc.* 1977. 215.

___ « Les techniques civilistes et le droit du travail », *D.* 1975. 151.

___ « Petites histoires de nullité du licenciement », *Dr. soc.* 2011. 1218.

___ « Pot pourri autour des modifications du contrat de travail », *Dr. soc.* 1998. 878.

___ « Quel contentieux pour la rupture conventionnelle du contrat à durée indéterminée ? », *RDT* 2009. 205.

COUTURIER, (G.), RAY, (J.-E.), « Auto-licenciement : dérives et revirement », *Dr. soc.* 2003. 817.

DAGBEDJI, (C.), « Le plafonnement des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse, vers une application flexible », *LPA* 2020, n° 69, p. 11.

DAIGRE, (J.-J.), « Le petit air anglais du devoir de loyauté des dirigeants », in *Mélanges P. Bézard, Le juge et le droit de l'économie*, Paris, Montchrestien, 2002, p. 79.

DANIEL, (J.), « L'articulation de la loi avec les accords collectifs. Point de vue », *JCP S* 2016. 1148.

DANIS-FATÔME, (A.), « Paiement à distance et preuve de la négligence grave de l'utilisateur d'un service de paiement : une nouvelle *probatio diabolica* ? », *RDC* 2017, p. 270.

DAUGAREILH, (I.), « La résiliation judiciaire du contrat de travail », *Dr. soc.* 1992. 805.

DE BÉCHILLON, (D.), « Sur la conception française de la hiérarchie des normes. Anatomie d'une représentation », *RIEJ* 1994/1, p. 81.

DEDESSUS LE MOUSTIER, (D.),

___ « Champ d'application de la procédure de modification du contrat de travail pour motif économique », *LEDEN* 2018, p. 7.

___ « Rétractation de la promesse d'embauche par l'employeur », *JCP G* 2011. 19.

DELEBCQUE, (Ph.), « Les limites de la théorie du mandat apparent », *D.* 1994. 208.

DELPECH, (X.), « Précisions sur l'obligation d'information du professionnel et le droit de rétractation du consommateur », *D. actu*, 31 mars 2022.

DEL SOL, (M.), « Variations jurisprudentielles sur le lieu de travail », *JCP S* 2006. 1663.

DENIZOT, (A.), « Et si le législateur lisait les rapports de l'OIT ? », *RTD civ.* 2023. 198.

DÉPREZ, (J.), « Cession d'entreprise et compétition entre conventions collectives aux salariés transférés », *RJS* 1992. 451.

DESHAYES, (O.),

___ « La mise en demeure préalable aux sanctions de l'inexécution contractuelle : état des lieux critique après la réforme de 2016 », *RDC* 2019, p. 29.

___ « Les directives d'interprétation du Code civil : la cohérence des textes », *RDC* 2015, p. 159.

DESHAYES, (O.), GENICON, (Th.), LAITHIER, (Y.-M.), « La cause a-t-elle réellement disparu du droit français des contrats ? », *ERCL* 2017/4, p. 418.

DESPAX, (M.),

___ « Négociations, conventions et accords collectifs », in G.-H. CAMERLYNCK (dir.), *Traité de droit du travail*, Paris, Dalloz, t. 7, 2^e éd., 1989, p. 372.

___ « Révision et dénonciation des conventions collectives de travail : aspects jurisprudentiels récents », in *Tendances du droit du travail français contemporain*, Études offertes à Guillaume-Henri Camerlynck, Paris, Dalloz, 1978, p. 309.

DE TERSSAC, (G.), « Autonomie et travail », in A. BEVORT, A. JOBERT, M. LALLEMENT, A. MIAS (dir.), *Dictionnaire du travail*, Paris, PUF, 2012.

DISSAUX, (N.), « La réforme du droit des contrats : de l'ordonnance du 10 février 2016 à la loi de ratification du 20 avril 2018 », *AJDI* 2019. 336.

DJOUDI, (J.), « Les nullités dans les relations individuelles de travail », *D.* 1995. 192.

DOCKÈS, (E.),

___ « Consécration de la nature contractuelle du salaire », *RJS* 3/98. 168.

___ « La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail », *Dr. soc.* 1997. 140.

___ « Le retour du licenciement abusif », *Dr. soc.* 2018. 541.

___ « Notion de contrat de travail », *Dr. soc.* 2011. 546.

___ « Un accord donnant, donnant, donnant, donnant », *Dr. soc.* 2008. 280.

DONNETTE, (A.), « La preuve de la fausse cause », *D.* 2012. 993.

DOUAOUI, (M.), « Que faire face à une prise d'acte de rupture du contrat de travail ? », *JCP S* 2021. 1291.

DRAI, (L.),

___ « La force majeure en droit du travail après les arrêts d'assemblée plénière du 14 avril 2006 », *JCP S* 2006. 1491.

___ « Les sanctions pécuniaires », in B. TEYSSIÉ (dir.), *La sanction en droit du travail*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 95.

DUCHANGE, (G.),

___ « Accord de performance collective : conséquences sur le contrat de travail », *BJT* 2021, n° 200b2.

___ « Réflexions sur l'objet du contrat de travail », in J.-F. CÉSARO, A. MARTINON (dir.), *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, Paris, LexisNexis, 2019, pp. 145 – 155.

DUCHANGE, (G.), MEFTAH, (I.), « La démission sans volonté de démissionner : quels effets aura cet Objet Juridique Non Identifié ? », *RDT* 2022. 685.

DUMONT, (F.), « Réflexions sur la construction jurisprudentielle de la prise d'acte », *RJS* 2014. 498.

DUMORTIER, (G.), PÉCAULT-RIVOLIER, (L.), « Naissance des principes essentiels du droit du travail », *RDT* 2016. 79.

DUPEYROUX, (J.-J.), « Droit civil et droit du travail : l'impasse », *Dr. soc.* 1988. 371.

DURAND, (P.), « Le particularisme du droit du travail », *Dr. soc.* 1945. 298.

DURAND-PASQUIER, (G.), « La loi de ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats et ses incidences en droit immobilier et de la construction », *RDI* 2018. 532.

DUVERGER, (M.), « Essai sur l'autonomie du droit professionnel », *Dr. soc.* 1944. 276.

EDELMAN, (B.), « De la liberté et de la violence économique », *D.* 2001. 2315.

ETIENNEY DE SAINTE MARIE, (A.),

___ « La durée du contrat et la réforme du droit des obligations », *D.* 2011. 2672.

___ « Les principes, les directives et les clauses relatives à l'interprétation », *RDC* 2016, p. 384.

FABRE, (A.),

___ « Abandon de poste = présomption de démission, une équation à plusieurs inconnues », *JCP S* 2023. 1000.

___ « La motivation du licenciement », *Dr. soc.* 2018. 4.

___ « L'articulation des niveaux de négociation devant le Conseil constitutionnel », *Dr. soc.* 2018. 688.

___ « Regard constitutionnel sur la « négociation » dans les très petites entreprises », *Dr. ouvr.* 2018. 441.

___ « Sans convention tripartite, point de transfert volontaire », *RDT* 2024. 391.

FABRE, (A.), SAMPIETRO, (P.), « L'accord référendaire dans les TPE », *BJT* 2019, p. 53.

FABRE-MAGNAN, (M.),

___ « La réforme du droit des contrats : quelques contre-feux civilistes à la déréglementation du droit du travail », *SSL* 2016. 1715.

___ « Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », *JCP G* 2016. 706.

___ « Le droit du travail vu du droit civil : l'unité du droit des obligations », *SSL*, 2002. 1095.

___ « Le forçage du consentement du salarié », *Dr. ouvr.* 2012. 768.

___ « Réforme du droit des contrats : « un très bon projet », *JCP* 2008. 199.

FABRE-MAGNAN, (M.), LOKIEC, (P.), « Le vice de violence en droit du travail », *D.* 2022. 78.

FADHEUILHE, (P.), « Négociation collective – Quels partenaires en l’absence de délégué syndical ? », *JA* 2017. 40.

FAGES, (B.),

___ « Autour de l’objet de la cause », *RDC* 2006, p. 37.

___ « Mais de l’abus en dehors du droit des clauses abusives », *RTD civ.* 2010. 324.

FANTONI-QUINTON, (S.), LAFLAMME, (A.-M.), « Garder le silence ou mentir sur son état de santé : quelles conséquences juridiques pour le candidat à l’embauche ? Une approche comparée France/Québec », *Dr. soc.* 2016. 19.

FAUVARQUE-COSSON, (B.),

___ « La réforme du droit français des contrats : perspective comparative », *RDC* 2006, p. 147.

___ « Première influence de la réforme du droit des contrats », *D.* 2017. 793.

FAVENNEC-HÉRY, (F.),

___ « La négociation collective dans le droit de la durée de travail », *Dr. soc.* 2016. 892.

___ « Ordonnancement des conventions collectives entre elles : panorama des cas de concours et des règles d’articulation », *BJT* 2020, p. 58.

___ « Un nouveau droit de la rupture du contrat de travail », *Dr. soc.* 2008. 660.

___ « Vie professionnelle, vie personnelle du salarié et droit probatoire », *Dr. soc.* 2004. 48.

FAVENNEC-HÉRY, (F.), WEISSMANN, (R.), « Les dérogations en droit du travail. Le recours à l’accord dérogatoire », *Dr. soc.* 2017.715.

FÉDOU, (J.-F.), « Le juge et la révision du contrat », *RDC* 2016, p. 382.

FENOUILLET, (D.), « Le juge et les clauses abusives », *RDC* 2016, p. 358.

FORIERS, (P.), « Les antinomies en droit », in Ch. PERELMAN (dir.), *Les antinomies en droit*, Travaux du centre national de recherche de logique, Bruylant, 1965, p. 20.

FRANÇOIS, (J.),

___ « L’acte accompli par le mandataire en dehors de ses pouvoirs et le mécanisme du contrat de mandat », *D.* 2018. 1215.

___ « Les opérations sur la dette », *RDC* 2016, p. 16.

FRANÇOIS, (G.),

___ « Intensité de l’exigence de loyauté et négociation d’entreprises avec les délégués syndicaux », *BJT* 2020, p. 39.

___ « La conventionnalisation du droit du travail », *BJT* 2019, p. 38.

___ « Le préalable de négociation obligatoire », *Dr. soc.* 2021. 356.

___ « Promouvoir la négociation collective dans les petites entreprises », *Dr. soc.* 2019. 1066.

FRANÇOIS, (G.), MARIANO, (Ch.), « L'accord de performance collective », *BJT* 2021, p. 41.

FREEDLAND, (M.), « Le contrat de travail et les paradoxes de la précarité », *RDT* 2016. 289.

FRISON-ROCHE, (M.-A.),

___ « À propos de la rétroactivité de la jurisprudence », *RTD civ.* 2005. 310.

___ « Va-t-on vers une acception unitaire de l'abus dans la fixation du prix ? », *RCC* 1996, p. 15.

FROSSARD, (S.), « La supplétivité des règles en droit du travail », *RDT* 2009. 83.

FROUIN, (J.-Y.),

___ « Protection de la personne du salarié, intérêt de l'entreprise et construction prétorienne du droit du travail », *JCP S* 2010. 1087.

___ « Raisons de la construction prétorienne du droit du travail », *JCP S* 2009. 1516.

___ « Le contrat de travail et les dérogations au droit commun du contrat », *Dr. soc* 2017. 696.

___ « Le recul du juge en droit du travail », *RDT* 2020. 18.

___ « Les cas de nullité du licenciement », *JCP S* 2005. 1237.

___ « Un salarié en contrat à durée déterminée peut-il prendre acte de la rupture de son contrat de travail ? », *RJS* 2007. 795.

GADRAT, (M.),

___ « De l'avantage du recours à la rupture conventionnelle collective », *Dr. soc.* 2019. 239.

___ « Les périmètres du groupe en droit du licenciement pour motif économique », *Dr. soc.* 2017. 221.

GALLAND, (A.), « L'obligation de délivrance impose au vendeur d'immeuble à construire de fournir à l'acquéreur une information précise sur les caractéristiques du bien vendu », *RDI* 2019. 282.

GALLOIS-COCHET, (D.), « L'avant-contrat », in S. BROS (dir.), *Les innovations de la réforme du droit des contrats*, Institut Universitaire de Varenne, Paris, 2018, p. 41.

GAMET, (L.), « Discrimination à l'embauche d'un travailleur temporaire », *D.* 2004. 3103.

GARDIN, (A.), « Licenciement des cadres et exigence de loyauté », in C. MARRAUD, F. KESSLER, F. GÉA (dir.), *La rupture du contrat de travail en droits français et allemand*, Paris, LGDJ, 3^e éd., 2000.

GARNIER, (F.), « Temporalités juridiques ou quelques considérations historiques sur la production normative », in M. NICOD (dir.), *Les rythmes de production du droit*, Paris, LGDJ, 2016, p. 7.

GASSIN, (R.), « Lois spéciales et droit commun », *D.* 1961. 91.

GAUDIN, (L.), « La novation en droit du travail, une notion en quête d'utilité ? », *RDT* 2008.162.

GAURIAU, (B.),

___ « L'accord collectif est-il contractuellement dépendant ? », *JCP S* 2022. 1174.

___ « L'accord de performance collective depuis la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 », *Dr. soc.* 2018. 505.

___ « La négociation dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux », *Dr. soc.* 2015. 878.

___ « L'articulation des conventions collectives de groupe, d'entreprise et d'établissement », *JCP G* 2017. 453.

___ « Le référendum, un préalable nécessaire ? », *Dr. soc.* 1998. 338.

___ « Variations sur la nullité du licenciement », *Dr. soc.* 2014. 44.

GAUTHIER, (P.-Y.),

___ « Exécution forcée du pacte de préférence : un peu victoire à la Pyrrhus, beaucoup *probatio diabolica* », *D.* 2006. 1861.

___ « Les risques assumés par l'acheteur d'une entreprise en difficulté, pris en compte pour le calcul et le montant du prix (suite) », *RTD civ.* 1998. 925.

___ « Opinion dissidente : la « double connaissance » par le tiers d'une violation du pacte de préférence reste une *probatio diabolica* », *RTD civ.* 2021. 663.

GÉA, (F.),

___ « À quoi sert le droit du travail ? », *D.* 2020. 444.

___ « Contre l'autonomie de l'accord d'entreprise », *Dr. soc.* 2016. 516.

___ « De l'usage de la référence aux « garanties au moins équivalentes », *RDT* 2021. 37.

___ « La prise d'acte de la rupture. Dynamiques d'une construction jurisprudentielle », *RJS* 2010. 559.

___ « Le contrôle judiciaire des choix de gestion de l'employeur : le sens des limites et les limites du sens », *RDT* 2009. 584.

___ « L'entretien d'embauche », *Cah. soc.* 2014, p. 586.

___ « Réforme 2017. L'hypothèse de la création artificielle de difficultés économiques », *RDT* 2017. 793.

___ « Un changement de paradigme ? », *Dr. soc.* 2017. 997.

___ « Un nouveau droit du licenciement économique ? », *RDT* 2017. 636.

GÉNICON, (Th.),

___ « Défense et illustration de la cause en droit des contrats », *D.* 2015. 1551.

___ « La grammaire dans la réforme du droit des contrats », *RDC* 2016, p. 751.

___ « La promesse d'embauche ou le miracle du « contrat sans acceptation », *RDC* 2011, p. 804.

___ « Point d'étape sur la rupture unilatérale aux risques et périls du créancier », *RDC* 2010, p. 344.

___ « Violence économique, réticence dolosive, erreur inexcusable (... et vice de faiblesse ?) : l'égale sévérité de la Cour de Cassation », *RDC* 2015, p. 11.

GÉNY, (F.), « Le particularisme du droit fiscal », *RTD civ.* 1931. 797.

GÉRARD, (Ph.), « Antinomie », in A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2^e éd., 1993, p. 36.

GHESTIN, (J.),

___ « Faut-il conserver la cause en droit européen des contrats ? », *ERCL* 4/2005, p. 403.

___ « La réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée », *JCP G* 2011, 703.

___ « Le futur : exemples étrangers. Le Code civil en France aujourd'hui », *RDC* 2004, p. 1152.

___ « Les données positives du droit », *RTD civ.* 2002. 49.

___ « L'utile et le juste dans les contrats », *D.* 1982. 1.

GHOZI, (A.), « Effet des conventions, Interprétation, Qualification », in P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Article 2234 à 2281 du Code civil)*, p. 34.

GHOZI, (A.), LEQUETE, (Y.), « La réforme du droit des contrats », *D.* 2008. 2609.

GOLDIE-GENICON, (Ch.), « Droit commun des contrats et contrat de travail, 100 ans après », *Dr. ouvr.* 2019. 553.

GOSSELIN, (H.), GÉA, (F.), « Quelle est la nature juridique de la prise d'acte ? », *RDT* 2009. 688.

GRAS, (N.), « La rupture conventionnelle en droit des contrats », *JCP S* 2017. 1180.

GRATTON, (L.), « La cession de contrat – Rapport français », in M. BÉHAR-TOUCHAIS (dir.), *Comparaison de la réforme du droit français des contrats et du régime de l'obligation avec le nouveau Code civil roumain*, Paris, éd., IRJS, t. 2, 2017.

GRÉVY, (M.), « La procédure prud'homale applicable à la prise d'acte en quête de célérité », *RDT* 2014. 704.

GRIDEL, (J.-P.), « Le consentement n'est pas vicié de violence par la seule dépendance économique inhérente au statut salarial », *D.* 2002. 1860.

GRIMALDI, (C.),

___ « En attendant la loi de ratification... », *D.* 2016. 606.

___ « Les maux de la cause ne sont pas qu'une affaire de mots », *D.* 2015. 814.

___ « Qu'est-ce que la soumission à des obligations créant un déséquilibre significatif ? », *LEDICO* 2018, p. 4.

GROSSER, (Ph.),

___ « La négociation dans l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *AJ contrat*, 2016. 270.

___ « Observations sur l'inexécution du contrat », in J. GHESTIN (dir.), *Observations sur le projet de réforme du droit des contrats et des obligations*, *LPA* 2015, n° 177, p. 88.

GRUA, (F.),

___ « La fée et l'horloge », *RTD civ.* 2001. 319.

___ « Les divisions du droit », *RTD civ.* 1993. 59.

GRZEGORCZYK, (C.), « Le rôle performatif dans le langage du droit », in *Archives de philosophie du droit*, Paris, Sirey, t. 19, 1974, p. 229.

GUÉNOT, (E.), « La négociation de l'accord de performance collective », *BJT* 2021, n° 200b9.

GUERLIN, (G.), « Contrats et confiance familiale », in E. LENOIR-WAYMEL, M. LIVOIR (dir.), *Contrats et famille font-ils bon ménage ?*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 93.

GUIOMARD, (F.), « Nullité de l'accord collectif en l'absence de loyauté dans la négociation collective », *D.* 2008. 448.

GUYOT, (H.), « Prise d'acte et saisine directe du bureau de jugement du Conseil de Prud'hommes », *JCP S* 2019. 1358.

HAAS, (Th.), « La loyauté en droit du travail », *Justice et Cassation* 2014. 69.

HAGE-CHAHINE, (N.), « La notion d'obligation dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *LPA* 2015, n° 219, p. 7.

HAMADA, (B.-M.), « L'application de l'article 1112-1 du Code civil au processus de conclusion de l'accord référendaire », *LPA* 2021, n° 219, p. 7.

HAMELIN, (J.-F.),

___ « Les devoirs de se renseigner et d'information », in G. CHANTEPIE, M. LATINA (dir.), *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Paris, Dalloz, 2015, p. 25.

___ « L'exercice des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *RDC* 2018, p. 514.

HAURIOUX, (M.), « L’Institution et le droit statutaire », *Recueil de Législation de Toulouse*, 2^e série, t. 11, 1906.

HAUSER, (J.), « Une notion juridique de dépendance ? », in *Études offertes à J. Pélissier, Analyse juridique et valeurs en droit social*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 283 – 298.

HÉLAINE, (C.), « L’article 1171 et les nuances du déséquilibre significatif », *D. actu*, 1^{er} févr. 2022.

HENRIOT, (P.), « La réception du barème par le juge : quel impact sur sa mission ? », *Dr. soc.* 2019. 318.

HENRY, (X.),

___ « Brèves observations sur le projet de réforme de droit des contrats... et ses commentaires », *D.* 2009. 28.

___ « L’appréciation du déséquilibre significatif au prisme du Cerclab », *CCC* 2020. 8.

___ « Synthèse de jurisprudence. Protection contre les clauses abusives en droit du travail. Protection par le droit commun du Code civil », Centre de recherche contre les clauses abusives, 2023, n° 9748.

HO DINH, (A.-M.), « Le « vide juridique » et le « besoin de loi ». Pour un recours à l’hypothèse du non-droit », *L’année sociologique* 2007/2, p. 419.

HONTEBEYRIE, (A.), « 1171 contre L. 442-6, I, 2° : la prescription dans la balance », *D.* 2016. 2180.

HORN, (S.), « La distinction entre onérosité excessive et coût manifestement disproportionné dans le nouveau droit des contrats », *AJ contrat* 2019. 333.

HOUTCIEFF, (D.),

___ « La prise d’acte tient la résolution unilatérale en état », *Gaz. Pal.* 17 sept. 2019, p. 26.

___ « Le contenu du contrat », in F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2009, p. 183.

___ « Le nouvel équilibre contractuel », in S. BROS (dir.), *Les innovations de la réforme du droit des contrats*, Institut Universitaire de Varenne, 2018, p. 55.

___ « Loi de ratification de l’ordonnance de réforme du droit des contrats, de la preuve et du régime général des obligations : le droit schizophrène », *Gaz. Pal.* 17 avr. 2018, p. 14.

HUBERLANT, (Ch.), « Antinomies et recours aux principes généraux », in Ch. PERELMAN (dir.), *Les antinomies en droit*, Travaux du centre national de recherche de logique, Bruylant, 1965, p. 204.

HUET, (J.), « Les sources communautaires du droit des contrats », *LPA* 1997, p. 8.

HUET, (J.), GHOZI, (A.), « L’article 1105 nouveau du Code civil : modification suggérée », *RDC* 2017, p. 168.

HUGLO, (J.-G.), « Libertés fondamentales et droit du travail », *Bulletin des informations de la Cour de cassation*, 2019, p. 7.

HUGLO, (J.-G.), DURLACH, (E.), « Qu'est-ce qu'une liberté fondamentale au sens de la Chambre sociale ? », *RDT* 2018. 346.

ICARD, (J.),

___ « La logique juridique n'est pas absente des jugements prud'homaux sur le barème », *SSL* 2019. 1846.

___ « La prise d'acte de la rupture du contrat de travail ne suppose pas de mise en demeure préalable », *BJT* 2019, p. 21.

___ « Les accords donnant-perdant », *Cah. soc.* 2016, p. 89.

___ « L'incidence du nouveau droit des obligations sur la conception travailliste de la période de négociation précontractuelle », *Cah. soc.* 2017, p. 527.

___ « Négociation collective et petite entreprise », *Cah. soc.* 2018, p. 363.

INÈS, (B.), « Avantage de retraite : fin de l'usage après conclusion d'un accord ayant le même objet », *D. actu*, 12 juin 2014.

JAMIN, (Ch.),

___ « Cession de contrat et consentement du cédé », *D.* 1995. 131.

___ « L'admission d'un principe de résolution unilatérale du contrat indépendant de sa durée », *D.* 2001. 1568.

___ « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Études offertes à Jacques Ghestin : le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, LGDJ, 2001, p. 441.

___ « Quelle nouvelle crise du contrat ? », in Ch. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2012, p. 7.

___ « Réseaux intégrés de distribution : De l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives », *JCP* 1996, I, 3959.

___ « Vers la résolution unilatérale du contrat », *D.* 1999. 197.

JARROSSON, (Ch.), « Les concessions réciproques dans la transaction », *D.* 1997. 267.

JAVILLIER, (J.-C.), « Une nouvelle illustration du conflit des logiques (droit à l'emploi et droit des obligations) : « normalisation » du licenciement et sauvegarde des pouvoirs du chef d'entreprise », in *Tendances du droit du travail français contemporain*, Études offertes à Guillaume-Henri Camerlynck, Paris, Dalloz, 1978, pp. 101 – 145.

JEAMMAUD, (A.),

___ « La part de la recherche dans l'enseignement du droit », *Jurisprudence, revue critique*, 2010, p. 181.

___ « La règle de droit comme modèle », *RIEJ* 1990/2, p. 125.

___ « Le contrat de travail, une puissance moyenne », in *Analyse juridique et valeurs en droit social : mélanges en l'honneur de Jean Pélissier*, Paris, Dalloz, 2004, p. 299 et s.

___ « Le principe de faveur », *Dr. soc.* 1999. 115.

___ « Les fonctions du droit du travail », in F. COLIN et al., *Le Droit capitaliste du travail*, PU Grenoble, coll. Critique du droit, 1980, p. 149.

___ « Les principes dans le droit français du travail », *Dr. soc.* 1982. 619.

___ « Les principes dit « de faveur » ont-ils vécu ? », *RDT* 2018. 177.

JEANSEN, (E.), « Réflexion sur la modification du contrat de travail à la suite de l'ANI du 11 janvier 2008 », *JCP S* 2008. 352.

JEULAND, (E.), « L'énigme du lien de droit », *RTD civ.* 2003. 455.

JOSSERAND, (L.), « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », *RTD civ.* 1937. 1.

JOURDAIN, (P.),

___ « À la recherche de la réfaction du contrat, sanction méconnue de l'inexécution », in *Mélanges P. Le Tourneau*, Paris, Dalloz, 2008, p. 459.

___ « Le devoir de « se » renseigner (Contribution à l'étude du devoir de renseignement) », *D.* 1983. 139.

KALLERGIS, (A.), « L'élaboration de la norme fiscale », *RFFP* 2019, p. 59.

KAPP, (Th.), « Loi du 10 juillet 2014 : des compétences renforcées pour l'inspection du travail », *SSL* 2014, n° 1642.

KARAQUILLO, (J.-P.), « La protection du salarié partie à un contrat à durée déterminée lors d'actions en rupture anticipée ou en requalification », *D.* 1997. 345.

KEIM-BAGOT, (M.),

___ « Distinguer dommage et préjudice moral en droit social ? Les exemples du préjudice d'anxiété et des circonstances vexatoires entourant le licenciement », in *Mélanges P.-Y. VERKINDT*, Paris, LGDJ, 2011, p. 231.

___ « Le nouveau droit de la négociation collective », *JT* 2018. 18.

KLEIN, (J.), « Cession de contrats », in *La réforme du droit des contrats. Incidences sur la vie des affaires*, Paris, LexisNexis, 2017, p. 45.

KOBINA GABA, (H.), « Le refus du salarié et ses vicissitudes : pour un droit commun et autonome du refus », *Dr. ouvr.* 2005. 242.

KOMLOSY, (A.), « Les conditions de travail de 1800 à 2000 : configurations globales et développement inégal dans le textile », in *Le mouvement social*, Presses de Sciences Po, 2012, p. 167.

KRIVINE, (J.), « Le droit commercial peut-il venir au secours des salariés ? », *Dr. soc.* 2019.489.

KULLMANN, (J.), « Remarques sur les clauses réputées non écrites », *D.* 1993. 59.

LABORDE, (J.-P.), « La considération du fait par le droit du travail », in *Mélanges H. Blaise*, Paris, Economica, 1994, p. 277.

LACHIÈZE, (C.), « L'autonomie de la cession conventionnelle de contrat », *D.* 2000. 184.

LAFaurie, (K.), « Clauses abusives : l'articulation du dispositif du Code civil avec les textes spéciaux », *JCP E* 2017. 1453.

LAFFUE, (N.), « Le référendum dans l'entreprise », *Dr. soc.* 2018. 428.

LAGARDE, (X.),

___ « Aspects civilistes des relations individuelles de travail », *RTD civ*, 2002. 435.

___ « Droit commun et crédit aux particuliers », *RD banc. fin.* 2004. 100033.

___ « Qu'est-ce qu'une clause abusive ? », *JCP* 2006. I. 110.

___ « Remarques sur l'actualité de la mise en demeure », *JCP* 1996. 3974.

___ « Sur l'utilité de la théorie de la cause », *D.* 2007. 740.

LAHOUZI, (M.), « L'inapplicabilité du droit des pratiques restrictives de concurrence au contrat administratif », *AJDA* 2022. 197.

LAITHIER, (Y.-M.),

___ « Les sanctions de l'inexécution du contrat », *RDC* 2016, p. 39.

___ « Remarques sur les conditions de la violence économique », *LPA* 2004, n° 234, p. 6.

LANGLOIS, (Ph.),

___ « Contrat individuel de travail et convention collective : un nouveau cas de représentation », *Dr. soc.* 1975. 283.

___ « La simplification du droit du travail », in *Réflexions sur la simplification du droit du travail*, Rapport de l'Institut de l'entreprise, 2004, p. 9.

___ « Le juge et l'employeur », *Dr. soc.* 2003. 283.

___ « Prime exceptionnelle. Avantage de retraite. Dénonciation de l'engagement unilatéral sans effet », *Dr. soc.* 2009. 1262.

LARDEUX, (G.),

___ « La réticence dolosive n'est pas un dol comme les autres », *D.* 2012. 2986.

___ « Le droit des contrats spéciaux hors le Code civil », *LPA* 2005, n° 183, p. 3.

___ « Specialia generalibus derogant » ou la simplicité apparente des fausses évidences », *RDC* 1^{er} oct. 2008, p. 1251.

LARROUMET, (Ch.), « Observations conclusives », in S. BROS (dir.), *Les innovations de la réforme du droit des contrats*, Institut Universitaire de Varenne, 2018, p. 147.

LASSERRE-KIESOW, (V.), « L'esprit du Code de commerce », in *Le Code de commerce, Livre du bicentenaire*, Paris, Dalloz, 2007, p. 19.

LATINA, (M.), « L'abus de dépendance (C.civ., art. 1143) : premiers enseignements des juridictions du fond », *D.* 2020. 2180.

LAULOM, (S.), MERLEY, (N.), « La fabrication du principe de faveur », *RDT* 2009. 219.

LEBRET, (A.-S.), « Les nullités revisitées », *AJ contrat*, 2017. 12.

LECLERC, (O.), GUAMAN HERNANDEZ, (A.), « Les mutations du motif économique de licenciement », *RDT* 2016. 398.

LECOURT, (A.), « L'impact de la réforme du droit des contrats sur le droit des sociétés : aspects théoriques et pratiques », *RTD com.* 2016. 767.

LEMOINE, (E.), « Les principes civilistes dans le contrat de travail », *LPA* 2001, n° 119, p. 8.

LE NABASQUE, (H.), « Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés », *RTD com.* 1999. 273.

LEPAGE, (A.), « La vie privée du salarié, une notion civiliste en droit du travail », *Dr. soc.* 2006. 364.

LEQUETTE, (Y.),

___ « Vers un Code civil européen ? », *Pouvoirs* 2003. 197.

___ « Y aura-t-il encore en France, l'an prochain, un droit commun des contrats ? », *RDC* 2015, p. 616.

LEQUETTE, (Y.), LOISEAU, (G.), SERINET, (Y.-M.), « Validité du contrat – consentement », in P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (articles 2234 à 2281 du Code civil)*, 2005, p. 18.

LEROY, (Y.),

___ « La négociation collective sans négociation : coup de maître ou hérésie ? », *Dr. soc.* 2020. 854.

___ « L'articulation entre droit civil et droit du travail ou comment sortir de l'impasse », *Dr. soc.* 2022. 326.

___ « Paradoxe(s) sur ordonnances », *Dr. soc.* 2018. 784.

___ « Précision des motifs de licenciement : la grande illusion ? », *Dr. soc.* 2022. 805.

LE TOURNEAU, (Ph.), « De l'allègement de l'obligation de renseignement ou de conseil », *D.* 1987. 101.

LEVENEUR-AZÉMAR, (M.), « Éclairage de droit comparé sur l'interprétation de la réforme du droit des contrats », *D.* 2020. 165.

LIBCHABER, (R.),

___ « Pour une impérativité raisonnée de la révision pour imprévision », *D.* 2020. 1185.

___ « Propos hésitants sur l'incertaine solution des conflits de normes », *RTD civ.* 1997. 792.

LIEUTHIER, (J.-Ph.), « Comité Social et Économique ou conseil d'entreprise : quel choix ? », *Dr. soc.* 2019. 415.

LOISEAU, (G.),

___ « Conventionnalité du barème : le débat est ouvert », *JCP S* 2018. 1367.

___ « Droit civil et droit du travail : une relation instable », *Dr. soc.* 2019. 477.

___ « La neutralisation du dol du salarié », *D.* 2006. 204.

___ « L'application de la théorie des vices du consentement au contrat de travail », in *Le contrat au début du XXI^e siècle*, Études J. GHESTIN, Paris, LGDJ, 2001, p. 579.

___ « La présomption de résiliation unilatérale du contrat de travail à durée indéterminée », *RDC* 2023, p. 124.

___ « La prise d'acte civilisée », *JCP S* 2017. 1148.

___ « La puissance du contractant en droit commun des contrats », *AJ contrat* 2015. 496.

___ « La résistance du contractuel au conventionnel », *RDC* 2018, p. 103.

___ « La tentation de l'autonomie », *RJS* 2019. 419.

___ « Le barème conventionnellement correct », *JCP S* 2019. 826.

___ « Le barème d'indemnités : mésaventures en prud'homie », *Gaz. Pal.* 29 janv. 2019, p. 19.

___ « Le contrat de travail dans la réforme du droit des contrats », *JCP G* 2016. 602.

___ « Le contrat de travail dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats », *JCP S* 2015. 1468.

___ « Le repli sur soi », *JCP S* 2019. 1140.

___ « Le rôle matriciel du droit commun des contrats en droit du travail », *JCP S* 2017. 1356.

___ « L'éloge du vice ou les vertus de la violence économique », *Dr. et patr.* 2002. 26.

___ « Les clauses abusives dans le contrat de travail », *Cah. soc.* 2014, p. 452.

___ « Les vices du consentement », *CCC* 2016. 3.

___ « Observations sur le projet de réforme du droit des contrats et des obligations », *LPA* 2015, n° 177, p. 51.

___ « Un examen clinique de la conventionnalité du barème d'indemnité prud'homale », *Gaz. Pal.* 18 juin 2018, p. 15.

LOISEAU, (G.), MARTINON, (A.),

___ « Deux satellites de l'accord d'entreprise », *Cah. soc.* 2017, p. 268.

___ « L'absent », *BJT* mai 2023, p. 1.

___ « La déjudiciarisation du droit social », *BJT* 2019, p. 1.

___ « Négociation, articulation et disparition des conventions collectives de travail », *BJT* 2020, p. 38.

LOISEAU, (G.), PÉCAULT-RIVOLIER, (L.), PIGNARRE (G.), « L'ordre public social a-t-il un avenir ? », *Dr. soc.* 2016. 886.

LOKIEC, (P.),

___ « Accord collectif et contrat de travail », *Dr. soc.* 2017. 1024.

___ « Barèmes d'indemnisation en cas de licenciement abusif : la résistance des juges », *D.* 2019. 248.

___ « Démocratie représentative et démocratie directe », *Dr. soc.* 2019. 201.

___ « Garantir la liberté du consentement contractuel », *Dr. soc.* 2009. 127.

___ « Indemnités de licenciement : le barème ou le préjudice amputé », *SSL*, n° 1950, p. 10.

___ « La décision et le droit privé », *D.* 2008. 2293.

___ « L'accord de performance collective ou le champ infini des possibles », *SSL*, n° 1918, p. 3.

___ « Qui dit conventionnel dit juste ! », *JCP S* 2015. 129.

___ « Qui dit conventionnel dit juste », in J-F. CESARO, A. MARTINON (dir.), *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, Paris, LexisNexis, 2019, pp. 243 – 248.

___ « Vers un nouveau droit du travail ? », *D.* 2017. 2109.

LOKIEC, (P.), ROBIN-OLIVIER, (S.), DEAKIN, (S.), RADÉ, (Ch.), « Droit du travail et responsabilité civile (1^{re} partie) », *RDT* 2007. 748.

LOKIEC, (P.), ROCHFELD, (J.), « L'accord et le juge du travail : le temps des réformes paradoxales », *Dr. soc.* 2017. 5.

LYON-CAEN, (A.),

___ « Complexité du barème », *RDT* 2016. 65.

___ « Démission », *RDT* 2022. 611.

___ « Plafond », *RDT* 2015. 489.

LYON-CAEN, (A.), LOYSEAU DE GRANDMAISON, (F.), « L'impact de la réforme du droit des obligations sur le droit du travail », Travail commissions ouvertes du Barreau de Paris, mars 2018.

LYON-CAEN, (G.),

___ « Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail », *RTD civ.* 1974. 229.

___ « Les fondements historiques et rationnels du droit du travail », *Dr. ouvr.* 1951. 1.

___ « L'obligation implicite », *APD*, Paris, Dalloz, t. 44, 2000, p. 109.

LYON-CAEN, (P.), « La preuve, par l'assuré social, de l'exécution des formalités qui lui incombent : une *probatio diabolica* ? », *Dr. soc.* 1996. 414.

MAINGUY, (D.), « Cession de contrôle et sort des contrats de la société cédée », *Rev. sociétés* 1996. 17.

MAIRE, (G.), « La clause de style », *CCC* 2021. 13.

MALAURIE, (Ph.), « Les antinomies des règles et de leurs fondements », in *Le droit privé à la fin du XX^e siècle, Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 25.

MALAURIE-VIGNAL, (M.), « Précisions sur les conditions nécessaires pour engager la responsabilité d'un employeur qui embauche un salarié lié par une clause de non-concurrence », *CCC* 2002. 59.

MALGAUD, (W.), « Les antinomies en droit. À propos de l'étude de G. Gavazzi », in Ch. PERELMAN (dir.), *Les antinomies en droit*, Travaux du centre national de recherche de logique, Bruylant, 1965, p. 7.

MALINVAUD, (P.),

___ « À propos de la rétroactivité de la jurisprudence », *RTD civ.* 2005. 312.

___ « Le « contenu certain » du contrat dans l'avant-projet « Chancellerie » de code des obligations ou le « stoemp » bruxellois aux légumes », *D.* 2008. 2551.

MALLET-BRICOUT, (B.), « La cession de contrat dans l'ordonnance de réforme du droit des obligations », in S. BROS (dir.), *Les innovations de la réforme du droit des contrats*, Institut Universitaire de Varenne, 2018, p. 127.

MARIANO, (Ch.),

___ « La caducité de l'accord collectif », *Dr. soc.* 2023. 225.

___ « Les zones d'ombre de la négociation collective en l'absence de délégué syndical », *BJT* 2020, p. 44.

MARQUET DE VASSELLOT, (L.), MARTINON, (A.),

___ « L'articulation croisée des accords collectifs », *JCP S* 2016. 1150.

___ « Les apports de la loi du 8 août 2016 en matière de durée du travail », *JCP S* 2016. 1294.

___ « L'ordre public conventionnel », *JCP S* 2017. 1128.

MARTINON, (A.),

___ « Brèves observations sur la nouvelle articulation des conventions et accords collectifs », *JCP S* 2018. 1047.

___ « Le contrat de travail, laboratoire d'un droit commun des contrats spéciaux ? », *LPA*, n° 238, p. 16.

MAZEAUD, (A.),

___ « Droit du travail et bicentenaire du Code civil : autour des articles 1134 et 9 du Code civil, ou, du contrat à la personne », in *1804-2004, le Code civil, Un passé, un présent, un avenir*, Université Panthéon-Assas, Dalloz, 2004, p. 575.

___ « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat », *LPA* 1998, n° 117, p. 12.

___ « Modification du contrat, changement des conditions de travail et vie personnelle », *Dr. soc.* 2004. 77.

___ « Proportionnalité en droit social », *LPA* 1998, n° 117, p. 64.

MAZEAUD, (D.),

___ « Les sanctions de l'inexécution », in S. BROS (dir.), *Les innovations de la réforme du droit des contrats*, Institut Universitaire de Varenne, 2018, p. 89.

___ « L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux », in G. PIGNARRE (dir.), *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations. Rétrospectives et perspectives à l'heure du Bicentenaire du Code civil*, Paris, Dalloz, 2005, p. 73.

___ « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit*, Mélanges F. TERRÉ, Paris, PUF, 1999, p. 603.

___ « Mais qui a peur du solidarisme contractuel ? », *D.* 2005. 1828.

___ « Pour que vive la cause, en dépit de la réforme ! », *Dr. et patr.* 2014, p. 38.

___ « Quelques mots sur la réforme de la réforme du droit des contrats », *D.* 2018. 912.

___ « Régime de la violence économique », *D.* 2002. 2844.

MAZIÈRE, (P.),

___ « La résolution judiciaire du contrat de travail à durée indéterminée entre droit civil et droit du travail (1^{re} partie) », *LPA* 1999, n° 66, p. 7.

___ « La résolution judiciaire du contrat de travail à durée indéterminée entre droit civil et droit du travail (suite et fin) », *LPA* 1999, n° 67, p. 5.

MEFTAH, (I.),

___ « La singularité de l'accord de performance collective », *BJT* 2021, n° 200b4.

___ « Les accords de performance collective », *RJS* 10/2020. 667.

MÉGRET, (G.), « La prise d'acte de la rupture du contrat de travail : une résolution unilatérale du contrat de travail ? », *Gaz. Pal.* 28 mai 2019, p. 72.

MEKKI, (M.),

___ « Avoir le premier geste et pas le dernier mot », in *Mélanges P. Ancel*, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 475.

___ « Existe-t-il un *jus commune* applicable aux clauses du contrat de travail ? », *RDT* 2006. 292.

___ « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 - Une réforme de la réforme ? », *D.* 2018. 900.

___ « La notion de contrat d'adhésion : on est loin de la « haute définition » ! », *RDC* 2019, p. 112.

___ « La réforme au milieu du gué. Les notions absentes ? Les principes généraux du droit des contrats – aspects substantiels », *RDC* 2015, p. 651.

___ « Les dispositions liminaires », in S. BROS (dir.), *Les innovations de la réforme du droit des contrats*, Institut Universitaire de Varenne, 2018, p. 15.

___ « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », *D.* 2015. 816.

___ « L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *D.* 2016. 494.

___ « Pour une ratification minimaliste de l'ordonnance du 10 février 2016 », *AJ contrat* 2017. 462.

___ « Propos introductifs : le juge et le droit de la responsabilité civile », *RDC* 2017, p. 112.

___ « Réforme des contrats et des obligations : l'obligation précontractuelle d'information », *JCP N* 2016. 1155.

MESTRE, (J.),

___ « L'exigence de bonne foi dans la conclusion des contrats », *RTD civ.* 1989. 736.

___ « L'influence des relations de travail sur le droit commun des contrats », *Dr. soc.* 1988. 405.

MEYER, (G.), « L'exigence de loyauté dans la négociation des accords de performance collective », *SSL*, n° 1918, p. 9.

MEYRAT, (I.), « Le droit du travail, terre d'élection pour les droits fondamentaux ? », *RDT* 2019. 763.

MILLET, (F.), « Le sort du principe de l'interprétation dans le sens le plus favorable au consommateur », *D.* 2020. 1280.

MILLOT, (F.), « En questions : le principe d'équivalence en cas de concurrence entre accords d'entreprise et de branche », *JCP S* 2019. 47.

MINÉ, (M.), « La loyauté dans le processus de la négociation collective d'entreprise », *Travail et emploi* 2000. 48.

MITCHELL, (M.-C.), DELANNOY, (T.), « Abus de puissance contractuelle et pratiques commerciales restrictives », *AJ contrat* 2015. 504.

MOIZARD, (N.), « Charge de la preuve d'une discrimination à l'embauche », *RDT* 2012. 497.

MOLFESSIS, (N.),

___ « Les sources constitutionnelles du droit des contrats », in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Paris, LGDJ – Bibliothèque de droit privé, 1996, p. 95.

___ « Promesses d'embauche : la chambre sociale retrouve la voie du droit civil mais s'égare dans la motivation enrichie », *JCP G* 2017. 1238.

MONTELS, (B.), « La violence économique, illustration du conflit entre droit commun des contrats et le droit de la concurrence », *RTD com.* 2002. 417.

MORACCHINI-ZEIDENBERG, (S.), « L'abus du salarié », *JCP* 2006. 1376.

MORAND, (M.),

___ « À propos de la modification du contrat de travail », *Dr. soc.* 1993. 148.

___ « L'APC, un accord né sous X », *SSL* 2020, n° 1933.

MOREAU, (M.), « L'interprétation des conventions collectives de travail : à qui profite le doute ? », *Dr. soc.* 1995. 171.

MORGENTHAL, (L.), « Les antinomies en droit social », in Ch. PERELMAN (dir.), *Les antinomies en droit*, Travaux du centre national de recherche de logique, Bruylant, 1965, p. 39.

MORIEUX, (L.), « Recruter un salarié : les bonnes pratiques », *JA* 2021. 40.

MORIN, (J.), « La réglementation conventionnelle du contrat de travail », *Dr. soc.* 2020. 936.

MORIN, (M.-L.),

___ « Derrière le pragmatisme des ordonnances, la perversion des droits fondamentaux du travail », *Dr. ouvr.* 2017. 655.

___ « Le dualisme de la négociation collective à l'épreuve des réformes : validité et loyauté de la négociation, application et interprétation de l'accord », *Dr. soc.* 2008. 24.

MORVAN, (P.), « Définition des difficultés économiques », *JCP S* 2022. 1184.

MOULY, (J.),

___ « Clauses de non-concurrence : vers une exigence de proportionnalité de la contrepartie financière ? », *Dr. soc.* 2021. 75.

___ « Des rapports entre la réticence dolosive et l'erreur inexcusable », *D.* 2003. 2023.

___ « Droit civil et droit du travail. Une coexistence enfin pacifique », in *Apprendre à douter. Questions de droit, questions sur le droit. Études offertes à Claude Lombois*, Limoges, Presses Universitaires de Limoges, 2004, p. 359.

___ « La prise d'acte saisie par le nouvel article 1226 du code civil ? », *Dr. soc.* 2017. 1.

___ « La prise d'acte, un mode de rupture à préserver », *Dr. soc.* 2014. 821.

___ « La réactivation de la théorie du licenciement abusif. Un expédient illusoire au plafonnement des indemnités prud'homales », *Dr. soc.* 2018. 824.

___ « La procédure accélérée de l'article L. 1451-1 du code du travail s'applique également à l'action en requalification d'une démission en prise d'acte », *Dr. soc.* 2019. 1093.

___ « La réticence du salarié sur un empêchement à l'exécution du contrat », *D.* 2008. 1594.

___ « L'inconventionnalité du barème : une question de proportionnalité », *Dr. soc.* 2019. 234.

___ « Promesse d'embauche et contrat de travail : quelle frontière ? », *Dr. soc.* 2016. 288.

___ « Une innovation déroutante : la démission sans volonté de démissionner », *Dr. soc.* 2023. 158.

___ « Une règle de nature à induire en erreur ; « la réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée », *D.* 2012. 1346.

MOUSSERON, (P.), « L'obligation de renseignement dans les cessions de contrôle », *JCP E* 1994. I. 362.

MOUSSERON, (P.-H.), « Le lieu de travail, territoire de l'entreprise », *Dr. soc.* 2007. 1110.

MOYA, (K.), « La contrepartie », *RTD civ.* 2023. 269.

NADAL, (S.), « Réflexions sur le sort de la conception libérale de la négociation professionnelle », *RDT* 2021. 329.

NEMTCHENKO, (D.), « Réforme du droit des contrats et des obligations : la caducité du contrat », *Lexbase Hebdo*, 2016, n° 646.

NICOD, (C.), « Conventions de branche et d'entreprise : une nouvelle partition », *RDT* 2017. 657.

NOBLOT, (C.), « Le handicapé et la SNCF : insuffisance respiratoire contre insuffisance contractuelle », *D.* 2005. 1913.

NOURISSAT, (C.), « La violence économique, vice du consentement : beaucoup de bruit pour rien ? », *D.* 2000. 369.

OLIVIER, (J.-M.), « Un nouveau droit de la relation de travail ? », *Dr. soc.* 2018. 681.

OLLIER, (P.), « L'accord d'entreprise dans ses rapports avec d'autres sources du droit », *Dr. soc.* 1982. 680.

OMARJEE, (I.), « Le dol à l'épreuve du contrat de travail », *D.* 2000. 13.

PAGNERRE, (Y.),

___ « Droit des contrats et accords collectifs, regards croisés », in J.-F. CESARO, A. MARTINON (dir.), *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, Paris, Lexis Nexis, 2019, pp. 315 – 339.

___ « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », *Dr. soc.* 2016. 727.

___ « Le secteur géographique : la fin d'un mystère ? », *RDT* 2017. 181.

___ « Les accords de performance collective », *Dr. soc.* 2018. 694.

___ « Libres propos prospectifs sur la formation du contrat de travail », *Dr. soc.* 2018. 175.

PALLI, (B.), « La place du « barème » dans certains pays européens », *Dr. soc.* 2019. 310.

PANSIER, (F.-J.), « Discrimination raciale à l'embauche », *Cah. soc.* 2012, p. 81.

PAOLI, (L.), « Peut-on donner sa chance au conseil d'entreprise ? », *Cah. soc.* 2018. 116.

PASQUIER, (Th.), « Les nouveaux visages de la loyauté dans la négociation collective », *RDT* 2018. 44.

PATRIGEON, (B.), « La procédure de prise d'acte de la rupture du contrat de travail depuis la loi du 1^{er} juillet 2014 », *Cah. soc.* 2015, p. 289.

PEANO, (M.-A.), « L'*intuitus personae* dans le contrat de travail », *Dr. soc.* 1995. 129.

PÉCAUT-RIVOLIER, (L.),

___ « Donner l'information : les obligations du salarié », *Dr. soc.* 2013. 13.

___ « Prise d'acte et résiliation judiciaire », *Dr. soc.* 2012. 29.

___ « Regards du juge judiciaire sur l'accord collectif », *Dr. soc.* 2020. 507.

PÉGLION-ZIKA, (C.-M.), « Les clauses abusives et la recodification du code de la consommation », *D.* 2016. 1208.

PELLET, (S.),

___ « Contrat d'adhésion et négociation », in M. LATINA, G. CHANTEPIE (dir.), *Le contrat d'adhésion. Perspectives franco-québécoises*, Paris, Dalloz, 2018, p. 67.

___ « Négociations et avant-contrats », in M. LATINA (dir.), *La réforme du droit des contrats en pratique*, Paris, Dalloz, 2017, p. 25.

PELLETIER, (F.), MOSTADI, (I.), « Ordonnances Macron : sécurisation des ruptures et motivation de la lettre de licenciement », *JCP N* 2018. 1199.

PÉLISSIER, (J.),

___ « Clauses informatives et clauses contractuelles du contrat de travail », *RJS* 2004. 3.

___ « Droit civil et contrat individuel de travail », *Dr. soc.* 1988. 387.

___ « La loyauté dans la négociation collective », *Dr. ouvr.* 1997. 496.

___ « Pour un droit des clauses du contrat de travail », *RJS* 2005. 499.

PERELMAN, (Ch.), « Les antinomies en droit. Essai de synthèse », in Ch. PERELMAN (dir.), *Les antinomies en droit*, Travaux du centre national de recherche de logique, Bruylant, 1965, p. 392.

PÉRÈS, (C.),

___ « La liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats de la chancellerie. À propos de l'article 16, alinéa 2, du projet », *D.* 2009. 381.

___ « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des obligations », *JCP G* 2016. 454.

PERULLI, (A.), « Les ordonnances Macron et *Jobs Act* : valeurs et fonctions dans le nouveau paradigme du droit du travail », *Dr. soc.* 2018. 86.

PESCHAUD, (H.), « Promesse d'embauche rétractée : licenciement injustifié », *LPA* 2012, n° 192, p. 10.

PETIT, (F.),

___ « Le référendum en entreprise comme voie de secours », *Dr. soc.* 2016. 903.

___ « Loyauté dans la négociation collective : Distinction entre « signatures séparées » et « négociations séparées », *Cah. soc.* 2015, p. 97.

___ « Négociation collective : la volonté d'encadrer et d'orienter la liberté contractuelle des partenaires sociaux », *Gaz. Pal.* 11 oct. 2016, p. 68.

PICOD, (Y.),

___ « Le déséquilibre significatif et le Conseil constitutionnel », *D.* 2011. 415.

___ « L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat », in *Le juge et l'exécution du contrat*, colloque IDA, Aix-en-Provence, 28 mai 1993.

PIERRE, (Ph.), **CORGAS-BERNARD, (C.)**, « Le défaut d'information et l'accident médical, une articulation délicate », *RLDC* 2010, n° 74.

PILLET, (G.), « La cession conventionnelle de contrat du Code civil : une consécration en demi-teinte », *RDC* 2017, p. 392.

POHE, (D.), « Le dol du salarié », *LPA* 2003, n° 181, p. 4.

POLLAUD-DULIAN, (F.),

___ « Du droit commun au droit spécial – et retour », in *Aspects actuels du droit des affaires*, mélanges en l'honneur de Y. GUYON, Paris, Dalloz, 2003, p. 925.

___ « Réforme du droit civil des contrats par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 », *RTD com.* 2016. 503.

POLLEUX, (J.-P.), « La sécurisation des licenciements économiques », *JA* 2017. 27.

POUMARÈDE, (M.), « Les régimes particuliers de responsabilité civile, ces oubliés de l'avant-projet Catala », *D.* 2006. 2420.

POUSSON, (A.), « Contrat individuel de travail et droit commun des contrats – influences croisées », in J. KRYNEN, M. HECQUARD-THÉRON (dir.), *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit*, Toulouse, Presses de l'université de Toulouse 1, 2005, p. 151.

PUIG, (P.), « Hiérarchie des normes : du système au principe », *RTD civ.* 2001. 753.

RADÉ, (Ch.),

___ « Contrat de travail. Modification. Qualification accordée dès l'origine des relations contractuelles. Nécessité d'un accord des parties », *Dr. soc.* 2001. 762.

___ « Covid-19 et force majeure », *Dr. soc.* 2020. 598.

___ « De la conventionnalité du « Barème Macron », *Dr. soc.* 2019. 324.

___ « Droit du travail et conventions collectives », *RDC* 2004, p. 1001.

___ « Entre espoir et désespoir », *Dr. soc.* 2019. 475.

___ « Feu la résolution judiciaire du contrat de travail », *Dr. soc.* 2001. 624.

___ « L'accord et le régime du contrat de travail : la porte ouverte... mais à quelle réformes ? », *Dr. soc.* 2008. 295.

___ « La figure du contrat dans le rapport de travail », *Dr. soc.* 2001. 802.

___ « La peur de l'abandon », *Dr. soc.* 2022. 857.

___ « La résolution amiable du contrat de travail sur la sellette », *D.* 2000. 265.

___ « La transaction, arme de destruction massive », *Dr. soc.* 2021. 510.

___ « L'autonomie du droit du licenciement », *Dr. soc.* 2000. 178.

___ « L'autonomie du droit du travail », in J-F. CESARO, A. MARTINON (dir.), *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, Paris, LexisNexis, 2019, pp. 399 – 409.

___ « L'autonomie du droit du travail (la prescription abrégée de la créance de salaire) : cent fois sur le métier ... », *Dr. soc.* 2018. 830.

___ « Le déclin de la résiliation judiciaire du contrat de travail », *D.* 1998. 350.

___ « Le nouveau « barème » d'indemnisation des salariés licenciés sans cause réelle et sérieuse », *Dr. soc.* 2019. 280.

___ « Les limites du « tout contractuel », *Dr. soc.* 2000. 838.

___ « L'impact de la réforme du droit des contrats en droit du travail », *Lexbase Hebdo*, n° 645, 2016.

___ « L'impossible recours à la résolution judiciaire pour rompre le contrat de travail à durée déterminée », *D.* 1999. 623.

___ « L'impossible recours à la résolution judiciaire du contrat de travail pour sanctionner une faute du salarié », *D.* 1999. 365.

___ « Peut-on dire qu'à l'époque moderne le droit civil reposerait sur l'idée d'une égalité abstraite alors que le droit du travail reposerait sur l'idée d'une inégalité concrète ? », in *Mélanges Hauser*, Paris, Dalloz, 2012.

___ « Promesse de contrat de travail ne vaut plus contrat de travail », *Lexbase Hebdo* 2017, n° 714.

___ « Résolution judiciaire du contrat de travail », *RDC* 2005, p. 763.

RADÉ, (Ch.), TOURNAUX, (S.), « Annexes », *RDC* 2005, p. 197.

RAYNARD, (J.), « Pour une théorie générales des contrats spéciaux : des insuffisances respectives du droit général et du droit spécial », *RDC* 2006, p. 597.

RAYNOUARD, (A.), « Le contrat, outil de prévision, et la révision pour imprévision : la place du risque dans l'exécution du contrat », *JCP G* 2023. 397.

RECHERCHE ET ÉTUDES SUR LE GENRE ET LES INÉGALITÉS DANS LES NORMES EN EUROPE, « Droit et genre », *D.* 2021. 863.

RÉMY, (P.), « Le conseil d'entreprise : un premier pas vers le conseil d'établissement allemand ? », *Dr. soc.* 2017. 1050.

RÉMY, (Ph.),

___ « Éloges de l'exégèse », *Droits*, 1985 ; p. 115.

___ « La jurisprudence des contrats spéciaux. Quarante ans de chroniques à la *Revue Trimestrielle de Droit civil* », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Paris, PUF, 1986, p. 105.

___ « Réviser la titre III du livre troisième du Code civil ? », *RDC* 2004, p. 1169.

RÉMY-CORLAY, (P.), « Le contrat hors du Code », *LPA* 2005, n° 178, p. 4.

RÉMY-CORLAY, (P.), FENOUILLET, (D.), « Le consentement », in F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2009, p. 147.

REJET, (Th.),

___ « Le juge et la révision du contrat », *RDC* 2016, p. 373.

___ « Le nouveau discours contractuel (Rapport de synthèse) », *RDC* 2016, p. 627.

___ « Les critères du contrat d'adhésion », *D.* 2016. 1771.

___ « L'incohérent cantonnement, par l'Assemblée nationale, du domaine du contrat d'adhésion aux contrats de masse », *D.* 2018. 124.

___ « L'objet du contrat de travail », *Dr. soc.* 1992. 859.

___ « L'uniformisation de l'interprétation : contrats types et contrats d'adhésion », *RDC* 2015. p. 199.

___ « Une philosophie générale ? », *RDC* 2016, p. 5.

REY, (Ch.), « Les recommandations normatives de la neuvième édition du Dictionnaire de l'Académie Française : une lexicographie institutionnelle assumée », *Carnets d'Atelier de Sociolinguistique*, 2012, n° 5.

RICHARD DE LA TOUR, (J.), « Les principes, les directives et les clauses relatives à l'interprétation », *RDC* 2016, p. 392.

RIOCHE, (S.), « Le conseil d'entreprise, la vraie révolution de l'ordonnance n° 2017-1386 ? », *Gaz. Pal.* 13 mars 2018, p. 77.

RIVOAL, (O.), « La dépendance économique en droit du travail », *D.* 2006. 891.

ROBERT, (J.-L.), « Centenaire de l'Inspection du travail. Approches historiques », *Dr. ouvr.* 1993. 77.

ROCHFELD, (J.), « Clauses abusives – Listes réglementaires noire et grise », *RTD civ.* 2009. 383.

RODIÈRE, (R.), « Le particularisme du droit maritime », in *Le droit maritime français*, 1974, p. 195.

ROGUE, (F.), « Abus de dépendance : la « réforme de la réforme » du droit des contrats a-t-elle accouché d'une souris ? », *D.* 2018. 1559.

ROME, (F.), « Avis de tempête ! », *D.* 2014. 1865.

RONGÈRE, (P.), « La réforme du droit de licenciement », *Économie et humanisme*, oct. 1973.

RONTCHEVSKY, (N.), « Les objectifs de la réforme : accessibilité et attractivité du droit français des contrats », *AJ contrat* 2016. 112.

ROSA, (F.), « La « négociation » dans les petites entreprises et les normes internationales », *Dr. ouvr.* 2018. 450.

ROSALA, (S.), « Projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations : véritable révolution ou simple cartographie du livre III du Code civil ? », *Lexbase Hebdo*, n° 606, 2015.

ROUSPIDE-KATCHARDOURIAN, (M.-N.), « De la norme conventionnelle à la norme étatique : une articulation complexe », *JCP S* 2014. 1299.

ROUVIÈRE, (F.), « Révision pour imprévision : l'impératif économique est-il un impératif juridique ? », *RTD civ.* 2020. 738.

ROY-LOUSTAUNAU, (C.), « Le recours à l'article 1184 du Code civil dans le cadre des CDD : l'impossibilité ? », *Dr. soc.* 2002. 406.

ROZEC, (Ph.), « Indépendance, interaction ou imbrication de l'accord individuel, de l'accord collectif et de la loi ? Pour une contextualisation du contrat de travail ? », *JCP S* 2016. 1152.

ROZEC, (Ph.), MANIGOT, (V.), « Sur les traces de la discrimination à l'embauche », *JCP S* 2012. 1118.

SACHS, (T.), WOLMARCK, (C.), « Les réformes 2017 : quels principes de composition ? », *Dr. soc.* 2017. 1008.

SAINT AFFRIQUE, (B. de), « Du devoir de conseil », *Defrénois* 1995. 913.

SAINTOURENS, (B.), « Articulation du droit commun de la rupture du contrat de travail et du droit spécial des procédures collectives », *Rev. proc. coll.* 2012. 2.

SALMON, (J.), « Les antinomies en droit international public », in Ch. PERELMAN (dir.), *Les antinomies en droit*, Travaux du centre national de recherche de logique, Bruxelles, Bruylant, 1965, p. 285.

SALOMON, (R.), « Abus de biens sociaux et fin de la *probatio diabolica* de l'intérêt de groupe ? », *Dr. sociétés* 2016. 10.

SARGOS, (P.), « Les sept piliers de la sagesse du droit », *JCP G* 2015. 34.

SASSOLAS, (D.), « Le prix », in S. BROS (dir.), *Les innovations de la réforme du droit des contrats*, Institut Universitaire de Varenne, 2018, p. 73.

SAUPHANOR-BROUILLAUD, (N.),

___ « Droit des contrats et droit de la consommation », *RDC* 2011, p. 877.

___ « Les remèdes en droit de la consommation : clauses noires, clauses grises, clauses blanches, clauses prosrites par la jurisprudence et la Commission des clauses abusives », *RDC* 2009, p. 1629.

___ « Observations sur le projet de réforme du droit des contrats et des obligations », *LPA* 2015, n° 177, p. 70.

SAURET, (A.),

___ « Accords de branche et accords d'entreprise : focus sur une articulation complexe entre les sources du droit », *Gaz. Pal.* 12 déc. 2017, p. 67.

___ « La loi Travail élargit la définition du motif économique de licenciement », *Gaz. Pal.* 7 mars 2017, p. 66.

SAUTONIE-LAGUIONIE, (L.), « Le rôle du juge et des parties dans l'anéantissement du contrat en droit français », *RDC* 2013, p. 1613.

SAUVAGE, (F.), « Principales incidences de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve de l'obligation sur le droit des libéralités », *AJ fam.* 2016. 475.

SAVATIER, (J.), « La résiliation judiciaire des contrats de travail des salariés non protégés », *Dr. soc.* 1979. 414.

SAVATIER, (R.),

___ « Destin du Code civil français : 1804 – 1954 », *RIDC* 1954, p. 637.

___ « Les rayons et les ombres d'une expérience sociale », *D.* 1938. 9.

SAVAUX, (É.), « Droit commun et droit spécial dans la violence morale en cas de rupture conventionnelle du contrat de travail », *RDC* 2013. p. 879.

SAYN, (I.), « Des barèmes et des juges », *Dr. soc.* 2019. 293.

SERINET, (Y.-M.), « Observations sur le projet de réforme du droit des contrats et des obligations », *LPA* 2015, n° 177, p. 59.

SERRA, (Y.),

___ « Dix ans de jurisprudence en matière d'obligation de non-concurrence », in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Paris, Litec, 1978, p. 623.

___ « Tsunami sur la clause de non-concurrence en droit du travail », *D.* 2002. 2491.

SERVERIN, (É.), « Forfaits, minima, maxima, référentiels : les outils de la maîtrise des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse », *RDT* 2016. 634.

SERVOUZE-MERCIER, (A.), MAYOUX, (S.), « Les ordonnances Macron révolutionnent-elles l'art de négocier dans l'entreprise ? », *JCP S* 2018. 1182.

SEUBE, (A.), « Les conditions générales des contrats », in *Études offertes à A. JAUFFRET*, Aix-Marseille, PUAM, 1974.

SEUBE, (J.-B.),

___ « Caducité et ensemble contractuel indivisible : timidité jurisprudentielle ou audace doctrinale ? », in *Le monde du droit, Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Paris, Economica, 2008.

___ « De la distinction entre le « nul » et le « réputé non écrit », *RDC* 2021, p. 72.

SIMON, (F.-L.), « Panorama de la jurisprudence sur les clauses créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties en vue de l'application de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce », *LPA* 2018, n° 37, p. 3.

SILANCE, (L.), « Quelques exemples d'antinomies et essai de classement », in Ch. PERELMAN (dir.), *Les antinomies en droit*, Travaux du centre national de recherche de logique, Bruylant, 1965, p. 63.

SIRI, (A.), « Des adages *lex posterior derogat priori* et *specialia generalibus derogant*. Contribution à l'étude des modes de résolution des conflits de normes en droit français », *RRJ* 2009, p. 1781.

SOETEMONDT, (G.), « Une hiérarchie bousculée », *Cah. soc.* 2017, p. 43.

SOISSON, (J.-P.), « Liberté, égalité, fraternité... et droit du travail », *Dr. soc.* 1990. 1.

SORIN, (J.), « Modification du contrat de travail pour motif économique : l'inapplicabilité de l'article L. 1222-6 du Code du travail aux salariés protégés », *Dr. soc.* 2015. 217.

STOFFEL-MUNCK, (Ph.),

___ « Autour du consentement et de la violence économique », *RDC* 2006. p. 45.

___ « La résolution par notification : question en suspens », *Dr. et patr.* 2014. 67.

___ « Les clauses abusives : on attendait Grouchy », *Dr. et patr.* 2014. 56.

___ « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *RDC* 2016, p. 30.

STURLESE, (B.), « Le juge et les standards juridiques », *RDC* 2016, p. 398.

SUPIOT, (A.),

___ « Les nouveaux visages de la subordination », *Dr. soc.* 2000. 131.

___ « Pourquoi un droit du travail ? », *Dr. soc.* 1990. 485.

___ « Un faux dilemme : la loi ou le contrat », *Dr. soc.* 2003. 59.

SZAMES, (S.), « La violence économique, vice du consentement ? », *LPA* 2000, n° 233, p. 18.

TAQUET, (F.), « Appréciation des difficultés économiques d'une entreprise », *rec. proc. coll.* 2018. 154.

TARASEWICZ, (Y.), CAVAT, (H.), « Controverse : L'accord de performance collective : un instrument adéquat pour gérer une crise conjoncturelle ? », *RDT* 2020. 584.

TEISSIER, (A.),

___ « L'accord de performance collective : quelques points de repère », *JCP S* 2020. 3029.

___ « Point de vue pratique : les accords de méthode », *JCP S* 2013. 1205.

___ « Validation de la négociation collective par référendum dans les TPE », *JCP S* 2019. 1151.

TEYSSIÉ, (B.),

___ « À propos de l'articulation des normes en droit du travail », *JCP S* 2016. 1147.

___ « La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégué syndical », *JCP S* 2018. 1112.

___ « Sur l'érosion de l'intérêt général en droit du travail », *JCP S* 2015. 1326.

TEYSSIER, (C.), « L'imprévision : un bilan mineur pour une innovation majeure du droit des contrats », *CCC* 2023. 7.

THIBIERGE, (L.), « L'Arlésienne, encore une occasion manquée pour la violence économique », *Lexbase Hebdo*, 2019, n° 795.

THIBIERGE-GUELFUCCI, (C.), « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997. 357.

THUILLIER, (H.), « Contribution à la théorie des sources en droit du travail », *JCP* 1974. I. 2649.

TOULOUSE, (G.), « Déséquilibre significatif : l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce ne s'applique que s'il y a eu soumission ou tentative de soumission du partenaire commercial », *LEDICO* 2018, p. 5.

TOURNAFOND, (O.),

___ « Les mauvais penchants de la réforme du droit des contrats », *Dr. et patr.* 2015, n° 247.

___ « Pourquoi il faut conserver la théorie de la cause en droit civil français », *D.* 2008. 2607.

TOURNAUX, (S.),

___ « Chronique d'actualité du régime juridique du contrat de travail », *Dr. soc.* 2016. 650.

___ « La négociation des sujétions contractuelles du salarié », *Dr. ouvr.* 2010. 293.

___ « L'autonomie de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail », *Dr. soc.* 2019. 552.

___ « Le contrat de travail et les dérogations au droit commun des contrats », *Dr. soc.* 2017. 688.

___ « Le second souffle de l'obligation de loyauté dans les relations de travail », *RJS* 2021. 761.

___ « Les conséquences de la loi du 20 avril 2018 ratifiant la réforme par ordonnance du droit des contrats et des obligations sur le contrat de travail », *Lexbase Hebdo*, n° 742, 2018.

___ « Les garanties procédurales fondamentales », *Dr. soc.* 2015. 389.

___ « L'interdiction des enchères électroniques inversées sur le salaire – la mise en place du CV anonyme », *Lexbase, éd. soc.*, 2006, n° 210.

TOURNIQUET, (H.), « Les droits fondamentaux au secours des salariés ? », *Dr. soc.* 2019. 512.

TREILLARD, (J.), « De la suspension des contrats », in P. DURAND (dir.), *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, Paris, LGDJ, 1960, p. 59.

TRICOIT, (J.-P.), « La modification du lieu de travail par l'employeur », *JT* 2022. 26.

TRIGEAUD, (J.-M.), « Égalité contractuelle et philosophie de la justice », in *Études C. LAPOYADE-DESCHAMPS*, PU Bordeaux, 2003, p. 539.

TROTABAS, (L.), « Les rapports du droit fiscal et du droit privé », *DH* 1926, chron. 29.

VACHET, (G.), « Quel champ d'application pour l'accord d'entreprise ? », *Cah. soc.* 2016, p. 500.

VAN ELST, (R.), « Antinomies en droit international privé », in Ch. PERELMAN (dir.), *Les antinomies en droit*, Travaux du centre national de recherche de logique, Bruylant, 1965, p. 138.

VASSEUR, (Ph.), « Urgence et droit civil », *RTD civ.* 1954. 403.

VATINET, (R.), « L'articulation de la loi et des accords collectifs avec le contrat individuel de travail », *JCP S* 2016. 1151.

VERDIER, (J.-M.), « Le « coup de vent » sur la jurisprudence Perrier : un coup de pouce à la logique du statut protecteur », *Dr. soc.* 2008. 113.

VERKINDT, (P.-Y.),

___ « ... À celui qui n'a pas, même ce qu'il a lui sera retiré », *Dr. soc.* 2018. 708.

___ « Ankylose et inflammation. À propos de l'articulation des normes en droit du travail », *JCP S* 2016. 1159.

___ « Démission motivée = licenciement sans cause réelle et sérieuse », *Actualité Lamy social*, mars 2003.

___ « Le contrat de travail. Modèle ou anti-modèle du droit civil des contrats ? », in Ch. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2012, p. 197.

___ « Résiliation judiciaire par l'employeur : une voie sans issue », *JCP S* 2006. 1045.

VILLÉGER, (A.), « Pourquoi un droit du travail ? Libres propos sur la justification du point de vue des sciences de gestion », *Dr. soc.* 2019. 344.

VOGEL, (J.), « Faut-il réformer la réforme du droit des contrats ? », *AJ contrat* 2017, p. 470.

VOGEL, (L.), « Le nouveau droit des contrats : obsolète et contre-productif », *AJ contrat* 2016, p. 309.

VOGEL, (L.), VOGEL, (J.), « Possibilités, limites et exclusions du recours à l'imprévision dans la crise du Covid-19 », *AJ contrat* 2020. 275.

WAQUET, (Ph.),

___ « La vie personnelle du salarié », *Dr. soc.* 2004. 23.

___ « Le juge et l'entreprise », *Dr. soc.* 1996. 472.

___ « Le renouveau du contrat de travail », *RJS* 1999. 383.

___ « Mise en cause d'une convention collective ou d'un accord collectif en raison notamment d'une fusion, d'une cession ou d'un changement d'activité », *RDJ* 2008. 38.

WESTER-OUISSE, (V.), « La caducité en matière contractuelle : une notion à réinventer », *JCP* 2001. I. 290.

WICKER, (G.),

___ « La réforme du droit français du contrat : de la cause à la causalité juridique », *European Review of Contract Law*, 2009.

___ « La suppression de la cause et les solutions alternatives », in R. SCHULZE et a., (dir.), *La réforme du droit des obligations en France*, Paris, Société de législation comparée, 2015, p. 107.

___ « La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ? », *D.* 2015. 1557.

___ « Le nouveau droit commun de la représentation dans le Code civil », *D.* 2016. 1942.

WILLMANN, (Ch.), « Obligation d'information et responsabilité civile de l'employeur », *D.* 2001. 507.

WOLMARK, (C.), « L'encadrement de l'indemnisation du licenciement », *Dr. ouvr.* 2017. 733.

IV. AVIS, CHRONIQUES, COMMENTAIRES, CONCLUSIONS, ÉTUDES, NOTES, OBSERVATIONS, RAPPORTS ET TRIBUNES

ADAM, (P.),

___ étude sous Soc., 30 sept. 2020, n° 19-12.058, *Dr. soc.* 2021. 14.

___ obs. sous Soc., 3 févr. 2010, n° 07-44.491, *RDT* 2010. 299.

___ obs. sous Soc., 25 mars 2020, n° 18-11.433, *RDT* 2020. 337.

AKNIN, (F.), obs. sous TA Cergy-Pontoise, 16 oct. 2018, n° 1807099, *JCP S* 2018. 1381.

ALBIGÈS, (C.), obs. sous Civ., 1^{re}, 30 sept. 2015, n° 14-11.761, *Gaz. Pal.* 3 déc. 2015, p. 3776.

ALLIOT, (J.-L.), obs. sous Soc., 16 déc. 1998, n° 96-41.845, *JCP* 1999. I. 181.

AMALRIC, (S.), obs. sous Soc., 26 sept. 2012, n° 11-14.540, *RDT* 2013. 273.

AMAUGER-LATTES, (M.-C.),

___ obs. sous Soc., 16 juin 1998, n° 95-45.033, *D.* 1999. 171.

___ obs. sous Soc., 27 juin 2002, n° 00-42.646, *D.* 2002. 3115.

___ obs. sous Soc., 17 juin 2003, n° 01-15.710, *D.* 2004. 97.

**AMAUGER-LATTES, (M.-C.), DESBARATS, (I.), LARDY-PÉLISSIER, (B.),
PÉLISSIER, (J.), REYNÈS, (B.),** obs. sous Soc., 24 janv. 2007, n° 05-42.135, *D.* 2007. 2261.

AMIEL-DONET, (J.), note sous Soc., 14 mai 1992, n° 89-45.300, *JCP E* 1992. II. 341.

AMRANI-MEKKI, (S.), obs. sous Civ., 3^e, 28 juin 2006, n° 04-20.040, *D.* 2006. 2639.

AMRANI-MEKKI, (S.), FAUVARQUE-COSSON, (B.),

___ obs. sous Ass. plén., 14 avr. 2006, n° 02-11.168, *D.* 2006. 2638.

___ obs. sous Civ., 3^e, 17 janv. 2007, n° 06-10.442, *D.* 2007. 2966.

___ obs. sous Com., 28 juin 2005, n° 03-16.794, *D.* 2005. 2836.

___ obs. sous Com., 31 mars 2009, n° 07-20.991, *D.* 2010. 224.

___ obs. sous Com., 29 juin 2010, n° 09-11.841, *D.* 2011. 472.

___ obs. sous Com., 29 juill. 2010, n° 09-67.369, *D.* 2011. 472.

AMRANI-MEKKI, (S.), MEKKI, (M.),

___ obs. sous Com., 12 févr. 2013, n° 11-22.641, *D.* 2014. 630.

___ obs. sous Com., 13 mai 2014, n° 12-28.013, *D.* 2014. 1145.

ANCIAUX, (N.),

___ note sous Soc., 6 mars 2019, n° 18-10.615, *JCP S* 2019. 1123.

___ note sous Soc., 3 avr. 2019, n° 19-70.001, *D.* 2019. 797.

ANTONMATTEI, (P.-H.),

___ chron. sous Soc., 10 oct. 2007, n° 06-42.721, *Dr. soc.* 2008. 182.

___ étude sous Soc., 27 janv. 2015, n° 13-22.179, *Dr. soc.* 2015. 351.

___ note sous Ass. plén., 8 déc. 2000, n° 97-44.219, *RJS* 2001. 95.

___ note sous Soc., 26 mai 2004, n° 02-18.756, *Dr. soc.* 2004. 829.

___ obs. sous Soc., 5 mai 1993, n° 90-41.639, *JCP E* 1994. 527.

___ obs. sous Soc., 9 mars 1999, n° 96-43.718, *Dr. soc.* 1999. 630.

___ obs. sous Soc., 2 juill. 2014, n° 13-14.622, n° 13-14.662, *Dr. soc.* 2014. 864.

___ obs. sous Soc., 26 juin 2019, n° 17-28.287, *Dr. soc.* 2019. 1054.

ARLIE, (D.), note sous Soc., 3 juill. 1990, n° 87-40.349, *LPA* 1992, p. 41.

ASQUINAZI-BAILLEUX, (D.), note sous Soc., 13 juill. 2010, n° 09-41.626, *JCP S* 2010. 1410.

ASSELAIN, (M.), obs. sous Civ., 2^e, 8 mars 2018, n° 17-10.030, *RGDA* 2018, p 242.

ASTEGIANO-LA RIZZA, (A.), obs. sous Civ., 2^e, 22 janv. 2009, n° 07-21.530, *RGDA* 2009. 127.

ATTIAS, (Ch.), note sous Civ., 1^{re}, 21 mars 2000, n° 98-11.982, *D.* 2000. 593.

ATTIAS, (Ch.), CAPOULADE, (P.), obs. sous Civ., 3^e, 19 déc. 2007, n° 06-21.012, *D.* 2008. 2690.

AUBERT, (J.-L.),

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 19 juill. 1960, *Bull. civ. I*, n° 408, *D.* 1982. 288.

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 6 oct. 1981, *Bull. civ. I*, n° 273, *Defrénois* 1982. 1311.

___ obs. sous Civ. 1^{re}, 12 juill. 1989, n° 88-11.443, *Defrénois* 1990. 358.

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 25 févr. 1997, n° 94-19.685, *Defrénois* 1997. 751.

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 1^{er} déc. 1998, n° 96-17.761, *Defrénois* 1999. 364.

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 28 oct. 2003, n° 01-03.662, *Defrénois* 2004. 381.

___ obs. sous Civ., 3^e, 27 mars 1991, n° 89-16.975, *Defrénois* 1991. 102.

___ obs. sous Com., 6 mars 1990, n° 88-12.477, *D.* 1991. 317.

AUBERT-MONPEYSSEN, (Th.),

___ note sous Soc., 16 févr. 1999, n° 96-45.565, *D.* 2000. 98.

___ note sous Soc., 30 mars 1999, n° 96-42.912, *D.* 2000. 97.

___ obs. sous Soc., 22 févr. 2000, n° 97-44.339, *D.* 2000. 377.

AUBRY, (H.), POILLOT, (E.), SAUPHANOR-BROUILLAUD, (N.), obs. sous Civ., 3^e, 4 févr. 2016, n° 14-29.347, *D.* 2017. 539.

AUZERO, (G.),

___ note sous Soc., 23 janv. 2008, n° 06-44.197, *RDT* 2008. 170.

___ note sous Soc., 7 févr. 2012, n° 10-27.525, *RDT* 2012. 214.

___ obs. sous Soc., 27 mars 2007, n° 05-45.310, *La lettre juridique* 2007, n° 257.

___ obs. sous Soc., 9 mai 2007, n° 05-40.315, n° 05-40.518, n° 05-41.324, *RDT* 2007. 452.

___ obs. sous Soc., 27 sept. 2007, n° 06-43.867, *RDT* 2007. 650.

___ obs. sous Soc., 14 oct. 2008, n° 07-40.523, *RDT* 2008. 791.

___ obs. sous Soc., 23 sept. 2009, n° 07-44.200, *RDT* 2009. 647.

___ obs. sous Soc., 15 déc. 2010, n° 08-42.951, *RDT* 2011. 108.

___ obs. sous Soc., 23 mai 2013, n° 12-13.865, *RDT* 2013. 480.

___ obs. sous Soc., 24 janv. 2014, n° 12-24.539, *RDT* 2014. 255.

___ obs. sous Soc., 6 juill. 2016, n° 15-11.138, *RDT* 2016. 616.

___ obs. sous Soc., 15 mars 2017, n° 15-24.028, *RDT* 2017. 324.

AUZERO, (G.), CANUT, (F.), note sous Ass. plén., 23 oct. 2015, n° 13-25.279, *Dr. soc.* 2016. 11.

AVENA-ROBARDET, (V.), obs. sous Civ., 1^{re}, 10 sept. 2015, n° 14-13.658, n° 14-17.772, *D.* 2015. 1837.

AYNÈS, (L.),

___ chron. sous Com., 6 mai 1997, n° 94-16.335, *D.* 1998. 25.

___ note sous Ass. plén., 1^{er} déc. 1995, n° 91-15.578, *D.* 1996. 13.

___ obs. sous Civ., 3^e, 15 déc. 1993, n° 91-10.199, *D.* 1995. 87.

___ obs. sous Civ., 3^e, 21 févr. 2001, n° 98-20.817, *D.* 2001. 3236.

___ obs. sous Com., 7 janv. 1992, n° 90-14.831, *D.* 1992. 278.

AYNÈS, (L.), MAZEAUD, (D.), obs. sous Civ., 1^{re}, 28 oct. 2003, n° 01-03.662, *RDC* 2004, p. 273.

AYNÈS, (L.), STOFFEL-MUNCK, (Ph.),

___ note sous Com., 12 janv. 2010, n° 08-22.000, *Dr. et patr.* 2010. 103.

___ obs. sous Civ., 3^e, 17 janv. 2007, n° 06-10.442, *Dr. et patr.* 2007. 83.

___ obs. sous Civ., 3^e, 7 mai 2008, n° 07-11.690, *Dr. et patr.* 2008. 122.

AZENCOT, (M.), étude sous Civ., 3^e, 15 déc. 1993, n° 91-10.199, *AJDI* 1994. 351.

BARBIER, (H.),

___ note sous Civ., 1^{re}, 13 mars 2019, n° 17-23.169, *RTD. civ.* 2019. 334.

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 11 mars 2014, n° 12-28.304, *RTD civ.* 2014. 641.

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 18 févr. 2015, n° 13-28.278, *RTD civ.* 2015. 371.

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 10 sept. 2015, n° 14-13.658, n° 14-17.772, *RTD civ.* 2016. 111.

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 12 nov. 2015, n° 14-23.340, *RTD civ.* 2016. 105.

___ obs. sous Civ., 2^e, 9 déc. 2021, n° 20-10.096, *RTD civ.* 2022. 131.

___ obs. sous Civ., 3^e, 8 oct. 2014, n° 13-18.150, *RTD civ.* 2014. 880.

___ obs. sous Civ., 3^e, 29 sept. 2016, n° 15-15.129, *RTD civ.* 2016. 846.

___ obs. sous Civ., 3^e, 9 mars 2017, n° 16-11.728, *RTD civ.* 2017. 649.

___ obs. sous Civ., 3^e, 19 nov. 2020, n° 19-20.405, *RTD civ.* 2021. 124.

___ obs. sous Com., 13 mai 2014, n° 12-28.013, *RTD civ.* 2014. 646.

___ obs. sous Com., 8 avr. 2015, n° 13-14.447, *RTD civ.* 2015. 609.

___ obs. sous Com., 27 mai 2015, n° 14-11.387, *RTD civ.* 2015. 606.

___ obs. sous Com., 20 nov. 2019, n° 18-12.823, *RTD civ.* 2020. 109.

___ obs. sous Com., 5 févr. 2020, n° 18-20.722, *RTD civ.* 2020. 380.

___ obs. sous Com., 21 sept. 2022, n° 21-12.218, *RTD civ.* 2023. 884.

___ obs. sous Soc., 2 déc. 2015, n° 14-19.029, *RTD civ.* 2016. 98.

___ obs. sous Soc., 21 sept. 2017, n° 16-20.103, n° 16-20.104, *RTD civ.* 2017. 837.

___ obs. sous Soc., 23 janv. 2019, n° 17-21.550, *RTD civ.* 2019. 321.

___ obs. sous Soc., 3 avr. 2019, n° 17-15.568, *RTD civ.* 2019. 596.

BARÈGE, (A.),

___ obs. sous Soc., 5 juill. 2017, n° 16-15.623, *JCP S* 2017. 1278.

___ obs. sous Soc., 12 sept. 2018, n° 16-26.333, *JCP S* 2019. 1338.

___ obs. sous Soc., 28 nov. 2018, n° 15-29.330, *JCP S* 2019. 1029.

___ obs. sous Soc., 16 déc. 2020, n° 18-23.966, *JCP S* 2021. 1058.

BARTHÉLÉMY, (J.),

___ note sous Soc., 13 nov. 1996, n° 94-13.187, *JCP E* 1997. II. 911.

___ obs. sous Soc., 14 janv. 2004, n° 01-40.489, *RJES* 2004. 47.

BARTHÈS, (M.), obs. sous Soc., 20 janv. 2010, n° 08-43.471, n° 08-43.476, *RDT* 2010. 228.

BAUDOUIN, (B.), DUBARRY, (J.), note sous Soc., 21 sept. 2017, n° 16-20.103, n° 16-20.104, *D.* 2017. 2289.

BAUGARD, (D.),

___ obs. sous Soc., 29 janv. 2020, n° 18-15.359, *RDT* 2020. 114.

___ obs. sous Soc., 16 déc. 2020, n° 18-23.966, *RDT* 2021. 46.

BAZIN, (E.), note sous Civ., 1^{re}, 1^{er} mars 2005, n° 04-10.063, *JCP* 2005. II. 10164.

BÉAL, (S.), DEVEAUX, (A.), obs. sous Soc., 19 avr. 2005, n° 02-46.295, *JCP E* 2005. 1394.

BECKER, (B.-O.), obs. sous Com., 23 juin 2015, n° 14-10.760, *JCP E* 2015. 1577.

BÉHAR-TOUCHAIS, (M.),

___ note sous Com., 3 mars 2015, n° 13-27.525, *RDC* 2015, p. 523.

___ obs. sous Com., 20 nov. 2019, n° 18-12.823, *RDC* 2020, p. 39.

BEIGNIER, (B.), note sous Ass. plén., 29 oct. 2004, n° 03-11.238, *Dr. fam.* 2004. 230.

BÉLIER, (G.),

___ obs. sous Soc., 9 févr. 1994, n° 91-16.000, *Dr. soc.* 1994. 384.

___ obs. sous Soc., 19 oct. 1999, n° 97-45.907, n° 97-5.911, *Dr. soc.* 2000. 228

BÉNANENT, (A.), obs. sous Civ., 1^{re}, 6 févr. 1996, n° 94-13.388, *Defrénois* 1996. 1435.

BÉNAC-SCHMIT, (F.), note sous Civ., 3^e, 15 déc. 1993, n° 91-10.199, *D.* 1994. 507.

BENTO DE CARVALHO, (L.),

___ note sous Soc., 15 oct. 2014, n° 11-22.251, *RDT* 2014. 752.

___ note sous Soc., 21 sept. 2017, n° 16-20.103, n° 16-20.104, *RDT* 2017. 715.

___ obs. sous Soc., 26 mars 2014, n° 12-35.040, *RDT* 2014. 544.

___ obs. sous Soc., 21 janv. 2015, n° 13-26.374, *RDT* 2015. 181.

___ obs. sous Soc., 9 avr. 2015, n° 13-27.624, *RDT* 2015. 396.

___ obs. sous Soc., 18 janv. 2018, n° 15-24.002, *RDT* 2018. 206.

BENTO DE CARVALHO, (L.), TOURNAUX, (S.),

___ étude sous Soc., 29 janv. 2020, n° 18-15.359, *Dr. soc.* 2020. 847.

___ étude sous Soc., 4 mars 2020, n° 18-19.189, *Dr. soc.* 2020. 847.

BÉRAUD, (J.-M.), rapp. sous Soc., 9 mai 2011, n° 10-11.581, *RDT* 2011. 226.

BERGE, (J.-S.), note sous Ass. plén., 4 mars 2005, n° 03-11.725, *RDC* 2005, p. 1197.

BERGERON-CANUT, (F.), obs. sous Soc., 26 juin 2019, n° 17-28.287, *BJT* 2019. 41.

BERLAUD, (C.),

___ note sous Soc., 18 janv. 2018, n° 15-24.002, *Gaz ; Pal.* 2018, p. 24.

___ obs. sous Civ., 3^e, 21 sept. 2011, n° 10-21.900, *Gaz. Pal.* 2011, p. 6.

BERNARD, (S.), GRUMBACH, (T.), obs. sous Soc., 19 déc. 2007, n° 06-44.754, *RDT* 2008. 254.

BERNAUD, (V.), étude sous Cons. const., 20 oct. 2017, n° 2017-665 QPC, *Dr. soc.* 2018. 196.

BERNHEIM-DESVAUX, (S.),

___ note sous Civ., 1^{re}, 13 mars 2019, n° 17-23.169, *CCC* 2019. 112.

___ note sous Civ., 3^e, 11 mai 2005, n° 03-21.136, *JCP* 2005. II. 1052.

BERR, (C.), note sous CJCE 24 janv. 1991, aff. C-339/89, *D.* 1991. 273.

BERTHIER, (P.-E.), obs. sous Soc., 14 juin 2006, n° 04-44.123, *D.* 2006. 179.

BETOULLE, (J.), *L'aspect « délictuel » du dol dans la formation du contrat. Illustration récente de la Cour de cassation en matière de vente d'immeuble*, Rapport annuel de la Cour de cassation 2001 : Études et documents.

BEY, (E.-M.), note sous Com., 21 juill. 1980, n° 79-10.597, *Gaz. Pal.* 1981, p. 207.

BEYNEIX, (I.),

___ note sous Civ., 1^{re}, 28 mai 2008, n° 07-13.487, *JCP* 2008. II. 10179.

___ note sous Soc., 15 nov. 2006, n° 04-46.721, *JCP S* 207. 1057.

___ note sous Soc., 23 juin 2010, n° 08-70.233, *JCP S* 2010. 1540.

___ note sous Soc., 2 déc. 2015, n° 14-19.029, *JCP S* 2016. 1055.

___ obs. sous Soc., 18 janv. 2018, n° 15-24.002, *JCP S* 2018. 1059.

BICHERON, (F.), obs. sous Ass. plén., 29 oct. 2004, n° 03-11.238, *AJ fam.* 2005. 23.

BIGOT, (J.),

___ note sous Civ., 1^{re}, 3 juill. 1990, n° 87-12.386, *JCP* 1991. II. 21643.

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 18 févr. 2015, n° 13-28.278, *RGDA* 2015. 217.

BIGOT DE LA TOUANNE, (S.), obs. sous Civ., 3^e, 17 janv. 2007, n° 06-10.442, *AJDI* 2007. 416.

BILLIAU, (M.), obs. sous Ass. plén., 23 janv. 2004, n° 03-13.617, *JCP* 2004. II. 10030.

BLAISE, (H.),

___ obs. sous Soc., 9 avr. 1996, n° 93-42.254, *Dr. soc.* 1996. 740.

___ obs. sous Soc., 10 juill. 1996, n° 93-41.137, *Dr. soc.* 1996. 976.

BLANC, (D.), note sous Soc., 26 sept. 2012, n° 11-14.540, *JCP S* 2012. 1461.

BLANCHARD, (B.), obs. sous Com., 6 juin 2000, n° 97-19.347, *D.* 2002. 853.

BLANC-JOUVAIN, (G.), note sous Soc., 13 juin 2007, n° 04-42.740, *JCP S* 2007. 1674.

BLATTER, (J.-P.),

___ obs. sous Ass. plén., 23 janv. 2004, n° 03-13.617, *AJDI* 2004. 201.

___ obs. sous Civ., 3^e, 27 févr. 2002, n° 00-17.902, *AJDI* 2002. 291.

___ obs. sous Civ., 3^e, 19 nov. 2020, n° 19-20.405, *AJDI* 2021. 513.

BOCCARA, (B.), note sous Com., 21 juill. 1980, n° 79-10.597, *JCP* 1982. 19778.

BOFFA, (R.), MEKKI, (M.),

___ obs. sous Civ., 3^e, 19 nov. 2020, n° 19-20.405, *D.* 2021. 310.

___ obs. sous Com., 5 févr. 2020, n° 18-20.722, *D.* 2021. 310.

BONNECHÈRE, (M.), obs. sous Soc., 11 juill. 2012, n° 10-15.905, *Dr. ouvr.* 2012. 802.

BORENFREUND, (G.), obs. sous Soc., 2 juill. 2014, n° 13-14.622, n° 13-14.662, *RDT* 2014. 701.

BORENFREUND, (G.), CAMAJI, (L.), FABRE, (A.), LECLERC, (O.), PASQUIER, (Th.), PESKINE, (E.), PORTA, (J.), WOLMARK, (C.), obs. sous Soc., 14 oct. 2008, n° 07-40.523, *D.* 2009. 590.

BORENFREUND, (G.), GUIOMARD, (F.), LECLERC, (O.), LOKIEC, (P.), PESKINE, (E.), WOLMARK, (C.), obs. sous Soc., 31 oct. 2006, n° 04-46.280, n° 06-42.158, n° 04-48.234, *D.* 2007. 686.

BORENFREUND, (G.), GUIOMARD, (F.), LECLERC, (O.), PESKINE, (E.), WOLMARK, (C.), FABRE, (A.), PORTA, (J.), obs. sous Soc., 27 sept. 2007, n° 06-43.867, *D.* 2008. 442.

BOSSU, (B.),

___ note sous Soc., 3 mai 2006, n° 04-41.880, *JCP S* 2006. 1666.

___ note sous Soc., 27 oct. 2009, n° 08-41.501, *JCP S* 2010. 1055.

___ note sous Soc., 2 févr. 2011, n° 10-14.263, *JCP S* 2011. 1313.

___ note sous Soc., 3 mai 2011, n° 10-14.104, *JCP S* 2011. 1400.

___ obs. sous Soc., 18 mai 1999, n° 96-44.315, *D.* 2001. 2797.

___ obs. sous Soc., 14 oct. 2008, n° 07-40.523, *JCP S* 2008. 1668.

___ obs. sous Soc., 11 juill. 2012, n° 10-15.905, *JCP S* 2012. 1482.

___ obs. sous Soc., 13 oct. 2016, n° 14-18.905, *JCP* 2016. 1434.

___ obs. sous Soc., 9 oct. 2019, n° 19-10.780, *JCP S* 2019. 1337.

BOUAZIZ, (P.), GOULET, (I.), chron. sous Soc., 23 févr. 2005, n° 04-45.463, *D.* 2005. 634.

BOUBLI, (B.),

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 1^{er} mars 2005, n° 04-10.063, *RDI* 2005. 219.

___ obs. sous Civ., 3^e, 6 mars 2002, n° 99-20.637, *RDI* 2002. 211.

___ obs. sous Civ., 3^e, 12 janv. 2011, n° 09-70.262, *RDI* 2011. 220.

___ obs. sous Civ., 3^e, 4 févr. 2016, n° 14-29.347, *RDI* 2016. 290.

BOULOC, (B.),

___ note sous Civ., 1^{re}, 4 avr. 1991, n° 90-04.008, *D.* 1991. 307.

___ obs. sous Ass. plén., 14 avr. 2006, n° 02-11.168, *RTD com.* 2006. 904.

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 19 févr. 1991, n° 89-19.999, *RTD com.* 1991. 647.

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 3 déc. 1991, n° 89-20.856, *RTD com.* 1992. 659.

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 7 juin 1995, n° 93-13.187, *RTD com.* 1996. 104.

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 4 juill. 1995, n° 93-16.198, *RTD com.* 1996. 315.

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 3 juill. 1996, n° 94-14.800, *RTD com.* 1997. 308.

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 7 avr. 1998, n° 96-16.148, *RTD com.* 1999. 177.

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 13 avr. 1999, n° 97-13.782, *RTD com.* 1999. 943.

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 1^{er} mars 2005, n° 04-10.063, *RTD com.* 2006. 181.

___ obs. sous Civ., 2^e, 13 juill. 2006, n° 05-18.104, *RTD com.* 2007. 435.

___ obs. sous Com., 12 juill. 1993, n° 91-15.667, *RTD com.* 1994. 353.

___ obs. sous Com., 6 juin 2001, n° 98-18.928, *RTD com.* 2002. 147.

___ obs. sous Com., 5 juin 2007, n° 04-20.380, *RTD com.* 2008. 173.

BOULOGNE-YANG-TING, (C.), note sous Civ., 3^e, 31 mars 2005, n° 03-20.096, *D.* 2006. 2082.

BOUSEZ, (F.),

___ note sous Soc., 21 nov. 2012, n° 10-27.429, *JCP S* 2013. 1192.

___ note sous Soc., 19 mai 2016, n° 14-26.556, *JCP S* 2016. 1242.

___ note sous Soc., 5 oct. 2016, n° 15-28.672, *JCP S* 2016. 1391.

___ note sous Soc., 21 sept. 2017, n° 16-20.270, *JCP G* 2017. 1409.

___ obs. sous Soc., 18 févr. 2003, n° 00-42.948, *JCP* 2004. I. 145.

___ obs. sous Soc., 6 juill. 2016, n° 15-11.138, *JCP S* 2017. 1359.

BOUSEZ, (F.), MARTINON, (A.), note sous Soc., 23 janv. 2008, n° 06-44.197, *JCP S* 2008. 1164.

BOUTON, (J.), obs. sous Soc., 15 déc. 2011, n° 10-15.873, *RDT* 2012. 291.

BOUVIER, (F.), note sous Civ., 1^{re}, 29 mai 1984, n° 82-15.804, *D.* 1985. 281.

BRÈTHE DE LA GRESSAYE (J.), note sous Soc., 27 nov. 1958, *Bull. civ.* V, n° 1529, *JCP* 1959. II. 11143.

BRETZNER, (J.-D.), AYNÈS, (A.),

___ obs. sous Com., 28 mars 2018, n° 17-10.600, *D.* 2019. 157.

___ obs. sous Soc., 9 nov. 2016, n° 15-10.203, *D.* 2018. 259.

BRISSEY, (S.),

___ obs. sous Soc., 5 mars 2008, n° 07-11.123, *JCP S* 2011. 1486.

___ obs. Sous Soc., 22 nov. 2017, n° 16-12.524, *JCP S* 2018. 1013.

BROS, (S.), obs. sous Com., 27 mai 2015, n° 14-11.387, *AJ contrat* 2015. 379.

BROUSOLLE, (Y.), note sous Cons., const. 3 août 1994, n° 94-348 DC, *JCP* 1995. II. 22404.

BRUN, (Ph.), GOUT, (O.),

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 30 oct. 2008, n° 07-17.134, *D.* 2010. 49.

___ obs. sous Com., 29 juin 2010, n° 09-11.841, *D.* 2011. 35.

BRUN, (Ph.), GOUT, (O.), QUÉZEL-AMBRUNAZ, (C.), obs. sous Civ., 2^e, 8 févr. 2018, n° 17-10.516, *D.* 2019. 38.

BRUSCHI, (Ch.), note sous Civ., 2^e, 19 oct. 2006, n° 05-17.599, *RGDA* 2007. 80.

BUCHER, (C.-E.),

___ obs. sous Soc., 21 sept. 2017, n° 16-20.103, n° 16-20.104, *AJ contrat* 2017. 480.

___ obs. sous Soc., 18 janv. 2018, n° 15-24.002, *AJ contrat* 2018. 237.

BUGADA, (A.), obs. sous Soc., 9 nov. 2016, n° 15-10.203, *JCP S* 2017. 1008.

BURGARD, (M.), note sous Com., 22 mars 2011, n° 10-13.727, *LPA* 2011, p. 8.

BUY, (F.),

___ note sous Com., 3 mars 2015, n° 13-27.525, *D.* 2015. 1021.

___ note sous Com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547, *D.* 2017. 481.

___ obs. sous Com., 20 nov. 2019, n° 18-12.823, *AJ contrat* 2020. 35.

CABRILLAC, (R.), TEYSSIÉ, (B.), obs. sous Com., 12 juill. 1993, n° 91-15.667, *RTD com.* 1994. 86.

CADIET, (L.), obs. sous Soc., 16 juill. 1997, n° 94-42.283, *JCP* 1997. I. 4064.

CAILLOUX-MEURICE, (L.), obs. sous Soc., 19 oct. 2016, n° 14-25.067, *JCP S* 2016. 1414.

CALAIS-AULOY, (J.), note sous Ass. plén., 13 déc. 1962, n° 57-11.569, *D.* 1963. 277.

CAMERLYNCK, (G.-H.), note sous Soc., 10 févr. 1965, *JCP* 1965. II. 14181.

CANIVET, (G.), note sous Ass. plén., 23 janv. 2004, n° 03-13.617, *Just. & cass.* 2005. 290.

CANUT, (F.),

___ obs. sous Soc., 20 oct. 2010, n° 08-44.594, *RDT* 2011. 119.

___ obs. sous Soc., 18 janv. 2018, n° 15-24.002, *Cah. soc.* 2018, p. 148.

CAPDEVIELLE, (C.), *Rapport n° 2525 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi, modifié par l'Assemblée Nationale en nouvelle lecture, relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures*, 28 janv. 2015.

CAPOULADE, (P.), GIVERDON, (C.), obs. sous Civ., 3^e, 12 juin 1991, n° 89-18.331, *RDI* 1991. 379.

CAPRIOLI, (É.-A.), note sous Soc., 18 mars 2009, n° 07-44.247, *CCE* 2009. 43.

CARBONNIER, (J.),

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 19 juill. 1960, *Bull. civ. I*, n° 408, *RTD civ.* 1961. 333.

___ obs. sous Soc., 27 nov. 1958, *Bull. civ. V*, n° 1529, *RTD civ.* 1959. 753.

CARON, (Ch.), obs. sous Soc., 2 oct. 2001, n° 99-42.942, *D.* 2002. 2296.

CARVAL, (S.),

___ note sous Com., 26 mars 2008, n° 07-11.554, *RDC* 2008, p. 1177.

___ note sous Com., 22 mars 2011, n° 10-13.727, *RDC* 2011, p. 857.

___ obs. sous Civ., 3^e, 4 févr. 2016, n° 14-29.347, *AJ contrat* 2016. 200

CASTEL, (D.),

___ obs. sous Soc. 20 déc. 2017, n° 16-19.609, *JA* 2018. 573.

___ obs. sous Soc., 10 oct. 2018, n° 17-10.066, *JA* 2018. 11.

CATALA, (W.), note sous Soc., 14 juin 1972, n° 71-12.508, *D.* 1973. 114.

CAUSSE, (H.), note sous Com., 22 mars 2011, n° 10-13.727, *D.* 2011. 1600.

CERMOLACCE, (A.), note sous Civ., 1^{re}, 30 oct. 2008, n° 07-17.646, *RDLC* 2008/57, n° 3283.

CÉSARO, (J.-F.),

___ note sous Soc., 19 avr. 2005, n° 02-46.295, *JCP S* 2005. 1032.

___ note sous Soc., 12 oct. 2011, n° 09-43.155, *JCP S* 2012. 1005.

___ obs. sous Soc., 20 janv. 1998, n° 95-43.350, *JCP* 1999. I. 107.

___ obs. sous Soc., 8 juin 2016, n° 15-17.555, *JCP E* 2016. 1659.

CÉSARO, (J.-F.), TEISSIER, (A.), note sous Soc., 27 janv. 2015, n° 13-22.179, *JCP S* 2015. 261.

CHABAS, (F.),

___ note sous Ass. plén., 29 oct. 2004, n° 03-11.238, *JCP* 2005. II. 10011.

___ note sous Com., 21 juill. 1980, n° 79-10.597, *D.* 1981. 335.

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 6 nov. 2002, n° 99-21.203, *Gaz. Pal* 2003, p. 1188.

___ obs. sous Civ., 3^e, 4 mai 1983, *Bull. civ. III*, n° 103, *RTD civ.* 1984. 113.

CHAGNY, (M.),

___ note sous Ass. plén., 7 janv. 2011, n° 09-14.667, *CCC* 2011. 24.

___ obs. sous Com., 3 mars 2015, n° 13-27.525, *RTD com.* 2015. 486.

___ obs. sous Com., 20 nov. 2019, n° 18-12.823, *RTD com.* 2020. 322.

CHAMPAUD, (C.), DANET, (D.), obs. sous Com., 24 févr. 1998, n° 96-12.638, *RTD com.* 1998. 612.

CHANTEPIE, (G.),

___ note sous Civ., 2^e, 9 déc. 2021, n° 20-10.096, *D.* 2022. 384.

___ note sous Com., 3 mars 2015, n° 13-27.525, *AJ contrat* 2015. 218.

CHARBONNEAU, (C.), obs. sous Soc., 13 mars 2001, n° 98-46.411, *Cah. soc.* 2001, p. 260.

CHARTIER, (Y.), note sous Soc., 7 juin 1974, n° 73-40.155, *Rev. sociétés* 1975. 91.

CHASSAGNARD, (S.), note sous Ass. plén., 23 janv. 2004, n° 03-13.617, *LPA* 2005, n° 145, p. 12.

CHATELIER, (Q.), obs. sous Soc., 5 mai 2021, n° 20-14.390, *JCP S* 2021. 1163.

CHAUVEL, (P.),

___ note sous Com., 28 juin 2005, n° 03-16.794, *D.* 2006. 2774.

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 6 nov. 2002, n° 99-21.203, *Dr. et patr.* 2003. 110.

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 28 oct. 2003, n° 01-03.662, *Dr. et patr.* 2004. 89.

___ obs. sous Civ., 2^e, 28 oct. 1999, n° 96-22.169, *Dr. et patr.* 2000. 80.

CHAUVIN, (P.), CRETON, (C.), note sous Civ., 1^{re}, 30 oct. 2008, n° 07-17.646, *D.* 2009. 2937.

CHAUVIRÉ, (Ph.), obs. sous Soc., 21 sept. 2017, n° 16-20.103, n°16-20.104, *RDC* 2017, p. 619.

CHAZAL, (J.-P.),

___ note sous Civ., 1^{re}, 30 mai 2000, n° 98-15.242, *D.* 2000. 879.

___ note sous Civ., 1^{re}, 3 avr. 2002, n° 00-12.932, *D.* 2002. 1860.

___ note sous Soc., 29 mai 1996, n° 92-45.115, *D.* 1997. 49.

CHÉNÉDÉ, (F.), obs. sous Civ., 1^{re}, 4 nov. 2011, n° 10-20.114, *AJ fam.* 2011. 613.

CHENU, (D.),

___ note sous Soc., 5 nov. 2014, n° 13-16.372, *JCP S* 2015. 1049.

___ note sous Soc., 21 janv. 2015, n° 13-26.374, *JCP S* 2015. 1299.

___ obs. sous Soc., 26 sept. 2012, n° 11-14.540, *SSL* 2012, n° 1558.

___ obs. sous Soc. 16 sept. 2015 n° 14-13.830, *Dr. soc.* 2015. 941.

CHÉRIGNY, (F.), obs. sous Civ., 1^{re}, 3 avr. 2002, n° 00-12.932, *JCP E* 2003. 278.

CHEVALLIER, (J.), obs. sous Soc., 5 juill. 1965, *Bull. civ. IV*, n° 545, *RTD civ.* 1966. 283.

CHEVRIER, (E.),

___ obs. sous Ass. plén., 7 janv. 2011, n° 09-14.667, *D.* 2011. 562.

___ obs. sous Com., 18 déc. 2001, n° 00-10.978, *D.* 2002. 644.

___ obs. sous Com., 15 janv. 2008, n° 06-14.698, *D.* 2008. 350.

___ obs. sous Soc., 21 janv. 2003, n° 00-44.502, *D.* 2005. 1613.

___ obs. sous Soc., 19 avr. 2005, n° 02-46.295, *D.* 2005. 1248.

___ obs. sous Soc., 29 juin 2005, n° 03-42.804, *D.* 2005. 2723.

___ obs. sous Soc., 21 sept. 2005, n° 03-44.855, *D.* 2006. 204.

CLARET, (H.), note sous Civ., 1^{re}, 21 janv. 2003, n° 00-13.342, *D.* 2003. 2600.

COEURET, (A.), DUSQUESNE, (F.), note sous Ch. mixte, 19 nov. 2010, n° 10-10.095, n° 10-30.215, *Dr. soc.* 2011. 382.

COHEN, (M.), obs. sous Soc., 25 nov. 1997, n° 94-43.651, *Dr. soc.* 1998. 91.

COHET, (F.), obs. sous Civ., 3^e, 4 févr. 2016, n° 14-29.347, *AJDI* 2016. 623.

COHET-CORDEY, (F.),

___ étude sous Civ., 3^e, 13 janv. 1999, n° 96-18.309, *AJDI* 1999. 1035.

___ obs. sous Civ., 3^e, 20 mai 2009, n° 08-13.230, *AJDI* 2009. 989.

COLLARD-DUTILLEUL, (F.),

___ obs. sous Civ., 3^e, 10 juin 1998, n° 96-15.626, *RDI* 1998. 696.

___ obs. sous Civ., 3^e, 17 janv. 2007, n° 06-10.442, *RDC* 2007, p. 798.

___ obs. sous Civ., 3^e, 7 mai 2008, n° 07-11.690, *RDC* 2008, p. 1239.

COLLOMP, (A.-L.), GEORGET, (V.), JARIEL, (L.), chron. sous Civ., 3^e, 19 nov. 2020, n° 19-20.405, *D.* 2021. 980.

COMBREXELLE, (J.-D.), *La négociation collective, le travail et l'emploi*, Rapport au Premier ministre, sept. 2015.

CONSTANTIN, (A.), obs. sous Com., 12 juill. 2005, n° 03-12.507, *JCP* 2005. I. 194.

CONSTANTIN, (L.), obs. sous Civ., 1^{re}, 11 mars 2014, n° 12-28.304, *AJ contrat* 2014. 79.

COQUELET, (M.-L.), note sous Com., 24 févr. 1998, n° 96-12.638, *Rev. sociétés* 1998. 546.

CORNU, (G.), obs. sous Ass. plén., 13 déc. 1962, n° 57-11.569, *RTD civ.* 1963. 572.

CORRIGNAN-CARSIN, (D.),

___ chron. sous Soc., 14 mai 1992, n° 89-45.300, *Dr. soc.* 1992. 697.

___ note sous Soc., 5 janv. 1995, n° 90-45.732, *JCP E* 1995. II. 670.

___ note sous Soc., 25 nov. 1997, n° 95-44.053, *JCP* 1997. II. 10032.

___ note sous Soc., 16 juin 1998, n° 95-45.033, *JCP* 1998, II, 10161.

___ note sous Soc., 10 juill. 2002, n° 00-40.301, *JCP* 2002. II. 10147.

___ note sous Soc., 10 juill. 2002, n° 00-45.135, *JCP E* 2002. 1511.

___ note sous Soc., 10 mars 2004, n° 01-44.750, *JCP* 2004. II. 10088.

___ note sous Soc., 23 févr. 2005, n° 03-42.018, *JCP* 2005. II. 10076.

___ note sous Soc., 23 févr. 2005, n° 04-45.463, *JCP* 2005. II. 10076.

___ note sous Soc., 15 nov. 2006, n° 04-46.721, *JCP* 2007. II. 10039.

___ note sous Soc., 27 sept. 2007, n° 06-43.867, *JCP* 2007. II. 10188.

___ note sous Soc., 27 oct. 2009, n° 08-41.501, *JCP* 2010. 24.

___ note sous Soc., 18 janv. 2018, n° 15-24.002, *JCP G* 2018. 141.

___ obs. sous Soc., 29 mars 2023 n° 21-15.472, *JCP G* 2023. 457.

CORTOT, (J.),

___ obs. sous Soc., 9 mai 2007, n° 05-40.315, n° 05-40.518, n° 05-41.324, *D.* 2007. 1495.

___ obs. sous Soc., 30 mars 2010, n° 08-44.236, *D. actu*, 10 mai 2010.

COURET, (A.), obs. sous Com., 27 févr. 1996, n° 94-11.241, *Bull. Joly* 1996, p. 485.

COURET, (A.), DONDERO, (B.), note sous Com., 15 nov. 2011, n° 10-15.049, *JCP E* 2001. 16.

COUTURIER, (G.),

___ étude sous Soc., 15 oct. 2014, n° 11-22.251, *Dr. soc.* 2015. 32.

___ note sous Ass. plén., 16 mars 1990, n° 89-45.730, *Dr. soc.* 1990. 412.

___ note sous Soc., 29 nov. 1990, n° 88-40.618, *Dr. soc.* 1991. 105.

___ note sous Soc., 28 janv. 1998, n° 95-40.275, *Dr. soc.* 1998. 523.

___ note sous Soc., 18 juill. 2000, n° 98-18.037, *Dr. soc.* 2000. 845.

___ note sous Soc., 20 janv. 2010, n° 08-43.471, n° 08-43.476, *Dr. soc.* 2010. 412.

___ note sous Soc., 9 mai 2011, n° 10-11.581, *RJS* 2011. 347.

___ obs. sous Soc., 16 juill. 1997, n° 94-42.283, *Dr. soc.* 1997. 977.

___ obs. sous Soc., 19 déc. 2000, n° 98-40.572, *Dr. soc.* 2001. 435.

___ obs. sous Soc., 18 févr. 2003, n° 00-42.948, *Dr. soc.* 2003. 546.

___ obs. sous Soc., 29 juin 2005, n° 03-42.804, *Dr. soc.* 2005. 1058.

COUTURIER, (G.), RAY, (J.-E.),

___ note sous Soc., 25 juin 2003, n° 01-40.235, n° 01-41.150, *Dr. soc.* 2003. 817.

___ note sous Soc., 25 juin 2003, n° 01-42.335, n° 01-42.679, n° 01-43.578, *Dr. soc.* 2003. 817.

CRISTAU, (A.),

___ note sous Ass. plén., 8 déc. 2000, n° 97-44.219, *Dr. soc.* 2001. 133.

___ obs. sous Soc., 12 févr. 2003, n° 00-46.660, n° 99-42.985, *Dr. soc.* 2003. 388.

CROCQ, (P.), obs. sous Com., 8 avr. 2015, n° 13-14.447, *RTD civ.* 2015. 432.

DAGORNE-LABBE, (Y.),

___ note sous Civ. 1^{re}, 12 juill. 1989, n° 88-11.443, *JCP* 1990, II. 21546.

___ note sous Civ., 3^e, 28 juin 2006, n° 04-20.040, *Gaz. Pal.* 5 oct. 2006, p. 3287.

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 12 nov. 2015, n° 14-23.340, *AJ contrat* 2016. 42.

___ obs. sous Civ., 3^e, 26 janv. 2017, n° 15-26.814, *AJ contrat* 2017. 299.

___ obs. sous Com., 27 févr. 1996, n° 94-11.241, *Defrénois* 1996. 1205.

DAIGRE, (J.-J.),

___ note sous Com., 27 mars 2010, n° 08-13.060, *Bull. Joly*, 2010, p. 707.

___ obs. sous Paris, 25^e ch. B, 4 juill. 2003, *Bull. Joly* 2003, p. 1156.

DAIMEZ, (N.), obs. sous Soc., 12 févr. 2003, n° 00-46.660, n° 99-42.985, *Bull. civ.* V, n° 50, p. 45, *D.* 2003. 1656.

DAMAREY, (S.), obs. sous Soc., 14 déc. 2016, n° 15-26.676, *JA* 2017. 10.

DAMAS, (N.), obs. sous Civ., 3^e, 26 janv. 2017, n° 15-27.580, *D.* 2017. 1149.

DAMY, (G.), note sous Com., 12 mai 2004, n° 00-15.618, *JCP* 2004. II. 10153.

DANIEL, (J.), obs. sous Soc., 27 janv. 2015, n° 13-22.179, *JCP S* 2015. 1054.

DANOS, (F.), note sous Com., 12 janv. 2010, n° 08-22.000, *RLDC* 2010. 7.

DAVID, (A.),

___ chron. sous Soc., 3 avr. 2019, n° 17-15.568, *D.* 2010. 1558.

___ rapp. sous Soc., 9 nov. 2016, n° 15-10.203, *Just. & cass.* 2017. 170.

DAVID, (A.), LANOUE, (M.-P.), PRACHE, (A.), SILHOL, (T.), chron. sous Soc., 29 janv. 2020, n° 18-15.359, *D.* 2020. 1740.

DEBORD, (F.), obs. sous Soc., 5 mars 2008, n° 07-11.123, *RDT* 2008. 306.

DE BRIER, (H.), obs. sous Soc., 18 janv. 2018, n° 15-24.002, *Gaz. Pal.* 13 oct. 2018, p. 61.

DE CASTRES, (H.), MOLFESSIS, (N.), *Rapport, Sécurité juridique et initiative économique*, Paris, éd. maré et martin, 2015.

DE CAIGNY, (P.), concl. sous Ass. plén., 8 déc. 2000, n° 97-44.219, *Dr. soc.* 2001. 126.

DECHRISTÉ, (C.),

___ obs. sous Soc., 31 oct. 2006, n° 04-46.280, n° 06-42.158, n° 04-48.234, *D.* 2006. 2810.

___ obs. sous Soc., 18 mars 2009, n° 07-44.247, *D.* 2009. 1093.

DECOOPMAN, (N.), note sous Soc., 14 mai 1992, n° 88-45.316, *D.* 1993. 67.

DEDESSUS-LE-MOUSTIER, (G.),

___ note sous Soc., 26 oct. 2016, n° 15-15.923, *JCP G* 2016. 1208.

___ obs. sous Soc., 21 sept. 2017, n° 16-20.270, *JCP S* 2017. 1090.

DEDESSUS-LE-MOUSTIER, (N.), note sous Soc., 9 nov. 2016, n° 15-10.203, *JCP* 2016. 1281.

DE FONTBRESSIN, (P.), note sous Ass. plén., 1^{er} déc. 1995, n° 91-15.578, *Gaz. Pal.* 1995, p. 626.

DÉFOSSEZ, (M.), note sous Soc., 25 févr. 1992, n° 89-41.634, *D.* 1992. 390.

DE GOUTTES, (R.), concl. sous Ass. plén., 14 avr. 2006, n° 02-11.168, *Gaz. Pal.* 11 juill. 2006, p. 2496.

DE LA VAISSIÈRE, (F.), obs. sous Civ., 3^e, 11 janv. 2006, n° 04-20.142, *AJDI* 2006. 561.

DELEBECQUE, (Ph.),

___ note sous Civ., 1^{re}, 28 avr. 1987, n° 85-13.674, *Dr. soc.* 1988. 1.

___ note sous Civ., 3^e, 15 déc. 1993, n° 91-10.199, *Defrénois* 1994. 809

___ obs sous Ass. plén., 1^{er} déc. 1995, n° 91-15.578, *Defrénois* 1996. 747.

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 7 oct. 1998, n° 96-14.359, *D.* 1999. 110.

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 13 oct. 1998, n° 96-21.485, *D.* 1999. 115.

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 17 nov. 1998, n° 96-15.126, *Defrénois* 1999. 367.

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 3 mai 2000, n° 98-11.381, *Defrénois* 2000. 1114.

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 30 mai 2000, n° 98-15.242, *Defrénois* 2000. 1124.

___ obs. sous Civ., 3^e, 13 janv. 1999, n° 96-18.309, *Defrénois* 1999. 749.

___ obs. sous Civ., 3^e, 9 mars 2017, n° 16-11.728, *JCP G* 2017. 511.

___ obs. sous Com., 22 oct. 1996, n° 93-18.632, *D.* 1997. 175.

___ obs. sous Com., 6 juin 2000, n° 97-19.347, *D.* 2000. 1125.

DELEBECQUE, (Ph.), BRETZNER, (J.-D.), GELBARD-LE DAUPHIN, (I.),

___ obs. sous Ass. plén., 7 janv. 2011, n° 09-14.667, *D.* 2011. 2891.

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 28 oct. 2010, n° 09-16.913, *D.* 2011. 2891.

DELPECH, (X.),

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 28 oct. 2010, n° 09-16.913, *D.* 2010. 2580.

___ obs. sous Com., 5 juin 2007, n° 04-20.380, *D.* 2007. 1723.

___ obs. sous Com., 12 janv. 2010, n° 08-22.000, *D.* 2010. 266.

___ obs. sous Com., 22 mars 2011, n° 10-13.727, *D.* 2011. 1010.

___ obs. sous Com., 9 févr. 2016, n° 14-23.210, *D. actu*, 21 mars 2016.

DE MONTECLER, (M.-C.), obs. sous Soc., 5 mars 2008, n° 07-11.123, *AJDA* 2008. 498.

DE MONTVALON, (L.), obs. sous Soc., 9 oct. 2019, n° 19-10.780, *D. actu*, 6 nov. 2019.

DÉPREZ, (J.),

___ note sous Soc., 9 oct. 1990, n° 87-40.565, *JCP E* 1991. II. 196.

___ note sous Soc., 14 mai 1992, n° 88-45.316, *RJS* 1992. 451.

DERRIDA, (F.), obs. sous Soc., 26 janv. 2000, n° 96-42.376, *D.* 2001. 119.

DESBARATS, (I.), obs. sous Soc., 20 oct. 1998, n° 96-40.614, *D.* 1999. 173.

DES GOUTTES, (B.), concl. sous Ass. plén., 4 mars 2005, n° 03-11.725, *JCP* 2005. II. 10062.

DESHAYES, (O.),

___ note sous Civ., 3^e, 28 juin 2006, n° 04-20.040, *JCP* 2006. 10130.

___ obs. sous Com., 29 juin 2010, n° 09-11.841, *RDC* 2010, p. 1253.

DEUMIER, (P.),

___ obs. sous Ass. plén., 23 janv. 2004, n° 03-13.617, *RTD civ.* 2004. 598.

___ obs. sous Com., 29 juill. 2010, n° 09-67.369, *RTD civ.* 2011. 87.

DEVERS, (A.), note sous Soc., 28 mai 2002, n° 99-43.852, *D.* 2003. 1464.

DISSAUX, (N.),

___ note sous Civ., 1^{re}, 30 oct. 2008, n° 07-17.646, *LPA* 2009, p. 11.

___ note sous Com., 20 nov. 2019, n° 18-12.823, *JCP G* 2020. 17.

___ obs. sous Com., 9 juill. 2019, n° 18-12.680, *AJ contrat* 2019. 439.

DO CARMO SILVA, (J.-M.), note sous Civ., 1^{re}, 18 févr. 2015, n° 13-28.278, *RDLA* 2015. 33.

DOCKÈS, (E.),

___ note sous Soc., 1^{er} déc. 1993, n° 90-42.962, n° 90-42.965, *D.* 1994. 334.

___ obs. sous Soc., 16 mars 1995, n° 91-40.210, *D.* 1995. 369.

DOCKÈS, (E.), **FOUVET, (F.)**, **GÉNIAUT, (C.)**, **JEAMMAUD, (A.)**, obs. sous Soc., 9 mai 2007, n° 05-40.315, n° 05-40.518, n° 05-41.324, *D.* 2007. 3033.

DONDERO, (B.),

___ note sous Com., 12 févr. 2013, n° 11-22.641, *JCP E* 2013. 1356.

___ note sous Com., 6 mai 2014, n° 13-14.960, *D.* 2014. 1485.

___ obs. sous Com., 9 nov. 2010, n° 09-70.726, *Gaz. Pal.* 2010, p. 13.

DONDERO, (B.), LE CANNU, (P.), obs. sous Ch. mixte, 19 nov. 2010, n° 10-10.095, n° 10-30.215, *RTD com.* 2011. 130.

DONTENWILLE, (H.), concl. sous Ass. plén., 16 mars 1990, n° 89-45.730, *Dr. soc.* 1990. 399.

D'ORNANO, (P.-H.), note sous Soc., 16 mai 2012, n° 10-15.238, *JCP S* 2012. 1332.

DORSNER-DOLIVET, (A.),

___ note sous Civ., 1^{re}, 11 févr. 1986, n° 84-10.845, *JCP* 1987. II. 20775.

___ note sous Civ., 1^{re}, 25 févr. 1997, n° 94-19.685, *LPA* 1997, n° 85, p. 17.

DOSDAT, (J.-C.), note sous Soc., 13 nov. 1996, n° 94-13.187, *RDSS* 1997. 847.

DOUCET, (J.-P.), note sous Crim., 6 avr. 1994, n° 93-82.717, *Gaz. Pal.* 1994, p. 489.

DRAI, (L.),

___ note sous Soc., 24 janv. 2007, n° 05-42.135, *JCP S* 2007. 1187.

___ note sous Soc., 24 juin 2007, n° 05-42.333, *JCP S* 2007. 1187.

___ note sous Soc., 4 juill. 2007, n° 05-45.688, *JCP S* 2007. 1759.

___ obs. sous Soc., 5 oct. 2016, n° 15-17.458, *JCP S* 2016. 1403.

___ obs. sous Soc., 10 oct. 2018, n° 17-10.066, *JCP S* 2018. 1380.

DRIGUEZ, (L.), note sous Soc., 12 juin 2014, n° 12-29.063, *D.* 2014. 1628.

DUBERTRET, (M.), obs. sous Soc., 10 mars 2004, n° 01-44.750, *Dr. soc.* 2004. 733.

DUBOIS, (L.), note sous Civ., 1^{re}, 25 févr. 1997, n° 94-19.685, *RDSS* 1997. 288.

DUBOIS, (C.), note sous Civ., 2^e, 8 févr. 2018, n° 17-10.516, *JCP G* 2018. 477.

DUCHANGE, (G.), obs. sous Soc., 14 sept. 2016, n° 14-26.101, *JCP S* 2016. 1380.

DUCLOZ, (F.), FLORÈS, (Ph.), SALOMON, (F.), WURTZ, (E.), SABOTIER, (N.), chron. sous Soc., 26 oct. 2016, n° 15-15.923, *D.* 2017. 235.

DUCLOZ, (F.), PÉCAULT-RIVOLIER, (L.), BAILLY, (P.), WURTZ, (E), chron. sous Soc., 26 sept. 2012, n° 11-14.540, *D.* 2013. 114.

DUCLOZ, (F.), SALOMON, (F.), SABOTIER, (N.), chron. sous Soc., 15 nov. 2017, n° 16-14.281, *D.* 2018. 190.

DUMONT, (F.),

___ note sous Soc., 23 juin 2009, n° 07-44.844, *JCP S* 2009. 1419.

___ note sous Soc., 30 juin 2010, n° 09-41.456, *JCP S* 2010. 1398.

___ note sous Soc., 29 mai 2013, n° 12-15.974, *JCP S* 2013. 1338.

DUMONT, (M.-P.), obs. sous Civ., 3^e, 19 nov. 2020, n° 19-20.405, *D.* 2021. 1397.

DUMORTIER, (G.), concl. sous CE, 2 juill. 2017, n° 368590, *AJDA* 2014. 1897.

DUPEYROUX, (J.-J.), note sous Soc., 13 nov. 1996, n° 94-13.187, *Dr. soc.* 1996. 1067.

DUPRE-DALLEMAGNE, (A.-S.), note sous Com., 26 nov. 2003, n° 00-10.243, n° 00-10.949, *D.* 2004. 869.

DUQUESNE, (F.),

___ note sous Soc., 30 juin 2004, n° 02-41.720, n° 02-41.771, *Dr. soc.* 2004. 938.

___ obs. sous Soc., 9 juill. 2015, n° 14-12.779 ; n° 14-12.781 ; n° 14-12.782 ; n° 14-12.783 ; n° 14-12.784 ; n° 14-12.785 ; n° 14-12.786 ; n° 14-12.787 ; n° 14-12.789 ; n° 14-12.790, *JCP S* 2015. 1367.

DUQUESNE, (F.), HEINTZ, (J.), obs. sous Soc., 17 avr. 2019, n° 18-22.948, *JCP S* 2019. 1260.

DUVAL, (H.), note sous Soc., 26 oct. 1976, n° 75-40.659, *JCP* 1979. II. 19254.

EDELMAN, (B.), chron. sous Cons. const. 27 juill. 1994, n° 94-343/344 DC, *D.* 1995. 205.

EL BADAWI, (L.), note sous Com., 26 mars 2008, n° 07-11.554, *LPA* 2009, p. 13.

ENJOLRAS, (L.), obs. sous Soc., 3 févr. 2016, n° 14-18.600, *RDT* 2016. 433.

ESCANDE-VARNIOL, (M.-C.),

___ note sous Soc., 7 juin 2006, n° 04-45.846, *D.* 2006. 3041.

___ obs. sous Soc., 18 mai 1999, n° 96-44.315, *D.* 2000. 84.

ESMEIN, (P.), note sous Ass. plén., 13 déc. 1962, n° 57-11.569, *JCP* 1963. II. 13105.

ETIENNEY-DE-SAINT-MARIE, (A.), note sous Civ., 1^{re}, 13 mars 2019, n° 17-23.169, *D.* 2019. 1033.

EUDIER, (F.), obs. sous Civ., 2^e, 9 déc. 2021, n° 20-10.096, *AJ fam.* 2022. 8.

FABRE, (A.),

___ étude sous Soc., 27 janv. 2015, n° 13-22.179, *Dr. soc.* 2015. 237.

___ obs. sous Cons. const., 20 oct. 2017, n° 2017-665 QPC, *RDT* 2017. 720.

FABRE-MAGNAN, (M.),

___ note sous Com., 22 oct. 1996, n° 93-18.632, *JCP* 1997. I. 4002.

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 1^{er} déc. 1998, n° 96-17.761, *JPC* 1999. I. 171.

FAGES, (B.),

___ note sous Com., 12 mars 2013, n° 12-11.970, *RTD civ.* 2013. 373.

- ___ obs. sous Ass. plén., 7 janv. 2011, n° 09-14.667, *RTD civ.* 2011. 127.
- ___ obs. sous Civ., 1^{re}, 30 oct. 2008, n° 07-17.646, *RTD civ.* 2009. 118.
- ___ obs. sous Civ., 1^{re}, 4 nov. 2011, n° 10-20.114, *RTD civ.* 2012. 113.
- ___ obs. sous Civ., 1^{re}, 28 mai 2008, n° 07-13.487, *RTD civ.* 2008. 476.
- ___ obs. sous Civ., 1^{re}, 4 mai 2012, n° 10-25.558, *RTD civ.* 2012. 526.
- ___ obs. sous Civ., 3^e, 7 mai 2008, n° 07-11.690, *RTD civ.* 2008. 474.
- ___ obs. sous Civ., 3^e, 20 mai 2009, n° 08-13.230, *RTD civ.* 2009. 524.
- ___ obs. sous Civ., 3^e, 12 janv. 2011, n° 09-70.262, *RTD civ.* 2011. 122.
- ___ obs. sous Com., 5 juin 2007, n° 04-20.380, *RTD civ.* 2007. 569.
- ___ obs. sous Com., 20 nov. 2007, n° 06-20.332, *RTD civ.* 2008. 101.
- ___ obs. sous Com., 15 janv. 2008, n° 06-14.698, *RTD civ.* 2008. 299.
- ___ obs. sous Com., 10 févr. 2009, n° 08-12.415, *RTD civ.* 2009. 318.
- ___ obs. sous Com., 31 mars 2009, n° 07-20.991, *RTD civ.* 2009. 320.
- ___ obs. sous Com., 9 juin 2009, n° 08-11.420, *RTD civ.* 2009. 719.
- ___ obs. sous Com., 12 janv. 2010, n° 08-22.000, *RTD civ.* 2010. 106.
- ___ obs. sous Com., 29 juin 2010, n° 09-11.841, *RTD civ.* 2010. 555.
- ___ obs. sous Com., 29 juill. 2010, n° 09-67.369, *RTD civ.* 2010. 782.
- ___ obs. sous Com., 12 févr. 2013, n° 11-22.641, *RTD civ.* 2013. 368.

FALLIK MAYMARD, (D.), obs. sous Soc., 8 juill. 2020, n° 19-15.441, *JSL* n° 505-1.

FAVARIO, (T.),

- ___ note sous Com., 29 juill. 2010, n° 09-67.369, *JCP G* 2010. 1056.
- ___ note sous Com., 15 nov. 2011, n° 10-15.049, *D.* 2012. 134.

FAVENNEC-HÉRY, (F.),

- ___ note sous Ass. plén., 23 oct. 2015, n° 13-25.279, *JCP S* 2015. 1362.
- ___ note sous Soc., 25 févr. 1992, n° 89-41.634, *Dr. soc.* 1992. 581.
- ___ note sous Soc., 2 oct. 2001, n° 99-42.942, *RJS* 2001. 940.
- ___ note sous Soc., 9 mai 2011, n° 10-11.581, *JCP S* 2011. 1200.
- ___ note sous Soc., 15 oct. 2014, n° 11-22.251, *SSL* 2015, p. 16.
- ___ obs. sous Soc., 25 nov. 1997, n° 95-44.053, *Dr. soc.* 1998. 82.
- ___ obs. sous Soc., 19 oct. 2004, n° 02-45.742, *Dr. soc.* 2005. 106.

___ obs. sous Soc., 19 janv. 2005, n° 03-45.018, *Dr. soc.* 2005. 473.

___ obs. sous Soc., 7 juin 2006, n° 04-45.846, *Dr. soc.* 2006. 926.

___ obs. sous Soc., 8 juin 2016, n° 15-17.555, *SSL* 2016, n° 1730.

FAVENNEC-HÉRY, (F.), COUTURIER, (G.), obs. sous Soc., 14 mai 1997, n° 94-43.712, *Dr. soc.* 1997. 740.

FAVOREU, (L.),

___ obs. sous Cons. const. 27 juill. 1994, n° 94-343/344 DC, *D.* 1995. 299.

___ obs. sous Cons., const. 10 juin 1998, n° 98-401 DC, *D.* 2000. 60.

FAVRE, (C.), rapp. sous Ass. plén., 23 janv. 2004, n° 03-13.617, *RJDA* 2004. 304.

FENOUILLET, (D.),

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 1^{er} mars 2005, n° 04-10.063, *RDC* 2005, p. 1051.

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 2 avr. 2009, n° 08-11.596, *RDC* 2009, p. 1426.

___ obs. sous Civ., 2^e, 13 juill. 2006, n° 05-18.104, *RDC* 2007, p. 347.

FERRÉ, (D.), PIHÉRY, (R.), obs. sous Com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547, *AJ contrat* 2017. 133.

FERRIER, (D.),

___ obs. sous Ass. plén., 1^{er} déc. 1995, n° 91-15.578, *D.* 1997. 59.

___ obs. sous Com., 3 nov. 1992, n° 90-18.547, *D.* 1995. 85.

___ obs. sous Com., 14 oct. 1997, n° 95-14.285, *D.* 1998. 333.

___ obs. sous Com., 3 mars 2015, n° 13-27.525, *D.* 2015. 943.

FERRIER, (N),

___ note sous Com., 23 oct. 2012, n° 11-23.376, *Bull. Joly* 2013, p. 108.

___ obs. sous Com., 20 nov. 2019, n° 18-12.823, *D.* 2020. 789.

FLAUSS, (J.-F.), chron. sous CEDH, 18 déc. 2008, n° 20153/04, *AJDA* 2009. 878.

FLOREÈS, (Ph.),

___ chron. sous Soc., 8 juin 2016, n° 15-17.555, *D.* 2016. 1588.

___ étude sous Soc., 12 juin 2014, n° 12-29.063, *RDT* 2014. 447.

___ obs. sous Soc., 15 oct. 2014, n° 11-22.251, *SSL* 2015. 86.

FLOREÈS, (Ph.), MARIETTE, (S.), DUCLOZ, (F.), WURTZ, (E.), SOMMÉ, (C.), CONTAMINE (A.), chron. sous Soc., 23 mai 2013, n° 12-13.865, *D.* 2013. 1768

FLORENS, (Ph.), MARIETTE, (S.), WURTZ, (E.), SABOTIER, (N.), chron. sous Ass. plén., 23 oct. 2015, n° 13-25.279, *D.* 2016. 144.

FOREST, (G.), obs. sous Civ., 3^e, 19 déc. 2007, n° 06-21.012, *D.* 2008. 224.

FOURMENT, (F.), note sous Ass. plén., 7 janv. 2011, n° 09-14.667, *D.* 2011. 562.

FOYER, (J.), HUDAULT, (J.), obs. sous Civ., 3^e, 26 juin 1991, n° 89-21.325, *RDI* 1992. 131.

FRAISSE, (W.), obs. sous Soc., 10 déc. 2014, n° 13-22.422, *D. actu*, 27 janv. 2015.

FRANCON, (A.), obs. sous Civ., 1^{re}, 3 avr. 2002, n° 00-12.932, *RTD com.* 2003. 86.

FRICERO, (N.), note sous Ass. plén., 7 janv. 2011, n° 09-14.667, *Dr. et proc.* 2011. 97.

FRIOCOURT, (M.), MONGIN, (B.), obs. sous Ass. plén., 23 janv. 2004, n° 03-13.617, *RTDH* 2004. 461.

FROSSARD, (S.),

___ obs. sous Soc., 4 mai 1999, n° 97-40.576, *D.* 2000. 85.

___ obs. sous Soc., 27 févr. 2001, n° 99-40.219, *D.* 2001. 2166.

FROUIN, (J.-Y.),

___ note sous Soc., 25 juin 2003, n° 01-42.335, n° 01-42.679, n° 01-43.578, *RJS* 2003. 647.

___ note sous Soc., 19 déc. 2007, n° 06-44.754, *JCP S* 2008. 1289.

___ obs. sous Soc., 12 févr. 2003, n° 00-46.660, n° 99-42.985, *RJS* 2003. 285.

___ obs. sous Soc., 25 juin 2003, n° 01-40.235, n° 01-41.150, *RJS* 2003. 647.

___ obs. sous Soc., 19 janv. 2005, n° 03-45.018, *SSL* 2005, n° 1119.

___ rapp. sous Soc., 16 mars 1995, n° 91-40.210, *JCP* 1995. II. 22418.

GADRAT, (M.), note sous Soc., 17 avr. 2019, n° 18-22.948, *Dr. soc.* 2019. 574.

GALLMEISTER, (I.), obs. sous Civ., 1^{re}, 30 oct. 2008, n° 07-17.134, *D.* 2008. 2935.

GALY, (M.), note sous Soc., 21 sept. 2017, n° 16-20.270, *RDT* 2017. 717.

GARAUD, (E.), note sous Civ., 1^{re}, 28 oct. 2003, n° 01-03.662, *RDLA* 2004. 40.

GARDAIR-RÉROLLE, (N.), obs. sous Soc., 15 déc. 2011, n° 10-15.873, *JSL* 2012, n° 315.

GARDES, (D.), note sous Soc., 7 févr. 2012, n° 10-18.686, *RDT* 2012. 282.

GATUMEL, (D.), obs. sous Soc., 1^{er} avr. 1992, n° 89-43.494, *JCP E* 1992. I. 162.

GAURIAU, (B.),

___ note sous Soc., 29 févr. 2012, n° 11-13.748, *JCP S* 2012. 1168.

___ obs. sous Soc., 16 févr. 1999, n° 96-45.565, *Dr. soc.* 1999. 396.

___ obs. sous Soc., 10 mai 1999, n° 96-45.673, *Dr. soc.* 1999. 736.

___ obs. sous Soc., 18 mai 1999, n° 96-44.315, *Dr. soc.* 1999. 734.

___ obs. sous Soc., 18 mai 1999, n° 96-44.628, *Dr. soc.* 1999. 749.

___ obs. sous Soc., 23 juin 1999, n° 97-43.162, *Dr. soc.* 1999. 972.

___ obs. sous Soc., 1^{er} déc. 2004, n° 02-46.341, *Dr. soc.* 2005. 339.

___ obs. sous Soc., 21 nov. 2022, n° 21-13.552, *JCP S* 2022. 1286.

GAUTHIER, (P.-Y.),

___ note sous Ass. plén., 23 janv. 2004, n° 03-13.617, *D.* 2004. 341.

___ note sous Soc., 30 mars 1999, n° 96-42.912, *RTD civ.* 1999. 419.

___ note sous Soc., 2 oct. 2001, n° 99-42.942, *D.* 2001. 3148.

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 21 mars 2000, n° 98-11.982, *RTD civ.* 2000. 592.

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 30 mai 2000, n° 98-15.242, *RTD civ.* 2000. 863.

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 2 nov. 2005, n° 02-14.614, *RTD civ.* 2006. 138.

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 11 mars 2014, n° 12-28.304, *RTD civ.* 2014. 397.

___ obs. sous Com., 24 nov. 1998, n° 96-18.357, *RTD civ.* 1999. 646.

___ obs. sous Com., 6 juin 2000, n° 97-19.347, *RTD civ.* 2000. 858.

___ obs. sous Com., 26 mars 2008, n° 07-11.554, *RTD civ.* 2008. 689.

___ obs. sous Com., 9 nov. 2010, n° 09-70.726, *RTD civ.* 2011. 139.

___ obs. sous Soc., 16 févr. 1999, n° 96-45.565, *RTD civ.* 1999. 419.

GAVARD-GILLES, (A.-M.), note sous Civ., 2^e, 19 oct. 1994, n° 92-21.543, *D.* 1995. 499.

GÉA, (F.),

___ obs. sous TA Cergy-Pontoise, 16 oct. 2018, n° 1807099, *RDT* 2018. 762.

___ obs. sous Soc., 9 mai 2011, n° 10-11.581, *RDT* 2011. 244.

___ obs. sous Soc., 1^{er} juin 2022, n° 20-19.957, *RDT* 2022. 384.

GÉNIAUT, (B.),

___ obs. sous Soc., 10 mars 2004, n° 01-44.750, *D.* 2004. 2189.

___ obs. sous Soc., 16 mai 2012, n° 11-10.760, *RDT* 2012. 488.

___ obs. sous Soc., 9 nov. 2016, n° 15-10.203, *RDT* 2017. 134.

GENICON, (Th.),

___ note sous Civ., 3^e, 8 oct. 2014, n° 13-18.150, *RDC* 2015, p. 11.

___ note sous Com., 29 juill. 2010, n° 09-67.369, *D.* 2010. 2485.

- ___ note sous Soc., 15 déc. 2010, n° 08-42.951, *RDC* 2011, p. 804.
- ___ obs. sous Civ., 1^{re}, 30 oct. 2008, n° 07-17.134, *RDC* 2009, p. 62.
- ___ obs. sous Civ., 1^{re}, 24 sept. 2009, n° 08-14.524, *RDC* 2010, p. 44.
- ___ obs. sous Civ., 1^{re}, 16 janv. 2013, n° 11-28.235, *RDC* 2013, p. 516.
- ___ obs. sous Civ., 3^e, 7 mai 2008, n° 07-11.690, *RDC* 2008, p. 1109.
- ___ obs. sous Com., 10 févr. 2009, n° 08-12.415, *RDC* 2010, p. 44.
- ___ obs. sous Soc., 16 mai 2012, n° 11-10.760, *RDC* 2013, p. 74.

GHESTIN, (J.),

- ___ note sous Ass. plén., 1^{er} déc. 1995, n° 91-15.578, *JCP* 1996. II. 22565.
- ___ note sous Civ., 3^e, 24 juin 1971, n° 70-11.730, *JCP* 1972. II. 17191.
- ___ note sous Civ., 3^e, 3 févr. 1981, n° 79-13.774, *D.* 1984. 457.
- ___ note sous Com., 27 févr. 1996, n° 94-11.241, *D.* 1996. 591.
- ___ note sous Com., 27 févr. 1996, n° 94-11.241, *JCP* 1996. II. 22665.
- ___ note sous Com., 27 mars 2010, n° 08-13.060, *JCP G* 2010. 921.
- ___ obs. sous Com., 13 mai 2014, n° 12-28.013, *JCP G* 2014. 699.

GINON, (A.-S.), étude sous Soc., 3 avr. 2019, n° 17-15.568, *RDT* 2019. 401.

GIUDICELLI-DELAGÉ, (G.), note sous Crim., 6 avr. 1994, n° 93-82.717, *RSC* 1994. 776.

GODON, (L.), note sous Com., 12 févr. 2002, n° 00-11.602, *Rev. sociétés* 2002. 702.

GOLHEN, (C.), note sous Soc., 30 sept. 2020, n° 19-12.058, *D.* 2020. 2383.

GOMY, (M.),

- ___ note sous Soc., 18 juin 2002, n° 00-43.013, *D.* 2003. 903.
- ___ note sous Soc., 30 mars 2005, n° 03-16.167, *D.* 2005. 2455.

GRELON, (B.), note sous Com., 21 févr. 2012, n° 11-11.693, *Rev. sociétés* 2012. 450.

GRIDEL, (J.-P.),

- ___ note sous Civ., 1^{re}, 6 nov. 2002, n° 99-21.203, *D.* 2002. 2631.
- ___ obs. sous Civ., 1^{re}, 3 avr. 2002, n° 00-12.932, *D.* 2002. 1860.

GRIGNON, (Ph.),

- ___ obs. sous Soc., 3 oct. 2007, n° 06-42.320, *RDLA* 2008/23, p. 76.
- ___ obs. sous Soc., 24 sept. 2008, n° 07-40.098, *RDLA* 2009/38, p. 83.
- ___ obs. sous Soc., 23 mars 2011, n° 09-42.092, *RDLA* 2012/67, p. 64.

___ obs. sous Soc., 12 oct. 2011, n° 09-43.155, *RDLA* 2012/67, p. 66

___ obs. sous Soc., 2 déc. 2015, n° 14-19.029, *JCP E* 2016. 1363.

GRISEY-MARTINEZ, (L.), obs. sous Soc., 25 nov. 1992, n° 90-43.112, *RDL* 1993. 35.

GROSS, (B.), note sous Com., 6 mars 1990, n° 88-12.477, *JCP* 1990. II. 21583.

GROSSER, (Ph.),

___ note sous Ass. plén., 14 avr. 2006, n° 02-11.168, *JCP* 2006. II. 10087.

___ note sous Civ., 1^{re}, 30 oct. 2008, n° 07-17.134, *JCP* 2008. II. 10198.

___ obs. sous Civ., 3^e, 11 janv. 2006, n° 04-20.142, *JCP* 2006. I. 123.

___ obs. sous Civ., 3^e, 23 mai 2013, n° 11-29.011, *JCP G* 2013. 974.

___ obs. sous Com., 31 mars 2009, n° 07-20.991, *JCP* 2009. 273.

___ obs. sous Com., 1^{er} juin 2013, n° 12-20.830, *JCP G* 2014. 115.

GRUMBACH, (T.), PÉLISSIER, (J.), obs. sous Soc., 31 oct. 2006, n° 04-46.280, n° 06-42.158, n° 04-48.234, *RDT* 2007. 28.

GRYNDAUM, (L.), obs. sous Civ., 2^e, 19 oct. 2006, n° 05-17.599, *RDI* 2007. 61.

GUERLIN, (G.), obs. sous Civ., 3^e, 23 mai 2013, n° 11-29.011, *LEDC* 2013, p. 5.

GUÉVEL, (D.), obs. sous Com., 12 mai 2004, n° 00-15.618, *Gaz. Pal.* 11 janv. 2005, p. 645.

GUILLAUME, (G.), note sous Civ., 1^{re}, 24 mai 1989, n° 87-10.564, *Rev. fr. dr. aérien* 1989. 251.

GUIOMARD, (F.),

___ note sous Soc., 28 mai 2003, n° 02-40.273, *D.* 2003. 2718.

___ obs. sous Soc., 19 janv. 2005, n° 03-45.018, *D.* 2005. 473.

HALLOUIN, (J.-C.), obs. sous Com., 27 févr. 1996, n° 94-11.241, *D.* 1996. 342.

HALLOUIN, (J.-C.), LAMAZEROLLES, (E.), RABREAU, (A.), obs. sous Ch. mixte, 19 nov. 2010, n° 10-10.095, n° 10-30.215, *D.* 2011. 2758.

HAURIOU, (M.), note sous CE, 30 mars 1916, n° 59928, *S.* 1916. 3.17.

HAUSER, (J.),

___ obs. sous Ass. plén., 29 oct. 2004, n° 03-11.238, *RTD civ.* 2005. 104.

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 4 nov. 2011, n° 10-20.114, *RTD civ.* 2012. 93.

___ obs. sous Cons. const., 27 juill. 1994, n° 94-343/344 DC, *RTD civ.* 1994. 831.

___ obs. sous Soc., 4 mai 1999, n° 97-40.576, *RTD civ.* 2000. 85.

___ obs. sous Soc., 2 oct. 2001, n° 99-42.942, *RTD civ.* 2002. 71.

___ obs. sous Soc., 28 mai 2003, n° 02-40.273, *RTD civ.* 2003. 680.

___ obs. sous Soc., 19 avr. 2005, n° 02-46.295, *RTD civ.* 2005. 572.

___ obs. sous Soc., 9 nov. 2016, n° 15-10.203, *RTD civ.* 2017. 96.

HAUTEFORT, (M.),

___ note sous Soc., 11 juill. 2000, n° 98-40.143, n° 98-41.486, n° 98-43.240, n° 89-43.945, *JSL* 2000, p. 11.

___ obs. sous Soc., 25 févr. 2004, n° 01-43.392, *JSL* 2004, p. 12.

___ obs. sous Soc., 26 sept. 2012, n° 11-14.540, *JSL* 2012, n° 331-6.

___ obs. sous Soc., 5 oct. 2016, n° 15-28.672, *JSL* 2016, n° 420-3.

___ obs. sous Soc., 4 mars 2020, n° 18-19.189, *JCP S* 2020. 496.

___ obs. sous Soc., 5 mai 2021, n° 20-14.390, *JSL* 2021, n° 524-4.

HEUGAS-DARRASPEN, (H.), obs. sous Civ., 1^{re}, 1^{er} déc. 1998, n° 96-17.761, *RDI* 1999. 291.

HOCQUET-BERG, (S.), étude sous Civ., 2^e, 8 févr. 2018, n° 17-10.516, *RCA* 2018. 6.

HOUTCIEFF, (D.),

___ note sous Civ., 1^{re}, 30 oct. 2008, n° 07-17.134, *JCP* 2009. II. 10000.

___ note sous Civ., 1^{re}, 30 oct. 2008, n° 07-17.646, *JCP* 2009. II. 10000.

___ note sous Civ., 1^{re}, 13 mars 2019, n° 17-23.169, *Gaz. Pal.* 17 sept. 2019, p. 23.

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 10 sept. 2015, n° 14-13.658, n° 14-17.772, *Gaz. Pal.* 5 janv. 2016, p. 37.

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 30 sept. 2015, n° 14-11.761, *Gaz. Pal.* 5 janv. 2016, p. 34.

___ obs. sous Civ., 3^e, 9 mars 2017, n° 16-11.728, *AJ contrat* 2017. 224.

___ obs. sous Com., 29 juin 2010, n° 09-11.841, *JCP* 2010. 787.

___ obs. sous Com., 13 mai 2014, n° 12-28.013, *Gaz. Pal.* 3 juill. 2014, p. 16.

HOULIÉ, (S.),

___ *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur le projet de loi, adopté par le Sénat, ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 29 nov. 2017.

___ *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur le projet de loi, adopté par le Sénat, ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 8 févr. 2018.

HOULIÉ, (S.), PILLET, (F.), *Rapport fait au nom de la commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 14 mars 2018.

HOVASSE, (H.), obs. sous Com., 12 juill. 1993, n° 91-15.667, *Defrénois* 1993. 1463.

HUGUENET, (L.), note sous Civ., 6 juin 1921, *S.* 1921. 1. 193.

ICARD, (J.),

___ note sous Soc., 15 oct. 2014, n° 11-22.251, *Cah. soc.* 2014, p. 615.

___ note sous Soc., 8 juin 2016, n° 15-17.555, *RDC* 2017, p. 327.

___ note sous Soc., 5 oct. 2016, n° 15-17.458, *Cah. soc.* 2016, p. 542.

___ note sous Soc., 21 sept. 2017, n° 16-20.103, n° 16-20.104, *Cah. soc.* 2017, p. 527.

___ note sous Soc., 25 mars 2020, n° 18-11.433, *BJT* 2020, p. 29.

___ obs. sous Soc., 6 juill. 2016, n° 15-11.138, *Cah. soc.* 2016, p. 426.

___ obs. sous Soc., 18 sept. 2019, n° 18-15.765, *BJT* 2019, p. 25.

INÈS, (B.),

___ obs. sous Soc., 8 avr. 2009, n° 08-41.046, *D.* 2009. 1282.

___ obs. sous Soc., 9 mai 2011, n° 10-11.581, *D.* 2011. 886.

___ obs. sous Soc., 11 juill. 2012, n° 10-15.905, *D. actu*, 13 sept. 2012.

___ obs. sous Soc., 23 mai 2013, n° 12-13.865, *D.* 2013. 1355.

___ obs. sous Soc., 2 juill. 2014, n° 13-14.622, *D. actu*, 5 sept. 2014.

IZORCHE, (M.-L.),

___ obs. sous Civ., 3^e, 15 déc. 1993, n° 91-10.199, *JCP E* 1995. I. 439.

___ obs. sous Com., 6 mai 1997, n° 94-16.335, *JCP E* 1998. 614.

JACOTOT, (D.),

___ note sous Soc., 23 janv. 2008, n° 06-44.197, *JCP* 2007. 10050.

___ note sous Soc., 16 févr. 2022, n° 20-17.644, *JCP E* 2022. 1192.

___ obs. sous Soc., 15 mars 2017, n° 15-24.028, *JCP S* 2017. 1150.

JAMIN, (Ch.),

___ note sous Civ., 1^{re}, 13 oct. 1998, n° 96-21.485, *D.* 1999. 197.

___ note sous Civ., 1^{re}, 20 févr. 2001, n° 99-15.170, *D.* 2001. 1568.

___ note sous Civ., 1^{re}, 3 mai 2000, n° 98-11.381, *JCP* 2001. II. 1050.

___ note sous Civ., 3^e, 21 févr. 2001, n° 98-20.817, *JCP* 2002. II. 10027.

___ note sous Civ., 3^e, 17 janv. 2007, n° 06-10.442, *JCP* 2007. II. 10042.

___ note sous Com., 24 nov. 1998, n° 96-18.357, *JCP E* 1999. 1242.

___ obs. sous Com., 7 janv. 1992, n° 90-14.831, *JCP* 1992. I. 3591.

JAMIN, (Ch.), BILLIAU, (M.), note sous Com., 6 mai 1997, n° 94-16.335, *D.* 1997. 588.

JAULT, (F.), note sous Soc., 19 déc. 2000, n° 98-40.572, *LPA* 2002, p. 18.

JEAMMAUD, (A.),

___ note sous Soc., 26 oct. 1976, n° 75-40.659, *D.* 1977. 544.

___ obs. sous Soc., 19 mars 1998, n° 96-40.079, *Dr. soc.* 1998. 717.

___ note sous Soc., 19 déc. 2000, n° 98-40.572, *Dr. soc.* 2001. 227.

JEAMMAUD, (A.), LE FRIANT, (M.), note sous Ass. plén., 8 déc. 2000, n° 97-44.219, *Dr. soc.* 2001. 417.

JOURDAIN, (P.),

___ note sous Ass. plén., 14 avr. 2006, n° 02-11.168, *D.* 2006. 1577.

___ obs. sous Ass. plén., 14 avr. 2006, n° 02-11.168, *RTD civ.* 2006. 775.

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 7 févr. 1990, n° 88-14.797, *RTD civ.* 1992. 109.

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 20 juin 1995, n° 93-15.948, *RTD civ.* 1996. 177.

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 25 févr. 1997, n° 94-19.685, *RTD civ.* 1997. 434.

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 30 oct. 2008, n° 07-17.134, *RTD civ.* 2009. 126.

___ obs. sous Civ., 2^e, 8 févr. 2018, n° 17-10.516, *RTD civ.* 2018. 418.

___ obs. sous Civ., 3^e, 28 juin 2006, n° 04-20.040, *RTD civ.* 2006. 770.

___ obs. sous Com., 6 mai 1997, n° 94-43.057, *D.* 1998. 196.

JUILLET, (C.), note sous Com., 8 avr. 2015, n° 13-14.447, *RLDC* 2015. 28.

JULIEN, (M.), PAULIN, (J.-F.),

___ étude sous Soc., 9 oct. 2019, n° 19-10.780, *JA* 2020. 612.

___ étude sous Soc., 30 sept. 2020, n° 19-12.058, *JA* 2021. 38.

___ étude sous Soc., 29 mars 2023 n° 21-15.472, *JA* 2023. 39.

KASS-DANNO, (S.), chron. sous Com., 5 févr. 2020, n° 18-20.722, *D.* 2020. 1254.

KEITA, (M.), note sous Com., 24 févr. 1998, n° 96-12.638, *JCP* 1999. II. 10003.

KENFACK, (H.), obs. sous Civ., 2^e, 8 févr. 2018, n° 17-10.516, *D.* 2018. 1412.

KERBOURC'H, (J.-Y.),

___ obs. sous Soc., 27 mars 2007, n° 05-45.310, *JCP S* 2007. 32.

___ obs. sous Soc., 5 mars 2008, n° 07-11.123, *JCP S* 2008. 1309.

___ obs. sous Soc., 13 mai 2009, n° 08-60.530, *JCP S* 2009. 1406.

___ obs. sous Soc., 17 avr. 2019, n° 18-22.948, *JCP S* 2019. 1172.

KERHIG, (S.), concl. sous Soc., 2 oct. 2001, n° 99-42.942, *SSL* 2001, n° 1045, p. 6.

KESSLER, (F.), LERICHE, (A.), obs. sous Soc., 12 avr. 2005, n° 02-47.384, *JCP E* 2005. 1550.

KESSOUS, (R.),

___ concl. sous Soc., 16 mars 1995, n° 91-40.210, *Dr. soc.* 1995. 372.

___ concl. sous Soc., 16 mars 1995, n° 93-13.371, *Dr. soc.* 1995. 365.

KOBINA GABA, (H.),

___ note sous Soc., 30 juin 2004, n° 02-41.720, n° 02-41.771, *D.* 2004. 2326.

___ note sous Soc., 23 févr. 2005, n° 03-42.018, *D.* 2005. 1678.

___ note sous Soc., 23 févr. 2005, n° 04-45.463, *D.* 2005. 1678.

KRAJESKI, (D.), note sous Com., 6 juin 2000, n° 97-19.347, *D.* 2001. 1345.

LABARTHE, (F.),

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 3 juill. 1996, n° 94-14.800, *JCP* 1997. I. 4015.

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 28 mai 2008, n° 07-13.487, *JCP* 2008. I. 218.

LACHIÈZE, (C.), note sous Civ., 1^{re}, 28 oct. 2003, n° 01-03.662, *JCP* 2004. II. 10108.

LAHALLE (Th.),

___ note sous Soc., 3 déc. 2002, n° 01-60.729, *JCP S* 2005. 1378.

___ note sous Soc., 12 juill. 2005, n° 03-41.536, *JCP S* 2005. 1208.

LAITHIER, (Y.-M.),

___ obs. sous Civ., 3^e, 17 janv. 2007, n° 06-10.442, *RDC* 2007, p. 703.

___ obs. sous Civ., 3^e, 3 févr. 2010, n° 08-21.333, *RDC* 2010, p. 1208.

___ obs. sous Com., 12 janv. 2010, n° 08-22.000, *RDC* 2010, p. 834.

___ obs. sous Com., 29 juin 2010, n° 09-11.841, *RDC* 2010, p. 1220.

___ obs. sous Com., 9 juill. 2019, n° 18-12.680, *JCP G* 2019. 879.

LANGLOIS, (Ph.),

___ obs. sous Soc., 18 janv. 1979, n° 77-40.982, *D.* 1979. 327.

___ *Réflexions sur la simplification du droit du travail*, Rapport de l'Institut de l'entreprise sur la simplification du droit du travail, 2003.

LAPOYADE-DESCHAMPS, (C.), chron. sous Civ., 1^{re}, 25 févr. 1997, n° 94-19.685, *RCA* 1997. 8.

LARDEUX, (G.),

___ note sous Soc., 9 nov. 2016, n° 15-10.203, *D.* 2017. 37.

___ obs. sous Civ., 3^e, 11 janv. 2006, n° 04-20.142, *D.* 2006. 1406.

LARDY-PÉLISSIER, (B.),

___ obs. sous Soc., 14 juin 2006, n° 04-44.123, *RDT* 2006. 172.

___ obs. sous Soc., 9 déc. 2009, n° 08-41.213, *RDT* 2010. 164.

LARDY-PÉLISSIER, (B.), PÉLISSIER, (J.),

___ obs. sous Soc., 21 janv. 2003, n° 00-44.502, *D.* 2005. 2499.

___ obs. sous Soc., 19 janv. 2005, n° 03-45.018, *D.* 2005. 2499.

___ obs. sous Soc., 23 févr. 2005, n° 04-45.463, *D.* 2005. 2499.

LARDY-PÉLISSIER, (B.), PÉLISSIER, (J.), REYNÈS, (B.), obs. sous Soc., 31 oct. 2006, n° 04-46.280, n° 06-42.158, n° 04-48.234, *D.* 2006. 2002.

LARGUIER, (J.), note sous Crim., 28 juin 1958, *JCP* 1959. II. 10941.

LARRIEU, (J.), LE STANC, (C.), TRÉFIGNY, (P.), obs. sous Ch. mixte, 17 mai 2013, n° 11-11.927, n° 11-22.768, *D.* 2013. 2487.

LARROUMET, (L.), obs. sous Com., 22 oct. 1996, n° 93-18.632, *D.* 1997. 147.

LASSERRE-CAPDEVILLE, (J.),

___ note sous Civ., 1^{re}, 13 mars 2019, n° 17-23.169, *JCP E* 2019. 1425.

___ obs. sous Colmar, ch. civile 01, sect. A, 8 mars 2017, n° 16/00310, *D.* 2017. 965.

LASSNER, (M.), étude sous Ass. plén., 23 janv. 2004, n° 03-13.617, *AJDI* 2004. 175.

LATINA, (M.),

___ note sous Civ., 3^e, 19 nov. 2020, n° 19-20.405, *RDC* 2021, p. 22.

___ note sous Com., 9 juill. 2019, n° 18-12.680, *LEDC* 2019, p. 1.

___ note sous Soc., 21 sept. 2017, n° 16-20.103, n° 16-20.104, *Gaz. Pal.* 10 oct. 2017, p. 13.

___ obs. sous Com., 13 mai 2014, n° 12-28.013, *RDC* 2014, p. 627.

LAURENT, (J.), note sous Com., 12 janv. 2010, n° 08-22.000, *LPA* 2010, p. 7.

LEBLOND, (N.), note sous Civ., 1^{re}, 18 févr. 2015, n° 13-28.278, *RCA* 2015. 166.

LEBORGNE-INGELAERE, (C.), note sous Soc., 20 févr. 2013, n° 11-26.560, *JCP S* 2013. 1250.

LE BRAS, (A.-C.), DE CABARRUS, (C.), KASS-DANNO, (S.), BARBOT, (S.), chron. sous Com., 20 nov. 2019, n° 18-12.823, *D.* 2020. 1254.

LE CANNU, (P.),

___ note sous Ch. mixte, 19 nov. 2010, n° 10-10.095, n° 10-30.215, *Rev. sociétés* 2011. 34.

___ note sous Com., 9 nov. 2010, n° 09-70.726, *BJT* 2011, p. 122.

___ note sous Com., 6 mai 2014, n° 13-14.960, *Rev. sociétés* 2014. 550.

LECAROZ, (J.), ARBELLOT, (F.), TRÉARD, (S.), GAUTHIER, (Th.), obs. sous Com., 3 mars 2015, n° 13-27.525, *D.* 2015. 996.

LECLERC, (O.), obs. sous Soc., 28 mars 2006, n° 04-41.016, *RDT* 2006. 116.

LECLERC, (O.), PESKINE, (E.), PORTA, (J.), CAMAJI, (L.), FABRE, (A.), ODOUL-ASOREY, (I.), PASQUIER, (Th.), BORENFREUND, (G.), obs. sous Soc., 23 sept. 2009, n° 07-44.200, *D.* 2010. 672.

LEDUCQ, (X.), note sous Civ., 2^e, 13 juill. 2006, n° 05-18.104, *Gaz. Pal.* 6 nov. 2007, p. 29.

LEFRANC-HAMONIAUX, (C.), obs. sous Soc., 31 oct. 2007, n° 06-43.834, *D.* 2007. 3109.

LEFRANCOIS, (F.), note sous Soc., 9 mars 1999, n° 96-41.734, *JSL* 20 avr. 1999, n° 34-13.

LE GAC-PECH, (S.),

___ note sous Com., 29 juill. 2010, n° 09-67.369, *JCP E* 2010. 2108.

___ note sous Com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547, *JCP E* 2017. 1135.

LE GALLOU, (C.), obs. sous Civ., 1^{re}, 11 mars 2014, n° 12-28.304, *RDLC* 2014, n° 5408.

LEGEAIS, (D.),

___ note sous Civ., 1^{re}, 13 mars 2019, n° 17-23.169, *RTD com.* 2019. 463.

___ obs. sous Ch. mixte, 17 mai 2013, n° 11-11.927, n° 11-22.768, *RTD com.* 2013. 569.

LÉGER, (N.), obs. sous Soc., 27 oct. 2009, n° 08-41.501, *JCP S* 2009. 564.

LE GUIDEDEC, (R.), obs. sous Ass. plén., 29 oct. 2004, n° 03-11.238, *JCP* 2005. I. 187.

LE MASNE DE CHERMONT, (F.), obs. sous Soc., 17 avr. 2019, n° 18-22.948, *D.* 2019. 1562.

LE NABASQUE, (H.),

___ obs. sous Com., 6 mai 1997, n° 94-16.335, *D.* 1998. 136.

___ obs. sous Com., 15 nov. 2011, n° 10-15.049, *Bull. Joly* 2012, p. 112.

LEROY, (Y.), obs. sous Soc., 29 oct. 2013, n° 12-15.382, *RDT* 2013. 764.

LESSI, (H.), DUTHEILLET DE LAMOTHE, (L.), chron. sous CE, 2 juill. 2017, n° 368590, *AJDA* 2014. 1935.

LE TOURNEAU, (Ph.), note sous Com., 7 févr. 1995, n° 93-14.569, *JCP* 1995. II. 22408.

LEVENEUR, (L.),

___ chron. sous Civ., 1^{re}, 25 févr. 1997, n° 94-19.685, *CCC* 1997. 5.

___ note sous Ass. plén., 1^{er} déc. 1995, n° 91-15.578, *JCP* 1996. II. 776.

___ note sous Ass. plén., 29 oct. 2004, n° 03-11.238, *CCC* 2004. 40.

___ note sous Civ., 1^{re}, 5 avr. 1993, n° 91-15.602, *CCC* 1993. 145.

___ note sous Civ., 1^{re}, 6 févr. 1996, n° 94-13.388, *CCC* 2003. 37.

___ note sous Civ., 1^{re}, 17 nov. 1998, n° 96-15.126, *CCC* 1999. 18.

___ note sous Civ., 1^{re}, 21 mars 2000, n° 98-11.982, *CCC* 2000. 126.

___ note sous Civ., 1^{re}, 3 mai 2000, n° 98-11.381, *CCC* 2000. 140.

___ note sous Civ., 1^{re}, 30 mai 2000, n° 98-15.242, *CCC* 2000. 142.

___ note sous Civ., 1^{re}, 28 oct. 2003, n° 01-03.662, *CCC* 2004. 4.

___ note sous Civ., 1^{re}, 22 sept. 2016, n° 15-20.614, *CCC* 2016. 249.

___ note sous Civ., 3^e, 15 nov. 2000, n° 99-11.203, *CCC* 2001. 23.

___ note sous Civ., 3^e, 28 juin 2006, n° 04-20.040, *CCC* 2006. 223.

___ note sous Com., 28 mai 2002, n° 99-19.806, *CCC* 2002. 138.

___ obs. sous Ass. plén., 14 avr. 2006, n° 02-11.168, *CCC* 2006. 152.

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 5 avr. 1993, n° 91-11.576, *CCC* 1990. 146.

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 7 avr. 1998, n° 96-16.148, *CCC* 1998.97.

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 13 avr. 1999, n° 97-13.782, *CCC* 1999. 127.

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 6 nov. 2002, n° 99-21.203, *CCC* 2003. 53.

___ obs. sous Civ., 3^e, 27 mars 1991, n° 89-16.975, *CCC* 1991. 133.

___ obs. sous Civ., 3^e, 17 janv. 2007, n° 06-10.442, *CCC* 2007. 117.

___ obs. sous Civ., 3^e, 20 mai 2009, n° 08-13.230, *CCC* 2009. 214.

___ obs. sous Com., 7 janv. 1992, n° 90-14.831, *CCC* 1992. 110.

___ obs. sous Com., 6 mai 1997, n° 94-16.335, *CCC* 1997. 146.

- ___ obs. sous Com., 12 janv. 2010, n° 08-22.000, *CCC* 2010. 87.
- ___ obs. sous Com., 29 juin 2010, n° 09-11.841, *CCC* 2010. 220.
- ___ obs. sous Com., 18 oct. 2017, n° 16-21.016, *CCC* 2018. 1.

LHERNOUD, (J.-P.),

- ___ obs. sous Soc., 5 oct. 2016, n° 15-17.458, *JSL* 2016, n° 420-2.
- ___ obs. sous Soc., 15 mars 2017, n° 15-24.028, *JSL* 2017, n° 430-3.
- ___ obs. sous Soc., 15 nov. 2017, n° 16-14.281, *JCP S* 2017. 38.
- ___ obs. sous Soc., 12 sept. 2018, n° 16-26.333, *JSL* 2018, n° 463-2.
- ___ obs. sous Soc., 10 oct. 2018, n° 17-10.066, *JSL* 2018, n° 464-1.
- ___ obs. sous Soc., 16 déc. 2020, n° 18-23.966, *JSL* 2021, n° 513-4.
- ___ obs. sous Soc., 21 nov. 2022, n° 21-13.552, *JSL* 2022, n° 552-4.

LIBCHABER, (R.),

- ___ note sous Ass. plén., 29 oct. 2004, n° 03-11.238, *Defrénois* 2005. 1732.
- ___ note sous Civ., 1^{re}, 4 nov. 2011, n° 10-20.114, *D.* 2012. 59.
- ___ obs. sous Civ., 1^{re}, 10 oct. 1995, n° 93-20.300, *D.* 1996. 120.
- ___ obs. sous Civ., 1^{re}, 28 oct. 2003, n° 01-03.662, *Defrénois* 2004. 373.
- ___ obs. sous Civ., 1^{re}, 30 oct. 2008, n° 07-17.646, *Defrénois* 2009. 11.
- ___ obs. sous Civ., 3^e, 28 juin 2006, n° 04-20.040, *Defrénois* 2006. 1858.
- ___ obs. sous Com., 6 juin 2001, n° 98-18.928, *Defrénois* 2001. 1429.
- ___ obs. sous Com., 12 juill. 2005, n° 03-12.507, *Defrénois* 2006. 610.
- ___ obs. sous Soc., 10 juill. 2002, n° 00-40.301, *Defrénois* 2002. 1253.

LIENHARD, (A.),

- ___ obs. sous Ch. mixte, 19 nov. 2010, n° 10-10.095, n° 10-30.215, *D.* 2011. 344.
- ___ obs. sous Com., 12 mai 2004, n° 00-15.618, *D.* 2004. 1599.
- ___ obs. sous Com., 9 nov. 2010, n° 09-70.726, *D.* 2010. 2702.
- ___ obs. sous Com., 15 nov. 2011, n° 10-15.049, *D.* 2012. 134.
- ___ obs. sous Com., 21 févr. 2012, n° 11-11.693, *D.* 2012. 606.

LIFFAN, (H.), avis sous Soc., 9 nov. 2016, n° 15-10.203, *Just. & cass.* 2017. 188.

LINDON, (R.), note sous Soc., 27 nov. 1958, *Bull. civ. V*, n° 1529, *D.* 1959. 20.

LIPINSKI, (P.), note sous Civ., 3^e, 10 mai 2001, n° 99-11.762, *D.* 2001. 3156.

LOGEAIS, (Y.-É.), obs. sous Soc., 12 mai 2009, n° 07-44.624, *JCP E* 2009. 2076.

LOIR, (R.), note sous Civ., 1^{re}, 13 mars 2019, n° 17-23.169, *JCP E* 2019. 1345.

LOISEAU, (G.),

___ note sous Civ., 1^{re}, 4 févr. 2015, n° 14-10.920, *CEE* 2015. 33.

___ note sous Soc., 21 sept. 2005, n° 03-44.855, *D.* 2006. 204.

___ note sous Soc., 9 mai 2011, n° 10-11.581, *Dr. soc.* 2011. 681.

___ note sous Soc., 16 mai 2012, n° 11-10.760, *JCP S* 2012. 1329.

___ note sous Soc., 15 oct. 2014, n° 11-22.251, *JCP S* 2014. 1436.

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 3 mai 2000, n° 98-11.381, *JCP* 2000. I. 272.

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 30 mai 2000, n° 98-15.242, *JCP* 2001. II. 10461.

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 18 févr. 2015, n° 13-28.278, *JCP G* 2015. 808.

___ obs. sous Soc., 15 déc. 2010, n° 08-42.951, *JCP G* 2011. 952.

___ obs. sous Soc., 8 juin 2016, n° 15-17.555, *JCP S* 2016. 1265.

___ obs. sous Soc., 3 avr. 2019, n° 17-15.568, *JCP S* 2019. 749.

LOKIEC, (P.),

___ chron. sous Soc., 14 oct. 2008, n° 07-43.071, *D.* 2009. 1427.

___ note sous Soc., 29 juin 2005, n° 03-42.804, *D.* 2005. 2723.

___ obs. sous Soc., 30 mai 2000, n° 98-44.016, *D.* 2001. 738.

LOKIEC, (P.), PORTA, (J.),

___ obs. sous Soc., 2 févr. 2011, n° 10-14.263, *D.* 2012. 901.

___ obs. sous Soc., 9 mai 2011, n° 10-11.581, *D.* 2012. 901.

___ obs. sous Soc., 8 juin 2011, n° 09-43.208, *D.* 2012. 901.

___ obs. sous Soc., 12 oct. 2011, n° 09-43.155, *D.* 2012. 2622.

___ obs. sous Soc., 7 févr. 2012, n° 10-27.525, *D.* 2012. 901.

___ obs. sous Soc., 29 févr. 2012, n° 11-13.748, *D.* 2012. 2622.

___ obs. sous Soc., 16 mai 2012, n° 10-15.238, *D.* 2013. 1026.

___ obs. sous Soc., 16 mai 2012, n° 11-10.760, *D.* 2013. 1026.

___ obs. sous Soc., 11 juill. 2012, n° 10-15.905, *D.* 2013. 1026.

___ obs. sous Soc., 26 sept. 2012, n° 11-14.540, *D.* 2013. 1026.

___ obs. sous Soc., 17 oct. 2012, n° 11-18.208, *D.* 2013. 1026.

- ___ obs. sous Soc., 23 janv. 2013, n° 11-18.855, *D.* 2013. 1026.
- ___ obs. sous Soc., 20 févr. 2013, n° 11-26.560, *D.* 2013. 1026.
- ___ obs. sous Soc., 23 mai 2013, n° 12-13.865, *D.* 2014. 1115.
- ___ obs. sous Soc., 29 mai 2013, n° 12-15.974, *D.* 2013. 2599.
- ___ obs. sous Soc., 29 oct. 2013, n° 12-15.382, *D.* 2014. 1115.
- ___ obs. sous Soc., 24 janv. 2014, n° 12-24.539, *D.* 2014. 1115.
- ___ obs. sous Soc., 26 mars 2014, n° 12-23.634, *Dr. soc.* 2014. 397.
- ___ obs. sous Soc., 2 juill. 2014, n° 13-14.622, n° 13-14.662, *D.* 2014. 2374.
- ___ obs. sous Soc., 9 juill. 2014, n° 13-11.906, *D.* 2015. 829.
- ___ obs. sous Soc., 21 janv. 2015, n° 13-26.374, *D.* 2015. 271.
- ___ obs. sous Soc., 27 janv. 2015, n° 13-22.179, *D.* 2015. 829.
- ___ obs. sous Soc., 9 juill. 2015, n° 14-12.779 ; n° 14-12.781 ; n° 14-12.782 ; n° 14-12.783 ; n° 14-12.784 ; n° 14-12.785 ; n° 14-12.786 ; n° 14-12.787 ; n° 14-12.789 ; n° 14-12.790, *D.* 2015. 2340.
- ___ obs. sous Soc., 2 déc. 2015, n° 14-19.029, *D.* 2016. 807.
- ___ obs. sous Soc., 17 mai 2016, n° 14-21.872, *D.* 2017. 840.
- ___ obs. sous Soc., 8 juin 2016, n° 15-17.555, *D.* 2017. 840.
- ___ obs. sous Soc., 6 juill. 2016, n° 15-11.138, *D.* 2016. 840.
- ___ obs. sous Soc., 19 oct. 2016, n° 14-25.067, *D.* 2017. 851.
- ___ obs. sous Soc., 15 mars 2017, n° 15-24.028, *D.* 2018. 813.
- ___ obs. sous Soc., 12 sept. 2018, n° 16-26.333, *D.* 2019. 963.
- ___ obs. sous Soc., 23 janv. 2019, n° 17-21.550, *D.* 2019. 963.
- ___ obs. sous Soc., 26 juin 2019, n° 17-28.287, *D.* 2019. 2153.

LUCIANI, (A.-M.), note sous Civ., 1^{re}, 4 juill. 1995, n° 93-16.198, *D.* 1997. 206.

LYON-CAEN, (A.),

- ___ note sous Ass. plén., 16 mars 1990, n° 89-45.730, *D.* 1990. 305.
- ___ note sous Soc., 25 févr. 1992, n° 89-41.634, *Dr. soc.* 1992. 573.

LYON-CAEN, (G.),

- ___ comm. sous Ass. plén., 8 déc. 2000, n° 97-44.219, *SSL* 2001. 6.
- ___ note sous Soc., 8 mai 1967, n° 65-12.776, *D.* 1967. 230.
- ___ note sous Soc., 14 juin 1972, n° 71-12.508, *JCP* 1972. II. 17275.

LYON-CAEN, (P.),

___ avis sous Soc., 25 juin 2003, n° 01-40.235, n° 01-41.150, *Dr. soc.* 2003. 814.

___ concl. sous Soc., 17 juill. 1996, n° 95-41.614, n° 95-41.831, *Dr. soc.* 1996. 1049.

MAILLARD, (S.),

___ obs. sous Soc., 26 mai 2004, n° 02-18.756, *D.* 2009. 1092.

___ obs. sous Soc., 16 sept. 2009, n° 07-45.346, *D.* 2009. 2284.

___ obs. sous Soc., 23 sept. 2009, n° 07-44.200, *D.* 2009. 2351.

___ obs. sous Soc., 20 janv. 2010, n° 08-43.471, n° 08-43.476, *D.* 2010. 328.

MAILLARD-PINON, (S.), obs. sous Soc., 6 mars 2019, n° 18-10.615, *RDT* 2019. 249.

MAINGUY, (D.),

___ chron. sous Soc., 21 sept. 2017, n° 16-20.103, n° 16-20.104, *RJDA* 2017. 899.

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 20 juin 1995, n° 93-15.948, *JCP E* 1996. I. 523.

MALAURIE, (Ph.), note sous Com., 27 févr. 1996, n° 94-11.241, *D.* 1996. 518.

MALAURIE-VIGNAL, (M.),

___ note sous Com., 6 juin 2001, n° 98-16.390, *CCC* 2001. 158.

___ note sous Soc., 15 nov. 2006, n° 04-46.721, *CCC* 2007. 21.

___ note sous Soc., 27 oct. 2009, n° 08-41.501, *CCC* 2009. 288.

___ obs. sous Com., 24 nov. 1998, n° 96-18.357, *CCC* 1999. 56.

___ obs. sous Soc., 21 janv. 2015, n° 13-26.374, *CCC* 2015. 87.

MALEVILLE, (H.-M.), note sous Civ., 1^{re}, 17 nov. 1998, n° 96-15.126, *RGDA* 1999. 96.

MALFETTES, (L.),

___ obs. sous Soc., 29 janv. 2020, n° 18-15.359, *D. actu*, 27 févr. 2020.

___ obs. sous Soc., 19 juin 2024, n° 23-10.817, *D. actu*, 26 juin 2024.

MALINVAUD, (Ph.),

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 28 oct. 2010, n° 09-16.913, *RDI* 2010. 616.

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 30 sept. 2015, n° 14-11.761, *RDI* 2015. 590.

___ obs. sous Civ., 3^e, 11 mai 2005, n° 03-21.136, *RDI* 2005. 299.

MALINVAUD, (Ph.), BOUBLI, (B.), obs. sous Civ., 1^{re}, 20 juin 1995, n° 93-15.948, *RDI* 1996. 70

MARAIS, (A.), obs. sous Ass. plén., 23 janv. 2004, n° 03-13.617, *RDC* 2004, p. 791.

MARGEAT, (H.), LANDEL, (J.), note sous Civ., 1^{re}, 3 juill. 1990, n° 87-12.386, *RGAT* 1990. 819.

MARMOZ, (F.), note sous Ch. mixte, 19 nov. 2010, n° 10-10.095, n° 10-30.215, *D.* 2011. 344.

MARTIAL-BRAZ, (N.), note sous Com., 5 juin 2007, n° 04-20.380, *RLDC* 2008/45, n° 2802.

MARTINON, (A.), obs. sous Soc., 12 janv. 2011, n° 09-40.692, *JCP* 2011. 1350.

MARTIN-SERF, (A.), obs. sous Soc., 12 févr. 2003, n° 00-46.660, n° 99-42.985, *Bull. civ. V*, n° 50, p. 45, *RTD com.* 2003. 371.

MARTY, (R.), note sous Com., 12 janv. 2010, n° 08-22.000, *JCP E* 2010. 1497.

MASSART, (T.),

___ note sous Com., 9 nov. 2010, n° 09-70.726, *Rev. sociétés* 2011. 219.

___ note sous Com., 12 févr. 2013, n° 11-22.641, *Rev. sociétés* 2013. 547.

___ note sous Com., 12 mars 2013, n° 12-11.970, *Rev. sociétés* 2013. 689.

MATHEY, (N.), obs. sous Com., 3 mars 2015, n° 13-27.525, *CCC* 2015, n° 115.

MATHIEU, (B.),

___ note sous Ass. plén., 23 janv. 2004, n° 03-13.617, *RFDA* 2004. 224.

___ note sous Cons. const., 27 juill. 1994, n° 94-343/344 DC, *D.* 1995. 2337.

___ note sous Cons. const., 27 juill. 1994, n° 94-343/344 DC, *RFDA* 1994. 1019.

MATHIEU, (C.), obs. sous Soc., 6 févr. 2001, n° 98-44.190, *D.* 2001. 2168.

MAUGERI, (V.), obs. sous Civ., 3^e, 7 mai 2008, n° 07-11.690, *RDLC* 2008/51, n° 3045.

MAYAUX, (L.),

___ note sous Civ., 2^e, 13 juill. 2006, n° 05-18.104, *RGDA* 2006, p. 628.

___ obs. sous Civ., 3^e, 6 mars 2002, n° 99-20.637, *RGDA* 2002, p. 387.

MAZEAUD, (A.),

___ note sous Soc., 8 avr. 2009, n° 08-41.046, *Dr. soc.* 2009. 813.

___ obs. sous Soc., 9 mars 1999, n° 96-41.734, *Dr. soc.* 1999. 526.

___ obs. sous Soc., 15 juin 1999, n° 96-44.772, *Dr. soc.* 1999. 842.

MAZEAUD, (D.),

___ note sous Ch. mixte, 17 mai 2013, n° 11-11.927, n° 11-22.768, *D.* 2013. 1658.

___ note sous Civ., 1^{re}, 30 mai 2000, n° 98-15.242, *D.* 2001. 140.

___ note sous Civ., 1^{re}, 3 avr. 2002, n° 00-12.932, *D.* 2002. 2844.

___ note sous Civ., 3^e, 15 déc. 1993, n° 91-10.199, *JCP N* 1995. II. 31.

- ___ note sous Civ., 3^e, 21 févr. 2001, n° 98-20.817, *D.* 2001. 2704.
- ___ note sous Civ., 3^e, 28 juin 2006, n° 04-20.040, *D.* 2006. 2963.
- ___ note sous Civ., 3^e, 17 janv. 2007, n° 06-10.442, *D.* 2007. 1051.
- ___ note sous Civ., 3^e, 21 sept. 2011, n° 10-21.900, *D.* 2011. 2711.
- ___ note sous Civ., 3^e, 4 févr. 2016, n° 14-29.347, *Gaz. Pal.* 2016, p. 20.
- ___ note sous Com., 6 mai 1997, n° 94-16.335, *Defrénois* 1997. 977.
- ___ note sous Com., 27 mars 2010, n° 08-13.060, *RDC* 2010, p. 811.
- ___ note sous Com., 29 juill. 2010, n° 09-67.369, *D.* 2010. 2481.
- ___ note sous Com., 23 oct. 2012, n° 11-23.376, *D.* 2013. 686.
- ___ note sous Soc., 21 sept. 2017, n° 16-20.103, n° 16-20.104, *Dr. soc.* 2017. 2007.
- ___ obs. sous Civ., 1^{re}, 16 avr. 1996, n° 94-16.528, *Defrénois* 1996. 1013.
- ___ obs. sous Civ., 1^{re}, 13 oct. 1998, n° 96-21.485, *D.* 2001. 3239.
- ___ obs. sous Civ., 1^{re}, 3 mai 2000, n° 98-11.381, *Defrénois* 2000. 1110.
- ___ obs. sous Civ., 1^{re}, 20 févr. 2001, n° 99-15.170, *D.* 2001. 3239.
- ___ obs. sous Civ., 1^{re}, 11 mars 2003, n° 99-12.628, *RDC* 2003, p. 39.
- ___ obs. sous Civ., 1^{re}, 28 mai 2008, n° 07-13.487, *RDC* 2008, p. 1118.
- ___ obs. sous Civ., 1^{re}, 30 oct. 2008, n° 07-17.134, *RDC* 2009, p. 49.
- ___ obs. sous Civ., 1^{re}, 30 oct. 2008, n° 07-17.646, *RDC* 2009, p. 49.
- ___ obs. sous Civ., 1^{re}, 10 sept. 2015, n° 14-13.658, n° 14-17.772, *AJ contrat* 2015. 439.
- ___ obs. sous Com., 22 oct. 1996, n° 93-18.632, *Defrénois* 1997. 333.
- ___ obs. sous Com., 14 oct. 1997, n° 95-14.285, *Defrénois* 1998. 105.
- ___ obs. sous Com., 24 nov. 1998, n° 96-18.357, *Defrénois* 1999. 371.
- ___ obs. sous Com., 24 sept. 2003, n° 00-21.863, *RDC* 2004, p. 260.
- ___ obs. sous Com., 26 nov. 2003, n° 00-10.243, n° 00-10.949, *RDC* 2004, p. 257.
- ___ obs. sous Com., 9 juin 2009, n° 08-11.420, *RDC* 2009. 1345.
- ___ obs. sous Com., 29 juin 2010, n° 09-11.841, *D.* 2010. 1832.

MAZEAUD, (H.), obs. sous Soc., 27 nov. 1958, *Bull. civ. V*, n° 1529, *RTD civ.* 1959. 731.

MAZEAUD, (H.), **MAZEAUD, (L.)**, note sous Civ., 1^{re}, 29 mai 1951, *Bull. civ. I*, n° 162, *RTD civ.* 1951. 508.

MAZUYER, (E.),

___ note sous Soc., 25 juin 2003, n° 01-40.235, n° 01-41.150, *JCP* 2003. II. 10138.

___ note sous Soc., 19 oct. 2004, n° 02-45.742, *JCP E* 2005. 625.

MÉGRET, (G.), obs. sous Soc., 16 déc. 2020, n° 18-23.966, *Gaz. Pal.* 9 mars 2021, p. 74.

MEKKI, (M.),

___ note sous Civ., 1^{re}, 15 nov. 2005, *Bull. civ. I*, n° 413, *D.* 2006. 587.

___ note sous Soc., 11 mai 2005, n° 03-43.040, *JCP* 2005. II. 10177.

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 18 févr. 2015, n° 13-28.278, *D.* 2016. 566.

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 10 sept. 2015, n° 14-13.658, n° 14-17.772, *D.* 2016. 566.

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 30 sept. 2015, n° 14-11.761, *D.* 2016. 566.

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 13 mars 2019, n° 17-23.169, *D.* 2020. 353.

___ obs. sous Civ., 3^e, 4 févr. 2016, n° 14-29.347, *D.* 2017. 375.

___ obs. sous Civ., 3^e, 29 sept. 2016, n° 15-15.129, *D.* 2017. 375.

___ obs. sous Civ., 3^e, 9 mars 2017, n° 16-11.728, *D.* 2018. 371.

___ obs. sous Com., 8 avr. 2015, n° 13-14.447, *D.* 2016. 566.

___ obs. sous Soc., 27 oct. 2009, n° 08-41.501, *JCP* 2010. 516.

___ obs. sous Soc., 3 avr. 2019, n° 17-15.568, *D.* 2020. 353.

MEL, (J.), obs. sous Soc., 13 juin 2007, n° 04-42.740, *JCP E* 2007. 2247.

MÉMETEAU, (G.), HARICHAUX, (H.), obs. sous Soc., 9 juill. 1996, n° 95-13.010, *RDSS* 1997. 840.

MERCAT-BRUNS, (M.), obs. sous Soc., 15 nov. 2017, n° 16-14.281, *RDT* 2018. 132.

MESTRE, (J.),

___ note sous Soc., 3 juill. 1990, n° 87-40.349, *RTD civ.* 1991. 316.

___ note sous Soc., 5 oct. 1994, n° 93-43.615, *RTD civ.* 1995. 93.

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 28 févr. 1989, n° 87-14.731, *RTD civ.* 1990. 651.

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 18 avr. 1989, n° 87-12.053, *RTD civ.* 1990. 267.

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 20 juin 1995, n° 93-15.948, *RTD civ.* 1996. 384.

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 4 juill. 1995, n° 93-16.198, *RTD civ.* 1995. 881.

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 19 déc. 1995, n° 94-10.478, *RTD civ.* 1996. 611.

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 16 avr. 1996, n° 94-16.528, *RTD civ.* 1996. 894.

- ___ obs. sous Civ., 1^{re}, 3 juill. 1996, n° 94-14.800, *RTD civ.* 1996. 901.
- ___ obs. sous Civ., 1^{re}, 25 févr. 1997, n° 94-19.685, *RTD civ.* 1997. 924.
- ___ obs. sous Civ., 1^{re}, 7 avr. 1998, n° 96-16.148, *RTD civ.* 1999. 83.
- ___ obs. sous Civ., 1^{re}, 1^{er} déc. 1998, n° 96-17.761, *RTD civ.* 1999. 621.
- ___ obs. sous Civ., 1^{re}, 15 nov. 2005, *Bull. civ. I*, n° 413, *RTD civ.* 2006. 114.
- ___ obs. sous Civ., 3^e, 27 mars 1991, n° 89-16.975, *RTD civ.* 1992. 81.
- ___ obs. sous Civ., 3^e, 15 déc. 1993, n° 91-10.199, *RTD civ.* 1994. 584.
- ___ obs. sous Civ., 3^e, 10 juin 1998, n° 96-15.626, *RTD civ.* 1999. 93.
- ___ obs. sous Civ., 3^e, 13 janv. 1999, n° 96-18.309, *RTD civ.* 1999. 381.
- ___ obs. sous Com., 6 mars 1990, n° 88-12.477, *RTD civ.* 1990. 463.
- ___ obs. sous Com., 13 mars 1990, n° 88-18.251, *RTD civ.* 1990. 464.
- ___ obs. sous Com., 3 nov. 1992, n° 90-18.547, *RTD civ.* 1993. 124.
- ___ obs. sous Com., 27 févr. 1996, n° 94-11.241, *RTD civ.* 1997. 114.
- ___ obs. sous Com., 22 oct. 1996, n° 93-18.632, *RTD civ.* 1997. 419.
- ___ obs. sous Com., 6 mai 1997, n° 94-16.335, *RTD civ.* 1997. 936.
- ___ obs. sous Com., 24 nov. 1998, n° 96-18.357, *RTD civ.* 1999. 98.
- ___ obs. sous Com., 12 juill. 2005, n° 03-12.507, *RTD civ.* 2006. 307.
- ___ obs. sous Cons., const. 10 juin 1998, n° 98-401 DC, *RTD civ.* 1998. 78.
- ___ obs. sous Paris, 29 avr. 1994, *RTD civ.* 1994. 852.
- ___ obs. sous Soc., 25 févr. 1992, n° 89-41.634, *RTD civ.* 1992. 760.

MESTRE, (J.), FAGES, (B.),

- ___ obs. sous Ass. plén., 4 mars 2005, n° 03-11.725, *RTD civ.* 2005. 388.
- ___ obs. sous Civ., 1^{re}, 3 mai 2000, n° 98-11.381, *RTD civ.* 2000. 566.
- ___ obs. sous Civ., 1^{re}, 30 mai 2000, n° 98-15.242, *RTD civ.* 2000. 827.
- ___ obs. sous Civ., 1^{re}, 20 févr. 2001, n° 99-15.170, *RTD civ.* 2000. 363.
- ___ obs. sous Civ., 1^{re}, 3 avr. 2002, n° 00-12.932, *RTD civ.* 2002. 502.
- ___ obs. sous Civ., 1^{re}, 11 mars 2003, n° 99-12.628, *RTD civ.* 2003. 287.
- ___ obs. sous Civ., 1^{re}, 28 oct. 2003, n° 01-03.662, *RTD civ.* 2004. 89.
- ___ obs. sous Civ., 1^{re}, 30 nov. 2004, n° 01-14.314, *RTD civ.* 2005. 381.
- ___ obs. sous Civ., 3^e, 15 nov. 2000, n° 99-11.203, *RTD civ.* 2001. 355.

___ obs. sous Civ., 3^e, 27 févr. 2002, n° 00-17.902, *RTD civ.* 2002. 507.

___ obs. sous Civ., 3^e, 11 mai 2005, n° 03-21.136, *RTD civ.* 2005. 596.

___ obs. sous Civ., 3^e, 28 juin 2006, n° 04-20.040, *RTD civ.* 2006. 754.

___ obs. sous Civ., 3^e, 17 janv. 2007, n° 06-10.442, *RTD civ.* 2007. 335.

___ obs. sous Com., 7 janv. 1992, n° 90-14.831, *RTD civ.* 1992. 762.

___ obs. sous Com., 6 juin 2000, n° 97-19.347, *RTD civ.* 2000. 571.

___ obs. sous Com., 24 sept. 2003, n° 00-21.863, *RTD civ.* 2004. 86.

___ obs. sous Com., 4 févr. 2004, n° 99-21.480, *RTD civ.* 2004. 731.

___ obs. sous Com., 12 mai 2004, n° 00-15.618, *RTD civ.* 2004. 500.

___ obs. sous Com., 28 juin 2005, n° 03-16.794, *RTD civ.* 2005. 591.

___ obs. sous Soc., 18 mai 1999, n° 96-44.315, *RTD civ.* 2000. 326.

___ obs. sous Soc., 28 mai 2002, n° 99-43.852, *RTD civ.* 2003. 85.

___ obs. sous Soc., 23 févr. 2005, n° 03-42.018, *RTD civ.* 2005. 395.

___ obs. sous Soc., 23 févr. 2005, n° 04-45.463, *RTD civ.* 2005. 395.

___ obs. sous Soc., 21 sept. 2005, n° 03-44.855, *RTD civ.* 2006. 303.

___ obs. sous Soc., 7 juin 2006, n° 04-45.846, *RTD civ.* 2007. 110.

MICHELET, (V.), obs. sous Soc., 2 avr. 1996, n° 93-42.082, n° 93-42.084, *D.* 1998. 250.

MIHMAN, (N.), obs. sous CJUE, 26 mars 2020, aff. C-344/18, *RDT* 2020. 401.

MINÉ, (M.), obs. sous Soc., 20 oct. 2010, n° 08-44.594, *Dr. soc.* 2011. 333.

MOIZARD, (N.),

___ note sous Soc., 15 nov. 2017, n° 16-14.281, *Dr. soc.* 2018. 537.

___ obs. sous Soc., 29 sept. 2014, n° 13-13.661, *RDT* 2014. 462.

MOLFESSIS, (N.),

___ chron. sous Civ., 1^{re}, 10 oct. 1995, n° 93-20.300, *D.* 1997. 85.

___ note sous Soc., 21 sept. 2017, n° 16-20.103, n° 16-20.104, *JCP G* 2017. 1238.

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 21 mars 2000, n° 98-11.982, *RTD civ.* 2000. 666.

___ obs. sous Civ., 3^e, 10 mai 2001, n° 99-11.762, *RTD civ.* 2001. 699.

___ obs. sous Civ., 3^e, 27 févr. 2002, n° 00-17.902, *RTD civ.* 2002. 599.

MONÉGER, (J.),

___ obs. sous Ass. plén., 23 janv. 2004, n° 03-13.617, *RTD com.* 2004. 74.

___ obs. sous Civ., 3^e, 27 févr. 2002, n° 00-17.902, *RTD com.* 2002. 269.

___ obs. sous Civ., 3^e, 19 nov. 2020, n° 19-20.405, *JCP E* 2021. 1168.

MORAND, (M.),

___ note sous Soc., 10 oct. 2012, n° 11-10.455, *JCP S* 2012. 1494.

___ note sous Soc., 7 juill. 2015, n° 13-26.444, *JCP S* 2015. 1364.

___ obs. sous Soc., 9 avr. 2015, n° 13-27.624, *JCP S* 2015. 1213.

MOREAU, (J.-P.), obs. sous Civ., 3^e, 2 déc. 1987, n° 86-10.793, *JCP N* 1988. II. 93.

MORGANTINI, (E.), RUBELLIN, (P.), chron. sous Civ., 3^e, 19 nov. 2020, n° 19-20.405, *Rev. prat. rec.* 2021. 25.

MORTIER, (R.),

___ note sous Com., 12 mars 2013, n° 12-11.970, *Dr. sociétés* 2013. 78.

___ note sous Com., 6 mai 2014, n° 13-14.960, *Bull. Joly* 2014, p. 506.

MORVAN, (P.),

___ note sous Civ., 1^{re}, 1^{er} déc. 1998, n° 96-17.761, *JCP E* 1999. 56.

___ note sous Soc., 8 avr. 2009, n° 08-41.046, *JCP S* 2009. 1339.

___ note sous Soc., 1^{er} juin 2022, n° 20-19.957, *JCP S* 2022. 1184.

___ obs. sous Soc., 23 mars 2022, n° 20-21.518, *JCP S* 2022. 1132.

MOULINIER, (A.), note sous Soc., 29 mai 2013, n° 12-15.974, *RDT* 2013. 450.

MOULY, (J.),

___ étude sous Soc., 26 mars 2014, n° 12-23.634, *Dr. soc.* 2014. 821.

___ note sous Ass. plén., 23 oct. 2015, n° 13-25.279, *Dr. soc.* 2016. 27.

___ note sous Limoges, 8 janv. 1997, n° XLIM080197X, *D.* 1998. 183.

___ note sous Soc., 25 avr. 1990, n° 86-44.148, *D.* 1991. 507.

___ note sous Soc., 3 juill. 1990, n° 87-40.349, *D.* 1991. 507.

___ note sous Soc., 9 avr. 1996, n° 93-42.254, *D.* 1997. 193.

___ note sous Soc., 4 déc. 1996, n° 93-41.891, *D.* 1997. 460.

___ note sous Soc., 20 janv. 1998, n° 95-43.350, *JCP* 1998. II. 10081.

___ note sous Soc., 18 nov. 1998, n° 97-42.854, *D.* 1999. 443.

___ note sous Soc., 9 mars 1999, n° 96-41.734, *JCP E* 1999. 1200.

___ note sous Soc., 13 mars 2001, n° 98-46.411, *JCP* 2001. 10562.

- ___ note sous Soc., 26 sept. 2002, n° 00-41.823, *Dr. soc.* 2004. 90.
- ___ note sous Soc., 14 janv. 2004, n° 01-40.489, *D.* 2004. 1473.
- ___ note sous Soc., 30 juin 2004, n° 02-41.720, n° 02-41.771, *Dr. soc.* 2004. 1042.
- ___ note sous Soc., 21 sept. 2005, n° 03-44.855, *JCP G* 2005. II. 10163.
- ___ note sous Soc., 28 mars 2006, n° 04-41.016, *JCP* 2006. II. 10209.
- ___ note sous Soc., 29 mai 2013, n° 12-15.974, *Dr. soc.* 2013. 647.
- ___ note sous Soc., 15 oct. 2014, n° 11-22.251, *Dr. soc.* 2014. 1066.
- ___ note sous Soc., 2 déc. 2015, n° 14-19.029, *Dr. soc.* 2016. 187.
- ___ obs. sous Soc., 11 juill. 2000, n° 98-40.143, n° 98-41.486, n° 98-43.240, n° 89-43.945, *Dr. soc.* 2000. 1141.
- ___ obs. sous Soc., 21 janv. 2003, n° 00-44.502, *Dr. soc.* 2003. 449.
- ___ obs. sous Soc., 23 févr. 2005, n° 03-42.018, *Dr. soc.* 2005. 576.
- ___ obs. sous Soc., 23 févr. 2005, n° 04-45.463, *Dr. soc.* 2005. 576.
- ___ obs. sous Soc., 15 nov. 2006, n° 04-46.721, *Dr. soc.* 2007. 241.
- ___ obs. sous Soc., 13 juin 2007, n° 04-42.740, *Dr. soc.* 2007. 1052.
- ___ obs. sous Soc., 24 sept. 2008, n° 07-40.098, *Dr. soc.* 2009. 365.
- ___ obs. sous Soc., 27 oct. 2009, n° 08-41.501, *Dr. soc.* 2010. 120.
- ___ obs. sous Soc., 23 juin 2010, n° 08-70.233, *Dr. soc.* 2010. 1254.
- ___ obs. sous Soc., 13 juill. 2010, n° 09-41.626, *Dr. soc.* 2010. 1118.
- ___ obs. sous Soc., 12 oct. 2011, n° 09-43.155, *Dr. soc.* 2012. 198.
- ___ obs. sous Soc., 7 févr. 2012, n° 10-27.525, *Dr. soc.* 2012. 524.
- ___ obs. sous Soc., 29 janv. 2014, n° 12-22.116, *Dr. soc.* 2014. 383.
- ___ obs. sous Soc., 29 sept. 2014, n° 13-13.661, *Dr. soc.* 2014. 957.
- ___ obs. sous Soc., 9 juill. 2014, n° 13-11.906, *Dr. soc.* 2014. 857.
- ___ obs. sous Soc., 21 janv. 2015, n° 13-26.374, *Dr. soc.* 2015. 374.
- ___ obs. sous Soc., 8 juin 2016, n° 15-17.555, *Dr. soc.* 2016. 779.
- ___ obs. sous Soc., 6 juill. 2016, n° 15-11.138, *Dr. soc.* 2016. 867.
- ___ obs. sous Soc., 19 oct. 2016, n° 14-25.067, *Dr. soc.* 2016. 1060.
- ___ obs. sous Soc., 26 oct. 2016, n° 15-15.923, *Dr. soc.* 2016. 1062.
- ___ obs. sous Soc., 9 nov. 2016, n° 15-10.203, *Dr. soc.* 2017. 89.

___ obs. sous Soc., 15 mars 2017, n° 15-24.028, *Dr. soc.* 2017. 568.

___ obs. sous Soc., 5 juill. 2017, n° 16-15.623, *Dr. soc.* 2017. 882.

___ obs. sous Soc., 15 nov. 2017, n° 16-14.281, *JCP E* 2018. 1274.

___ obs. sous Soc., 18 janv. 2018, n° 15-24.002, *Dr. soc.* 2018. 396.

___ obs. sous Soc., 12 sept. 2018, n° 16-26.333, *Dr. soc.* 2018. 1066.

___ obs. sous Soc., 28 nov. 2018, n° 15-29.330, *Dr. soc.* 2019. 182.

___ obs. sous Soc., 23 janv. 2019, n° 17-21.550, *Dr. soc.* 2019. 268.

___ obs. sous Soc., 4 mars 2020, n° 18-19.189, *Dr. soc.* 2020. 565.

___ obs. sous Soc., 16 déc. 2020, n° 18-23.966, *Dr. soc.* 2021. 272.

___ obs. sous Soc., 23 mars 2022, n° 20-21.518, *Dr. soc.* 2022. 467.

___ obs. sous Soc., 18 mai 2022, n° 21-10.118, *Dr. soc.* 2022. 842.

MOULY, (J.), FAGES, (B.),

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 13 oct. 1998, n° 96-21.485, *RTD civ.* 2001. 363.

___ obs. sous Com., 26 nov. 2003, n° 00-10.243, n° 00-10.949, *RTD civ.* 2004. 80.

MOUSSY, (P.), note sous Soc., 10 juill. 1996, n° 93-41.137, *Dr. ouvr.* 1996. 457.

MOZAS, (P.), note sous Soc., 5 oct. 1994, n° 93-43.615, *D.* 1995. 282.

MRAOUAHI, (S.),

___ obs. sous Soc., 30 sept. 2020, n° 19-12.058, *RDT* 2021. 199.

MUNIER, (P.), obs. sous Soc., 9 mars 1999, n° 96-41.734, *Cah. soc.* 1999, p. 283.

NASOM-TISSANDIER, (H.),

___ note sous Soc., 5 déc. 2018, n° 17-17.687, *JSL* 2019, n° 409.

___ obs. sous Soc., 26 janv. 2000, n° 96-42.376, *D.* 2001. 826.

___ obs. sous Soc., 23 mars 2022, n° 20-21.518, *JSL* 2022, n° 541.

NEAU-LECUC, (C.), obs. sous Soc., 13 juill. 2010, n° 09-41.626, *RDC* 2011, p. 182.

NÉRAUDAU, (B.), GUILLOT, (P.), obs. sous Civ., 2^e, 8 mars 2018, n° 17-10.030, *AJ contrat* 2018. 283.

NOUREDINE, (S.), obs. sous Soc., 24 juin 2007, n° 05-42.333, *Cah. soc.* 2008, p. 117.

ODOUL-ASOREY, (I.),

___ note sous Soc., 29 févr. 2012, n° 11-13.748, *RDT* 2012. 299.

___ obs. sous Soc., 26 mai 2004, n° 02-18.756, *RDT* 2009. 389.

___ obs. sous Soc., 9 juill. 2015, n° 14-12.779 ; n° 14-12.781 ; n° 14-12.782 ; n° 14-12.783 ; n° 14-12.784 ; n° 14-12.785 ; n° 14-12.786 ; n° 14-12.787 ; n° 14-12.789 ; n° 14-12.790, *RDT* 2015. 698.

___ obs. sous Soc., 8 mars 2017, n° 15-18.080, *RDT* 2017. 434.

OMARJEE, (I.), obs. sous Soc., 26 sept. 2002, n° 00-42.581, *D.* 2003. 1223.

OUTIN-ADAM, (A.), CANAPLE, (M.), obs. sous Ch. mixte, 19 nov. 2010, n° 10-10.095, n° 10-30.215, *D.* 2011. 314.

PAGNERRE, (Y.), note sous Soc., 23 mars 2022, n° 20-21.518, *JCP E* 2022. 1330.

PAISANT, (G.),

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 4 avr. 1991, n° 90-04.008, *RTD com.* 1991. 446 et 449.

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 7 juin 1995, n° 93-13.187, *D.* 1996. 12.

___ obs. sous Civ., 3^e, 27 mars 1991, n° 89-16.975, *D.* 1992. 196.

PANSIER, (F.-J.),

___ obs. sous Soc., 11 juill. 2000, n° 98-40.143, n° 98-41.486, n° 98-43.240, n° 89-43.945, *Cah. soc.* 2000, p. 699.

___ obs. sous Soc., 19 déc. 2000, n° 98-40.572, *Cah. soc.* 2001, p. 134.

___ obs. sous Soc., 2 juill. 2002, n° 00-13.111, *Cah. soc.* 2002, p. 443.

___ obs. sous Soc., 10 juill. 2002, n° 00-45.135, *Cah. soc.* 2002, p. 447.

___ obs. sous Soc., 14 janv. 2004, n° 01-40.489, *Cah. soc.* 2004, p. 161.

___ obs. sous Soc., 25 févr. 2004, n° 01-43.392, *Cah. soc.* 2004, p. 221.

___ obs. sous Soc., 10 mars 2004, n° 01-45.518, *Cah. soc.* 2004, p. 258.

___ obs. sous Soc., 5 avr. 2005, n° 02-45.540, *Cah. soc.* 2005, p. 328.

___ obs. sous Soc., 15 déc. 2010, n° 08-42.951, *Cah. soc.* 2011, p. 40.

PASTOR, (J.-M.), obs. sous CE, 2 juill. 2017, n° 368590, *AJDA* 2014. 1414.

PAULIN, (A.), obs. sous Civ., 3^e, 12 janv. 2011, n° 09-70.262, *RDLC* 2011/81, n° 4197.

PAULIN, (J.-F.), obs. sous Soc., 29 juin 2005, n° 03-42.804, *D.* 2006. 29.

PÉCAULT-RIVOLIER, (L.),

___ *Lutter contre les discriminations au travail*, Rapport au ministère de la Justice, 2013.

___ obs. sous Soc., 29 févr. 2012, n° 11-13.748, *Dr. soc.* 2012. 528.

___ obs. sous Soc., 27 janv. 2015, n° 13-22.179, *SSL* 2015, n° 1663.

PÉGLION-ZIKA, (C.-M.), note sous Civ., 3^e, 4 févr. 2016, n° 14-29.347, *D.* 2016. 639.

PÉLISSIER, (J.),

___ chron. sous Soc., 9 oct. 1990, n° 87-40.565, *RJS* 1/1991.

___ note sous Soc., 25 juin 2003, n° 01-42.335, n° 01-42.679, n° 01-43.578, *D.* 2003. 2396.

___ obs. sous Ass. plén., 8 déc. 2000, n° 97-44.219, *D.* 2001. 1125.

___ obs. sous Soc., 19 nov. 1996, n° 93-41.745, *Dr. soc.* 1997. 419.

___ obs. sous Soc., 18 sept. 2002, n° 99-46.136, *D.* 2002. 3112.

___ obs. sous Soc., 7 juin 2006, n° 04-45.846, *RDT* 2006. 313.

___ obs. sous Soc., 15 nov. 2006, n° 04-46.721, *RDT* 2007. 95.

___ obs. sous Soc., 13 juin 2007, n° 04-42.740, *RDT* 2007. 579.

PÉLISSIER, (J.), LARDY-PÉLISSIER, (B.), REYNÈS, (B.), obs. sous Soc., 28 mars 2006, n° 04-41.016, *D.* 2006. 2002.

PELLETIER, (C.), note sous Civ., 1^{re}, 24 sept. 2009, n° 08-14.524, *RDC* 2010, p. 690.

PELLIER, (J.-D.), note sous Civ., 1^{re}, 13 mars 2019, n° 17-23.169, *D. actu.* 1^{er} avr. 2019.

PENNEAU, (J.), obs. sous Civ., 1^{re}, 25 févr. 1997, n° 94-19.685, *D.* 1997. 319.

PERDRIX, (L.), obs. sous Civ., 1^{re}, 18 févr. 2015, n° 13-28.278, *AJ contrat* 2015. 221.

PERONNE, (G.), DAOUD, (E.), obs. sous Soc. 20 déc. 2017, n° 16-19.609, *Dalloz IP/IT* 2018. 315.

PERRIN, (L.),

___ obs. sous Soc., 23 janv. 2008, n° 06-44.197, *D.* 2008. 420.

___ obs. sous Soc., 14 oct. 2008, n° 07-40.523, *D.* 2008. 2672.

___ obs. sous Soc., 1^{er} juill. 2009, n° 08-43.179, *D.* 2009. 2040.

___ obs. sous Soc., 27 janv. 2010, n° 08-44.376, *D.* 2010. 384.

___ obs. sous Soc., 3 mars 2010, n° 08-41.600, n° 08-40.895, *D.* 2010. 703.

___ obs. sous Soc., 8 avr. 2010, n° 08-43.056, *D.* 2010. 1085.

___ obs. sous Soc., 13 juill. 2010, n° 09-41.626, *D.* 2010. 1885.

PERROT, (R.), note sous Civ., 1^{re}, 29 mai 1951, *Bull. civ. I*, n° 162, *JCP* 1951. II. 6421.

PESKINE, (E.), obs. sous Soc., 27 janv. 2015, n° 13-22.179, *RDT* 2015. 339.

PETIT, (B.), note sous Com., 24 févr. 1998, n° 96-12.638, *Bull. Joly* 1998, p. 813.

PETIT, (F.),

___ note sous Soc., 10 juill. 2002, n° 00-45.135, *JCP* 2002. I. 10162.

___ note sous Soc., 26 mai 2010, n° 09-60.400, *Dr. soc.* 2010. 826.

___ obs. sous Soc., 2 juill. 2014, n° 13-14.622, n° 13-14.662, *Dr. soc.* 2014. 1070.

PEZZELLA, (V.), note sous Civ., 3^e, 26 janv. 2017, n° 15-27.580, *D.* 2017. 388.

PHILIBERT, (A.), obs. sous Soc., 20 janv. 1998, n° 95-43.350, *Cah. soc.* 1998, p. 98.

PICCA, (G.), SAURET, (A.), note sous Soc., 19 déc. 2000, n° 98-40.572, *LPA* 2001, p. 5.

PICOD, (N.), note sous Civ., 3^e, 4 févr. 2016, n° 14-29.347, *JCP E* 2016. 1300.

PICOD, (Y.),

___ note sous Civ., 1^{re}, 4 avr. 1991, n° 90-04.008, *JCP* 1991. II. 21702.

___ note sous Com., 24 nov. 1998, n° 96-18.357, *JCP* 1999. II. 10210.

___ obs. sous Com., 24 févr. 1998, n° 96-12.638, *D.* 1999. 100.

___ obs. sous Com., 18 déc. 2001, n° 00-10.978, *D.* 2003. 1029.

___ obs. sous Com., 12 févr. 2002, n° 00-11.602, *D.* 2003. 1032.

___ obs. sous Paris, 29 mars 1995, n° 94-35946, *D.* 1996. 254.

PIEDELIEVRE, (S.), note sous Ass. plén., 29 oct. 2004, n° 03-11.238, *Defrénois* 2005. 234.

PIGNARRE, (G.),

___ note sous Civ., 1^{re}, 10 oct. 1995, n° 93-20.300, *D.* 1997. 155.

___ note sous Soc., 20 juin 2006, n° 05-40.662, *RDT* 2006. 252.

___ obs. sous Soc., 27 janv. 2015, n° 13-22.179, *RDT* 2015. 472.

PILLET, (F.),

___ *Rapport au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 11 oct. 2017.

___ *Rapport au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, modifié par l'Assemblée Nationale, ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 24 janv. 2018.

PIMONT, (S.), obs. sous Civ., 1^{re}, 28 oct. 2010, n° 09-16.913, *RDC* 2011, p. 531.

POCHET, (P.), note sous Soc., 16 mars 1995, n° 91-40.210, *JCP E* 1995. II. 722.

PORACCHIA, (D.),

___ note sous Com., 12 févr. 2013, n° 11-22.641, *Bull. Joly* 2013, p. 462.

___ obs. sous Com., 26 nov. 2003, n° 00-10.243, n° 00-10.949, *Dr. et patr.* n° 124, p. 102.

___ obs. sous Com., 12 mars 2013, n° 12-11.970, *Dr. et patr.* 2014. 102.

PORTA, (J.), obs. sous Soc., 26 sept. 2002, n° 00-41.823, *D.* 2003. 386.

POUMARÈDE, (M.), obs. sous Civ., 3^e, 21 sept. 2011, n° 10-21.900, *RDI* 2011. 632.

POUSSON, (A.),

___ obs. sous Soc., 28 mai 2002, n° 99-43.852, *D.* 2002. 3116.

___ obs. sous Soc., 28 mai 2003, n° 02-40.273, *D.* 2004. 176.

PRÉTOT, (X.), note sous Ass. plén., 16 mars 1990, n° 89-45.730, *Dr. soc.* 1990. 416.

PUIGELIER, (C.),

___ note sous Soc., 25 nov. 1997, n° 95-44.053, *D.* 1998. 398.

___ note sous Soc., 16 juin 1998, n° 95-45.033, *D.* 1999. 125.

___ note sous Soc., 16 févr. 1999, n° 96-45.565, *JCP E* 2000. 952.

___ note sous Soc., 10 mai 1999, n° 96-45.673, *JCP E* 2000. 88.

___ note sous Soc., 18 mai 1999, n° 96-44.315, *JCP E* 2000. 40.

___ note sous Soc., 15 juin 1999, n° 96-44.772, *D.* 2000. 511.

___ note sous Soc., 13 mars 2001, n° 98-46.411, *JCP E* 2001. 1286

___ note sous Soc., 2 oct. 2001, n° 99-42.942, *JCP E* 2001. 1918.

___ note sous Soc., 10 avr. 2013, n° 11-15.651, *JCP S* 2013. 1281.

RADÉ, (Ch.),

___ note sous Soc., 20 janv. 1998, n° 95-43.350, *D.* 1998. 350.

___ note sous Soc., 13 mars 2001, n° 98-46.411, *Dr. soc.* 2001. 624.

___ note sous Soc., 19 déc. 2007, n° 06-44.754, *Dr. soc.* 2008. 454.

___ note sous Soc., 14 oct. 2008, n° 07-40.523, *Dr. soc.* 2009. 113.

___ note sous Soc., 23 sept. 2009, n° 07-44.200, *Lexbase Hebdo* 2009, n° 366.

___ note sous Soc., 26 mai 2010, n° 09-60.400, *Dr. soc.* 2010. 1150.

___ note sous Soc., 16 mai 2012, n° 11-10.760, *Dr. soc.* 2012. 784.

___ note sous Soc., 21 sept. 2017, n° 16-20.103, n° 16-20.104, *Lexbase Hebdo* 2017, n° 714.

___ obs. sous Soc., 27 févr. 2001, n° 99-40.219, *Dr. soc.* 2001. 514.

___ obs. sous Soc., 2 juill. 2002, n° 00-13.111, *Dr. soc.* 2002. 998.

___ obs. sous Soc., 10 juill. 2002, n° 00-45.135, *RDC* 2003, p. 148.

___ obs. sous Soc., 14 janv. 2004, n° 01-40.489, *Dr. soc.* 2004. 306.

___ obs. sous Soc., 19 oct. 2004, n° 02-45.742, *RDC* 2005, p. 375.

___ obs. sous Soc., 30 nov. 2004, n° 02-45.367, *Dr. soc.* 2005. 327.

___ obs. sous Soc., 23 févr. 2005, n° 04-45.463, *RDC* 2005, p. 761.

___ obs. sous Soc., 5 avr. 2005, n° 02-45.540, *Dr. soc.* 2005. 926.

___ obs. sous Soc., 20 juin 2006, n° 05-40.662, *Dr. soc.* 2006. 1051.

___ obs. sous Soc., 31 oct. 2007, n° 06-43.834, *Dr. soc.* 2008. 248.

___ obs. sous Soc., 9 déc. 2009, n° 08-41.213, *Dr. soc.* 2010. 246.

RAY, (J.-E.),

___ chron. sous Soc., 18 mars 2009, n° 07-44.247, *Dr. soc.* 2010. 267.

___ note sous Soc., 2 oct. 2001, n° 99-42.942, *Dr. soc.* 2001. 915.

___ trib. Sous Soc., 26 mars 2014, n° 12-23.634, *Dr. soc.* 2014. 397.

RAYMOND, (G.), obs. sous Civ., 1^{re}, 1^{er} déc. 1998, n° 96-17.761, *CCC* 2000. 70.

RAYNARD, (J.), obs. sous Ass. plén., 23 janv. 2004, n° 03-13.617, *RTD civ.* 2004. 371.

RAYNAUD, (J.), obs. sous Soc., 25 févr. 2004, n° 01-43.392, *JCP E* 2004. 1859.

RAYROUX, (M.), note sous Soc., 26 oct. 1976, n° 75-40.659, *Gaz. Pal.* 1977. 1. 137.

REBEYROL, (V.), note sous Civ., 2^e, 8 févr. 2018, n° 17-10.516, *D.* 2018. 598.

REIGNÉ, (P.), note sous Civ., 1^{re}, 3 juill. 1996, n° 94-14.800, *D.* 1997. 500.

RÉMY, (Ph.), note sous Civ., 1^{re}, 25 févr. 1997, n° 94-19.685, *RGDA* 1997. 852.

REYNÈS, (B.),

___ note sous Soc., 3 févr. 2010, n° 07-44.491, *D.* 2010. 1536.

___ obs. sous Soc., 23 janv. 2008, n° 06-44.197, *D.* 2008. 2306.

___ obs. sous Soc., 19 mai 2016, n° 14-26.556, *RDT* 2016. 482.

RICHEVAUX, (M.), note sous Soc., 25 avr. 1990, n° 86-44.148, *Dr. ouvr.* 1990. 393.

RIPERT, (G.), note sous Ch. réunies, 13 févr. 1930, *D.* 1930. 1. 57.

ROBINNE, (S.),

___ obs. sous Soc., 3 mai 2012, n° 10-26.701, *D.* 2012. 2760.

___ obs. sous Soc., 16 mai 2012, n° 11-10.760, *D.* 2012. 2763.

___ obs. sous Soc., 29 janv. 2014, n° 12-22.116, *D.* 2014. 2492.

___ obs. sous Soc., 21 janv. 2015, n° 13-26.374, *D.* 2015. 2526.

ROCHE, (V.), note sous Soc., 8 juin 2016, n° 15-17.555, *Gaz. Pal.* 11 oct. 2016, p. 40.

ROCHFELD, (J.),

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 11 mars 2003, n° 99-12.628, *JCP* 2003. I. 142.

___ obs. sous Com., 4 févr. 2004, n° 99-21.480, *JCP* 2004. I. 149.

___ obs. sous Soc., 10 juill. 2002, n° 00-45.135, *RDC* 2003. 19.

RODA, (J.-C.), note sous Com., 20 avr. 2019, n° 18-12.817, *D.* 2020. 913.

RONGÈRE, (P.), note sous Soc., 16 oct. 1974, n° 73-11.562, *Dr. soc.* 1975. 116.

ROUQUET, (Y.),

___ obs. sous Civ., 3^e, 27 févr. 2002, n° 00-17.902, *D.* 2002. 1142.

___ obs. sous Civ., 3^e, 31 oct. 2006, n° 05-10.553, *AJDI* 2007. 390.

___ obs. sous Civ., 3^e, 3 févr. 2010, n° 08-21.333, *D.* 2010. 502.

___ obs. sous Civ., 3^e, 23 mai 2013, n° 11-29.011, *AJDI* 2013. 824.

ROUSPIDE-KATCHADOURIAN, (M.-N.),

___ note sous Soc., 15 oct. 2014, n° 11-22.251, *JCP E* 2014. 1570.

___ note sous Soc., 8 juin 2016, n° 15-17.555, *JCP E* 2016. 1439.

ROUSSEL GALLE, (P.), obs. sous Com., 28 mars 2018, n° 17-10.600, *Rev. sociétés* 2018. 413.

ROVINSKI, (J.), note sous Civ., 1^{re}, 3 avr. 2002, n° 00-12.932, *Gaz. Pal.* 2003, p. 444.

ROY-LOUSTAUNAU, (C.),

___ note sous Soc., 7 oct. 1998, n° 97-43.336, n° 97-43.463, *Dr. soc.* 1999. 87.

___ obs. sous Soc., 14 juin 2000, n° 99-43.279, *Dr. soc.* 2000. 911.

___ obs. sous Soc., 13 mars 2001, n° 99-45.735, *D.* 2001. 1117.

___ obs. sous Soc., 5 mai 2004, n° 02-41.224, *Dr. soc.* 2004. 786.

ROZÈS, (L.),

___ obs. sous Ass. plén., 23 janv. 2004, n° 03-13.617, *D.* 2005. 1090.

___ obs. sous Civ., 3^e, 11 janv. 2006, n° 04-20.142, *D.* 2007. 1827.

RUET, (L.),

___ note sous Ass. plén., 23 janv. 2004, n° 03-13.617, *Defrénois* 2004, p. 525.

___ obs. sous Civ., 3^e, 3 févr. 2010, n° 08-21.333, *Defrénois* 2010. 852.

RUY, (B.), note sous Ass. plén., 7 janv. 2011, n° 09-14.667, *JCP E* 2011. 208.

RZEPECKI, (N.), note sous Civ., 1^{re}, 13 oct. 1998, n° 96-21.485, *JCP* 1999. II. 10133.

SAINT-JOURS, (Y.),

___ note sous Soc., 8 oct. 1987, n° 84-40.902, n° 84-41.902, *D.* 1988. 57.

___ note sous Soc., 10 juill. 1996, n° 93-41.137, *JCP* 1997. II. 22768.

SAINTE-ROSE, (J.), concl. sous Civ., 1^{re}, 7 oct. 1998, n° 96-14.359, *D.* 1998. 563.

SAINTOURENS, (B.), note sous Com., 12 févr. 2002, n° 00-11.602, *Bull. Joly* 2002, p. 617.

SAMIN, (Th.), TORCK, (S.), note sous Civ., 1^{re}, 13 mars 2019, n° 17-23.169, *RD bancaire et financier* 2019. 117.

SARAMITO, (F.), obs. sous Soc., 14 mai 1992, n° 88-45.316, *Dr. ouvr.* 1993. 183.

SARGOS, (P.), rapp. Sous Civ., 1^{re}, 25 févr. 1997, n° 94-19.685, *JCP* 1997. 1. 274.

SAUPHANOR-BROUILAUD, (N.),

___ note sous Civ., 1^{re}, 2 avr. 2009, n° 08-11.596, *LEDEC* 2009, p. 7.

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 30 sept. 2015, n° 14-11.761, *D.* 2016. 620.

SAVATIER, (J.),

___ note sous Soc., 12 janv. 1966, *JCP* 1966. II. 14607.

___ note sous Soc., 14 juin 1972, n° 71-12.508, *Dr. soc.* 1972. 465.

___ note sous Soc., 31 mars 1982, n° 81-11.107, n° 81-40.309, *Dr. soc.* 1983. 225.

___ note sous Soc., 13 nov. 1986, n° 83-44.744, *Dr. soc.* 1987. 407.

___ note sous Soc., 29 nov. 1990, n° 88-40.618, *Dr. soc.* 1991. 99.

___ note sous Soc., 29 mai 1996, n° 92-45.115, *Dr. soc.* 1996. 687.

___ note sous Soc., 17 juill. 1996, n° 95-41.614, n° 95-41.831, *Dr. soc.* 1996. 1054.

___ obs. sous Soc., 8 oct. 1987, n° 84-40.902, n° 84-41.902, *Dr. soc.* 1998. 140.

___ obs. sous Soc., 18 nov. 1998, n° 97-42.854, *Dr. soc.* 1999. 192.

___ obs. sous Soc., 30 mai 2001, n° 00-60.194, *Dr. soc.* 2001. 901.

___ obs. sous Soc., 9 avr. 2002, n° 99-45.155, *Dr. soc.* 2002. 665.

___ obs. sous Soc., 3 juin 2003, n° 01-43.573, *Dr. soc.* 2003. 884.

___ obs. sous Soc., 21 sept. 2005, n° 03-44.855, *Dr. soc.* 2006. 106.

___ obs. sous Soc., 31 oct. 2006, n° 04-46.280, n° 06-42.158, n° 04-48.234, *Dr. soc.* 2007. 113.

SAVATIER, (R.),

___ note sous Civ., 1^{re}, 29 mai 1951, *Bull. civ. I*, n° 162, *D.* 1952. 53.

___ obs. sous Soc., 21 juin 1967, *Bull. civ. IV*, n° 453, *Dr. soc.* 1968. 177.

SAVAUX, (E.),

- ___ note sous Com., 29 juill. 2010, n° 09-67.369, *RDC* 2011, p. 34
- ___ obs. sous Ass. plén., 14 avr. 2006, n° 02-11.168, *Defrénois* 2006. 1212.
- ___ obs. sous Civ., 1^{re}, 13 oct. 1998, n° 96-21.485, *Defrénois* 2001. 705.
- ___ obs. sous Civ., 1^{re}, 20 févr. 2001, n° 99-15.170, *Defrénois* 2001. 705.
- ___ obs. sous Civ., 1^{re}, 3 avr. 2002, n° 00-12.932, *Defrénois* 2002. 1242.
- ___ obs. sous Civ., 1^{re}, 30 oct. 2008, n° 07-17.134, *Defrénois* 2008. 2509.
- ___ obs. sous Civ., 1^{re}, 18 févr. 2015, n° 13-28.278, *RDC* 2015, p. 445.
- ___ obs. sous Civ., 3^e, 15 nov. 2000, n° 99-11.203, *Defrénois* 2001. 242.
- ___ obs. sous Civ., 3^e, 17 janv. 2007, n° 06-10.442, *Defrénois* 2007. 443.
- ___ obs. sous Civ., 3^e, 11 sept. 2012, n° 11-22.389, *RDC*, 2013, p. 63.

SCHILLER, (S.), LEPRÊTE, (J.-M.), note sous Soc., 29 janv. 2014, n° 12-22.116, *JCP S* 2014. 1225.

SCHMIDT-SZALEWSKI, (J.), note sous Com., 3 oct. 1978, n° 77-10.915, *D.* 1980. 55.

SCHOEPFER, (V.), obs. sous Soc., 2 juin 2021, n° 19-16.183, *JCP S* 2021. 1207.

SCHOETTL, (J.-E.), note sous Cons., const. 10 juin 1998, n° 98-401 DC, *AJDA* 1998. 495.

SECNAZI, (R.), note sous Civ., 1^{re}, 30 mai 2000, n° 98-15.242, *JCP E* 2001. 571.

SÉJEAN, (M.),

- ___ note sous Com., 13 mai 2014, n° 12-28.013, *JCP G* 2015. 652.
- ___ note sous Com., 8 avr. 2015, n° 13-14.447, *JCP G* 2015. 1098.

SÉRIAUX, (A.), note sous Com., 22 oct. 1996, n° 93-18.632, *D.* 1997. 131.

SERINET, (Y.-M.),

- ___ note sous Civ., 1^{re}, 4 mai 2012, n° 10-25.558, *JCP G* 2012. 821.
- ___ note sous Com., 5 juin 2007, n° 04-20.380, *JCP* 2007. II. 10184.
- ___ obs. sous Civ., 3^e, 15 nov. 2000, n° 99-11.203, *JCP* 2001. I. 301.
- ___ obs. sous Civ., 3^e, 31 mars 2005, n° 03-20.096, *JCP* 2005. I. 194.
- ___ obs. sous Civ., 3^e, 7 mai 2008, n° 07-11.690, *JCP* 2008. I. 179.
- ___ obs. sous Civ., 3^e, 3 févr. 2010, n° 08-21.333, *JCP G* 2010. 516.
- ___ obs. sous Civ., 3^e, 26 janv. 2017, n° 15-26.814, *JCP G* 2017. 325.
- ___ obs. sous Soc., 19 avr. 2005, n° 02-46.295, *JCP* 2005. I. 183.

SERRA, (Y.),

- ___ note sous Soc., 14 mai 1992, n° 89-45.300, *D.* 1992. 350.
- ___ note sous Soc., 10 juill. 2002, n° 00-45.135, *D.* 2002. 2491.
- ___ obs. sous Soc., 9 juill. 1985, n° 83-46.113, *D.* 1986. 340.
- ___ obs. sous Soc., 30 avr. 1987, n° 84-40.936, *D.* 1988. 176.
- ___ obs. sous Soc., 10 déc. 1996, n° 94-43.015, *D.* 1998. 218.
- ___ obs. sous Soc., 14 mai 1997, n° 94-41.046, *D.* 1998. 221.
- ___ obs. sous Soc., 8 avr. 2010, n° 08-43.056, *D.* 2010. 2540.
- ___ obs. sous Soc., 23 juin 2010, n° 08-70.233, *D.* 2010. 2540.
- ___ obs. sous Soc., 12 oct. 2011, n° 09-43.155, *D.* 2012. 2760.

SERRET, (J.-J.), note sous Soc., 25 févr. 1992, n° 89-41.634, *JCP E* 1993. II. 430.

SEUBE, (J.-B.), obs. sous Civ., 1^{re}, 6 févr. 1996, n° 94-13.388, *RDC* 2003, p. 130.

SOULEAU, (H.), obs. sous Civ., 3^e, 12 juin 1991, n° 89-18.331, *Defrénois* 1991. 1017.

SOURIAC-ROTSCHILD, (M.-A.),

- ___ obs. sous Soc., 1^{er} déc. 1993, n° 90-42.962, n° 90-42.965, *D.* 1994. 312.
- ___ obs. sous Soc., 9 juill. 1996, n° 95-13.010, *D.* 1998. 258.
- ___ obs. sous Soc., 10 oct. 2007, n° 06-42.721, *RDT* 2008. 188.

SOUSI, (B.), obs. sous Ass. plén., 4 mars 2005, n° 03-11.725, *D.* 2005. 785.

STAES, (O.), obs. sous Com., 28 mars 2018, n° 17-10.600, *LEDEN* 2018, p. 2.

STAPYLTON-SMITH, (D.), étude sous Civ., 3^e, 15 déc. 1993, n° 91-10.199, *AJDI* 1996. 568.

STOFFEL-MUNCK, (Ph.),

- ___ note sous Civ., 3^e, 17 janv. 2007, n° 06-10.442, *D.* 2007. 1054.
- ___ note sous Com., 26 nov. 2003, n° 00-10.243, n° 00-10.949, *JCP E* 2004. 738.
- ___ note sous Com., 29 juin 2010, n° 09-11.841, *JCP E* 2010. 1790.
- ___ obs. sous Ch. mixte, 17 mai 2013, n° 11-11.927, n° 11-22.768, *Dr. et patr.* 2014. 234.
- ___ obs. sous Civ., 1^{re}, 6 nov. 2002, n° 99-21.203, *RDC* 2003, p. 59.
- ___ obs. sous Civ., 3^e, 31 mars 2005, n° 03-20.096, *Dr. et patr.* 2005. 94.
- ___ obs. sous Com., 24 sept. 2003, n° 00-21.863, *RDC* 2004, p. 263.
- ___ obs. sous Com., 5 juin 2007, n° 04-20.380, *Dr. et patr.* 2007. 89.
- ___ obs. sous Reims, 1^{re} ch. civ., 7 janv. 2004, n° 2004-237171, *RDC* 2004, p. 933.

STORCK, (M.), obs. sous Com., 22 mars 2011, n° 10-13.727, *RTD com.* 2011. 382.

STRUILLOU, (Y.), obs. sous Soc., 3 mars 2010, n° 08-41.600, n° 08-40.895, *Dr. soc.* 2010. 606.

SUDRE, (F.), obs. sous CEDH, 18 déc. 2008, n° 20153/04, *JCP* 2009. I. 143.

TA, (I.), note sous Soc., 3 avr. 2019, n° 17-15.568, *D.* 2019. 336.

TAQUET, (F.),

___ note sous Soc., 29 mai 1996, n° 92-45.115, *JCP* 1996. II. 22711.

___ note sous Soc., 18 mai 1999, n° 96-44.628, *JCP E* 1999. 1833.

___ obs. sous Soc., 26 sept. 2002, n° 00-42.581, *JCP E* 2002. 1754.

TEISSIER, (A.), note sous CE, 1^{er} avr. 2019, n° 417652, *JCP S* 2019. 1151.

THELLIER, (B.), note sous Soc., 7 nov. 2018, n° 16-26.126, *JCP S* 2018. 1390.

THÉRY, (Ph.),

___ obs. sous Ass. plén., 23 janv. 2004, n° 03-13.617, *RTD civ.* 2004. 341.

___ obs. sous Ass. plén., 7 janv. 2011, n° 09-14.667, *D.* 2011. 383.

TOMASIN, (D.),

___ obs. sous Civ., 2^e, 19 oct. 1994, n° 92-21.543, *RDI* 1998. 123.

___ obs. sous Soc., 27 oct. 2009, n° 08-41.501, *AJDI* 2010. 655.

TOUBOUL, (C.), concl. sous CE, 1^{er} avr. 2019, n° 417652, *Dr. soc.* 2019. 627.

TOUFFAIT, (A.), concl. sous Ch. mixte, 21 juin 1974, n° 71-91.225, *Dr. soc.* 1974. 454.

TOURNAFOND, (O.),

___ chron. sous Civ., 1^{re}, 7 oct. 1998, n° 96-14.359, *D.* 1999. 237.

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 3 mai 2000, n° 98-11.381, *D.* 2002. 928.

___ obs. sous Civ., 3^e, 15 déc. 1993, n° 91-10.199, *D.* 1994. 230.

___ obs. sous Civ., 3^e, 15 nov. 2000, n° 99-11.203, *D.* 2002. 928.

TOURNAUX, (S.),

___ chron. sous Soc., 26 mars 2014, n° 12-35.040, *Dr. soc.* 2015. 206.

___ chron. sous Soc., 9 juill. 2014, n° 13-11.906, *Dr. soc.* 2015. 206.

___ chron. sous Soc., 29 sept. 2014, n° 13-13.661, *Dr. soc.* 2015. 206.

___ chron. sous Soc., 21 janv. 2015, n° 13-26.374, *Dr. soc.* 2016. 206.

___ chron. sous Soc., 25 nov. 2015, n° 14-21.521, *Dr. soc.* 2016. 9.

___ chron. sous Soc., 15 mars 2017, n° 15-24.028, *Dr. soc.* 2017. 843.

___ étude sous Soc., 21 janv. 2015, n° 13-26.374, *Dr. soc.* 2016. 650.

___ étude sous Soc., 10 févr. 2016, n° 14-17.576, *Dr. soc.* 2016. 650.

___ étude sous Soc., 19 mai 2016, n° 14-26.556, *Dr. soc.* 2016. 650.

___ étude sous Soc., 8 juin 2016, n° 15-17.555, *Dr. soc.* 2016. 650.

___ étude sous Soc., 18 janv. 2018, n° 15-24.002, *Dr. soc.* 2018. 653.

___ étude sous Soc., 30 sept. 2020, n° 18-24.881, *Dr. soc.* 2021. 28.

___ note sous Soc., 10 avr. 2013, n° 11-15.651, *Lexbase Hebdo* 2013, n° 525.

___ obs. sous Soc., 5 oct. 2016, n° 15-28.672, *RDT* 2016. 700.

___ obs. sous Soc., 5 mai 2021, n° 20-14.390, *Dr. soc.* 2021. 860.

TRICOIRE, (J.-P.), obs. sous Civ., 3^e, 12 janv. 2011, n° 09-70.262, *RDI* 2011. 231.

TRICOIT, (J.-P.), obs. sous Rennes, 8^{ème} ch. prud'h, 15 sept. 2005, n° 04/08.168, *Dr. soc.* 2007. 445.

VACHET, (G.),

___ note sous Soc., 31 oct. 2007, n° 06-43.834, *JCP S* 2007. 1953.

___ note sous Soc., 12 mai 2009, n° 07-44.624, *JCP S* 2009. 1409.

VASSEUR, (M.), obs. sous Com., 29 mars 1994, n° 91-21.309, *D.* 1995. 20.

VATINET, (R.),

___ note sous Soc., 10 déc. 1996, n° 94-43.015, *Dr. soc.* 1998. 534.

___ note sous Soc., 10 juill. 2002, n° 00-45.135, *Dr. soc.* 2002. 949.

___ obs. sous Soc., 18 sept. 2002, n° 99-46.136, *Dr. soc.* 2002. 997.

VERDIER, (J.-M.),

___ note sous Soc., 26 mai 2004, n° 02-18.756, *Dr. soc.* 2004. 845.

___ obs. sous Soc., 3 déc. 2002, n° 01-60.729, *Dr. soc.* 2003. 298.

VÉRICEL, (M.),

___ chron. sous Soc., 29 mars 2023 n° 21-15.472, *RDT* 2023. 426.

___ note sous Soc., 3 juin 2003, n° 01-43.573, *JCP E* 2003. II. 10165.

___ note sous Soc., 7 nov. 2006, n° 05-41.380, *RDT* 2007. 117.

___ obs. sous Soc., 31 oct. 2007, n° 06-43.834, *RDT* 2008. 41.

___ obs. sous Soc., 10 mars 2009, n° 07-43.985, *RDT* 2009. 455.

___ obs. sous Soc., 6 mars 2019, n° 18-10.615, *Dr. soc.* 2019. 443.

___ obs. sous Soc., 5 mai 2021, n° 20-14.390, *RDT* 2021. 525.

VERKINDT, (P.-Y.),

___ note sous Soc., 19 oct. 2004, n° 02-45.742, *TPS* 2005, n° 1.

___ note sous Soc., 22 févr. 2006, n° 03-46.086, *JCP S* 2006. 1406.

___ note sous Soc., 28 mars 2006, n° 04-41.016, *JCP S* 2006. 1381.

___ obs. sous Soc., 3 déc. 2002, n° 01-60.729, *Dr. soc.* 2006. 235.

VERMELLE, (G.), obs. sous Civ., 3^e, 26 juin 1991, n° 89-21.325, *Defrénois* 1991. 1094.

VERNAC, (S.), FERKANE, (Y.), obs. sous Soc., 30 sept. 2020, n° 19-12.058, *D.* 2020. 2312.

VERPEAUX, (M.), MACAYA, (A.), obs. sous Cons. const., 20 oct. 2017, n° 2017-665 QPC, *JCP G* 2019. 352.

VEVERKA, (M.-M.), note sous Ass. plén., 4 mars 2005, n° 03-11.725, *LPA* 2005, n° 113, p. 15.

VICENTE, (M.), obs. sous Soc., 8 oct. 2022, n° 21-10.495, *RDT* 2023. 183.

VIGNEAU, (Ch.), obs. sous Soc., 23 janv. 2008, n° 06-44.197, *D.* 2008. 1321.

VIGNEAU, (D.),

___ note sous Ass. plén., 29 oct. 2004, n° 03-11.238, *D.* 2004. 3175.

___ note sous Soc., 4 juin 2002, n° 00-40.894, *JCP E* 2003. 864.

VIGNEAU, (V.),

___ chron. sous Ch. mixte, 19 nov. 2010, n° 10-10.095, n° 10-30.215, *D.* 2011. 123.

___ obs. sous Ass. plén., 7 janv. 2011, n° 09-14.667, *D.* 2011. 618.

VINEY, (G.),

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 25 févr. 1997, n° 94-19.685, *JCP* 1997. I. 4025.

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 6 nov. 2002, n° 99-21.203, *JCP* 2003. I. 152.

___ obs. sous Com., 22 oct. 1996, n° 93-18.632, *JCP* 1997. I. 4025.

___ obs. sous Com., 26 nov. 2003, n° 00-10.243, n° 00-10.949, *JCP* 2004. I. 163.

VIRASSAMY, (G.),

___ note sous Com., 3 nov. 1992, n° 90-18.547, *JCP* 1993. II. 22164.

___ obs. sous Civ., 1^{re}, 3 avr. 2002, n° 00-12.932, *JCP* 2002. I. 184.

WAGNER, (E.), note sous Ass. plén., 16 mars 1990, n° 89-45.730, *Dr. ouvr.* 1990. 317.

WALTZ, (B.), obs. sous Civ., 3^e, 21 sept. 2011, n° 10-21.900, *JCP N* 2012. 1001. 34.

WAQUET, (Ph.),

___ étude sous Soc., 25 nov. 1997, n° 95-44.053, *Dr. soc.* 1999. 566.

___ étude sous Soc., 28 janv. 1998, n° 95-40.275, *Dr. soc.* 1999. 566.

___ étude sous Soc., 16 déc. 1998, n° 96-40.227, *Dr. soc.* 1999. 566.

___ étude sous Soc., 16 déc. 1998, n° 96-41.845, *Dr. soc.* 1999. 566.

___ étude sous Soc., 10 mai 1999, n° 96-45.673, *Dr. soc.* 1999. 566.

___ note sous Soc., 28 mai 2003, n° 02-40.273, *Dr. soc.* 2003. 808.

___ obs. sous Soc., 20 oct. 1998, n° 96-40.614, *Dr. soc.* 1998. 1045.

WAUQUIER, (V.), obs. sous Soc., 2 juill. 2002, n° 00-13.111, *D.* 2003. 391.

WILLMANN, (Ch.), note sous Civ., 3^e, 13 janv. 1999, n° 96-18.309, *D.* 2000. 76.

WURTZ, (E.), DUCLOZ, (F.), MARIETTE, (S.), SABOTIER, (N.), FLORÈ, (Ph.), chron. sous Soc., 15 oct. 2014, n° 11-22.251, *D.* 2015. 104.

ZALEWSKI, (V.), note sous Civ., 3^e, 11 janv. 2006, n° 04-20.142, *JCP N* 2006. 1219.

ZAMPINI, (F.), obs. sous Ass. plén., 7 janv. 2011, n° 09-14.667, *RTD eur.* 2012. 526.

ZENATI, (F.), obs. sous Com., 12 juill. 1993, n° 91-15.667, *RTD civ.* 1994. 381.

TABLE DES DÉCISIONS DE JUSTICE

Assemblée plénière de la Cour de cassation

- ___ Ass. plén., 13 déc. 1962, n° 57-11.569.
- ___ Ass. plén., 16 mars 1990, n° 89-45.730.
- ___ Ass. plén., 1^{er} déc. 1995, n° 91-15.578.
- ___ Ass. plén., 8 déc. 2000, n° 97-44.219.
- ___ Ass. plén., 23 janv. 2004, n° 03-13.617.
- ___ Ass. plén., 29 oct. 2004, n° 03-11.238.
- ___ Ass. plén., 4 mars 2005, n° 03-11.725.
- ___ Ass. plén., 14 avr. 2006, n° 02-11.168.
- ___ Ass. plén., 7 janv. 2011, n° 09-14.667.
- ___ Ass. plén., 23 oct. 2015, n° 13-25.279.

Chambre civile (première) de la Cour de cassation

- ___ Civ., 1^{re}, 29 mai 1951, *Bull. civ. I*, n° 162.
- ___ Civ., 1^{re}, 27 févr. 1957, *Bull. civ. I*, n° 104.
- ___ Civ., 1^{re}, 19 juill. 1960, *Bull. civ. I*, n° 408.
- ___ Civ., 1^{re}, 17 oct. 1961, *Bull. civ. I*, n° 464.
- ___ Civ., 1^{re}, 5 janv. 1970, n° 67-12.282.
- ___ Civ., 1^{re}, 20 janv. 1970, n° 68-11.420.
- ___ Civ., 1^{re}, 19 janv. 1977, n° 74-12.783.
- ___ Civ., 1^{re}, 4 oct. 1977, n° 75-10.473.
- ___ Civ., 1^{re}, 21 janv. 1981, n° 79-15.443.
- ___ Civ., 1^{re}, 6 oct. 1981, *Bull. civ. I*, n° 273.
- ___ Civ., 1^{re}, 29 mai 1984, n° 82-15.804.
- ___ Civ., 1^{re}, 11 févr. 1986, n° 84-10.845.
- ___ Civ., 1^{re}, 28 avr. 1987, n° 85-13.674.
- ___ Civ., 1^{re}, 28 févr. 1989, n° 87-14.731.

___ Civ., 1^{re}, 7 mars 1989, n° 87-13.053.
___ Civ., 1^{re}, 18 avr. 1989, n° 87-12.053.
___ Civ., 1^{re}, 24 mai 1989, n° 87-10.564.
___ Civ. 1^{re}, 12 juill. 1989, n° 88-11.443.
___ Civ., 1^{re}, 7 févr. 1990, n° 88-14.797.
___ Civ., 1^{re}, 3 juill. 1990, n° 87-12.386.
___ Civ., 1^{re}, 19 févr. 1991, n° 89-19.999.
___ Civ., 1^{re}, 4 avr. 1991, n° 90-04.008.
___ Civ., 1^{re}, 5 nov. 1991, n° 12-11.753.
___ Civ., 1^{re}, 3 déc. 1991, n° 89-20.856.
___ Civ., 1^{re}, 5 avr. 1993, n° 91-11.576.
___ Civ., 1^{re}, 5 avr. 1993, n° 91-15.602.
___ Civ., 1^{re}, 7 juin 1995, n° 93-13.187.
___ Civ., 1^{re}, 20 juin 1995, n° 93-15.948.
___ Civ., 1^{re}, 4 juill. 1995, n° 93-16.198.
___ Civ., 1^{re}, 10 oct. 1995, n° 93-20.300.
___ Civ., 1^{re}, 19 déc. 1995, n° 94-10.478.
___ Civ., 1^{re}, 6 févr. 1996, n° 94-13.388.
___ Civ., 1^{re}, 16 avr. 1996, n° 94-16.528.
___ Civ., 1^{re}, 3 juill. 1996, n° 94-14.800.
___ Civ., 1^{re}, 25 févr. 1997, n° 94-19.685.
___ Civ., 1^{re}, 29 avr. 1997, n° 95-12.777.
___ Civ., 1^{re}, 7 oct. 1998, n° 96-14.359.
___ Civ., 1^{re}, 7 avr. 1998, n° 96-16.148.
___ Civ., 1^{re}, 13 oct. 1998, n° 96-21.485.
___ Civ., 1^{re}, 17 nov. 1998, n° 96-15.126.
___ Civ., 1^{re}, 1^{er} déc. 1998, n° 96-17.761.
___ Civ., 1^{re}, 13 avr. 1999, n° 97-13.782.
___ Civ., 1^{re}, 1^{er} févr. 2000, n° 97-22.157.
___ Civ., 1^{re}, 21 mars 2000, n° 98-11.982.

___ Civ., 1^{re}, 3 mai 2000, n° 98-11.381.
___ Civ., 1^{re}, 30 mai 2000, n° 98-15.242.
___ Civ., 1^{re}, 20 févr. 2001, n° 99-15.170.
___ Civ., 1^{re}, 3 avr. 2002, n° 00-12.932.
___ Civ., 1^{re}, 6 nov. 2002, n° 99-21.203.
___ Civ., 1^{re}, 21 janv. 2003, n° 00-13.342.
___ Civ., 1^{re}, 11 mars 2003, n° 99-12.628.
___ Civ., 1^{re}, 25 mars 2003, n° 99-15.198.
___ Civ., 1^{re}, 25 mai 2003, n° 00-22.312.
___ Civ., 1^{re}, 28 oct. 2003, n° 01-03.662.
___ Civ., 1^{re}, 30 nov. 2004, n° 01-14.314.
___ Civ., 1^{re}, 1^{er} mars 2005, n° 04-10.063.
___ Civ., 1^{re}, 19 avr. 2005, n° 03-12.052.
___ Civ., 1^{re}, 2 nov. 2005, n° 02-14.614.
___ Civ., 1^{re}, 8 nov. 2007, n° 08-14.421.
___ Civ., 1^{re}, 28 mai 2008, n° 07-13.487.
___ Civ., 1^{re}, 30 oct. 2008, n° 07-17.134.
___ Civ., 1^{re}, 30 oct. 2008, n° 07-17.646.
___ Civ., 1^{re}, 2 avr. 2009, n° 08-11.596.
___ Civ., 1^{re}, 28 mai 2009, n° 08-15.687.
___ Civ., 1^{re}, 24 sept. 2009, n° 08-14.524.
___ Civ., 1^{re}, 11 févr. 2010, n° 09-11.324.
___ Civ., 1^{re}, 28 oct. 2010, n° 09-16.913.
___ Civ., 1^{re}, 4 nov. 2011, n° 10-20.114.
___ Civ., 1^{re}, 4 mai 2012, n° 10-25.558.
___ Civ., 1^{re}, 20 déc. 2012, n° 11-28.202.
___ Civ., 1^{re}, 16 janv. 2013, n° 11-28.235.
___ Civ., 1^{re}, 11 mars 2014, n° 12-28.304.
___ Civ., 1^{re}, 20 mars 2014, n° 12-27.943.
___ Civ., 1^{re}, 4 févr. 2015, n° 14-10.920.

- ___ Civ., 1^{re}, 18 févr. 2015, n° 13-28.278.
- ___ Civ., 1^{re}, 17 juin 2015, n° 14-14.568.
- ___ Civ., 1^{re}, 10 sept. 2015, n° 14-13.658.
- ___ Civ., 1^{re}, 30 sept. 2015, n° 14-11.761.
- ___ Civ., 1^{re}, 12 nov. 2015, n° 14-23.340.
- ___ Civ., 1^{re}, 22 sept. 2016, n° 15-20.614.
- ___ Civ., 1^{re}, 13 mars 2019, n° 17-23.169.

Chambre civile (deuxième) de la Cour de cassation

- ___ Civ., 2^e, 19 oct. 1994, n° 92-21.543.
- ___ Civ., 2^e, 28 oct. 1999, n° 96-22.169.
- ___ Civ., 2^e, 13 juill. 2006, n° 05-18.104.
- ___ Civ., 2^e, 19 oct. 2006, n° 05-17.599.
- ___ Civ., 2^e, 22 janv. 2009, n° 07-21.530.
- ___ Civ., 2^e, 8 févr. 2018, n° 17-10.516.
- ___ Civ., 2^e, 8 mars 2018, n° 17-10.030.
- ___ Civ., 2^e, 9 déc. 2021, n° 20-10.096.

Chambre civile (troisième) de la Cour de cassation

- ___ Civ., 3^e, 4 avr. 1968, *Bull. civ. III*, n° 152.
- ___ Civ., 3^e, 24 juin 1971, n° 70-11.730.
- ___ Civ., 3^e, 20 déc. 1971, *Bull. civ. III*, n° 63, p. 56.
- ___ Civ., 3^e, 3 févr. 1981, n° 79-13.774.
- ___ Civ., 3^e, 4 mai 1983, *Bull. civ. III*, n° 103.
- ___ Civ., 3^e, 2 déc. 1987, n° 86-10.793.
- ___ Civ., 3^e, 26 mars 1989, *Bull. civ. III*, n° 265.
- ___ Civ., 3^e, 13 déc. 1989, n° 88-15.205.
- ___ Civ., 3^e, 27 mars 1991, n° 89-16.975.
- ___ Civ., 3^e, 12 juin 1991, n° 89-18.331.
- ___ Civ., 3^e, 26 juin 1991, n° 89-21.325.

- ___ Civ., 3^e, 30 juin 1992, n° 90-19.093.
- ___ Civ., 3^e, 15 déc. 1993, n° 91-10.199.
- ___ Civ., 3^e, 10 juin 1998, n° 96-15.626.
- ___ Civ., 3^e, 13 janv. 1999, n° 96-18.309.
- ___ Civ., 3^e, 15 nov. 2000, n° 99-11.203.
- ___ Civ., 3^e, 21 févr. 2001, n° 98-20.817.
- ___ Civ., 3^e, 10 mai 2001, n° 99-11.762.
- ___ Civ., 3^e, 27 févr. 2002, n° 00-17.902.
- ___ Civ., 3^e, 6 mars 2002, n° 99-20.637.
- ___ Civ., 3^e, 31 mars 2005, n° 03-20.096.
- ___ Civ., 3^e, 11 mai 2005, n° 03-21.136.
- ___ Civ., 3^e, 27 sept. 2005, n° 03-12.402.
- ___ Civ., 3^e, 9 nov. 2005, n° 04-15.073.
- ___ Civ., 3^e, 11 janv. 2006, n° 04-20.142.
- ___ Civ., 3^e, 28 juin 2006, n° 04-20.040.
- ___ Civ., 3^e, 31 oct. 2006, n° 05-10.553.
- ___ Civ., 3^e, 17 janv. 2007, n° 06-10.442.
- ___ Civ., 3^e, 19 déc. 2007, n° 06-21.012.
- ___ Civ., 3^e, 7 mai 2008, n° 07-11.690.
- ___ Civ., 3^e, 20 mai 2009, n° 08-13.230.
- ___ Civ., 3^e, 3 févr. 2010, n° 08-21.333.
- ___ Civ., 3^e, 12 janv. 2011, n° 09-70.262.
- ___ Civ., 3^e, 21 sept. 2011, n° 10-21.900.
- ___ Civ., 3^e, 11 sept. 2012, n° 11-22.389.
- ___ Civ., 3^e, 14 mai 2013, n° 12-22.459.
- ___ Civ., 3^e, 23 mai 2013, n° 11-29.011.
- ___ Civ., 3^e, 8 oct. 2014, n° 13-18.150.
- ___ Civ., 3^e, 15 sept. 2015, n° 13-24.726, n° 13-25.229.
- ___ Civ., 3^e, 4 févr. 2016, n° 14-29.347.
- ___ Civ., 3^e, 29 sept. 2016, n° 15-15.129.

___ Civ., 3e, 26 janv. 2017, n° 15-26.814.

___ Civ., 3e, 26 janv. 2017, n° 15-27.580.

___ Civ., 3e, 9 mars 2017, n° 16-11.728.

___ Civ., 3e, 19 nov. 2020, n° 19-20.405.

Chambre commerciale de la Cour de cassation

___ Com., 18 janv. 1950, *D.* 1950. 227.

___ Com., 18 juill. 1956, *Bull. civ. III*, n° 220.

___ Com., 17 janv. 1962, *Bull. civ. IV*, n° 40.

___ Com., 6 juill. 1976, n° 75-12.982.

___ Com., 3 oct. 1978, n° 77-10.915.

___ Com., 24 oct. 1978, n° 17-14.697.

___ Com., 22 janv. 1980, *Bull. civ. IV*, n° 36.

___ Com., 21 juill. 1980, n° 79-10.597.

___ Com., 27 janv. 1982, n° 80-14.175.

___ Com., 16 juin 1987, n° 86-12.493.

___ Com., 10 oct. 1989, n° 87-16.334.

___ Com., 6 mars 1990, n° 88-12.477.

___ Com., 13 mars 1990, n° 88-18.251.

___ Com., 7 janv. 1992, n° 90-14.831.

___ Com., 3 nov. 1992, n° 90-18.547.

___ Com., 12 juill. 1993, n° 91-15.667.

___ Com., 29 mars 1994, n° 91-21.309.

___ Com., 7 févr. 1995, n° 93-14.569.

___ Com., 27 févr. 1996, n° 94-11.241.

___ Com., 22 oct. 1996, n° 93-18.632.

___ Com., 6 mai 1997, n° 94-16.335.

___ Com., 6 mai 1997, n° 94-43.057.

___ Com., 14 oct. 1997, n° 95-14.285.

___ Com., 24 févr. 1998, n° 96-12.638.

___ Com., 24 nov. 1998, n° 96-18.357.
___ Com., 9 mars 1999, n° 96-16.559.
___ Com., 6 juill. 1999, n° 96-20.495.
___ Com., 6 juin 2000, n° 97-19.347.
___ Com., 11 juill. 2000, n° 95-21.888.
___ Com., 27 févr. 2001, n° 97-21.726.
___ Com., 6 juin 2001, n° 98-18.928.
___ Com., 18 déc. 2001, n° 00-10.978.
___ Com., 12 févr. 2002, n° 00-11.602.
___ Com., 5 mars 2002, n° 98-17.488.
___ Com., 26 mars 2002, n° 99-17.716.
___ Com., 28 mai 2002, n° 99-19.806.
___ Com., 24 sept. 2003, n° 00-21.863.
___ Com., 26 nov. 2003, n° 00-10.243, n° 00-10.949.
___ Com., 4 févr. 2004, n° 99-21.480.
___ Com., 12 mai 2004, n° 00-15.618.
___ Com., 28 juin 2005, n° 03-16.794.
___ Com., 12 juill. 2005, n° 03-12.507.
___ Com., 20 juin 2006, n° 04-15.785.
___ Com., 5 juin 2007, n° 04-20.380.
___ Com., 9 oct. 2007, n° 06-16.744.
___ Com., 20 nov. 2007, n° 06-20.332.
___ Com., 15 janv. 2008, n° 06-14.698.
___ Com., 26 mars 2008, n° 07-11.554.
___ Com., 10 févr. 2009, n° 08-12.415.
___ Com., 31 mars 2009, n° 07-20.991.
___ Com., 9 juin 2009, n° 08-11.420.
___ Com., 12 janv. 2010, n° 08-22.000.
___ Com., 27 mars 2010, n° 08-13.060.
___ Com., 29 juin 2010, n° 09-11.841.

- ___ Com., 29 juill. 2010, n° 09-67.369.
- ___ Com., 9 nov. 2010, n° 09-70.726.
- ___ Com., 22 mars 2011, n° 10-13.727.
- ___ Com., 15 nov. 2011, n° 10-15.049.
- ___ Com., 21 févr. 2012, n° 11-11.693.
- ___ Com., 23 oct. 2012, n° 11-23.376.
- ___ Com., 12 févr. 2013, n° 11-22.641.
- ___ Com., 12 mars 2013, n° 12-11.970.
- ___ Com., 1^{er} juin 2013, n° 12-20.830.
- ___ Com., 6 mai 2014, n° 13-14.960.
- ___ Com., 13 mai 2014, n° 12-28.013.
- ___ Com., 3 mars 2015, n° 13-27.525.
- ___ Com., 8 avr. 2015, n° 13-14.447.
- ___ Com., 27 mai 2015, n° 14-11.387.
- ___ Com., 23 juin 2015, n° 14-10.760.
- ___ Com., 9 févr. 2016, n° 14-23.210.
- ___ Com., 18 janv. 2017, n° 15-18.102.
- ___ Com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547.
- ___ Com., 18 oct. 2017, n° 16-21.016.
- ___ Com., 6 déc. 2017, n° 16-22.809.
- ___ Com., 28 mars 2018, n° 17-10.600.
- ___ Com., 20 avr. 2019, n° 18-12.817.
- ___ Com., 9 juill. 2019, n° 18-12.680.
- ___ Com., 20 nov. 2019, n° 18-12.823.
- ___ Com., 5 févr. 2020, n° 18-20.722.
- ___ Com., 21 sept. 2022, n° 21-12.218.

Chambre criminelle de la Cour de cassation

- ___ Crim., 28 juin 1958, *JCP* 1959. II. 10941.
- ___ Crim., 6 avr. 1994, n° 93-82.717.

Chambre mixte de la Cour de cassation

- ___ Ch. mixte, 21 juin 1974, n° 71-91.225.
- ___ Ch. mixte, 19 nov. 2010, n° 10-10.095, n° 10-30.215.
- ___ Ch. mixte, 17 mai 2013, n° 11-11.927, n° 11-22.768.

Chambres réunies de la Cour de cassation

- ___ Ch. réunies, 13 févr. 1930, *D.* 1930. 1. 57.

Chambre sociale de la Cour de cassation

- ___ Soc., 9 juill. 1951, *Dr. soc.* 1952. 115.
- ___ Soc., 27 nov. 1952, n° 52-01.718.
- ___ Soc., 6 juill. 1956, *Bull. civ. IV*, n° 637.
- ___ Soc., 27 nov. 1958, *Bull. civ. V*, n° 1529.
- ___ Soc., 25 nov. 1959, *Bull. civ. IV*, n° 2294.
- ___ Soc., 26 nov. 1959, *Bull. civ. IV*, n° 1188.
- ___ Soc., 15 janv. 1960, *Bull. civ. V*, n° 49.
- ___ Soc., 15 févr. 1961, *Bull. civ. V*, n° 202.
- ___ Soc., 3 mars 1961, *Bull. civ. IV* n° 295.
- ___ Soc., 11 mai 1964, n° 63-40.337.
- ___ Soc., 5 juill. 1965, *Bull. civ. IV*, n° 545.
- ___ Soc., 21 avr. 1966, *JCP* 1966, IV. 78.
- ___ Soc., 12 janv. 1967, *Bull. civ. IV*, n° 44.
- ___ Soc., 8 mai 1967, n° 65-12.776.
- ___ Soc., 21 juin 1967, *Bull. civ. IV*, n° 453.
- ___ Soc., 27 nov. 1968, n° 67-40.312.
- ___ Soc., 27 janv. 1971, n° 70-40.120.
- ___ Soc., 9 nov. 1971, *Bull. civ. IV*, n° 644.
- ___ Soc., 8 mars 1972, n° 71-40.429.

- ___ Soc., 8 juin 1972, n° 71-10.734.
- ___ Soc., 14 juin 1972, n° 71-12.508.
- ___ Soc., 3 oct. 1973, *Bull. civ.* V, n° 541.
- ___ Soc., 30 oct. 1973, n° 73-40.233.
- ___ Soc., 21 nov. 1973, n° 72-40.228.
- ___ Soc., 7 juin 1974, n° 73-40.155.
- ___ Soc., 16 oct. 1974, n° 73-11.562.
- ___ Soc., 10 déc. 1975, n° 74-40.698.
- ___ Soc., 7 janv. 1976, n° 74-40.700.
- ___ Soc., 16 juin 1976, n° 75-40.435.
- ___ Soc., 26 oct. 1976, n° 75-40.659.
- ___ Soc., 19 janv. 1977, n° 76-40.093.
- ___ Soc., 18 déc. 1978, n° 76-41.047.
- ___ Soc., 18 janv. 1979, n° 77-40.982.
- ___ Soc., 31 janv. 1979, n° 77-41.440.
- ___ Soc., 21 nov. 1979, n° 78-40.367.
- ___ Soc., 22 nov. 1979, n° 78-40.808.
- ___ Soc., 28 nov. 1979, n° 76-40.091.
- ___ Soc., 6 mars 1980, n° 78-41.332.
- ___ Soc., 6 mars 1980, n° 78-41.417.
- ___ Soc., 19 mars 1980, n° 78-40.213.
- ___ Soc., 3 oct. 1980, n° 79-40.129.
- ___ Soc., 22 janv. 1981, n° 79-41.194.
- ___ Soc., 18 juin 1981, n° 78-40.939.
- ___ Soc., 31 mars 1982, n° 81-11.107, n° 81-40.309.
- ___ Soc., 12 déc. 1983, *D.* 1984. 111.
- ___ Soc., 9 juill. 1985, n° 83-46.113.
- ___ Soc., 17 déc. 1985, n° 83-40.107.
- ___ Soc., 13 nov. 1986, n° 83-44.744.
- ___ Soc., 30 avr. 1987, n° 84-40.936.

___ Soc., 8 oct. 1987, n° 84-40.902, n° 84-41.902.

___ Soc., 18 févr. 1988, n° 85-40.412.

___ Soc., 12 janv. 1989, n° 86-40.345.

___ Soc., 15 févr. 1989, n° 86-18.354.

___ Soc., 27 avr. 1989, n° 86-42.663.

___ Soc., 25 avr. 1990, n° 86-44.148.

___ Soc., 25 avr. 1990, n° 86-45.706.

___ Soc., 27 juin 1990, n° 87-43.046.

___ Soc., 3 juill. 1990, n° 87-40.349.

___ Soc., 9 oct. 1990, n° 87-40.565.

___ Soc., 13 nov. 1990, n° 87-42.893.

___ Soc., 29 nov. 1990, n° 88-40.618.

___ Soc., 15 mai 1991, n° 87-42.473.

___ Soc., 17 juill. 1991, n° 88-40.201.

___ Soc., 14 nov. 1991, n° 88-41.346.

___ Soc., 20 nov. 1991, n° 88-43.120.

___ Soc., 5 févr. 1992, n° 88-40.965.

___ Soc., 25 févr. 1992, n° 89-41.634.

___ Soc., 1^{er} avr. 1992, n° 89-43.494.

___ Soc., 14 mai 1992, n° 88-45.316.

___ Soc., 14 mai 1992, n° 89-45.300.

___ Soc., 8 juill. 1992, n° 88-42.995.

___ Soc., 25 nov. 1992, n° 89-42.131.

___ Soc., 25 nov. 1992, n° 90-43.112.

___ Soc., 5 mai 1993, n° 90-41.639.

___ Soc., 30 juin 1993, n° 90-41.540.

___ Soc., 1^{er} déc. 1993, n° 90-42.962, n° 90-42.965.

___ Soc., 9 févr. 1994, n° 91-16.000.

___ Soc., 9 févr. 1994, n° 92-40.146.

___ Soc., 11 mai 1994, n° 90-40.312.

___ Soc., 21 juin 1994, n° 93-40.143.
___ Soc., 5 oct. 1994, n° 93-43.615.
___ Soc., 5 janv. 1995, n° 90-45.732.
___ Soc., 14 mars 1995, n° 91-43.658.
___ Soc., 16 mars 1995, n° 91-40.210.
___ Soc., 16 mars 1995, n° 93-13.371.
___ Soc., 22 mai 1995, n° 91-41.584.
___ Soc., 7 juin 1995, n° 91-44.294.
___ Soc., 17 oct. 1995, n° 94-41.239.
___ Soc., 7 mars 1996, n° 93-41.127.
___ Soc., 2 avr. 1996, n° 93-42.082, n° 93-42.084.
___ Soc., 9 avr. 1996, n° 93-42.254.
___ Soc., 29 mai 1996, n° 92-45.115.
___ Soc., 9 juill. 1996, n° 95-13.010.
___ Soc., 10 juill. 1996, n° 93-41.137.
___ Soc., 17 juill. 1996, n° 93-41.116.
___ Soc., 17 juill. 1996, n° 93-46.494.
___ Soc., 17 juill. 1996, n° 95-41.614, n° 95-41.831.
___ Soc., 9 oct. 1996, n° 93-45.668.
___ Soc., 16 oct. 1996, n° 94-44.821.
___ Soc., 13 nov. 1996, n° 94-13.187.
___ Soc., 19 nov. 1996, n° 93-41.745.
___ Soc., 4 déc. 1996, n° 93-41.891.
___ Soc., 10 déc. 1996, n° 94-43.015.
___ Soc., 30 avr. 1997, n° 95-40.573.
___ Soc., 14 mai 1997, n° 94-41.046.
___ Soc., 14 mai 1997, n° 94-43.712.
___ Soc., 16 juill. 1997, n° 94-42.283.
___ Soc., 19 nov. 1997, n° 95-45.139.
___ Soc., 25 nov. 1997, n° 94-43.651.

___ Soc., 25 nov. 1997, n° 95-44.053.
___ Soc., 20 janv. 1998, n° 95-43.350.
___ Soc., 28 janv. 1998, n° 95-40.275.
___ Soc., 3 mars 1998, n° 95-43.274.
___ Soc., 19 mars 1998, n° 96-40.079.
___ Soc., 5 mai 1998, n° 95-45.190.
___ Soc., 12 mai 1998, n° 94-43.480.
___ Soc., 19 mai 1998, n° 96-41.573.
___ Soc., 27 mai 1998, n° 96-41.713.
___ Soc., 16 juin 1998, n° 95-45.033.
___ Soc., 23 juin 1998, n° 96-41.953.
___ Soc., 7 oct. 1998, n° 97-43.336, n° 97-43.463.
___ Soc., 20 oct. 1998, n° 96-40.614.
___ Soc., 18 nov. 1998, n° 97-42.854.
___ Soc., 25 nov. 1998, n° 96-44.636.
___ Soc., 16 déc. 1998, n° 96-41.845.
___ Soc., 20 janv. 1999, n° 96-45.424.
___ Soc., 16 févr. 1999, n° 96-45.565.
___ Soc., 9 mars 1999, n° 96-41.734.
___ Soc., 9 mars 1999, n° 96-43.718.
___ Soc., 30 mars 1999, n° 96-42.912.
___ Soc., 4 mai 1999, n° 97-40.576.
___ Soc., 10 mai 1999, n° 96-45.673.
___ Soc., 18 mai 1999, n° 96-44.315.
___ Soc., 18 mai 1999, n° 96-44.628.
___ Soc., 15 juin 1999, n° 96-44.772.
___ Soc., 23 juin 1999, n° 97-43.162.
___ Soc., 19 oct. 1999, n° 97-45.907.
___ Soc., 16 nov. 1999, n° 97-43.853.
___ Soc., 26 janv. 2000, n° 96-42.376.

____ Soc., 22 févr. 2000, n° 97-44.339.
 ____ Soc., 9 mai 2000, n° 97-45.294.
 ____ Soc., 30 mai 2000, n° 98-44.016.
 ____ Soc., 14 juin 2000, n° 99-43.279.
 ____ Soc., 28 juin 2000, n° 98-43.692.
 ____ Soc., 11 juill. 2000, n° 98-40.143, n° 98-41.486, n° 98-43.240, n° 89-43.945.
 ____ Soc., 18 juill. 2000, n° 98-18.037.
 ____ Soc., 19 juill. 2000, n° 98-44.025.
 ____ Soc., 11 oct. 2000, n° 98-42.772.
 ____ Soc., 21 nov. 2000, n° 98-43.377.
 ____ Soc., 28 nov. 2000, n° 98-43.635.
 ____ Soc., 19 déc. 2000, n° 98-40.572.
 ____ Soc., 6 févr. 2001, n° 98-44.190.
 ____ Soc., 27 févr. 2001, n° 98-44.761.
 ____ Soc., 27 févr. 2001, n° 99-40.219.
 ____ Soc., 13 mars 2001, n° 98-46.411.
 ____ Soc., 13 mars 2001, n° 99-45.735.
 ____ Soc., 28 mars 2001, n° 99-41.626.
 ____ Soc., 30 mai 2001, n° 00-60.194.
 ____ Soc., 2 oct. 2001, n° 99-42.942.
 ____ Soc., 27 nov. 2001, n° 99-45.163.
 ____ Soc., 28 nov. 2001, n° 00-11.209.
 ____ Soc., 27 mars 2002, n° 00-42.724.
 ____ Soc., 9 avr. 2002, n° 99-45.155.
 ____ Soc., 15 mai 2002, n° 00-41.730.
 ____ Soc., 28 mai 2002, n° 99-43.852.
 ____ Soc., 4 juin 2002, n° 00-40.894.
 ____ Soc., 18 juin 2002, n° 00-43.013.
 ____ Soc., 27 juin 2002, n° 00-42.646.
 ____ Soc., 2 juill. 2002, n° 00-13.111.

___ Soc., 10 juill. 2002, n° 00-40.301.
___ Soc., 10 juill. 2002, n° 00-45.135.
___ Soc., 18 sept. 2002, n° 99-46.136.
___ Soc., 26 sept. 2002, n° 00-41.823.
___ Soc., 26 sept. 2002, n° 00-42.581.
___ Soc., 3 déc. 2002, n° 00-44.423.
___ Soc., 3 déc. 2002, n° 01-60.729.
___ Soc., 21 janv. 2003, n° 00-44.502.
___ Soc., 12 févr. 2003, n° 00-46.660, n° 99-42.985.
___ Soc., 18 févr. 2003, n° 00-42.948.
___ Soc., 2 avr. 2003, n° 01-40.361.
___ Soc., 2 avr. 2003, n° 01-41.494.
___ Soc., 28 mai 2003, n° 02-40.273.
___ Soc., 3 juin 2003, n° 01-43.573.
___ Soc., 17 juin 2003, n° 01-15.710.
___ Soc., 25 juin 2003, n° 01-40.235, n° 01-41.150.
___ Soc., 25 juin 2003, n° 01-42.335, n° 01-42.679, n° 01-43.578.
___ Soc., 14 janv. 2004, n° 01-40.489.
___ Soc., 21 janv. 2004, n° 01-46.231.
___ Soc., 4 févr. 2004, n° 01-44.962.
___ Soc., 25 févr. 2004, n° 01-43.392.
___ Soc., 10 mars 2004, n° 01-44.750.
___ Soc., 10 mars 2004, n° 01-45.518.
___ Soc., 24 mars 2004, n° 02-45.130.
___ Soc., 5 mai 2004, n° 02-41.224.
___ Soc., 26 mai 2004, n° 02-18.756.
___ Soc., 30 juin 2004, n° 02-41.720, n° 02-41.771.
___ Soc., 19 oct. 2004, n° 02-45.742.
___ Soc., 30 nov. 2004, n° 02-45.367.
___ Soc., 1^{er} déc. 2004, n° 02-46.341.

___ Soc., 19 janv. 2005, n° 03-45.018.
___ Soc., 28 janv. 2005, n° 03-40.639.
___ Soc., 1^{er} févr. 2005, n° 02-18.357.
___ Soc., 23 févr. 2005, n° 03-42.018.
___ Soc., 23 févr. 2005, n° 04-45.463.
___ Soc., 8 mars 2005, n° 02-45.114.
___ Soc., 16 mars 2005, n° 02-45.293.
___ Soc., 30 mars 2005, n° 03-16.167.
___ Soc., 30 mars 2005, n° 03-40.901.
___ Soc., 5 avr. 2005, n° 02-45.540.
___ Soc., 12 avr. 2005, n° 02-47.384.
___ Soc., 19 avr. 2005, n° 02-46.295.
___ Soc., 20 avr. 2005, n° 03-43.696.
___ Soc., 11 mai 2005, n° 03-43.040.
___ Soc., 7 juin 2005, n° 03-42.080.
___ Soc., 21 juin 2005, n° 02-45.918.
___ Soc., 29 juin 2005, n° 03-41.966.
___ Soc., 29 juin 2005, n° 03-42.804.
___ Soc., 5 juill. 2005, n° 03-45.058.
___ Soc., 12 juill. 2005, n° 03-41.536.
___ Soc., 21 sept. 2005, n° 03-44.855.
___ Soc., 7 déc. 2005, n° 04-42.907.
___ Soc., 25 janv. 2006, n° 04-41.204, n° 04-41.205.
___ Soc., 22 févr. 2006, n° 03-46.086.
___ Soc., 28 mars 2006, n° 04-41.016.
___ Soc., 3 mai 2006, n° 04-41.880.
___ Soc., 7 juin 2006, n° 04-45.846.
___ Soc., 14 juin 2006, n° 04-44.123.
___ Soc., 20 juin 2006, n° 05-40.662.
___ Soc., 21 juin 2006, n° 04-45.496.

___ Soc., 12 juill. 2006, n° 04-47.938.

___ Soc., 31 oct. 2006, n° 04-46.280, n° 06-42.158, n° 04-48.234.

___ Soc., 7 nov. 2006, n° 05-41.380.

___ Soc., 15 nov. 2006, n° 04-46.721.

___ Soc., 5 déc. 2006, n° 05-44.825.

___ Soc., 20 déc. 2006, n° 05-44.071.

___ Soc., 24 janv. 2007, n° 05-42.135.

___ Soc., 27 mars 2007, n° 05-45.310.

___ Soc., 4 avr. 2007, n° 05-42.847.

___ Soc., 9 mai 2007, n° 05-40.315, n° 05-40.518, n° 05-41.324.

___ Soc., 13 juin 2007, n° 04-42.740.

___ Soc., 24 juin 2007, n° 05-42.333.

___ Soc., 4 juill. 2007, n° 05-45.688.

___ Soc., 27 sept. 2007, n° 06-43.867.

___ Soc., 3 oct. 2007, n° 06-42.320.

___ Soc., 10 oct. 2007, n° 06-42.721.

___ Soc., 30 oct. 2007, n° 06-44.551.

___ Soc., 31 oct. 2007, n° 06-43.834.

___ Soc., 13 nov. 2007, n° 06-42.090.

___ Soc., 19 déc. 2007, n° 05-41.554.

___ Soc., 19 déc. 2007, n° 06-44.754.

___ Soc., 23 janv. 2008, n° 06-44.197.

___ Soc., 5 mars 2008, n° 07-11.123.

___ Soc., 15 mai 2008, n° 07-42.289.

___ Soc., 19 juin 2008, n° 07-40.876.

___ Soc., 2 juill. 2008, n° 07-42.299.

___ Soc., 24 sept. 2008, n° 07-40.098.

___ Soc., 14 oct. 2008, n° 07-40.523.

___ Soc., 14 oct. 2008, n° 07-43.071.

___ Soc., 4 févr. 2009, n° 07-44.142.

___ Soc., 10 mars 2009, n° 07-43.985.
___ Soc., 18 mars 2009, n° 07-44.247.
___ Soc., 8 avr. 2009, n° 08-41.046.
___ Soc., 29 avr. 2009, n° 07-45.619.
___ Soc., 12 mai 2009, n° 07-44.624.
___ Soc., 13 mai 2009, n° 08-60.530.
___ Soc., 20 mai 2009, n° 08-41.178.
___ Soc., 23 juin 2009, n° 07-44.844.
___ Soc., 1^{er} juill. 2009, n° 08-43.179.
___ Soc., 16 sept. 2009, n° 07-45.346.
___ Soc., 23 sept. 2009, n° 07-44.200.
___ Soc., 29 sept. 2009, n° 08-43.997.
___ Soc., 14 oct. 2009, n° 08-40.161.
___ Soc., 27 oct. 2009, n° 08-41.501.
___ Soc., 9 déc. 2009, n° 08-41.213.
___ Soc., 20 janv. 2010, n° 08-43.471, n° 08-43.476.
___ Soc., 27 janv. 2010, n° 08-44.376.
___ Soc., 3 févr. 2010, n° 07-44.491.
___ Soc., 3 mars 2010, n° 08-41.600, n° 08-40.895.
___ Soc., 17 mars 2010, n° 08-44.887.
___ Soc., 30 mars 2010, n° 08-44.236.
___ Soc., 8 avr. 2010, n° 08-43.056.
___ Soc., 12 mai 2010, n° 09-41.007.
___ Soc., 19 mai 2010, n° 09-40.923.
___ Soc., 26 mai 2010, n° 09-60.400.
___ Soc., 23 juin 2010, n° 08-70.233.
___ Soc., 30 juin 2010, n° 09-41.456.
___ Soc., 13 juill. 2010, n° 09-41.626.
___ Soc., 15 sept. 2010, n° 08-44.640.
___ Soc., 30 sept. 2010, n° 09-40.114.

___ Soc., 20 oct. 2010, n° 08-44.594.
___ Soc., 15 déc. 2010, n° 08-42.951.
___ Soc., 12 janv. 2011, n° 09-40.692.
___ Soc., 26 janv. 2011, n° 09-40.286.
___ Soc., 2 févr. 2011, n° 10-14.263.
___ Soc., 16 févr. 2011, n° 09-67.607.
___ Soc., 23 mars 2011, n° 09-42.092.
___ Soc., 6 avr. 2011, n° 09-70.598.
___ Soc., 3 mai 2011, n° 10-14.104.
___ Soc., 9 mai 2011, n° 10-11.581.
___ Soc., 31 mai 2011, n° 10-14.313.
___ Soc., 8 juin 2011, n° 09-43.208.
___ Soc., 8 juin 2011, n° 09-72.833.
___ Soc., 12 oct. 2011, n° 09-43.155.
___ Soc., 20 oct. 2011, n° 10-30-258.
___ Soc., 26 oct. 2011, n° 10-10.243.
___ Soc., 26 oct. 2011, n° 10-11.297.
___ Soc., 29 nov. 2011, n° 10-14.198.
___ Soc., 15 déc. 2011, n° 10-15.873.
___ Soc., 7 févr. 2012, n° 10-18.686.
___ Soc., 7 févr. 2012, n° 10-27.525.
___ Soc., 29 févr. 2012, n° 11-13.748.
___ Soc., 21 mars 2012, n° 10-21.097.
___ Soc., 3 mai 2012, n° 10-26.701.
___ Soc., 16 mai 2012, n° 10-15.238.
___ Soc., 16 mai 2012, n° 11-10.760.
___ Soc., 13 juin 2012, n° 11-10.645.
___ Soc., 11 juill. 2012, n° 10-15.905.
___ Soc., 25 sept. 2012, n° 11-18.223.
___ Soc., 26 sept. 2012, n° 11-14.540.

___ Soc., 10 oct. 2012, n° 11-10.455.
___ Soc., 17 oct. 2012, n° 11-18.208.
___ Soc., 21 nov. 2012, n° 10-27.429.
___ Soc., 12 déc. 2012, n° 11-23.762.
___ Soc., 23 janv. 2013, n° 11-18.855.
___ Soc., 23 janv. 2013, n° 11-22.364.
___ Soc., 13 févr. 2013, n° 11-27.902.
___ Soc., 20 févr. 2013, n° 11-26.560.
___ Soc., 10 avr. 2013, n° 11-15.651.
___ Soc., 15 mai 2013, n° 12-16.018.
___ Soc., 23 mai 2013, n° 12-13.865.
___ Soc., 23 mai 2013, n° 12-15.461.
___ Soc., 23 mai 2013, n° 12-15.574.
___ Soc., 29 mai 2013, n° 12-15.974.
___ Soc., 19 juin 2013, n° 12-20.973.
___ Soc., 25 sept. 2013, n° 12-19.080.
___ Soc., 29 oct. 2013, n° 12-15.382.
___ Soc., 15 janv. 2014, n° 12-24.594.
___ Soc., 22 janv. 2014, n° 12-24.163.
___ Soc., 24 janv. 2014, n° 12-24.539.
___ Soc., 29 janv. 2014, n° 12-22.116.
___ Soc., 12 févr. 2014, n° 12-29.208.
___ Soc., 26 mars 2014, n° 12-23.634.
___ Soc., 26 mars 2014, n° 12-35.040.
___ Soc., 14 mai 2014, n° 13-14.176.
___ Soc., 12 juin 2014, n° 12-29.063.
___ Soc., 12 juin 2014, n° 13-15.139.
___ Soc., 2 juill. 2014, n° 13-14.622, n° 13-14.662.
___ Soc., 2 juill. 2014, n° 13-15.771.
___ Soc., 9 juill. 2014, n° 13-11.906.

- ___ Soc., 9 juill. 2014, n° 13-16.434.
- ___ Soc., 29 sept. 2014, n° 13-13.661.
- ___ Soc., 15 oct. 2014, n° 11-22.251.
- ___ Soc., 29 oct. 2014, n° 13-11.542.
- ___ Soc., 5 nov. 2014, n° 13-16.372.
- ___ Soc., 10 déc. 2014, n° 13-22.422.
- ___ Soc., 21 janv. 2015, n° 13-26.374.
- ___ Soc., 27 janv. 2015, n° 13-22.179.
- ___ Soc., 9 avr. 2015, n° 13-27.624.
- ___ Soc., 15 avr. 2015, n° 13-24.333.
- ___ Soc., 12 mai 2015, n° 14-10.408.
- ___ Soc., 24 mai 2015, n° 03-43.037.
- ___ Soc., 9 juin 2015, n° 13-26.834.
- ___ Soc., 9 juin 2015, n° 14-10.192.
- ___ Soc., 7 juill. 2015, n° 13-26.444.
- ___ Soc., 8 juill. 2015, n° 14-13.324.
- ___ Soc., 9 juill. 2015, n° 14-12.779 ; n° 14-12.781 ; n° 14-12.782 ; n° 14-12.783 ; n° 14-12.784 ; n° 14-12.785 ; n° 14-12.786 ; n° 14-12.787 ; n° 14-12.789 ; n° 14-12.790.
- ___ Soc. 16 sept. 2015 n° 14-13.830.
- ___ Soc., 25 nov. 2015, n° 14-21.521.
- ___ Soc., 2 déc. 2015, n° 14-19.029.
- ___ Soc., 20 janv. 2016, n° 14-22.836.
- ___ Soc., 3 févr. 2016, n° 14-18.600.
- ___ Soc., 10 févr. 2016, n° 14-17.576.
- ___ Soc., 12 févr. 2016, n° 14-18.779.
- ___ Soc., 31 mars 2016, n° 14-22.292.
- ___ Soc., 17 mai 2016, n° 14-21.872.
- ___ Soc., 19 mai 2016, n° 14-26.556.
- ___ Soc., 8 juin 2016, n° 15-17.555.
- ___ Soc., 16 juin 2016, n° 15-12.134.

___ Soc., 6 juill. 2016, n° 15-11.138.
___ Soc., 14 sept. 2016, n° 14-26.101.
___ Soc., 14 sept. 2016, n° 15-18.189.
___ Soc., 5 oct. 2016, n° 15-17.458.
___ Soc., 5 oct. 2016, n° 15-28.672.
___ Soc., 13 oct. 2016, n° 14-18.905.
___ Soc., 19 oct. 2016, n° 14-25.067.
___ Soc., 26 oct. 2016, n° 15-15.923.
___ Soc., 9 nov. 2016, n° 15-10.203.
___ Soc., 14 déc. 2016, n° 15-26.676.
___ Soc., 8 mars 2017, n° 15-18.080.
___ Soc., 15 mars 2017, n° 15-24.028.
___ Soc., 29 mars 2017, n° 15-28.992.
___ Soc., 30 mars 2017, n° 15-24.142.
___ Soc., 26 avr. 2017, n° 15-26.221.
___ Soc., 22 juin 2017, n° 15-29.394.
___ Soc., 5 juill. 2017, n° 16-15.623.
___ Soc., 21 sept. 2017, n° 16-20.103, n° 16-20.104.
___ Soc., 21 sept. 2017, n° 16-20.270.
___ Soc., 15 nov. 2017, n° 16-14.281.
___ Soc., 22 nov. 2017, n° 16-12.524.
___ Soc., 6 déc. 2017, n° 16-22.019.
___ Soc. 20 déc. 2017, n° 16-19.609.
___ Soc., 18 janv. 2018, n° 15-24.002.
___ Soc., 14 févr. 2018, n° 16-23.042.
___ Soc., 7 mars 2018, n° 15-27.458.
___ Soc., 30 mai 2018, n° 16-28.127.
___ Soc., 12 juill. 2018, n° 17-14.699.
___ Soc., 12 sept. 2018, n° 16-26.333.
___ Soc., 26 sept. 2018, n° 17-19.554.

___ Soc., 10 oct. 2018, n° 17-10.066.
___ Soc., 14 nov. 2018, n° 17-11.757.
___ Soc., 28 nov. 2018, n° 15-29.330.
___ Soc., 5 déc. 2018, n° 17-17.687.
___ Soc., 9 janv. 2019, n° 17-31.754.
___ Soc., 23 janv. 2019, n° 17-21.550.
___ Soc., 13 févr. 2019, n° 18-11.386, n°18-14.862.
___ Soc., 20 févr. 2019, n° 17-24.094.
___ Soc., 6 mars 2019, n° 17-18.260.
___ Soc., 6 mars 2019, n° 18-10.615.
___ Soc., 20 mars 2019, n° 17-26.999.
___ Soc., 3 avr. 2019, n° 17-15.568.
___ Soc., 3 avr. 2019, n° 19-70.001.
___ Soc., 17 avr. 2019, n° 18-22.948.
___ Soc., 26 juin 2019, n° 17-28.287.
___ Soc., 18 sept. 2019, n° 18-15.765.
___ Soc., 9 oct. 2019, n° 19-10.780.
___ Soc., 29 janv. 2020, n° 18-15.359.
___ Soc., 4 mars 2020, n° 18-19.189.
___ Soc., 4 mars 2020, n° 18-24.473.
___ Soc., 25 mars 2020, n° 18-11.433.
___ Soc., 1^{er} avr. 2020, n° 18-24.472.
___ Soc., 24 juin 2020, n° 18-23.869.
___ Soc., 8 juill. 2020, n° 19-15.441.
___ Soc., 30 sept. 2020, n° 18-24.881.
___ Soc., 30 sept. 2020, n° 19-12.058.
___ Soc., 30 sept. 2020, n° 19-12.885.
___ Soc., 21 oct. 2020, n° 18-23.907.
___ Soc., 16 déc. 2020, n° 18-23.966.
___ Soc., 6 janv. 2021, n° 19-18.549.

- ___ Soc., 3 févr. 2021, n° 18-18.806.
- ___ Soc., 5 mai 2021, n° 20-14.390.
- ___ Soc., 2 juin 2021, n° 19-16.183.
- ___ Soc., 8 sept. 2021, n° 20-16.830.
- ___ Soc., 29 sept. 2021, n° 20-10.634.
- ___ Soc., 16 févr. 2022, n° 20-17.644.
- ___ Soc., 16 mars 2022, n° 21-11.796.
- ___ Soc., 23 mars 2022, n° 20-21.518.
- ___ Soc., 11 mai 2022, n° 21-14.490, n° 21-15.247.
- ___ Soc., 18 mai 2022, n° 21-10.118.
- ___ Soc., 1^{er} juin 2022, n° 20-19.957.
- ___ Soc., 6 juill. 2022, n° 20-21.690.
- ___ Soc., 28 sept. 2022, n° 21-12.190.
- ___ Soc., 8 oct. 2022, n° 21-10.495.
- ___ Soc., 26 oct. 2022, n° 21-16.877, n° 21-16.879, n° 21-16.880, n° 21-16.881, n° 21-16.882, n° 21-16.883, n° 21-16.884, n° 21-16.885, n° 21-16.886.
- ___ Soc., 21 nov. 2022, n° 21-13.552.
- ___ Soc., 29 mars 2023 n° 21-15.472.
- ___ Soc., 11 mai 2023, n° 21-25.136.
- ___ Soc., 21 juin 2023, n° 21-22.291.
- ___ Soc., 5 juill. 2023, n° 21-23.285.
- ___ Soc., 7 mai 2024, n° 22-22.641.
- ___ Soc., 19 juin 2024, n° 23-10.817.
- ___ Soc., 26 juin 2024, n° 23-15.498.

Conseil constitutionnel

- ___ Cons. const., 12 juill. 1967, n° 67-46 L.
- ___ Cons. const., 27 juill. 1994, n° 94-343/344 DC.
- ___ Cons., const., 3 août 1994, n° 94-348 DC.
- ___ Cons., const., 10 juin 1998, n° 98-401 DC.

- ___ Cons., const., 9 nov. 1999, n° 99-419 DC.
- ___ Cons. const. 20 oct. 2017, n° 2017-665 QPC.

Conseil d'État

- ___ CE, 30 mars 1916, n° 59928.
- ___ CE, 2 juill. 2017, n° 368590.
- ___ CE, 1^{er} avr. 2019, n° 417652.

Cours d'appel

- ___ Agen, ch. civile, 10 déc. 2018, n° 16/00018.
- ___ Aix-en-Provence, pôle 04, ch. 04, 17 juin 2021, n° 18/06936.
- ___ Aix-en-Provence, pôle 03, ch. 01, 16 déc. 2021, n° 2021/358.
- ___ Amiens, ch. économique, 10 mars 2022, n° 21/04192.
- ___ Amiens, ch. économique, 13 juin 2023, n° 22/00226.
- ___ Amiens, 5^e ch. prud'h, 15 oct. 2020, n° 19/01481.
- ___ Basse-Terre, 17 déc. 2018, n° 17/00739.
- ___ Bastia, ch. soc., 1^{er} juin 2022, n° 21/00069.
- ___ Besançon, 1^{er} mars 1864, *DP* 1864. 2. 61.
- ___ Besançon, 8 janv. 2014, n° 12/0229.
- ___ Besançon, 11 sept. 2019, n° 18/00983.
- ___ Besançon, 30 juin 2020, n° 19/00258.
- ___ Besançon, ch. 01, 22 nov. 2022, n° 20/01273.
- ___ Bordeaux, ch. civ., 04, 12 oct. 2020, n° 18/05591.
- ___ Bordeaux, 4^e ch. com., 15 mars 2023, n° 21/00489.
- ___ Bordeaux, 4^e ch. com., 25 sept. 2023, n° 21/03752.
- ___ Bordeaux, 3^{ème} ch. famille, 27 oct. 2022, n° 20/00196.
- ___ Bordeaux, ch. soc. 26 nov. 2020, n° 18/01324.
- ___ Bourges, ch. civ., 10 déc. 2020, n° 19/01122.
- ___ Caen, ch. civile et commerciale, 23 sept. 2021, n° 19/01684.
- ___ Chambéry, ch. civ., sect. 01, 30 juin 2020, n° 18/01858.

- ___ Chambéry, ch. civ., sect. 01, 23 nov. 2021, n° 19/01662.
- ___ Chambéry, ch. 02, 18 janv. 2018, n° 16/01710.
- ___ Chambéry, ch. sociale, 18 sept. 2007, n° 06/01661.
- ___ Colmar, 2 mai 1855, *DP* 1856, 2, 9.
- ___ Colmar, 30 janv. 2023, n° 22/00020.
- ___ Colmar, ch. civ., 01, sect. A, 8 mars 2017, n° 16/00310.
- ___ Colmar, ch. civ., 03, sect., A, 10 nov. 2014, n° 14/0872.
- ___ Colmar, ch. civ., 03, sect. A, 9 nov. 2020, n° 20/462.
- ___ Colmar, ch. sociale, sect. B, 19 mai 2020, n° 20/421.
- ___ Douai, ch. 02, sect. 02, 18 juin 2020, n° 19/01412.
- ___ Douai, ch. 02, sect. 01, 4 nov. 2021, n° 19/04163.
- ___ Douai, ch. 8, sect. 1, 2 juin 2022, n° 20/01344.
- ___ Douai, ch. soc., 17 févr. 2022, n° 20/00066.
- ___ Douai, ch. soc., 1, 24 juin 2022, n° 20/01320.
- ___ Douai, ch. soc., C, 21 oct. 2022, n° 20/00983.
- ___ Fort-de-France, ch. civile, 4 juill. 2023, n° 22/00062.
- ___ Grenoble, 14 nov. 2007, n° 07/00699.
- ___ Grenoble, ch. 01, 19 déc. 2023, n° 22/00843.
- ___ Grenoble, ch. civ. 01, 7 janv. 2020, n° 18/00212.
- ___ Grenoble, ch. commerciale, 14 oct. 2021, n° 20/00748.
- ___ Grenoble, ch. commerciale, 7 avr. 2022, n° 21/00555.
- ___ Limoges, 8 janv. 1997, n° XLIM080197X.
- ___ Limoges, ch. sociale, 30 janv. 2017, n° 16/00353.
- ___ Lyon, 25 juin 2010, n° 09-6376.
- ___ Lyon, ch. 03 A, 27 févr. 2020, n° 18/08026.
- ___ Lyon, ch. 08, 22 févr. 2023, n° 21/05458.
- ___ Lyon, juridiction du premier président, 1 sept. 2020, n° 20/01879.
- ___ Metz, ch. 03, 12 nov. 2020, n° 19/00632.
- ___ Metz, ch. 03, 13 oct. 2022, n° 21/01977
- ___ Metz, ch. 06, 1^{er} sept. 2022, n° 21/00675
- ___ Metz, ch. commerciale, 27 mai 2021, n° 21/00185.

- ___ Metz, ch. des urgences, 8 juill. 2021, n° 21/00226.
- ___ Metz, ch. soc., 6 mai 2013, n° 11/01105.
- ___ Montpellier, 10 oct. 2007, n° 07/00467.
- ___ Montpellier, 25 mars 2009, n° 08-7428.
- ___ Montpellier, 15 sept. 2010, n° 09-8566.
- ___ Montpellier, ch. 04, 16 sept. 2015, n° 13/08549.
- ___ Montpellier, ch. civ., 04, 22 juin 2022, n° 19/05333.
- ___ Montpellier, ch. commerciale, 6 avr. 2021, n° 18/04893.
- ___ Nancy, ch. civ., 02, 30 sept. 2021 ; n° 20/01993.
- ___ Nîmes, ch. 01, 8 déc. 2022, n° 21/04508.
- ___ Nîmes, 4^{ème} chambre commerciale, 25 janvier 2023, n° 21/00638.
- ___ Orléans, 29 janv. 2018, n° 16/02628.
- ___ Orléans, ch. sociales, ch. des Prud'hommes, 27 oct. 2011, n° 638/11.
- ___ Paris, 20 févr. 1984, *D.* 1984. 444.
- ___ Paris, 29 avr. 1994, *RTD civ.* 1994. 852.
- ___ Paris, 29 mars 1995, n° 94-35946.
- ___ Paris, 25 sept. 1996, n° 1996/08159.
- ___ Paris, 24 juin 2008, n° 07/01617.
- ___ Paris, 30 nov. 2022, n° 20/02499.
- ___ Paris, ch. 04, 12 janv. 2000, n° XP120100X.
- ___ Paris, ch. 17, 14 mars 2005, n° 03/15894.
- ___ Paris, ch. 21, 12 juin 1995, n° 024879.
- ___ Paris, ch. 25 B, 4 juill. 2003, *Bull. Joly* 2003, p. 1156.
- ___ Pau, ch. civ. 01, 16 mars 2021, n° 19/01194.
- ___ Pau, ch. 02, sect. 01, 26 sept. 2019, n° 18/3786.
- ___ Poitiers, 31 oct. 2019, n° 18/01279.
- ___ Poitiers, ch. civ., 01, 30 avr. 2019, n° 17/04060.
- ___ Poitiers, ch. civ., 02, 16 juin 2020, n° 19/00948.
- ___ Poitiers, ch. civ., 02, 15 sept. 2020, n° 19/01054.
- ___ Poitiers, ch. civ., 02, 8 déc. 2020, n° 19/01006.

- ___ Poitiers, ch. civ., 02, 8 févr. 2022, n° 21/01536.
- ___ Poitiers, ch. sociale, 31 oct. 2019, n° 18/01279.
- ___ Reims, 1^{re} ch. civ., 7 janv. 2004, n° 2004-237171.
- ___ Rennes, ch. 01, 14 déc. 2021, n° 21/00471.
- ___ Rennes, ch. 05, 19 oct. 2022, n° 21/07945.
- ___ Rennes, 3^e ch. com., 14 juin 2022, n° 21/01169.
- ___ Rennes, ch. commerciale, 9 nov. 2021, n° 21/02393.
- ___ Rennes, 8^{ème} ch. prud'h, 15 sept. 2005, n° 04/08.168.
- ___ Riom, ch. civile et commerciale 03, 17 nov. 2021, n° 20/00359.
- ___ Rouen, 8 juill. 2021, n° 18/04252.
- ___ Rouen, ch. soc., 24 juin 2021, n° 19/00169.
- ___ Saint-Denis, ch. commerciale, 18 déc. 2019, n° 18/01684.
- ___ Toulouse, ch. 01, sect. 02, 29 juin 2020, n° 18/04443.
- ___ Toulouse, 2^e ch., 7 déc. 2022, n° 21/01346.
- ___ Versailles, ch. 01, 7 nov. 2023, n° 21/06606
- ___ Versailles, ch. 03, 5 déc. 1997, n° 95/00007290.
- ___ Versailles, ch. 05, 5 nov. 2009, n° 08/00416.
- ___ Versailles, ch. 12, 26 nov. 2020, n° 19/03233.
- ___ Versailles, ch. 12, 7 janv. 2021, n° 19/04418.
- ___ Versailles, ch. 12, 6 juill. 2023, n° 21/06496
- ___ Versailles, ch. 15, 31 mars 2021, n° 19/00111.
- ___ Versailles, ch. 16, 5 avr. 2018, n° 16/03806.
- ___ Versailles, ch. 17, 18 janv. 2017, n° 15/01593
- ___ Versailles, ch. 17, 1^{er} juill. 2020, n° 17/05012

Cour de cassation belge

- ___ C. cass. belge, 13 janv. 2003, n° S. 02. 0025.

Cour de Justice de l'Union Européenne

___ CJUE, 26 mars 2020, aff. C-344/18.

Cour de Justice des Communautés Européennes

___ CJCE 24 janv. 1991, aff. C-339/89.

Cour Européenne des Droits de l'Homme

___ CEDH, 18 déc. 2008, n° 20153/04.

Tribunaux de première instance

___ TA Cergy-Pontoise, 16 oct. 2018, n° 1807099.

___ T. com., Paris, 14 déc. 2022, n° 2022033136.

___ T. com., Paris, 15^e ch., 28 mars 2022, n° 2018017655.

___ TGI Paris, 4 mars 2022, CT0196, n° 19/662.

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes et non aux pages)

A

Abus : 490

- De droit : 489 et s., 616 et s., 792 et s.
- État de dépendance : 27, 34, 156, 272 et s., 328, 386, 462 et s., 506 et s., 584 et s., 622 et s., 644 et s., 853 et s.
- Faiblesse : 18, 385
- Nécessité : 628, 632
- Puissance : 385

Acceptation

- Contrat : 60 et s., 174, 402, 663, 775, 844.
- Créancier : 814
- Débiteur : 880
- Modification du contrat : 130, 627
- Rupture conventionnelle : 352, 356

Adaptation : 131, 229, 562, 677, 700, 704, 729, 830 et s.

Allocation

- Dommages et intérêts : 9, 317 et s.
- Retour à l'emploi : 760, 957

Antinomie : 152 et s., 182 et s., 219 et s., 255 et s., 709, 721

Apport : 11

Autonomie : 6

- Branche du droit : 6 et s., 33, 53 et s., 119 et s., 420, 623, 637, 712, 948 et s.
- Entité économique : 686

- Personne : 468 et s., 865
- Volonté : 2, 4, 18, 104

Avantage manifestement excessif : 136, 495 et s., 525 et s., 637 et s., 859 et s., 870 et s.

Avant-contrat : 64

B

Bonne foi : 127 et s., 157, 199, 428, 519, 663, 757, 778, 823, 922, 968

C

Caducité : 81

- Clauses : 79 et s., 775 et s.
- Contrat : 773 et s.
- Convention collective : 193 et s., 773 et s., 800

Cause

- Exonération de la responsabilité : 437
- Licenciement : *V. infra*
- Mécanisme : 19, 24 et s., 124, 156, 287, 377, 451, 577, 672, 775, 795 et s., 876

Cession : 34

- Contrat de travail : 34, 70 et s., 107, 155, 174, 688 et s., 719 et s., 765
- Droit personnel : 463 et s., 493, 514 et s., 546, 870
- Titres sociaux : 305, 570

Clause abusive : 18, 55, 272, 433 et s., 548 et s., 603 et s., 783 et s., 884

Cohabitation : 94 et s., 155, 187, 196 et s., 228, 237 et s., 259 et s., 275, 361, 658, 710, 846

Confirmation de la nullité relative : 84 et s., 676 et s., 700, 739 et s.

Conflit

- Entre les normes : 34, 96 et s., 114, 140, 148 et s., 291, 310, 361, 431, 450 et s., 554, 571, 658, 697, 709 et s., 721, 746, 846 et s., 944 et s., 998
- Office du juge : 6

Contradictoire : 977

Contrat à durée déterminée

- Échéance : 244 et s.
- Renouvellement : 141 et s., 169, 209, 239, 244 et s.
- Rupture anticipée : 503, 512, 522, 628 et s., 729
- Succession : 169, 201, 238 et s.

Contrat à durée indéterminée : 135 et s., 169, 198, 209, 240, 244 et s., 308, 522, 626, 639, 773, 893 et s., 901, 909

Convention collective : 418

- Accord de maintien de l'emploi : 369, 775, 804
- Accord de performance collective : 369 et s., 502, 536 et s., 575, 677, 798 et s.
- Accord référendaire : 375 et s., 418 et s., 534 et s., 633, 844
- Conditions de validité : 61 et s., 277, 362, 365
- Dénonciation : 846
- Exception de nullité : 745 et s.
- Mise en cause : 774, 847
- Parties signataires : 193 et s., 418 et s., 437, 535 et s., 610, 633, 648, 677, 845 et s.

- Révision : 848, 884
- Stipulations : 42, 124, 419, 449, 452 et s., 548, 591, 720, 845

D

Déformation de la règle générale : 660, 704 et s., 717 et s., 784, 861, 865, 875 et s., 923, 971 et s.

Dépendance : 467 et s.

- Abus de dépendance : 156, 386, 489 et s., 508 et s., 564, 854 et s., 868 et s.
- État de dépendance : 156, 300, 466 et s., 504, 508 et s., 621 et s., 671, 742, 864 et s.
- Nature économique : 416, 463, 471, 474 et s., 489, 793, 501, 511, 645 et s., 854 et s., 864, 868 et s.

Déséquilibre significatif : 122 et s., 399, 433 et s., 442 et s., 548, 587, 606 et s., 615 et s., 669, 788 et s., 819, 884.

Devoir précontractuel d'information : 27, 34, 277 et s., 550, 568 et s., 579 et s., 608 et s., 650, 670, 736, 778, 993, 998

Dissimulation : 278

- Droit : 332 et s.
- Emploi : 777
- Information : 278, 322, 341 et s., 352 et s., 370, 381

Dol : 163, 173, 183, 191, 220, 283, 305, 321 et s., 333 et s., 342 et s., 462, 503, 527, 554, 644, 675, 694, 711, 734 et s., 875

Droit de la consommation : 18, 53 et s., 385, 434 et s., 446, 452

E

Erreur : 287, 527

- Inexcusable : 173, 191, 336 et s., 736
- Provoquée : 163, 173, 191, 194, 321 et s., 337, 462, 675, 734 et s.
- Valeur : 571, 575, 675

Éviction de la règle générale : 96 et s., 182 et s., 200, 209, 215, 219, 224, 230, 234, 250, 267, 554, 582, 603, 697, 709 et s., 731 et s., 795, 926, 943 et s.

Exception d'inexécution : 756 et s., 765

F

Faiblesse : 18

- Abus de faiblesse : 18, 385
- Situation de faiblesse : 18, 272, 331, 346, 399, 431, 466 et s., 486, 494, 523, 564, 572, 637, 796, 871

Force majeure : 21, 132, 678, 711, 726, 756 et s., 768, 809, 844

Formalisme : 339

- Informatif : 339
- Résolution unilatérale du contrat : 911 et s.

I

Impact : 11, 30

Imprévision

- Événement imprévisible : 131, 677, 729, 809 et s.
- Procédure : 822 et s.
- Révision : 133, 700, 725 et s., 834 et s.
- Théorie : 24, 26, 34, 132, 175, 871, 677, 700, 807 et s., 841 et s.

Incompatibilité : 98, 166 et s., 184, 188 et s., 216, 224, 233, 240, 246, 264, 337, 348, 450, 554, 603 et s., 694, 943

Inexécution

- Contrat : 15, 171, 530, 749
- Devoir précontractuel d'information : 287, 312 et s., 348, 356, 399, 571
- Résolution unilatérale aux risques et périls du créancier : *V. infra*
- Obligations de faire et ne pas faire : 4, 9, 695

Influence : 11 et s.

- Bonne foi : 127
- But du contrat : 800 et s.
- Caducité : 82, 776
- Cession de contrat : 72, 723 et s.
- Clause abusive : 452, 458 et s., 500, 604, 607 et s., 616 et s., 786 et s.
- Confirmation de la nullité relative : 87, 743
- Contrat d'adhésion : 420, 591, 596, 783 et s.
- Contrepartie : 805
- Devoir précontractuel d'information : 282, 337, 349, 367, 377, 548, 568, 574 et s., 581, 778
- Exception d'inexécution : 756, 760 et s.
- Exception de nullité : 749
- Influence minimale : 37 et s., 146 et s., 266, 271 et s., 327, 382, 547 et s., 552 et s., 561 et s., 650, 988 et s.
- Interprétation *in favorem* : 428 et s., 754
- Obligation : 692
- Offre et acceptation : 62
- Principe de cohabitation des règles : 196 et s., 259 et s.
- Principe de comblement des lacunes : 89 et s.
- Principe de conflit de normes : 250 et s.
- Promesse unilatérale : 68
- Réforme du droit commun des contrats en droit du travail : 13, 28 et s., 88, 99, 126, 194, 267 et s., 550

- et s., 559, 655 et s., 764 et s., 883, 988 et s.
- Résolution judiciaire : 707
- Résolution unilatérale aux risques et périls du créancier : 928, 945, 958, 964, 974, 978, 983 et s.
- *Specialia generalibus derogant* : 120, 235, 242, 247 et s.
- Théorie de l'imprévision : 729 et s., 841 et s.
- Théorie du mandat apparent : 77
- Vice de violence pour abus de l'état de dépendance : 540 et s., 621 et s., 632 et s., 638, 646 et s., 855 et s., 866, 869, 873 et s.

Intérêt de l'entreprise : 668, 753

Interprétation : 102

- Abus : 490 et s., 854 et s., 874
- Avantage manifestement excessif : 526, 642, 860
- Clause obscure et ambiguë : 440, 551
- Condition générale : 595
- Contrat d'adhésion : 393, 400
- Dépendance : 471 et s., 477 et s., 510, 644, 884
- Déséquilibre significatif : 435, 609, 791 et s.
- Directives : 422 et s.
- Dommages et intérêts pour retard de paiement : 886
- Ensemble de clauses : 402 et s., 597 et s.
- Ignorance du débiteur : 350, 377
- Imprévisibilité : 753, 809
- Inexécution suffisamment grave : 761, 899
- *In favorem* : 422 et s., 430 et s., 548, 584 et s., 652, 669, 751 et s.
- Information : 284, 288, 333, 337 et s.
- Onérosité : 677, 815
- *Specialia generalibus derogant* : 98, 183, 187, 210, 228 et s.

- Stricte de la règle spéciale : 50, 102 et s., 127, 462

L

Lésion : 444, 463, 571, 574, 603, 802

Liberté contractuelle : 2, 19, 414, 574, 607, 627, 797, 927, 948

Licenciement : 159, 184, 257 et s., 526

- Accord de performance collective : 369 et s., 516
- Indemnités : 350, 430, 525, 627, 639, 682, 735, 760, 879, 914, 955, 963
- Menace : 518, 523 et s., 634, 854, 870
- Motif économique : 9, 155, 351 et s., 536, 686, 711, 727
- Nullité : 159, 184, 330, 450, 463, 695, 761, 844
- Pouvoir : 74 et s., 91, 132
- Préavis : 137 et s., 955
- Procédure : 75 et s., 257, 333, 502, 682, 753, 768, 908 et s., 932, 975, 982
- Protection : 535
- Sans cause réelle et sérieuse : 159, 161, 175, 257, 345, 459, 523, 682 et s., 706, 720, 798, 896, 905, 934 et s., 954, 957, 961 et s.

Loyauté : 296, 358, 364 et s., 372, 418, 778 et s.

- Négociation collective : 310, 325, 358, 364, 367, 370, 378, 381, 778
- Obligation : 306, 343, 372, 378, 778

M

Mandat : 175

- Apparent : 34, 74 et s., 665

- Protecteur : 535
- Représentation de droit commun : 175, 480
- Salariés : 278, 302, 363, 524 et s., 913

Mise en cause : 774, 847

Modification du contrat de travail : 130, 515

- Accord du salarié : 130, 459, 516, 518, 753
- Changement des conditions de travail : 130, 291, 459, 515, 753
- Motif économique : 128, 844
- Motif personnel : 514 et s., 719
- Socle contractuel : 130, 291, 459, 515, 753

Motivation de la rupture : *V. supra*

N

Nature (identité de) : 178 et s., 195, 198, 201 et s., 211, 219, 241, 246, 255, 265

Nécessité : 369

- Entreprise : 369 et s., 686, 798, 844
- État de nécessité : 466 et s., 494, 621 et s., 869, 881

Négociabilité : 394 et s., 419, 436, 440 et s., 551, 590, 598 et s., 606, 611, 614 et s., 719, 783 et s., 884

Novation : 71, 687, 689, 701, 720

Nullité : 84 et s.

- Cession : 305, 463, 854
- Clause de non-concurrence : 32, 574
- Confirmation de la nullité relative : *V. supra*
- Contrat : 4, 32, 125, 156, 163, 173, 280, 287, 313, 321 et s., 336, 348, 380, 461, 473 et s., 482 et s., 508 et s., 543 et s., 571, 623 et s., 644 et s.,

- 672 et s., 694 et s., 711 et s., 734 et s., 795 et s., 802 et s., 856, 872 et s.
- Contrepartie du temps de trajet ou d'astreinte : 125
- Convention collective : 358, 364 et s., 533, 546, 575, 635, 746 et s., 765
- Dépassement de pouvoir(s) : 74 et s., 454
- Démission : 957
- Imposition : 299
- Licenciement : *V. supra*
- Rupture conventionnelle : 352 et s., 525 et s., 639
- Société : 12
- Transaction : 541, 645

O

Offre : 60, 291, 661 et s., 683

- Emploi : 60 et s., 291, 501 et s., 531
- Rupture du contrat de travail : 352

Onérosité : 677, 726, 812 et s., 825, 837, 843 et s., 850

Ordre public : 428, 748

- Bonne foi : 428
- But du contrat : 795, 797
- Clauses abusives : 446 et s.
- Devoir précontractuel d'information : 312, 568

P

Pouvoir : 3

- Adage : 210
- Déséquilibre entre les parties : 272, 384 et s.
- Employeur : 6, 74 et s., 130 et s., 278, 308 et s., 452, 515, 669, 694 et s., 751 et s., 865, 886, 901
- Juge : 18, 50, 55, 627, 705, 710, 712, 728, 830, 836 et s., 879, 943

- Licenciement : *V. supra*
- Partenaires sociaux : 805
- Théorie : 3

Preuve

- Abus : 491 et s., 512, 518 et s., 543, 624, 636, 861, 865
- Atteinte à la concurrence : 53
- Avantage manifestement excessif : 500, 544, 639 et s.
- Clause de non-concurrence : 340
- Contrat d'adhésion : 442, 609
- Devoir précontractuel d'information : 287, 313 et s.
- Inexécution suffisamment grave : 706
- Négociabilité des clauses : 399 et s., 615 et s., 783 et s., 884
- Objet commun : 158
- Urgence : 924
- Validité de la preuve dans l'entreprise : 284, 778

Principe de droit européen des contrats : 787, 881

Principes Unidroit : 814

Prise d'acte de rupture du contrat de travail : 32, 159 et s., 176, 192, 527, 665, 697, 707, 761, 888, 891 et s.

Prix :

- Adéquation à la prestation : 124, 289, 433 et s., 587, 603 et s., 819
- Détermination unilatérale : 385
- Réduction : 835, 837, 880

Promesse unilatérale : 64 et s., 661

- Contrat de travail : 64 et s., 111, 188, 291, 516, 594, 682 et s.
- Vente : 570

R

Reclassement

- Mesures : 353, 902, 909
- Obligation : 9, 908

Rémunération : 292, 395, 405, 510, 714

- Contrat dit « 0 heure » : 125, 672, 803
- Élément essentiel du contrat de travail : 291, 415, 683
- Modification : 132, 369, 452, 538, 575, 677, 762, 798, 844, 865
- Salaire minimal : 498, 504, 511 et s., 520, 572
- Trafic d'influence : 12

Renseignement

- Devoir de renseigner : 173, 296, 299 et s., 313, 317, 339 et s., 579
- Devoir de se renseigner : 173, 278, 293, 299 et s., 306, 336 et s., 376 et s., 571, 577 et s., 621, 651, 670, 675, 736

Représentativité

- Critères de la représentativité : 12
- Fusion des institutions représentatives du personnel : 374
- Négociation collective : 302, 363, 534, 610
- Organisation syndicale représentative : 418, 718

Requalification

- Contrat d'agent commercial : 901
- Contrat de travail à durée déterminée : 198
- Ensemble contractuel : 615
- Rupture du contrat de travail : 939, 957

Résiliation judiciaire du contrat de travail : 163, 175, 190, 194, 257, 266, 348,

554, 559, 694, 699 et s., 706 et s., 725 et s., 761, 765, 768, 888, 915, 946, 961

Résolution judiciaire : 9, 161, 190, 694, 725, 896 et s., 921, 931, 982

Responsabilité : 60

- Contractuelle : 21
- Délictuelle : 15, 280, 287, 316 et s., 348, 435, 568, 575, 739
- Employeur : 299, 378, 684

Risque

- Abus : *V. supra*
- Assomption : 813, 817 et s.
- Cassation : 50
- Dénaturation : 102, 428
- Droit commun : 699 et s., 715 et s.
- Non-paiement : 212, 957
- Nullité : 489, 623, 882
- Réputé non écrit : 611

S

Sanction : 171, 762

- Abus de dépendance : 385 et s., 466 et s., 483, 486, 793, 543 et s., 564, 621, 627, 632, 641 et s., 855 et s., 865, 874 et s.
- Accord de méthode : 364, 551
- Atteinte aux droits des salariés : 123
- Clause abusive : 433, 437, 444 et s., 452 et s.
- Devoir précontractuel d'information : 316 et s., 330, 340, 365 et s., 381, 571 et s., 577 et s.
- Inexécution : *V. supra*
- Pouvoir : 3, 180, 863
- Promesse unilatérale : 66, 684
- Refus du salarié : 502

Standard

- Clause : 592 et s.
- Contrat : 591

- Juridique : 637, 777, 860, 899

Subordination : 3 et s., 122, 384, 416, 468, 489, 509 et s., 529, 863 et s., 884, 913, 981, 989

Subsidiarité : 75

- Obligatorité de la subsidiarité du droit commun des contrats : 45 et s., 61 et s., 82, 88, 105 et s., 127, 144, 188, 194, 197, 232, 426, 450
- Renforcement de la subsidiarité du droit commun des contrats : 52 et s., 96

Suspension

- Activité de l'entreprise : 844
- Exception d'inexécution : 757 et s.
- Force majeure : 711
- Imprévision (non) : 844

T

Terme extinctif : 141, 169, 239 et s., 244 et s., 308, 615, 8943

Théorie générale : 48

Tiers : 468, 623

- Cession de contrat : 70, 688, 719, 722
- État de dépendance : 478, 485, 644 et s.
- Pourparlers : 60
- Rédaction du contrat : 409 et s.
- Résolution unilatérale aux risques et périls du créancier : 899
- Théorie de l'apparence (croyance) : 74 et s.
- Trafic d'influence : 12

Transaction : 103, 350, 475 et s., 499, 529 et s., 591, 631 et s., 641, 645, 861

U

Unilatéralisme

- Détermination du contenu du contrat : 408 et s., 423, 597
- Détermination du prix : 385
- Information : 278
- Modification du contrat : 452, 751 et s.
- Projet de convention collective : V. *supra*
- Promesse : V. *supra*
- Rédaction : 375, 377, 389, 418, 590 et s., 785 et s.
- Réfaction : 880
- Renonciation : 79 et s., 453, 548, 607, 616, 789
- Résolution : 27, 32 et s., 135 et s., 159 et s., 176, 192, 351, 626, 665, 697, 771, 825, 886 et s.
- Saisine du juge : 132 et s., 833 et s.

Utilité : 660 et s.

- Branche du droit : 8, 233 et s.
- Contrat : 802

- Critère hiérarchique : 219
- Droit commun des contrats en droit du travail : 34, 564, 349, 364, 457, 512, 527, 535, 547, 600, 624, 660 et s., 694, 697, 709 et s., 720 et s., 748, 764, 786, 844, 849 et s., 855, 967, 989, 995

V

Violence : 462

- Abus de l'état de dépendance : 27, 34, 156, 272 et s., 328, 389, 463 et s., 547 et s., 608, 619 et s., 637 et s., 644 et s., 650, 853 et s., 993, 998
- Économique : 472, 475 et s., 489 et s., 645 et s., 854, 870
- Vice du consentement général : 287, 462 et s., 644, 695, 865

Violence économique : 472, 475, 478 et s., 489, 493, 645 et s., 870

Vulnérabilité : 466 et s., 622, 637, 644, 861, 871, 881

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS.....	3
TABLES DES PRINCIPALES ABREVIATIONS	5
SOMMAIRE	9
INTRODUCTION	11
PARTIE 1 : L'INFLUENCE MINIMALE DE LA RÉFORME	55
TITRE 1 : UNE INFLUENCE MINIMALE CONTRAINTE	57
CHAPITRE 1 : LA SOUMISSION DE PRINCIPE DES RÈGLES SPÉCIALES TRAVAILLISTES AUX RÈGLES GÉNÉRALES CIVILISTES	61
Section 1. LA SOUMISSION DES RÈGLES TRAVAILLISTES AUX RÈGLES CIVILISTES EN L'ABSENCE DE RÈGLE SPÉCIALE.....	62
§1. LA FONCTION SUBSIDIAIRE DU DROIT COMMUN DES CONTRATS	64
A. Une subsidiarité obligatoire	64
B. Une subsidiarité renforcée.....	70
§2. LE COMPLEMENT DES LACUNES TRAVAILLISTES PAR LA RÉFORME DU DROIT DES CONTRATS	76
A. L'offre et l'acceptation de contrat de travail	77
B. La promesse unilatérale de contrat de travail	80
C. La cession conventionnelle du contrat de travail.....	83
D. Le licenciement prononcé sans pouvoir	86
E. La caducité de la clause de non-concurrence	90
F. La confirmation de l'acte vicié.....	93
§3. L'INFLUENCE DU PRINCIPE DE COMPLEMENT DES LACUNES EN DROIT DU TRAVAIL.....	97
Section 2. LA SOUMISSION DES RÈGLES TRAVAILLISTES AUX RÈGLES CIVILISTES EN PRÉSENCE DE RÈGLE SPÉCIALE	100
§1. LA COHABITATION DES RÈGLES	101
A. Le principe de cohabitation des règles	101
B. Les effets de la cohabitation des règles.....	105
1. L'interprétation stricte de la règle spéciale	105
2. La mise en application des règles spéciales et générales	109
a. L'application alternative des règles	110

b. L'application cumulative des règles.....	112
§2. LA COHABITATION DES RÈGLES TRAVAILLISTES ET DE LA RÉFORME DU DROIT DES CONTRATS	113
A. La soumission des règles spéciales	113
B. Le contrôle de validité des clauses	116
C. La bonne foi contractuelle.....	121
D. La modification des prévisions contractuelles pour motif économique.....	123
E. La durée du contrat	127
1. Le contrat à durée indéterminée	127
2. Le contrat à durée déterminée	130
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	133
CHAPITRE 2 : LA LIMITE DU CONFLIT DE NORMES	135
Section 1. LA NOTION DE CONFLIT DE NORMES	135
§1. LA CARACTÉRISATION DU CONFLIT DE NORMES.....	136
A. L'antinomie des normes en conflit	136
1. Un objet commun	138
2. Une incompatibilité des solutions	148
B. La question de l'identité de nature.....	159
1. L'identité de nature, troisième critère du conflit de normes.....	159
2. L'antinomie de deux règles de natures différentes	165
a. Le rejet de la qualification de conflit de normes.....	166
b. L'antinomie de la jurisprudence sociale et de la réforme du droit des contrats.....	168
C. L'influence du conflit de normes sur le déclenchement du principe de cohabitation des règles	172
§2. LA RÉOLUTION DU CONFLIT DE NORMES	176
A. Les critères de résolution du conflit de normes	177
1. Présentation des critères de résolution du conflit de normes.....	179
2. Hiérarchisation des critères de résolution du conflit de normes	189
a. L'exclusion du critère hiérarchique des modes de résolution du conflit de normes	190
b. La résolution du conflit entre les critères chronologique et de spécialité.....	191
B. La nouvelle dérogation du droit spécial	194
1. La codification de l'adage specialia generalibus derogant	195
2. La préservation de l'intérêt du droit spécial	197
Section 2. LES NOUVEAUX CONFLITS DE NORMES.....	199
§1. L'IDENTIFICATION DES NOUVEAUX CONFLITS DE NORMES	200

A. La succession de contrats à durée déterminée	200
B. L'exécution du contrat à durée déterminée après échéance du terme	205
§2. LE CONFLIT DE NORMES : FONDEMENT DE L'INFLUENCE DE LA REFORME EN DROIT DU TRAVAIL	209
A. La large application de la réforme en droit du travail	210
B. L'influence du principe de conflit de normes en droit du travail	211
1. L'influence issue de la conception stricte du conflit de normes	212
2. L'influence issue du principe de cohabitation des règles	216
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	219
CONCLUSION DU TITRE 1	223
TITRE 2 : UNE INFLUENCE MINIMALE ACCUEILLIE	227
CHAPITRE 1 : LE RÉÉQUILIBRAGE DE PUISSANCE INFORMATIONNELLE	233
Section 1. LA COMMUNICATION PRÉCONTRACTUELLE DE L'INFORMATION EN DROIT GÉNÉRAL DES CONTRATS	235
§1. LE CARACTÈRE DE L'INFORMATION	236
A. Le moment de l'information	237
B. La nature de l'information	240
§2. LE DESTINATAIRE DE L'INFORMATION	247
A. L'ignorance légitime de l'information	247
B. La confiance légitime du créancier	254
§3. L'INEXÉCUTION DU DEVOIR PRÉCONTRACTUEL D'INFORMATION	259
A. La preuve de l'inexécution	260
B. La sanction de l'inexécution	263
1. L'allocation de dommages et intérêts sur le fondement de la responsabilité civile du débiteur	263
2. L'annulation de l'acte sur le fondement des vices du consentement	265
Section 2. LA COMMUNICATION PRÉCONTRACTUELLE DE L'INFORMATION DANS LES RELATIONS DE TRAVAIL	271
§1. LE DEVOIR PRÉCONTRACTUEL D'INFORMATION DANS LES RELATIONS INDIVIDUELLES DE TRAVAIL	272
A. Le devoir précontractuel d'information dans la négociation du contrat de travail	273
1. Les atteintes travailistes	273
a. Le droit à la dissimulation du candidat	274
b. Le devoir de renseignement du recruteur	276

2.	Les intérêts du devoir précontractuel d'information dans la formation du contrat de travail	280
a.	La communication de l'existence d'une clause de non-concurrence	281
b.	Le contournement de la conception atrophante du dol de l'aspirant salarié.....	284
c.	La communication des éléments essentiels du contrat de travail.....	287
B.	Le devoir précontractuel d'information dans la négociation d'un acte postérieur au contrat de travail	290
§2.	LE DEVOIR PRÉCONTRACTUEL D'INFORMATION DANS LES RELATIONS COLLECTIVES DE TRAVAIL	297
A.	L'intérêt général du devoir précontractuel d'information dans les relations collectives de travail.....	299
B.	Les intérêts spécifiques du devoir précontractuel d'information dans les relations collectives de travail	303
1.	Le devoir précontractuel d'information dans la négociation d'un accord de performance collective.....	303
2.	Le devoir précontractuel d'information dans la conclusion d'un accord référendaire .	307
	CONCLUSION DU CHAPITRE 1	313
	CHAPITRE 2 : LE RÉÉQUILIBRAGE DE PUISSANCE CONTRACTUELLE	315
	Section 1. L'ADHÉSION DE LA PARTIE FAIBLE AU CONTRAT	318
§1.	LA QUALIFICATION DE CONTRAT D'ADHÉSION.....	319
A.	Les critères du contrat d'adhésion	319
1.	Un ensemble de clauses non négociable	320
a.	Une négociation impossible.....	320
b.	Interprétations de la notion d' « ensemble de clauses »	326
2.	Une prédétermination unilatérale de l'ensemble de clauses	329
B.	L'adhésion du salarié	333
1.	L'adhésion de l'aspirant salarié au contrat de travail.....	333
2.	L'adhésion du salarié à la convention collective	335
§2.	LE RÉGIME DU CONTRAT D'ADHÉSION.....	338
A.	L'interprétation du contrat d'adhésion.....	339
1.	L'articulation des directives d'interprétation du contrat	340
2.	Le caractère des directives d'interprétation du contrat	344
3.	L'interprétation du contrat d'adhésion en faveur du salarié.....	348
B.	La traque des clauses abusives	351
1.	Le périmètre de la traque des clauses abusives.....	352
a.	La démonstration d'un déséquilibre contractuel significatif	353
b.	Une traque cantonnée aux clauses non négociables.....	359

c.	L'exclusion expresse de certaines clauses essentielles	362
2.	La sanction des clauses abusives	363
3.	La traque des clauses abusives en droit du travail	366
a.	L'articulation des articles L. 1121-1 du Code du travail et 1171 du Code civil	366
b.	Les éventuelles clauses abusives travaillistes	368
c.	L'influence de la traque des clauses abusives en droit du travail	375
Section 2.	L'ABUS DE LA DÉPENDANCE DE LA PARTIE FAIBLE AU CONTRAT	378
§1.	LA QUALIFICATION DE VIOLENCE POUR ABUS DE L'ÉTAT DE DÉPENDANCE	381
A.	L'état de dépendance	382
1.	« Dépendance » et termes voisins	382
2.	La caractérisation de l'état de dépendance	386
a.	L'interprétation de l'état de dépendance en droit spécial	386
b.	L'interprétation de l'état de dépendance en droit commun des contrats	391
i.	Une large reprise du droit antérieur	392
ii.	Une appréciation cantonnée à l'égard du cocontractant	394
B.	L'abus de l'état de dépendance	399
C.	L'avantage manifestement excessif	404
§2.	LA VIOLENCE POUR ABUS DE L'ÉTAT DE DÉPENDANCE EN DROIT DU TRAVAIL.....	410
A.	Les situations d'abus de l'état de dépendance en droit du travail.....	414
1.	Le vice de violence pour abus de l'état de dépendance dans les relations individuelles de travail	414
a.	Lors de la conclusion du contrat de travail	415
b.	Lors de l'exécution du contrat de travail	419
c.	Lors de la rupture du contrat de travail	427
d.	Lors de la période post-contractuelle	432
2.	Le vice de violence pour abus de l'état de dépendance dans les relations collectives de travail	434
B.	L'influence du vice de violence pour abus de l'état de dépendance en droit du travail ...	441
CONCLUSION DU CHAPITRE 2		445
CONCLUSION DU TITRE 2		449
CONCLUSION DE LA PARTIE 1		453

PARTIE 2 : L'INFLUENCE FLUCTUANTE DE LA RÉFORME.....	457
TITRE 1 : UNE INFLUENCE ALTÉRÉE	459
CHAPITRE 1 : L'ACTION ALTÉRANTE DE LA RÉFORME.....	463
Section 1. LE CANTONNEMENT DU RÉÉQUILIBRAGE DE PUISSANCE INFORMATIONNELLE.....	465
§1. L'EXCLUSION DE L'INFORMATION RELATIVE À LA VALEUR DE LA PRESTATION.....	466
§2. LA SUPPRESSION DU DEVOIR GÉNÉRAL DE RENSEIGNEMENT	474
Section 2. LE CANTONNEMENT DU RÉÉQUILIBRAGE DE PUISSANCE CONTRACTUELLE	482
§1. LES ATTEINTES PORTÉES AU CONTRAT D'ADHÉSION	483
A. La caractérisation du contrat d'adhésion.....	484
1. Les modifications de la définition de contrat d'adhésion.....	485
2. Les dangers de l'interprétation de la notion d' « ensemble de clauses » à la lumière du projet d'ordonnance de la Chancellerie	492
a. Les risques de l'assimilation de l' « ensemble de clauses » aux « stipulations essentielles ».....	493
b. Une incompatibilité avec le régime des clauses abusives	496
B. Le champ de la traque des clauses abusives	497
1. Le cantonnement de la traque des clauses abusives au contrat d'adhésion	498
2. Le cantonnement de la traque des clauses abusives aux clauses non négociables.....	504
§2. LES ATTEINTES PORTÉES AU VICE DE VIOLENCE POUR ABUS DE L'ÉTAT DE DÉPENDANCE	510
A. L'exclusion de l'état de nécessité	512
B. La démonstration d'un avantage manifestement excessif.....	526
C. L'exclusion de l'exploitation de la dépendance à l'égard d'un tiers	529
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	535
CHAPITRE 2 : L'ACTION ALTÉRANTE DU DROIT DU TRAVAIL	537
Section 1. LA NOTION D'UTILITÉ DE LA RÈGLE DE DROIT GÉNÉRAL	538
§1. L'UTILITÉ DE LA RÈGLE DE DROIT GÉNÉRAL EN DROIT DU TRAVAIL	539
A. La protection de l'intérêt des acteurs des relations de travail.....	543
1. La protection de l'intérêt de la partie faible	544
2. La protection de l'intérêt de l'employeur	548
B. Le fondement <i>a posteriori</i> de solutions jurisprudentielles	553

1.	La promesse d'embauche du contrat de travail	554
2.	La mobilité intra-groupe du salarié.....	559
3.	La notion d'avantage de retraite	563
§2.	L'INADAPTATION DE LA RÈGLE DE DROIT GÉNÉRAL EN DROIT DU TRAVAIL	566
A.	Les risques de l'inadaptation de la règle de droit général pour le droit du travail et ses acteurs	572
B.	Les méthodes judiciaires de contournement des risques de la règle de droit général en droit du travail.....	576
1.	La déformation de la règle de droit général.....	576
2.	L'éviction de la règle de droit général	579
Section 2. LA MODULATION DE L'APPLICATION DU NOUVEAU DROIT COMMUN DES CONTRATS EN DROIT DU TRAVAIL		587
§1.	LA DÉFORMATION-ALTÉRATION DU NOUVEAU DROIT COMMUN DES CONTRATS	588
A.	L'accord anticipé du salarié à la cession de son contrat de travail	588
B.	La résiliation judiciaire du contrat de travail pour imprévision	594
§2.	L'ÉVICTION DU NOUVEAU DROIT COMMUN DES CONTRATS	597
A.	L'éviction des règles liées à la formation du contrat	598
1.	Le caractère excusable de l'erreur provoquée lors de la conclusion du contrat de travail	598
2.	La confirmation tacite de l'acte nul	602
3.	L'exception de nullité dans le contentieux de l'annulation d'une convention collective	605
B.	L'éviction des règles liées à l'interprétation des clauses informatives d'un contrat d'adhésion.....	610
C.	L'éviction des règles liées à l'exception d'inexécution	614
CONCLUSION DU CHAPITRE 2		624
CONCLUSION DU TITRE 1		627
TITRE 2 : UNE INFLUENCE AMPLIFIÉE		629
CHAPITRE 1 : LA RECHERCHE DE L'ÉQUILIBRE CONTRACTUEL		637
Section 1. LA PROMOTION DE L'ÉQUILIBRE CONTRACTUEL		641
§1.	LE REGAIN D'EFFICIENCE DU RÉGIME DU CONTRAT D'ADHÉSION	641
A.	Le renversement de la charge de la preuve de la négociabilité des clauses	642
B.	L'interprétation objective du déséquilibre significatif	649
§2.	L'UTILISATION DES OUTILS CAUSALISTES	651

A.	Le contrôle du but.....	653
B.	Le contrôle de la contrepartie.....	657
§3.	LA PROMOTION JUDICIAIRE DE L'ÉQUILIBRE DU CONTRAT	660
A.	La qualification de l'imprévision.....	661
1.	Un changement imprévisible de circonstances	662
2.	Une exécution excessivement onéreuse	665
3.	L'assomption du risque de l'imprévision.....	669
B.	La procédure de l'imprévision.....	673
1.	La phase amiable de la procédure de l'imprévision.....	673
2.	La phase judiciaire de la procédure de l'imprévision	676
a.	La saisine commune du juge.....	677
b.	La saisine individuelle du juge	680
C.	L'influence de la théorie de l'imprévision en droit du travail	686
Section 2.	LA PROMOTION DE L'ÉGALITÉ ENTRE LES PARTIES	696
§1.	L'APPRÉCIATION JUDICIAIRE DES CONDITIONS DU VICE DE VIOLENCE POUR ABUS DE L'ÉTAT DE DÉPENDANCE	696
A.	Une objectivation de l'abus de l'état de dépendance.....	697
B.	Un avantage manifestement excessif minimaliste	701
§2.	L'APPRÉCIATION JUDICIAIRE DE LA CHARGE PROBATOIRE DU VICE DE VIOLENCE POUR ABUS DE L'ÉTAT DE DÉPENDANCE.....	706
A.	Une déduction travailliste de l'état de dépendance.....	706
B.	Une présomption irréfragable d'abus de l'état de dépendance.....	710
§3.	LA DÉFORMATION DE LA SANCTION DU VICE DE VIOLENCE POUR ABUS DE L'ÉTAT DE DÉPENDANCE LORS DE LA CONCLUSION DU CONTRAT DE TRAVAIL	715
CONCLUSION DU CHAPITRE 1		726
CHAPITRE 2 : LA RÉGLEMENTATION DE L'INEXÉCUTION CONTRACTUELLE		730
Section 1.	LA COMPARAISON DES RÉGIMES DE LA PRISE D'ACTE DE LA RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL ET DE LA RÉOLUTION UNILATÉRALE AUX RISQUES ET PÉRILS DU CRÉANCIER.....	735
§1.	UN CORPS DE RÈGLES SIMILAIRES	735
A.	Une rupture unilatérale du contrat	736
B.	Une démonstration d'une inexécution suffisamment grave	740
C.	Une imputation judiciaire de la rupture du contrat	747
§2.	DES CONDITIONS PROCÉDURALES DISTINCTES.....	750
A.	Des différences de formalisme	753
1.	L'absence de formalisme de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail	753

2.	La procédure de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier	757
a.	Une mise en demeure préalable	757
i.	L'obligatoire mise en demeure du débiteur défaillant	757
ii.	L'exception inhérente à l'urgence du créancier	761
b.	La notification motivée de la rupture unilatérale au débiteur	766
B.	L'initiative de l'action en justice	769
Section 2. LA SOUMISSION DE LA PRISE D'ACTE DE LA RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL AU RÉGIME DE LA RÉOLUTION UNILATÉRALE AUX RISQUES ET PÉRILS DU CRÉANCIER.....		771
§1.	UNE SOUMISSION JURISPRUDENTIELLEMENT REJETÉE	772
A.	Un rejet injustifié	773
B.	L'autonomie des modes de rupture du contrat de travail	776
§2.	UNE SOUMISSION OPPORTUNE	779
A.	L'apport de la soumission aux acteurs travaillistes	779
1.	La protection de l'intérêt de l'employeur	780
2.	La protection de l'intérêt du salarié	784
B.	L'urgence de la situation du salarié	788
§3.	LA DÉFORMATION DE LA RÉOLUTION UNILATÉRALE AUX RISQUES ET PÉRILS DU CRÉANCIER EN DROIT DU TRAVAIL.....	792
A.	L'obligation de motivation du salarié	794
B.	La sanction de l'absence de mise en demeure.....	798
CONCLUSION DU CHAPITRE 2		802
CONCLUSION DU TITRE 2		805
CONCLUSION DE LA PARTIE 2		807
CONCLUSION GÉNÉRALE		811
BIBLIOGRAPHIE.....		815
TABLE DES DÉCISIONS DE JUSTICE.....		927
INDEX ALPHABÉTIQUE		957
TABLE DES MATIÈRES		965